

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

“EL OBLIGADO SOLIDARIO EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA DEL
DISTRITO FEDERAL”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

CÉSAR OLMOS ESPINOSA

ASESOR

LIC. EDNA MARTA SAN JUAN VALENZUELA

CIUDAD UNIVERSITARIA 2010



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.

**EL OBLIGADO
SOLIDARIO
EN LOS
CONTRATOS DE
OBRA PÚBLICA
DEL
DISTRITO
FEDERAL**

TESISTA: CÉSAR OLMOS ESPINOSA

AGRADECIMIENTOS.

TE DOY GRACIAS, DIOS, POR LA BONDAD Y LA FIDELIDAD QUE ME HAS DEMOSTRADO, POR DARMER ESTA VIDA Y POR AYUDARME EN TODO. POR CONFERIRME ESTA HABILIDAD Y AFÁN DE ESTUDIO DEL DERECHO Y BÚSQUEDA DE LA VERDAD Y DE LA JUSTICIA, CON LA QUE YO PUEDO SERVIR Y AMAR. POR PERMITIRNOS A TODOS QUE ESTE PROYECTO SALIERA ADELANTE Y BIEN.

GRACIAS **VIDA MÍA,** POR EXISTIR, POR ESTAR CONMIGO, GRACIAS POR DOSIFICARME INSPIRACIÓN, POR AUMENTAR MIS GANAS, POR HACERME TAN, TAN FELIZ, SIGUE CONMIGO Y SIGUE ENSEÑANDOME COMO SE AMA. TE AMO.

GRACIAS FAMILIA, POR LA MITAD DE LO QUE SOY, POR TODO SU APOYO CONSTANTE EN ESTE TRABAJO.

A TI **PAPÁ,** POR TUS ENSEÑANZAS Y TU CARIÑO, POR VIGILAR SIEMPRE, CON OJOS ENTRECERRADOS, TODO DESDE TU ATALAYA.

A TI **MAMÁ,** PORQUE ME HAS ENSEÑADO A QUERER, A QUERERME. POR AGUANTARME EN LAS BUENAS Y EN LAS MALAS, POR TU PACIENCIA SANTA.

GRACIAS **MIRIAM,** NO SOLO POR SER MI HERMANA MAYOR, SINO LA MEJOR AMIGA Y EL MEJOR ÁNGEL QUE DIOS ME DIO, POR SIEMPRE DEFENDERME Y DAR LA CARA POR MÍ.

GRACIAS **ALEX,** POR SER UN LUCERO MÁGICO, BULLANQUERO Y JUGUETON EN MI CUENTO, TE QUIERO CON EL CORAZÓN, HERMANA.

GRACIAS **PONCHO,** POR COMPARTIR TUS ESCALOSFRÍOS CONMIGO, POR CREER TANTO EN MÍ Y POR ESCUCHARME, ME ALEGRO DE VER COMO HAS CRECIDO Y APRENDIDO, TODOS NOS PERCATAMOS, TE QUIERO CON EL ALMA, HERMANO.

GRACIAS TAMBIÉN **EFREN,** PORQUE VENISTE A AMPLIAR ESTA FAMILIA EN MÁS DE UNO, POR TU AMISTAD Y CONSEJO, LOS VALORO MUCHO.

GRACIAS **DIEGO,** PORQUE AÚN Y CUANDO ERES MUY PEQUEÑO, HAS VENIDO A DEMOSTRARME QUE AÚN HAY AMOR Y ESPERANZA EN EL FUTURO. LOS AMO EN VERDAD.

GRACIAS **AMIGOS, GABY, PACO, LAURA, ELISA, SINAI, ROSA, VICTOR, SANDRA, JOSÉ LUIS, RODOLFO Y MARICARMEN,** POR SU PRESENCIA, POR NO ABANDONARME, POR SU APOYO Y SU COMPAÑÍA, POR HACERME SENTIR TANTAS VECES QUERIDO Y ÚTIL. LOS LLEVO EN EL ALMA.

GRACIAS **AQUILES “EL FIEL”,** PORQUE HAS TRABAJADO EN ESTO DESDE EL PRINCIPIO Y ME HAS PROTEGIDO COMO A UN HERMANO PROPIO. COMO TE ADMIRO POR TU LEALTAD, NO CREAS QUE NO

ME HE DADO CUENTA, QUEDATE CON NOSOTROS SIEMPRE, PORQUE A PESAR DE TODO SIEMPRE SERAS INDISPENSABLE.

GRACIAS A MIS AMIGAS **EDNA Y SANDRA**, POR CREER EN MÍ, POR DARME LA OPORTUNIDAD. GRACIAS A USTEDES PORQUE POR USTEDES ESTE DÍA ESTA AL ALCANCE DE TODOS NOSOTROS Y DE MÍ EN ESPECIAL. GRACIAS POR RESPETAR TANTO MI TRABAJO Y POR TRATAR DE DARLE LO MEJOR A UN INEXPERTO PRINCIPIANTE. GRACIAS POR SUS PALABRAS Y SUS ENSEÑANZAS.

EDNA, EN ESPECIAL GRACIAS POR LA PACIENCIA QUE ME TUVISTE, POR COMPARTIR CONMIGO TUS EXPERIENCIAS Y CREER TANTO EN ESTE PROYECTO Y SEGURAMENTE POR TUS DESVELOS, POR TU PASIÓN Y CONFIANZA PUESTAS EN ESTE TRABAJO, NO SOLO ERES MI ASESORA Y JEFA, TAMBIÉN ERES UNA GRAN AMIGA, TE QUIERO Y ADMIRO.

SANDY, GRACIAS EN ESPECIAL POR LOS ÁNGELES QUE ME MANDASTE TODO ESTE TIEMPO, SIGUE HACIENDOLO POR FAVOR, GRACIAS TAMBIÉN POR ENSEÑARME UN NUEVO SENDERO DE VIDA LLENO DE LUZ Y ARMONIA INTERNA. PERO ESPECIALMENTE GRACIAS POR INCENTIVARME Y AYUDARME A INICIAR ESTE PROYECTO, TE QUIERO MUCHO AMIGA.

GRACIAS A MI ALMA MATER, LA **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**, SUS **PROFESORES Y COMPAÑEROS**, POR SUS ENSEÑANZAS Y VIVENCIAS, SIN LAS CUALES, SIMPLEMENTE NO HABRÍA NADA QUE CELEBRAR EL DÍA DE HOY.

A TODOS USTEDES, QUE DIOS LOS BENDIGA Y LOS SALVE Y QUE LOS LLEVE EN SU CORAZÓN, SIEMPRE.

**EL OBLIGADO SOLIDARIO EN LOS
CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA DEL DISTRITO FEDERAL
ÍNDICE.**

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	1.
CAPÍTULO I.- MARCO HISTÓRICO Y REGULATORIO.....	1.
1.1. El Contrato de Obra Pública en el Distrito Federal y sus distintos Gobiernos.....	1.
1.1.1. Departamento del Distrito Federal.....	5.
1.1.1.1. Ley de Adquisiciones y Obras Públicas de 1993.....	17.
1.1.2. Gobierno del Distrito Federal.....	19.
1.1.2.1. Ley de Obras Públicas del Distrito Federal de 1998.....	23.
1.2. Régimen Jurídico del Contrato de Obra Pública en el Distrito Federal.....	31.
1.2.1. Base Constitucional del Contrato de Obra Pública.....	31.
1.2.2. Ley de Obras Públicas del Distrito Federal.....	32.
1.2.3. Casos en que resulta aplicable la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.....	37.
1.3. El Obligado Solidario en el Código Civil del Distrito Federal.....	39.

CAPÍTULO II.- MARCO CONCEPTUAL.....	44.
2.1. Diferencia entre Convenio y Contrato Administrativo.....	44.
2.2. Obligado Solidario.....	48.
2.3. Garantías.....	55.
2.4. Procesos legales.....	59.
2.5. Sentencias firmes.....	64.
CAPÍTULO III.- NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA EN EL DISTRITO FEDERAL.....	69.
3.1. Contrato Administrativo.....	69.
3.2. Criterios de distinción de los Contratos Administrativos.....	71.
3.2.1. Elementos de los Contratos Administrativos.....	77.
3.3. Tipos de Contratos Administrativos.....	82.
3.4. El Contrato de Obra Pública.....	87.
3.4.1. Elementos del Contrato de Obra Pública.....	92.

CAPÍTULO IV.- MEDIOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA EN EL DISTRITO FEDERAL..... 97.

4.1. La Garantía de Sostenimiento y Seriedad de la Propuesta..... 100.

4.2. La Garantía de los Anticipos..... 102.

4.3. La Garantía de Cumplimiento del Contrato..... 105.

4.4. La Garantía de Vicios Ocultos..... 107.

4.5. Eficacia de las garantías en la práctica administrativa..... 111.

4.5.1. De la extemporaneidad en que son presentadas las fianzas exhibidas por las contratistas para hacerlas efectivas ante la autoridad correspondiente..... 112.

4.5.2. La problemática para localizar a las contratistas (personas morales), una vez iniciados los procesos legales en su contra por incumplimiento de los contratos..... 116.

4.5.3. De la imposibilidad de ejecutar las sentencias firmes en contra de las contratistas cuando son ilocalizables o ya no existen..... 120.

CAPÍTULO V.- EL OBLIGADO SOLIDARIO EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN EL DISTRITO FEDERAL, COMO UN MEDIO EFECTIVO PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE ÉSTE..... 125.

5.1. El Obligado Solidario en el Contrato de Obra Pública..... 125.

5.1.1. Socios mayoritarios de la Contratista..... 128.

5.1.2. Representante legal de la Contratista..... 135.

5.2. De los beneficios legales y técnicos de incluir al Obligado Solidario en los Contratos de Obra Pública.....	147.
5.2.1. Beneficios legales.....	148.
5.2.2. Beneficios técnicos.....	149.
5.3. De la facilidad de continuar procesos legales y ejecutar sentencias firmes en contra de las contratistas y sus obligados solidarios, cuando la primera resulta ilocalizable o ya no existen.....	152.
CONCLUSIONES	159.
BIBLIOGRAFÍA	169.

INTRODUCCIÓN.

Los contratos de obra pública en el Distrito Federal, como contratos administrativos que son, contienen cláusulas que parecen excesivas a los contratantes, toda vez que se exigen fianzas para el cumplimiento del contrato, por el anticipo de obra y para vicios ocultos, además de aquellas que también se otorgan durante el proceso licitatorio, como es la garantía de sostenimiento y seriedad de la propuesta.

Aunque dichas garantías ofrecen seguridad jurídica a las dependencias del Gobierno del Distrito Federal en caso de incumplimiento de los contratos de obra pública por parte de las empresas contratistas, en la práctica administrativa se ha observado, que no tienen eficacia dichas garantías, debido a que las áreas operativas encargadas de vigilar que las contratistas den cabal cumplimiento a los contratos de obra pública que celebran con las distintas dependencias del Gobierno del Distrito Federal, no remiten oportunamente la documentación necesaria para iniciar el procedimiento legal correspondiente a fin de hacer efectivas dichas garantías. Ocurre entonces, que cuando las áreas solicitan cobrar las fianzas, éstas ya han prescrito, por lo que solo dejan la posibilidad de reclamar a las contratistas, mediante el procedimiento legal correspondiente.

El procedimiento legal más adecuado para reclamar a una empresa contratista el cumplimiento del contrato o el pago de sanciones u otras prestaciones derivadas del incumplimiento en que hayan incurrido son el procedimiento ordinario civil, el cual una vez iniciado, en muchas ocasiones, como veremos en el desarrollo del presente estudio, regularmente se presenta la siguiente situación: la empresa contratista resulta ser ilocalizable, por lo que el procedimiento se lleva en rebeldía de la demandada y a costa de la dependencia (debido al emplazamiento mediante edictos), y aún y cuando la sentencia definitiva es favorable a la dependencia, resulta demasiado costoso, retardado y a veces imposible, lograr ejecutar la misma.

A fin de que exista un mejor y más seguro manejo de los recursos económicos que las dependencias del Gobierno del Distrito Federal entregan a las empresas contratistas en términos de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal en los contratos de obra pública que celebran, el presente estudio pretende destacar como un medio más para la protección de dichos recursos económicos, el uso de la figura del obligado solidario en los

Contratos de Obra Pública, figura que puede funcionar como un requisito más a cumplir por parte del contratista al momento de celebrar los contratos.

La figura jurídica del obligado solidario, como se analizara en el desarrollo del presente estudio, asegura de una manera más eficaz, la posibilidad de recuperar los adeudos derivados del incumplimiento de los contratos de obra pública, logrando así preservar los recursos económicos del erario público del Gobierno del Distrito Federal.

El trabajo de investigación que se presenta tiende a comprobar la propuesta antes citada, desarrolla la regulación de la obra pública en la Ciudad de México, desde la época prehispánica hasta nuestros días, con la intención de conocer no solo desde el punto de vista histórico dicha figura, sino también su evolución desde el ámbito regulatorio.

La presente investigación también hace referencia a la naturaleza jurídica del contrato de obra pública en relación a los conceptos de contratos y convenios administrativos, obra pública, obligado solidario, garantías y procesos legales, con la finalidad de determinar si dichas figuras se contraponen o si pueden coexistir en un mismo instrumento jurídico (contrato).

De igual manera se analizarán los medios legales existentes en la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, para el cumplimiento de los contratos de obra pública, así como la eficacia de los mismos en la práctica administrativa, para finalmente analizar la inclusión, en los contratos de obra pública y en la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, de la figura del obligado solidario, así como los beneficios que esto traería para la Administración Pública del Distrito Federal y que facilitarían la conclusión de procesos legales y ejecución de sentencias firmes en contra de las empresas contratistas que incurren en algún incumplimiento de los contratos de obra pública y que resultan ser ilocalizables.

La finalidad del presente trabajo de investigación es el de aportar una figura jurídica ya existente en el derecho, que ayude a asegurar el correcto y debido uso de un recurso público que día a día resulta ser más demandado en nuestra Ciudad de México, los recursos económicos destinados a las obras públicas de esta gran urbe. Y si bien es cierto que ya existen dichos medios legales para proteger estos recursos, también es cierto que muchas veces, dichos medios o instrumentos legales pueden fallar y fallan, por lo que

consideramos que nunca serán suficientes los instrumentos legales usados para proteger un recurso tan valioso que se destina para brindar un bienestar, ya sea de manera directa o indirecta, al ente social que le da vida a esta Ciudad de México, motivo por el cual debe considerarse todo proyecto que proponga si no la solución al problema, si por lo menos, que procure disminuir los altos índices de incumplimiento de los contratos de obra pública celebrados en el Distrito Federal por parte de las empresas contratistas.

CAPÍTULO PRIMERO.- MARCO HISTÓRICO Y REGULATORIO.

1.1. El Contrato de Obra Pública en el Distrito Federal y sus distintos Gobiernos.

En la Ciudad de México, y antes de que ésta adoptase una forma de gobierno que le permitiera cierta libertad e independencia del Gobierno Federal en la toma de decisiones político – administrativas, la obra pública se realizaba bajo el auspicio y estricto control del Gobierno Federal a través de un Departamento Administrativo llamado Departamento del Distrito Federal, que formaba parte de la Administración Pública Federal.

Debido a que la designación del Jefe del Departamento del Distrito Federal dependía única y exclusivamente del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, mientras que la regulación y marco jurídico de dicho territorio (la Ciudad de México), dependía de aquellas normas que emanaron del Congreso de la Unión, dicho Departamento Federal aplicó diversas leyes para la obra pública.

La obra pública en la Ciudad de México, se vio ordenada por diversas leyes federales, como la de 1965, llamada Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, la Ley de Obras Públicas de 1980 y finalmente la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas de 1993, misma que si bien, ya reconoce la figura de Gobierno del Distrito Federal, fue aplicada durante el período en que dicha entidad dejó atrás la figura de Departamento Federal, para asemejarse a una Entidad Federativa, pero sin la total libertad política y administrativa de que éstas gozan.

La obra pública en el territorio que ocupa la Ciudad de México, se ha venido desarrollando desde la antigüedad prehispánica, debido a que las obras que beneficiaban a la sociedad en general en la antigua Tenochtitlan, eran ordenadas por los Tlatoanis (monarcas mexicas), quienes decidían que obras se hacían y a cargo de quien quedaba la obligación de realizarlas, tal y como lo señala el Historiador Hira de Gortari Rabiela en su obra, de donde se extrae parte del Informe rendido por Don Antonio Peñafiel que refiere: **“Cuando reinaba el monarca azteca Chimalpopoca, la Nación mexicana dependía del reino de Atzacpotzalco (1410 y 1422), los mexicanos obtuvieron el agua de Chapultepec para**

la población de México, construida ya con cierta solidez y no despreciables edificios; aquel rey pidió por medio de una Embajada, que se le construyera también la cañería de cal y canto; esta exigente demanda provocó la guerra que dio por resultado la primera independencia de aquella valiente raza en el reinado de Itzcohuatl (1422 y 1436). La primera nivelación para conducir el agua a México fue practicada, según añejas tradiciones, por el rey Nezahualcoyotl.”¹

Durante la época colonial, las obras públicas eran irregulares por la falta de recursos públicos; sin embargo, dichas obras corrían a cargo y por cuenta propia del Ayuntamiento de la Ciudad de México, el cual en muchas ocasiones se hacía de los recursos necesarios a través de las limosnas.

De entre las obras que destacan durante esta época, se encuentra el Acueducto de Santa Fé, obra concebida e iniciada por el Virrey Don Martín Enríquez y en la que **“los arcos del acueducto comenzó a construirlos el Marques de Montesclaros (1603 – 1607), quien los dejó adelantados hasta los Descalzos Viejos (San Cosme) y fueron concluidos en 1620 por el Virrey Marqués de Guadalcázar.”**²

Otra gran obra de la época de la Colonia en la Ciudad de México, fue el Acueducto de la Villa de Guadalupe, misma que al ser terminada su arquería, destacaba una inscripción en piedra que indicaba **“Se comenzó esta magnífica conducción a 22 de junio de 1743, en el Reinado del Señor Don Felipe V, y finalizó en el del Señor Don Fernando VI y gobierno del Excmo. D. Juan Francisco de Güemez y Horcacitas, Conde de Revillagigedo, Gentil-hombre de la Cámara de S.M. con entrada, Teniente General de los reales ejércitos, Virey y Gobernador, Capitán General de esta nueva España y presidente de su real Audiencia, siendo tesorero de las limosnas con que fue construida el Lic. D. José de Lizardi y Valle,”**³

¹ De Gortari Rabiela Hira y Regina Hernández Franyuti. Memoria y Encuentros: La Ciudad de México y el Distrito Federal (1824 – 1928). Edit. Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora. México, 1988. t. II. p. 315 – 316.

² De Gortari Rabiela Hira y Regina Hernández Franyuti. Ob, cit. p. 319.

³ *Ibíd*em, p. 320 – 321.

Destaca el monto que tuvo esta gran obra pública, pero sobre todo la fuente de los recursos que fueron destinados para la misma, ya que **“tuvo de costo \$129,000, recogidos casi todo de limosna.”**⁴

Pasada la guerra de independencia, el Gobierno de la Ciudad de México, ya contratava con particulares para la realización de obras públicas, tal es el caso de la demolición de los Acueductos y su sustitución por tubería de hierro que condujo la misma cantidad de agua que corría por dichos acueductos, pero que ahora lo haría vía subterránea. Así, en el año de 1852, se iniciaron las obras de demolición de los Acueductos de la Ciudad de México, mismas que fueron encargadas a particulares, destacando el siguiente hecho, que es compilado por el Historiador Hira de Gortari Rabiela y que fue relatado por José Lorenzo de Cossio en el artículo llamado “Las aguas de la ciudad” publicado en el Boletín de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, y que dice así: **“...El artículo 41 de la Ley de 27 de noviembre de 1867, por la cual el gobierno indultó a la Compañía del Ferrocarril de Veracruz, dándole nueva concesión, dice lo siguiente: “Es obligación de la Compañía del Ferrocarril Mexicano, derrumbar dentro de ocho meses los arcos que sirven de acueducto, desde San Fernando hasta la antigua garita de San Cosme, haciendo suyos los materiales de la demolición y estableciendo tubos de hierro de diámetro competente para que por ello pase la misma cantidad de agua que por el acueducto”.**

De acuerdo con esta disposición se establecieron dos tubos de cincuenta centímetros de diámetro. Entiendo que era representante de la Compañía D. Antonio Escandón y contrató los tubos con Don Antonio Gayol, que tenía establecida una fundición llamada de Los Reyes... Los tubos deberían entregarlo el señor Gayol en la estación Ometusco y así lo hizo por algún tiempo, hasta que la compañía tuvo espedita la vía hasta Veracruz y entonces vio que podía tener tubos más baratos traídos de Inglaterra; opuso cuantas dificultades pudo para poder rescindir el contrato, y al fin acabo por no pagar ni los tubos que tenía, no solo recibidos, sino distribuidos junto a los arcos... Gayol nada pudo intentar en contra de la compañía, y todos vimos muchos años los tubos tirados junto a los arcos,

⁴ Idem.

hasta que en 1879, al tirarse estos se colocaron, y... a Don Antonio Gayol no se los pagó ni la compañía ni el Ayuntamiento que los aprovechó”.⁵

Con ello se evidenciaba la falta de regulación de la obra pública en la Ciudad de México, ya que del hecho relatado se desprende que por ley se ordenó a determinada empresa a realizar una obra pública, que dicha empresa obligada subcontrato a diverso particular, para proveerse del material necesario en la obra, finalmente, el gobierno hizo uso de los bienes adquiridos pero no pagados por la empresa, mientras que el particular y la sociedad fueron perjudicados ante la inseguridad jurídica de este acto; el primero porque nunca le fue pagado su trabajo y la segunda, porque no se beneficio de la obra hasta muchos años después cuando el Ayuntamiento de la Ciudad se decidió a instalar los tubos para sustituir el Acueducto.

En la era Porfiriana, las obras públicas comenzaron a ser más regulares y estables, de hecho fue en esta época que se iniciaron las grandes obras del drenaje y desagüe de la Ciudad de México; sin embargo, todas estas obras eran asignadas a particulares de forma arbitraria, sin que hubiese una norma que regulara la manera en cómo se asignarían las obras y peor aún, sin que existiesen reglas específicas que obligasen a los contratistas particulares al cumplimiento de estos contratos de obra pública.

Una vez transcurrido el período revolucionario por el que atravesó la nación mexicana y que evidentemente se veía reflejado en el espejo político y social que resultó ser la capital del país, sobreviene la era post – revolucionaria con la cual, la Ciudad de México entra en una etapa de prosperidad armoniosa y desarrollo constante, en la que las obras públicas comenzaron a ser uno de los principales motores de desarrollo y modernidad, razón por la cual los recursos económicos destinados a las mismas, resultaron ser objeto de más y mejores herramientas de presupuestación, control, regulación y vigilancia.

Así da comienzo el primer período de desarrollo del Contrato de Obra Pública, que fue aplicado en el Departamento del Distrito Federal, iniciando con la Ley de Inspección de Contratos de Obra Pública de 1965 aplicable en el entonces Departamento del Distrito Federal, donde se destacó la importancia de erradicar la corrupción que, por parte de las autoridades, existía en la asignación de las obras públicas y que concluye con la

⁵ *Ibíd*em, p. 333 – 334.

instrumentación en 1993, de la Ley Federal de Adquisiciones y Obras Públicas, que atendió el establecimiento de los candados legales que impidiesen a los particulares contratistas, realizar actos que perjudicaran el erario público, al incumplir los contratos de obra pública.

El segundo período, se enmarca en el cambio político y de gobierno que experimentó el territorio de la Ciudad de México, en donde se superó la figura jurídica de Departamento del Distrito Federal, para pasar a la figura de Gobierno del Distrito Federal, con mayores libertades de gestión, gobierno, legislación, y determinación político – administrativa, y en donde derivado de dichas libertades, surgieron legislaciones nuevas en todas las materias, por lo que en el año de 1998, comenzó a aplicarse la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, que es la que actualmente rige a los Contratos de Obra Pública que el Gobierno del Distrito Federal celebra con distintas personas.

Debido a que los dos grandes períodos antes señalados contemplan diversas legislaciones que se avocaron a regular la obra pública en la Ciudad de México, resulta necesario no solo desarrollar dichas legislaciones destacando lo más trascendente de cada una de ellas, sino también es indispensable analizarlas desde el contexto político y social en que éstas se originaron, de ahí, que procederemos a detallar dichas legislaciones que rigieron en la Ciudad de México durante la época en la que la administración pública se condujo bajo el esquema de Departamento del Distrito Federal, para después analizar aquellas que rigen desde la figura del Gobierno del Distrito Federal.

1.1.1. Departamento del Distrito Federal.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, determinó en su texto original, las bases de funcionamiento y organización del Distrito Federal, otorgando al Congreso de la Unión facultades para legislar todo lo relativo a éste y a los territorios federales, algunos de los cuales se dividían en municipalidades, con un Ayuntamiento de elección popular a cargo de cada municipalidad; mientras que cada territorio federal, así como el Distrito Federal se encontraban a cargo de un Gobernador designado directamente por el Presidente de la República, quién los nombraba y removía a su más entera libertad.

El 13 de abril de 1917, Venustiano Carranza expidió la Ley de Organización del Distrito y Territorios Federales, la cual regularía aspectos de gobierno, obras y servicios públicos, calidades, facultades y obligaciones del Gobernador y principales colaboradores (Secretario General de Gobierno, Tesorero General, Director General de la Penitenciaría, Inspector General de Policía y Directores Generales de Instrucción Pública y Militar).

Dicha ley estableció la figura de Municipio Libre como la base de división territorial y de organización político – administrativa del Distrito Federal (el cual se conformaba de trece municipalidades), dejando a cargo de los Ayuntamientos las obras y los servicios públicos a nivel local, y dejando al Gobernador del Distrito Federal la supervisión de dichas obras y servicios conforme a la reglamentación vigente en la época y la prestación de aquellos cuyo carácter fuera generalizado.

En el mes de diciembre del año 1928, y con un afán de dotar de mejores bases para la organización política y administrativa al territorio del Distrito Federal, se maneja un cambio de trayectoria del gobierno capitalino, mediante la reforma al artículo 73, fracción VI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con la cual fue suprimido el sistema municipal en el Distrito Federal, encomendándose el gobierno del Distrito Federal al propio Presidente de la República, quien lo ejercería a través del órgano de gobierno denominado Departamento del Distrito Federal.

Dicho Órgano de Gobierno, fue creado por la Ley Orgánica del Distrito y Territorios Federales, misma que fue aprobada por el Congreso de la Unión el 31 de diciembre de 1928 y que entró en vigor en enero de 1929.

Ahora bien, las facultades de decisión y de ejecución fueron encomendadas al Jefe del Departamento del Distrito Federal, quien se hizo cargo de las obras y los servicios públicos de la Ciudad de México. Dicho Jefe de Departamento del Distrito Federal era nombrado y removido libremente por el Presidente de la República.

Aun y cuando se hace uso indistinto de las palabras “Ciudad de México” y “Departamento del Distrito Federal” para el mismo territorio, es importante destacar que en aquel entonces y hasta antes de 1970, la Ciudad de México solo era una parte del Departamento del Distrito Federal; ya que la Ciudad de México o Departamento Central,

se conformaba de cuatro municipalidades (México, Tacuba, Tacubaya y Mixcoac), mientras que el resto del Departamento del Distrito Federal se conformaba por trece delegaciones (Guadalupe Hidalgo, Azcapotzalco, Iztacalco, Coyoacán, General Anaya, San Ángel, Magdalena Contreras, Cuajimalpa, Tlalpan, Xochimilco, Milpa Alta, Ixtapalapa y Tláhuac), tal y como lo señalaban los artículos tercero y cuarto de la Ley en comento.

La trascendencia de la Ley Orgánica del Distrito y Territorios Federales de 1928, radica en el sentido de que, por vez primera, se logró identificar al gobierno administrativo del Distrito Federal como una dependencia federal, es decir, adquirió la figura de un Departamento Administrativo de la Administración Pública Federal, misma que conservó durante el proceso de crecimiento de la ciudad, que en aquel entonces apenas alcanzaba el millón de habitantes.

En el año de 1941, precisamente el día 31 de diciembre, se expidió la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, Reglamentaria de la Base Primera, Fracción VI, del Artículo 73 Constitucional, la cual para ser acorde a las necesidades políticas, económicas y sociales de la capital del país (la población era ya de un millón y medio), consideró delimitar los órganos encargados de las funciones básicas del gobierno de la entidad (legislativa, judicial y ejecutiva local).

Así, se señaló que el ejercicio del Gobierno del Distrito Federal, recaía en el Presidente de la República, quien lo ejercería a través del Jefe del Departamento del Distrito Federal, quien a su vez se auxiliaría de un Consejo Consultivo, Delegados, Subdelegados y demás funcionarios; la función legislativa del Distrito Federal que seguiría recayendo en el Congreso de la Unión y; el poder judicial local se seguiría rigiéndose conforme a la base cuarta de la fracción VI del artículo 73 constitucional.

Destaca el artículo Octavo de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal citada, mismo que indicaba:

“Para los efectos de esta ley, el Distrito Federal se divide:

A.- En la Ciudad de México, y

B.- En las delegaciones que serán: Villa Gustavo A. Madero, Azcapotzalco, Iztacalco, Coyoacán, Villa Álvaro Obregón, La Magdalena Contreras, Cuajimalpa, Tlalpan, Ixtapalapa, Xochimilco, Milpa Alta y Tláhuac.”

Es decir, la Ciudad de México, continuaba siendo solo una parte del actual Distrito Federal (solo comprendía los actuales territorios de las demarcaciones políticas correspondientes a Miguel Hidalgo, Benito Juárez, Cuauhtémoc y Venustiano Carranza), mientras que el resto del Departamento del Distrito Federal se conformaba de doce Delegaciones.

Las funciones o atribuciones del Departamento del Distrito Federal se dividieron en los siguientes rubros: servicios públicos, acción política y gubernativa, hacendaria, acción cívica, expedición de reglamentos, circulares o acuerdos que tiendan a mejorar la comunidad, aspecto urbano y, expropiaciones por causa de utilidad pública.

Dentro de la nueva estructura administrativa del Departamento del Distrito Federal, destacó la creación de la Dirección de Obras Públicas, a la que, conforme a lo señalado por el artículo trigésimo octavo de la ley comentada, le correspondía lo siguiente:

- “ I.- La planificación.**
- II.- La zonificación.**
- III.- La inspección de construcciones.**
- IV.- La urbanización.**
- V.- Los pavimentos.**
- VI.- El alumbrado.**
- VII.- Los parques y Jardines.**
- VIII.- La construcción y conservación de bienes inmuebles del Distrito Federal.**
- IX.- Las vías públicas.**
- X.- Las obras y los servicios coordinados con la Federación y con los Estados limítrofes.”**

Es importante destacar que dicha Ley Orgánica se mantuvo vigente solo hasta el año de 1970, ya que en diciembre de ese año, fue presentado ante la Cámara de Diputados, por las Comisiones Unidas del Departamento del Distrito Federal y de Estudios Legislativos, un nuevo proyecto de Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal.

Las causas que motivaron, la creación de dicho proyecto fueron simples, en 1970 la población capitalina era mayor a seis millones de habitantes, lo que aceleró el crecimiento urbano y por ello la necesidad de una extensión de obras y trabajos de la administración pública, así como la dotación de nuevos y mejores servicios públicos, y la ampliación de los ya existentes.

Teniendo por finalidad una mayor agilidad y eficacia de las actividades que desarrollaba el Departamento del Distrito Federal, se consideró que esta iniciativa de ley enfatizaría **"la desconcentración de servicios por cuanto que concede a los Delegados, en coordinación con las direcciones del Departamento del Distrito Federal, funciones ejecutivas que les han de permitir, además de responsabilizarse en todos los servicios públicos de su competencia, la realización de las obras que se requieran a fin de mejorar los niveles de la población."**⁶

Este nuevo proyecto de ley determinó identificar al Distrito Federal de manera indistinta como Ciudad de México creando cuatro delegaciones más para quedar como actualmente se encuentra dividida esta entidad, ya que su artículo décimo señalaba:

"El Distrito Federal o Ciudad de México se divide, para los efectos de esta ley y de acuerdo a sus características Geográficas, Históricas, Demográficas, Sociales y Económicas, en 16 Delegaciones..."

Entre las atribuciones que otorga esta nueva ley al entonces Departamento del Distrito Federal se encuentran las de proyectar y ejecutar las obras necesarias para la prestación de los servicios públicos no concesionados y supervisar aquellas obras que deban realizarse para la prestación de servicios públicos concesionados; proyectar y ejecutar la infraestructura para el desarrollo y; proyectar y ejecutar obras de planificación sujetándose a las normas que se expidan sobre planeación urbana.

Esta ley también establece como atribución de los delegados, la de construir en la delegación respectiva las obras que ordene el Jefe del Departamento del Distrito Federal.

Cabe destacar que en la conformación de las dependencias del Distrito Federal se sigue considerando en esta ley de 1970, a la Dirección General de Obras Públicas.

Debido a la importancia y trascendencia que adquirirían las obras públicas en el Distrito Federal, en 1972 se reformó la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, para crear dos Secretarías más, la Secretaría de Gobierno y la Secretaría de Obras y Servicios.

⁶ Exposición de Motivos de la Cámara de Diputados. Diciembre 26, 1970. p. 9.

En el año de 1982, la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal sufrió cambios en su estructura orgánica y funcional, por lo que la Secretaría General de Obras y Servicios, pasó a ser Secretaría General de Obras, misma que coordinó las Direcciones Generales de Construcción y Operación Hidráulica, de Obras Públicas y Vivienda y, de Programación y Supervisión de Obras.

A partir de 1987 y derivado de la reforma constitucional a la Fracción VI, del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Departamento del Distrito Federal contó con una Asamblea de Representantes, creada en ese mismo año; sin embargo dicho órgano no era un órgano legislativo, sino únicamente de representación ciudadana, integrado por 40 representantes electos según el principio de votación mayoritaria relativa, mediante el sistema de distritos electorales uninominales, y por 26 representantes electos según el principio de representación proporcional, mediante el sistema de listas votadas en una circunscripción plurinominal.

Dicha Asamblea, solo podía dictar bandos, ordenanzas y reglamentos de policía y buen gobierno, a efecto de atender las necesidades que se manifestaran entre la población del Distrito Federal en materia de servicios; también aprobaba los nombramientos de magistrados del Tribunal Superior de Justicia y podía iniciar ante el Congreso de la Unión, leyes o decretos en materia relativa al Distrito Federal.

Es de resaltar que el Congreso de la Unión en el año de 1965 había expedido la primer Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, de aplicación federal y por ende aplicada en el Departamento del Distrito Federal. De dicha manera, se inicio la reglamentación de los contratos de obra pública en la Ciudad de México.

Ante la necesidad de tener un mejor control, no solo de los recursos económicos destinados a las obras públicas, sino también de las obras en sí (su asignación, ejecución y terminación), y ante la falta de inspección y control en dicho rubro de la administración pública, y para evitar la corrupción en la misma, se determinó en 1965, la creación de una ley federal que pudiese controlar y destinar de la mejor forma posible los recursos económicos que se invierten en obras públicas.

La Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, tenía como tarea primordial, una correcta administración de los fondos públicos destinados a obra pública y, una ejecución

precisa, rápida, eficiente y vigilada de éstas, con la finalidad de abatir costos y obtener una mayor eficiencia en las obras públicas, lo que debía traducirse en la satisfacción de las necesidades colectivas de la población mexicana.

Dicha tarea, se ejercería bajo lineamientos que tendiesen a institucionalizar la honestidad y la capacidad teórica y práctica de las entidades públicas, por lo que a través de dicha ley se unificarían bases y normas de contratación, abatiendo costos y mejorando la realización de las obras.

También se regularía la vigilancia para el debido cumplimiento de los contratos, especialmente las cláusulas que se refieran a calidad de los materiales empleados, tiempo de ejecución de obras y sobre todo el ajuste, en todo momento, de las empresas contratistas a los presupuestos ya formulados.

La vigilancia de los contratos para las obras públicas, resultó ser un tema trascendental, debido a que hasta antes de esta Ley, era la Secretaría del Patrimonio Nacional, la que se encargaba de vigilar las obras realizadas por las Secretarías de Estado, el Departamento del Distrito Federal y parcialmente algunos organismos públicos descentralizados y algunas empresas de participación estatal, mientras que con esta nueva ley, se ampliaba el radio de vigilancia a todos esos organismos y empresas, marcándoles en todo momento los criterios que debían observar para fijar los precios unitarios de los conceptos de trabajo y las normas bajo las cuales se realizarían las subastas de las obras.

De acuerdo a lo anterior, la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de enero de 1966. En su artículo primero, señalaba el ámbito de su competencia, a saber:

“Artículo 1.- La intervención en los contratos relativos a las obras de construcción, instalación, conservación, reparación y demolición de bienes inmuebles, así como la inspección y vigilancia de esas obras que lleven a cabo las Secretarías y Departamentos de Estado, el Departamento del Distrito Federal, los Gobiernos de los Territorios Federales, los organismos públicos y las empresas de participación estatal, se regirán por las disposiciones de esta ley.”

De igual manera en el tercer párrafo del mismo artículo se señalaba:

“Las Secretarías del Patrimonio Nacional y la de la Presidencia intervendrán conjuntamente en los actos y contratos relacionados con las obras de construcción, instalación y reparación que se realicen por cuenta del Gobierno Federal, de los Territorios Federales y del Departamento del Distrito Federal y vigilarán la ejecución de los mismos en los términos de la presente ley, coordinando su intervención en los casos no previstos por la misma”

Por lo tanto, esta ley resulto de observación obligatoria en el Distrito Federal a partir del año 1966, y aplicable a toda obra pública que se pretendiese realizar en su territorio.

Las personas físicas o morales que desearan ser contratistas del Departamento del Distrito Federal, debían estar inscritas en el Padrón de Contratistas del Gobierno Federal que tenía a su cargo la Secretaría del Patrimonio Nacional. Pero para poder inscribirse en dicho Padrón, se debía acreditar capacidad técnica y financiera, (en caso de ser persona moral, exhibir copia certificada de la escritura constitutiva), comprobar ser miembro de alguna Cámara de Industria, Inscripción en el Registro Federal de Causantes, Afiliación al Instituto Mexicano del Seguro Social y, pagar cuota de inscripción al Padrón.

Dichos requisitos se señalaban en el artículo sexto de la Ley en comento, mientras que para los contratos de obra pública, las dependencias, (incluido el Departamento del Distrito Federal), debían en todo momento observar lo señalado en la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, sin embargo no existía en dicha ley, artículo alguno que mencionase los requisitos mínimos que debía contener un contrato de obra pública, ya que solo se limitaba a señalar que dichos contratos debían celebrarse en base a los precios unitarios, todo lo relativo a las estimaciones de obra ejecutada, la dependencia que ejercería la supervisión de la obra, el importe que los contratistas deberían cubrir en cada estimación de trabajo por concepto de derechos por el servicio de inspección y vigilancia, y la obligación de éste de responder por defectos, vicios ocultos, o cualquier otra responsabilidad en que hubiese incurrido en la obra (artículos 10, 23, 25, 29 y 35 de la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas).

Debido a que, **“las normas sobre los contratos de obras públicas, estuvieron dispersas y no se regularon con metodología, la Ley de Inspección de Contratos y**

Obras Públicas (Diario Oficial de 4 de enero de 1966)⁷ resultó no ser clara por lo que debió ser abrogada en el año de 1980.

En 1980, fue publicada la nueva Ley de Obras Públicas, misma que abrogó la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, incorporando temas novedosos en la regulación de los contratos de dicha materia.

En el Diario de los Debates de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, de fecha 10 de diciembre de 1980, consta en la exposición de motivos de presentación de esta iniciativa de ley, la necesidad imperiosa de una regulación más estricta y actualizada de las actividades relacionadas con las obras públicas, para con ello lograr **“una administración eficiente orientada a la consecución de objetivos y metas, ante la necesidad de planear las acciones públicas con arreglo a las prioridades que impone el desarrollo económico y social y a las necesidades cuya satisfacción demanda el país, así como la de programar adecuadamente el gasto público en función de tales prioridades y necesidades, con la finalidad de racionalizar la aplicación de los recursos con que contamos y de obtener de ellos su óptimo aprovechamiento”**.⁸

Ante la necesidad de promover un gobierno más eficiente, preocupado por el bienestar social y económico de la población, así como del cuidado de los recursos no solo naturales sino también financieros que son destinados a las obras públicas, se hizo necesaria la creación de esta ley que incidiera en la reorganización del aparato administrativo y de la administración del gasto y financiamiento públicos.

Para la década de los años ochentas, los recursos destinados a las obras públicas ya representaban un volumen de magnitud considerable en relación al monto total del Presupuesto Anual de Egresos, tanto de la Federación como del Departamento del Distrito Federal. En dichas condiciones, la regulación de las inversiones relativas, así como de los medios a través de los cuales se materializaban, adquirieron una importancia trascendental por el impacto que dichas inversiones representaban para la economía del país. Su planeación, programación y presupuestación, así como las demás acciones

⁷ Acosta Romero, Miguel. Segundo Curso de Derecho Administrativo. 2ª Edición. Edit. Porrúa. México, 1993. p. 636.

⁸ Exposición de Motivos de la Cámara de Diputados. Diciembre 11, 1980. p. 5.

relacionadas con la obra pública, resultaron ser tareas preponderantes por sus efectos sociales, al igual que las de vigilancia y autorización del ejercicio del gasto público.

Esta nueva ley planteó **“un esquema normativo que permitiría imprimir uniformidad y congruencia entre las fases de planeación, programación, presupuestación, ejecución, conservación, mantenimiento, demolición y control de la obra pública, sin que los procedimientos que lo integran se conviertan en inhibitorios del ejercicio de las funciones de cada una de las dependencias y entidades que deban sujetarse a las disposiciones de la ley”**⁹.

Con dicha ley se buscaba una nueva **“política de corresponsabilidad en el ejercicio del gasto público, en lo que se refiere a las erogaciones que por concepto de inversiones para obra pública realizan las propias dependencias y entidades”**¹⁰.

De igual manera, **“se previó la institucionalización de la política de liberalización en el cumplimiento de los requisitos y modalidades previas a la iniciación de las obras y a la celebración de los contratos”**¹¹, buscando en efecto, procedimientos ágiles y flexibles que coadyuvaran a la superación de trabas administrativas para la contratación e inicio de obra.

Una novedad de esta ley, fue que al ser declarada como de orden público, a fin de que la administración pudiera actuar, cuando ello fuera necesario y en beneficio general o de la economía nacional, y tomando en cuenta que la mayor parte de las obras públicas se realizan mediante contrato, mismo que bajo circunstancias normales, se regulaba por la legislación común. Esto traía como consecuencia que los entes públicos quedaran sujetos al régimen de derecho privado que no solamente no es compatible con la naturaleza de éstos, sino que además los inhibe para la cabal realización de los fines y funciones que les son propios y distintos a los de los particulares, debido a ello dio cierta protección a los intereses de la administración pública.

También fue considerada como de orden público, debido a la preservación del interés social, en atención a que las obras públicas debían proyectarse con la finalidad

⁹ Ibídem. p. 6.

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

fundamental de proveer a la población de mínimos de bienestar para satisfacer las crecientes demandas de bienes y servicios.

Otra novedad de esta ley, fue prever que los bienes muebles que se consideraran en las obras, serían partes integrantes de éstas, en la inteligencia de que las adquisiciones correspondientes se registrarían por la ley de la materia.

Resaltan entre todas las nuevas disposiciones, aquellas que tenían el propósito de que las dependencias y entidades observaran normas generales y uniformes en cada una de las etapas del proceso, e incluyeran previamente a su ejecución, los elementos, especificaciones y demás requisitos que deberían reunir.

Con la finalidad de tener un mayor control sobre las Empresas Contratistas de Obras Públicas se regulo el Padrón de Contratistas de Obras Públicas, en donde las empresas se encontrarían clasificadas conforme a especialidad, capacidad técnica y económica, así como de su ubicación en el país.

De igual manera, con esta nueva ley se clarificaron las disposiciones relativas a los procedimientos de adjudicación de las obras, a efecto de reproducir los propósitos de legalidad, publicidad y transparencia que postula la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 134. También se establecieron prohibiciones y limitaciones para la celebración de contratos, buscando así, mejorar la calidad de los trabajos y las condiciones de ejecución de la obra, así como evitar la intervención de intereses particulares que lesionen el interés general.

Se introdujeron los contratos a precio alzado y, una innovación más, la posibilidad de que las dependencias y entidades puedan modificar los contratos cuando ello no implique alteraciones de más de un 20% en el plazo o monto, ni variaciones sustanciales al proyecto, con el propósito de que exista flexibilidad para el caso de que las condiciones pactadas originalmente se vean afectadas por causas supervenientes. También se dio la facultad a las dependencias y entidades para que puedan suspender por causa justificada o rescindir administrativamente los contratos por razones de interés general o por contravenir las disposiciones de la ley, las que de ella se deriven, o los términos del contrato, lo cual dotó a la administración pública de la facultad de actuar con mayor

oportunidad y eficiencia, cuando las circunstancias hiciesen patente la necesidad de salvaguardar el interés público o de evitar su detrimento.

También se previó que los contratos que se celebrasen en base a esta Ley, serían considerados de derecho público, a fin de permitir **“que la administración pública pueda contratar bajo condiciones y términos más propios de su naturaleza jurídica, y exista, asimismo, la posibilidad de que se hagan estipulaciones exorbitantes del derecho privado, necesarias a los fines de la función pública e inherentes al adecuado cumplimiento de ésta”**¹².

Finalmente esta nueva Ley, estableció sanciones de carácter administrativo y pecuniario para aquellos servidores y funcionarios públicos que teniendo a su cargo, la vigilancia y observancia de esta ley, no lo hicieren. Mientras que para los particulares se reglamentó el recurso administrativo a través del cual, pudiesen defenderse y preservar sus intereses jurídicos individuales, para el caso de que la aplicación de esta Ley les afectase.

Es de vital importancia resaltar, que si bien es cierto, se reordenó el Padrón de Contratistas de Obras Públicas, con ello no se aseguró que las empresas cumplieran con sus obligaciones contractuales, sin embargo, quedaron un poco más sometidas con la innovación del artículo 50 de esta Ley, que a la letra estableció:

“Artículo 50.- Los contratos que con base en la presente Ley, celebren las dependencias y entidades, se considerarán de derecho público.”

Así, a las empresas contratistas se les exigieron más obligaciones, sometiéndolas a las excesivas garantías y sanciones contenidas en el contrato, a lo que fueron obligadas en virtud de la firma de contratos de obra pública, sin poder apelar por ello, a las reglas del derecho civil.

Cabe destacar, que al parecer la preocupación del legislador, continuó siendo la corrupción que impera por parte de las autoridades en la adjudicación de obras públicas, sin prestar suficiente atención a los posibles incumplimientos en que pudiesen incurrir las empresas contratistas, o peor aún, de los fraudes que éstas pudiesen cometer con este

¹² Ibídem, p. 9.

tipo de contratos, al no encontrarse suficientemente protegidos contra dichos actos de los contratistas.

1.1.1.1. Ley de Adquisiciones y Obras Públicas de 1993.

En diciembre de 1993, se decretó la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, misma que entró en vigor el día 1 de enero de 1994, y que aplicó en materia de obra pública para el Distrito Federal hasta el año de 1998.

Se señalan las garantías que los contratistas deben presentar, tanto en el procedimiento para adjudicar el contrato a través de licitación pública como en los contratos de obra pública. En el artículo 38 se menciona que los contratistas deben garantizar la seriedad de las proposiciones en los procedimientos de licitación, también los anticipos que reciban y con mayor razón el cumplimiento de los contratos.

Destaca la inclusión de los requisitos mínimos que deben contener los contratos de obra pública, entre ellos, las garantías para la correcta utilización de los anticipos otorgados y el cumplimiento del contrato.

Esta Ley, ofreció un avance en cuanto al aseguramiento del cumplimiento del contrato de obra pública por parte de la empresa contratista, ya que los candados legales (garantías), pretendieron ser medios eficaces, si no para evitar fraudes e incumplimientos a los contratos de obra pública por parte de los particulares contratistas, sí para recuperar los recursos financieros otorgados por concepto de anticipo a éstas, al momento de que incumpliesen los contratos de obra pública.

La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas es el inicio del establecimiento de reglas claras y novedosas, para las personas morales que desean participar en la Obra Pública de la Ciudad de México, de manera que en su artículo 61 señala los requisitos que como mínimo deben contener los Contratos de Obra Pública.

Precepto legal invocado, que establece:

“Artículo 61.- Los contratos de obra pública contendrán, como mínimo, las declaraciones y estipulaciones referentes a:

- I. La autorización de la inversión para cubrir el compromiso derivado del contratos;**
- II. El precio a pagar por los trabajos objeto del contrato;**
- III. La fecha de iniciación y terminación de los trabajos;**
- IV. Porcentajes, número y fechas de las exhibiciones y amortización de los anticipos para inicio de los trabajos y para compra o producción de los materiales;**
- V. Forma y términos de garantizar la correcta inversión de los anticipos y el cumplimiento del contrato;**
- VI. Plazos, forma y lugar de pago de las estimaciones de trabajos ejecutados, así como de los ajustes de costos;**
- VII. Montos de las penas convencionales;**
- VIII. Forma en que el contratista, en su caso, reintegrará las cantidades que, en cualquier forma, hubiere recibido en exceso para la contratación o durante la ejecución de la obra, para lo cual se utilizará el procedimiento establecido en el segundo párrafo del artículo 69;**
- IX. Procedimiento de ajuste de costos que deberá ser determinado desde las bases de la licitación por la dependencia o entidad, el cual deberá regir durante la vigencia del contrato;**
- X. La descripción pormenorizada de la obra que se deba ejecutar, debiendo acompañar, como parte integrante del contrato, los proyectos, planos, especificaciones, programas y presupuestos correspondientes, y**
- XI. En su caso, los procedimientos mediante los cuales las partes, entre sí, resolverán controversias futuras y previsibles que pudieren versar sobre problemas específicos de carácter técnico y administrativo.”**

Estos requisitos, permiten establecer en dichos contratos las figuras tendientes a garantizar el cumplimiento del contrato o bien la correcta inversión del anticipo otorgado a las empresas contratistas. Con ello se asegura el cumplimiento de las obligaciones de los contratistas.

De igual manera se clarificó aún más, todo el procedimiento de licitación, así como los distintos tipos de procedimientos para la asignación de los contratos y sus respectivas excepciones; las diversas clases de obra pública y las causas de terminación de los contratos.

Esta Ley fue aplicada para todos los contratos de obra pública celebrados en la Ciudad de México, durante el proceso de conversión de Departamento del Distrito Federal a Gobierno del Distrito Federal, por lo que fue aplicada en dicho territorio hasta que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal expidió la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal en el año de 1998, y que entró en vigor a partir del 30 de diciembre de 1998.

1.1.2. Gobierno del Distrito Federal.

Ante la creciente democratización y participación política y social de la ciudadanía de la capital, se inició un proceso de cambio que exigía para el Distrito Federal, una nueva vida jurídica, política e histórica en donde sus ciudadanos gozarán de una mayor participación en las decisiones políticas que atañen a la Ciudad de México.

Para ello, la Cámara de Diputados aprobó el día 21 de octubre de 1993, un decreto por el cual se reformó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dicho decreto fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 25 del mismo mes, entrando en vigor el día 25 de noviembre de ese mismo año.

Las reformas constitucionales comprendían a los artículos 31, 44, 73, 74, 79, 104, 105, 107 y 122 , así como la denominación del Título V, adición de una fracción IX al artículo 76 y un primer párrafo al 199, además se derogó la fracción XVII del artículo 89 de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Actualmente, todos estos artículos, y en especial el artículo 122, dan vida jurídica al Gobierno del Distrito Federal.

El artículo 31 constitucional señala en su fracción IV que entre las obligaciones de los mexicanos se encuentra la de contribuir para los gastos públicos no solo federales, estatales y municipales, sino también a los gastos públicos del Distrito Federal, para aquellos que vivan en dicho territorio.

Por lo que hace al artículo 44 constitucional, la Ciudad de México es reconocida como el Distrito Federal, que es sede de los Poderes de la Unión y Capital de los Estados Unidos

Mexicanos. También refiere lo que sucedería con dicho territorio en caso de que los Poderes de la Unión se trasladaran a otro lugar, ya que de ser así se convertiría en el Estado del Valle de México.

Respecto del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su fracción VI, señalaba como facultad del Congreso de la Unión, la de expedir el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, así como la facultad de legislar en todo lo relativo al Distrito Federal, excepto en aquellas materias que expresamente estén conferidas a la Asamblea de Representantes. Actualmente dicha fracción se encuentra derogada, en atención a que el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal ya fue decretado por dicho Congreso. Sin embargo y por lo que hace a la fracción VIII, el Congreso tiene la facultad para aprobar año con año, los montos de endeudamiento que requiera el Gobierno del Distrito Federal y las entidades de su sector público.

De igual manera se adiciono la fracción IX del artículo 76 constitucional, mismo que se refiere a las facultades exclusivas del Senado, por lo que solo esta Cámara puede nombrar o remover al Jefe de Gobierno del Distrito Federal, en los supuestos que enmarca la propia Carta Magna.

Esta reforma constitucional del 25 de octubre de 1993, encuentra en el artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, su más grande expresión de proceso de cambio de la estructura del Distrito Federal, reforma que se encuentra vigente y que determina que el Gobierno del Distrito Federal se encuentra a cargo de los Poderes de la Unión, los cuales lo ejercerán por sí y a través de los órganos de gobierno del Distrito Federal representativos y democráticos, que establezca la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Señala también este artículo constitucional que el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal determinará y distribuirá las atribuciones de los Poderes de la Unión en materia del Distrito Federal, y de los órganos de gobierno de Distrito Federal, mismos que son el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, la Asamblea Legislativa y el Tribunal Superior de Justicia.

Por lo que el Congreso de la Unión conserva para sí, legislar para el Distrito Federal, en todo aquello que no se le haya conferido expresamente a la Asamblea Legislativa del

Distrito Federal, legislar en materia de deuda pública del Distrito Federal, expedir el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.

De esta forma se expidió el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal el 22 de julio de 1994, tomando en cuenta el artículo 122 constitucional, que es el que da las Bases sobre las cuales debe sujetarse dicho Estatuto, destacando que en general es la ley principal en la que se prevé la Base Primera, fracción V, apartado j) que señala que es facultad de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal legislar en materia de adquisiciones y obra pública, esta última, materia sobre la que versa el presente trabajo.

El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal es, en términos singulares, una constitución local para que la sede conjunta del gobierno federal y del nuevo gobierno local impliquen la supervivencia y el mejor funcionamiento del Distrito Federal. Es un documento complejo, novedoso e inédito en nuestro país, tanto en su naturaleza jurídica como en su contenido.

El motivo principal para la creación del Estatuto, fue la de conformar un documento en donde se distribuyeran de forma adecuada las competencias del Gobierno del Distrito Federal, entre los poderes federales y locales, logrando así una regulación ordenada de las complejas relaciones entre estos entes.

El Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, establece en su primer artículo que sus normas son de orden público y de interés general, y que constituyen la norma fundamental en la cual se organiza y basa el gobierno del Distrito Federal. Mientras que en su artículo 42, fracción XIV, otorga a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal la facultad de legislar en materia de adquisiciones y obras públicas.

Resulta importante mencionar que el Jefe de Gobierno puede delegar en los Jefes Delegacionales, la realización o contratación de obras de impacto en el interior de una Delegación, sin embargo por regla general, corresponde a los órganos centrales de la administración pública del Distrito Federal, las funciones de administración, planeación y ejecución de obras, prestación de servicios públicos, y en general actos de gobierno que incidan, se realicen o se relacionen con el conjunto de la Ciudad o tengan impacto en dos o más Delegaciones; todo lo anterior previsto en el artículo 115 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.

El artículo 116 del Estatuto, menciona que las atribuciones señaladas en el párrafo anterior también pueden ser encomendadas a órganos desconcentrados, a efecto de lograr una administración eficiente, ágil y oportuna, basada en principios de simplificación, transparencia y racionalidad.

Por otra parte el artículo 117 del referido Estatuto, indica que entre las atribuciones que corresponden a los Jefes Delegacionales, se encuentra la de prestar los servicios públicos y realizar obras, atribuidos por la Ley, y dentro del marco de las asignaciones presupuestales, así como también la de participar en la prestación de servicios o realización de obras con otras Delegaciones y con el Gobierno del Distrito Federal.

Junto con el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, en la misma fecha, la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, misma que en su artículo 5, indica que el Jefe de Gobierno del Distrito Federal se auxiliará de una Procuraduría General de Justicia, una Oficialía Mayor, una Contraloría General, una Consejería Jurídica y de Servicios Legales y doce Secretarías, de entre las que es de mencionar a la Secretaría de Obras y Servicios, la cual tiene a su cargo el despacho de las materias relativas a la normatividad de obras públicas y servicios urbanos, en específico se le atribuyen, los proyectos, construcción y operación de las obras hidráulicas, los proyectos y construcción de las obras del Sistema de Transporte Colectivo y la planeación y ejecución de obras públicas de impacto en más de una demarcación territorial o de alta especialidad técnica.

Esta Secretaría le corresponde también vigilar y evaluar la contratación, ejecución y liquidación de las obras y servicios de su competencia. En coordinación con las dependencias que corresponda, deberá expedir las bases a que deberán sujetarse los concursos para la ejecución de obras a su cargo, así como adjudicarlas, cancelarlas y vigilar el cumplimiento de los contratos que celebre. Deberá dictar las políticas generales sobre construcción y conservación de las obras públicas, así como las relativas a los programas de remodelación urbana en el Distrito Federal. En aquellas obras públicas que correspondan al desarrollo y equipamiento urbanos, y que no sean competencia de otra Secretaría o de las Delegaciones, la Secretaría de Obras y Servicios podrá construirlas, mantenerlas y operarlas, en su caso, directamente o por adjudicación a particulares. En conjunto con la Delegación correspondiente, conformará comisiones para formular,

coordinar y operar los programas de obras de construcción, conservación y mantenimiento de la red hidráulica, drenaje y alcantarillado del Distrito Federal. De igual manera esta Secretaría deberá supervisar la construcción, conservación, mantenimiento, operación y administración de las obras de agua potable y alcantarillado.

1.1.2.1. Ley de Obras Públicas del Distrito Federal de 1998.

Como ya se indicó en párrafos anteriores, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas de 1993 con vigencia a partir del 1 de enero de 1994, fue aplicada en el Distrito Federal durante el período de transición que vivió la Ciudad de México, para dejar atrás la figura de Departamento Administrativo Federal. Fue hasta el año de 1998 cuando la Asamblea Legislativa del Distrito Federal tuvo a bien, decretar una legislación que fuera aplicable a la obra pública realizada en la capital. Así, creó la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, que fue publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 29 de diciembre de 1998 y entró en vigor un día después, es decir, el 30 de diciembre del mismo año.

La iniciativa de ley, fue presentada por el ejecutivo local, el día 23 de abril de 1998 a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, misma que en sesión plenaria de la misma fecha, turnó la iniciativa a las Comisiones de Administración Pública Local y de Uso y Aprovechamiento de Bienes y Servicios Públicos.

Dichas Comisiones, ante la importancia que revestía una iniciativa de ley de tal envergadura, solicitaron diversas reuniones de trabajo, como la celebrada el 21 de mayo de 1998 con el Secretario de Obras y Servicios, para conocer el contenido de dicha iniciativa, o la reunión de trabajo celebrada el 8 de junio de 1998, entre el pleno de ambas comisiones con representantes de los siguientes colegios y organismos: Colegio de Ingenieros Civiles de México, Colegio de Arquitectos de la Ciudad de México, Colegio Nacional de Ingenieros Arquitectos de México, Colegio de Ingenieros Mecánicos y Electricistas, Colegio de Ingenieros Militares, Colegio de Ingenieros Municipales; Cámara Mexicana de la Industria de la Construcción y Cámara Nacional de Empresas de Consultoría, conociendo así diversos puntos de vista de los profesionales del ramo y posiciones de Diputados integrantes de las Comisiones Unidas.

Con fecha 8 de Julio de 1998, el Colegio de Ingenieros Civiles de México, la Cámara Mexicana de la Industria de la Construcción, la Sociedad Mexicana de Arquitectos y la Cámara Nacional de Empresas de Consultoría enviaron a los Presidentes de las Comisiones Unidas ya señaladas, en forma conjunta, un documento en el que vertieron sus comentarios acerca de la Iniciativa de ley indicada.

Las Comisiones se reunieron para dictaminar la Iniciativa en comento el 12 de octubre de 1998. Una vez que la mencionada Iniciativa fue amplia y libremente discutida, las Comisiones involucradas aprobaron un dictamen que sometieron a la consideración de la H. Asamblea Legislativa del Distrito Federal I Legislatura, el día 20 de octubre de 1998, y en donde las consideraciones que tomó la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, para discutir y en su caso aprobar esta ley, fueron las siguientes:

“I.- Que en la Iniciativa que hoy se dictamina, se hace referencia a la necesidad de contar con ordenamientos legales acordes con el actual marco de organización y de atribuciones de la Administración Pública del Distrito Federal, así como con el régimen democrático sobre el cual se sustenta su actuación.

II.- Que al contar el Distrito Federal con una nueva realidad y características, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas de 1993 -de carácter federal- no responde más a las necesidades y expectativas sociales de una Ciudad de México cada vez más pujante y demandante de normas claras que regulen su actuar económico; antes, al contrario, crea grandes problemas de interpretación, obstaculizando en ocasiones el logro de procesos más claros; transparentes y equitativos en la planeación, programación, presupuestación, ejecución, control y evaluación de la obra pública que realizan las Dependencias, Entidades y Órganos Desconcentrados de la Administración Pública del Distrito Federal y de la participación que corresponde en este rubro al sector privado.

III.- Que resulta igualmente necesario que el nuevo ordenamiento legal fomente la actividad constructiva y permita la ejecución de las obras del Distrito Federal con un alto sentido de optimización de recursos; una amplia intervención de participantes para dar oportunidad a la generación de opciones; una apertura al desarrollo y aprovechamiento del ingenio de los profesionales y al establecimiento de condicionantes de igualdad para licitantes, a modo de propiciar que las obras

cumplan en tiempo y costo con los fines, objetivos y metas para las que se programan, proyectan y presupuestan.

IV.- Que es pertinente conseguir las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad para el Gobierno del Distrito Federal en las adquisiciones, arrendamientos y servicios que contrate, así como agilizar y optimizar los trámites y los pagos para los proveedores.

V.- Que es deseable y necesario un marco legal que fomente la actividad constructiva y que permita la ejecución de las obras del Distrito Federal con un sentido de optimización de recursos; una amplia intervención de participantes para dar oportunidad a la generación de opciones; una apertura al desarrollo y aprovechamiento del ingenio de los profesionales y al establecimiento de condicionantes de igualdad para licitantes, a modo de propiciar que las obras cumplan en tiempo y costo con los fines, objetivos y metas para las que se programan, proyectan y presupuestan.

VI.- Que, después de haber enriquecido la Iniciativa de Ley con las aportaciones y opiniones de diversos Diputados Locales, de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal, así como de los colegios y cámaras especializados en la materia que hoy nos ocupa, se llegó al consenso en el sentido que la nueva ley debía establecer y lograr, entre otros elementos: agilidad en los diversos trámites administrativos en beneficio de la eficiente ejecución de las obras, lo que repercute en mayor eficacia en la aplicación de recursos; evitar la discrecionalidad en la toma de decisiones; establecer mecanismos administrativos para la mayor transparencia en las adjudicaciones de contratos; criterios de evaluación enfocados a la selección de concursantes que brinden calidad profesional y técnica, con lo cual se asegura la debida aplicación de la inversión como patrimonio de la Entidad; diferenciación de los criterios para licitar, calificar y ejecutar la obra, los servicios relacionados con ésta y los proyectos integrales para lograr los objetivos y funciones propias de cada uno de éstos; acceso a micro, pequeños y medianos contratistas facilitando su participación en las licitaciones; mayor versatilidad para permitir que pequeñas y medianas empresas se asocien y puedan acceder a la ejecución de obras de mayor monto; oportunidad a empresas de nueva creación para participar en obras y servicios relacionados con éstas, sin menoscabo de su calidad y costo; fomentar la

creatividad en la ejecución de la obra pública incentivando el reconocimiento a experiencias en ahorros en tiempo, costo y mayor calidad al ser tomados en cuenta para la evaluación de las propuestas; mayor garantía para la ciudadanía para que se cumplan por parte de los contratistas sus obligaciones, al destacar para las licitaciones condiciones de precio, calidad, oportunidad, financiamiento y otros aspectos relevantes; establecimiento preciso de plazos para dar respuesta a inconformidades. Previéndose mediante el otorgamiento de garantía. La presentación del recurso de inconformidad; especial atención para prever y atender efectos con la ejecución de obras públicas que incidan sobre condiciones ambientales y urbanas.

VII.- Por las razones antes expuestas, estas Comisiones Unidas de Administración Pública Local y de Uso y Aprovechamiento de Bienes y Servicios Públicos estiman la operatividad e instrumentación de la Iniciativa de Ley propuesta.”¹³

Del análisis que se hizo al Diario de Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal consideramos que la principal motivación para la elaboración de esta nueva ley, fue la de atender la necesidad de contar con disposiciones legales acordes con el actual marco de atribuciones y organización de la administración pública del Distrito Federal. Un motivo muy particular pero no por ello, menos importante, fue que la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, considera garantías por separado para el cumplimiento de contrato y para vicios ocultos, hecho que ocasionó muchos problemas para el finiquito de los trabajos, pues los contratistas no entregaban la última, la de vicios ocultos.

Destaca lo señalado por la Diputada Sara Murua Hernández, al fundar y motivar el dictamen elaborado por las Comisiones citadas y al señalar los cambios propuestos a la iniciativa, al calificar dicha iniciativa de ley como aquella: **“que busca promover la realización de las obras públicas del Distrito Federal; no sólo entre los grandes empresarios, procura considerar todas las modalidades posibles con las disposiciones legales que correspondan a las características particulares de cada caso. Sin embargo, el límite de esta ley, como el de todas las demás, es el grado de generalidad que debe guardar y el grado de especificación o particularidad que deben corresponderle.**

¹³ Diario de Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Octubre 20, 1998. p. 12 – 13.

Existen puntos de gran importancia que por tratarse de casos que requieren de especificaciones particulares, habrán de requerir de manera lógica y natural de la elaboración de un Reglamento.

Quedan establecidas las premisas básicas que deben dar sentido a toda ley; posibilidades de participar para todos los interesados que demuestren capacidad, seriedad y eficiencia. Iguales condiciones para todos los interesados en realizar obra pública en el Distrito Federal; y por encima de todo, la exigencia de seriedad y cumplimiento en aras del bienestar de la ciudadanía.”¹⁴

Respecto al contenido de esta iniciativa de ley, la misma se compone de los siguientes títulos:

El Título Primero que se refiere a las “Disposiciones Generales”, establece en el primer artículo, que ésta, es una ley de orden público e interés general y que su objeto es normar las acciones referentes a la planeación, programación, presupuestación, gasto, ejecución, conservación, mantenimiento y control de la obra pública y de los servicios relacionados con ésta, que realicen las dependencias, entidades y órganos desconcentrados de la Administración Pública del Distrito Federal.

Su artículo 3º reconoce como obra pública, toda aquella obra que se refiera a: Excavación, construcción, instalación, conservación, reparación y demolición de bienes inmuebles; trabajos de localización, exploración geotécnica y perforación para estudio y aprovechamiento del subsuelo; despalme, desmonte y mejoramiento de suelos; mantenimiento, conservación, rehabilitación, reacondicionamiento, operación, reparación y limpieza de bienes no considerados en la Ley aplicable en la materia relativa a Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios en el Distrito Federal, equipos e instalaciones cuyo objetivo sea la impartición de un servicio público a cargo de cualquier dependencia, entidad u órgano desconcentrado; suministro de materiales, mobiliario y equipos que se vayan a incorporar a obras nuevas, a las de rehabilitación o aquellas que se construyan para su mejoramiento; trabajos de infraestructura agropecuaria; trabajos destinados a la preservación, mantenimiento y restauración del medio ambiente.

¹⁴ Diario de Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Octubre 20, 1998. p. 42 – 43.

Considera también como obra pública, los servicios relacionados con ésta, tales como estudios previos, estudios técnicos, proyectos, supervisión de obras, coordinación de supervisión, gerencia de obra, supervisión de estudios y proyectos, administración de obras y consultorías.

Finalmente también será considerada obra pública los proyectos integrales, los cuales son las acciones que comprenden el desarrollo de un trabajo, incluyendo investigaciones previas, estudios, diseño, elaboración del proyecto, la construcción hasta su terminación total, capacitación, pruebas e inicio de operación del bien construido, incluyendo, cuando se requiera, transferencia de tecnología.

El artículo décimo señala a los Tribunales del Distrito Federal como los competentes para resolver cualquier controversia que se suscite por la interpretación o cumplimiento de esta ley o de los contratos celebrados con base en ella.

El Título Segundo de esta Ley de Obras, se refiere a la “Planeación, Programación y Presupuestación” de las Obras Públicas en el Distrito Federal. Así, todas las dependencias, entidades y órganos desconcentrados deberán sujetarse a los objetivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo, el Programa General de Desarrollo del Distrito Federal, el Programa General de Desarrollo Urbano del Distrito Federal y los Programas Delegacionales y Parciales de Desarrollo Urbano.

El Título Tercero llamado “De la Licitación Pública y los Contratos” refiere en capítulos por separado todo lo relativo a las licitaciones públicas, así como lo relacionado a los contratos de obra pública.

Respecto a la figura de la licitación pública, esta ley reconoce que éste es el medio por el cual, por regla general, la obra pública en el Distrito Federal debe ser adjudicada. Dicha licitación se deberá hacer mediante convocatoria pública, a efecto de que se presenten proposiciones que cumplan legal, técnica, económica, financiera y administrativamente lo solicitado por las dependencias, entidades y órganos desconcentrados en sobre cerrado, que serán abiertos públicamente a fin de asegurar al Gobierno del Distrito Federal las mejores condiciones disponibles en cuanto a calidad, financiamiento, oportunidad, precio, y demás circunstancias pertinentes.

Sin embargo y bajo su más estricta responsabilidad, las dependencias, entidades y órganos desconcentrados pueden contratar la obra pública no solo a través del procedimiento de Licitación Pública, sino también a través del procedimiento de invitación restringida que puede ser a cuando menos tres concursantes o por adjudicación directa.

El artículo 27 de esta Ley, destaca la posibilidad de las dependencias, entidades y órganos desconcentrados, para rescindir administrativamente los contratos de obra pública en caso de incumplimiento por parte del contratista. Cuando concurren causas de interés general, también podrán dar por terminados anticipadamente dichos contratos, mientras que por causa justificada podrán suspender temporalmente, en todo o en parte, la obra contratada.

Esta ley también regula, de manera muy detallada todo lo relativo a la publicación y contenido de las Convocatorias y Bases para la licitación de las obras públicas. Considerando de entre los requisitos mínimos que deben contener las Bases para cualquier licitación, las garantías que deberán constituir todos los concursantes que deseen participar. De igual manera se detallan a precisión los aspectos de la presentación, apertura y evaluación de las propuestas de obras públicas.

Destacan en esta Ley, todo un capítulo dedicado al contrato de obra pública, en donde se señalan tres tipos de contrato de obra pública, a saber: A precios unitarios, A precio Alzado y por Administración. Se indica la manera en cómo se procederá cuando los trabajos objeto de estos contratos, abarquen más de un ejercicio. Se señalan también las declaraciones y cláusulas mínimas que deberán contener estos contratos, así como los tiempos en que deberán formalizarse los contratos y las responsabilidades para ambas partes en caso de no firmarlos en tiempo o negarse a la firma del mismo.

Existe también un capítulo dedicado a la Ejecución propia de los Contratos de Obra Pública, en el que se detalla el otorgamiento de los anticipos, la devolución del mismo en caso de rescisión de contrato, el establecimiento de la residencia de supervisión de obra, el momento en que las obras deberán iniciarse, la presentación, revisión, aprobación y pago de las estimaciones de trabajos ejecutados, la procedencia de ajuste de costos, el incumplimiento de pago de estimaciones, los pagos en exceso a la contratista y su forma de reintegrarlos, reglas para celebrar convenios y convenio especial al contrato de obra

pública, la terminación y recepción de los trabajos contratados, la liquidación y finiquito de obra pública.

El Título Cuarto de esta Ley de Obras Públicas del Distrito Federal de 1998, se refiere a las “Excepciones a la Licitación Pública”, mismo que trata todo lo relacionado al procedimiento de invitación restringida, ya sea con invitación a cuando menos tres concursantes o por adjudicación directa de la obra, refiere la intervención de la Contraloría General en estos casos.

El Título Quinto trata lo relativo a la “Información y Verificación” de la obra pública en el Distrito Federal. La Secretaría de Finanzas y la Contraloría General del Distrito Federal emitirán los lineamientos generales, a través de los cuales las dependencias, entidades y órganos desconcentrados remitirán la información sobre los actos y contratos materia de esta Ley. Para efectos de Verificación y vigilancia de la obra pública, la Contraloría General podrá realizar visitas e inspecciones que estime necesarias.

El Título Sexto de la ley en estudio señala: las “Infracciones y Sanciones” en que incurrirán los servidores públicos que infrinjan esta ley, así como aquellos contratistas que hubiesen proporcionado información falsa, que hayan actuado con dolo o mala fe para la adjudicación de un contrato en su celebración, durante su vigencia o bien en la presentación o desahogo de una inconformidad, o bien, aquellos contratistas que hayan celebrado contratos en contravención a esta ley.

Finalmente el Título Séptimo se refiere a los “Medios de Defensa”, de que pueden hacer uso, los concursantes o contratistas que consideren afectados sus derechos por actos que deriven de la aplicación de la presente ley, para lo cual podrá iniciar una solicitud de aclaración respectiva o bien iniciar el recurso de inconformidad aplicable conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal.

Cabe resaltar que después de una larga sesión de discusión celebrada en la sesión de fecha 20 de octubre de 1998, fue aprobado el dictamen presentado por las Comisiones Unidas con el proyecto de Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, ordenando su remisión al Jefe de Gobierno del Distrito Federal para sus efectos constitucionales.

1.2. Régimen Jurídico del Contrato de Obra Pública en el Distrito Federal.

El Contrato de Obra Pública en el Distrito Federal encuentra sus bases legales principalmente, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal. De igual manera, en casos muy específicos, se aplicará la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la cual es una ley federal.

1.2.1. Base Constitucional del Contrato de Obra Pública.

La Base constitucional de los Contratos de Obra Pública, se encuentra en el artículo 134 constitucional, el cual señala textualmente lo siguiente:

“Artículo 134.- Los recursos económicos de que dispongan la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Los resultados del ejercicio de dichos recursos serán evaluados por las instancias técnicas que establezcan, respectivamente, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, con el objeto de propiciar que los recursos económicos se asignen en los respectivos presupuestos en los términos del párrafo anterior. Lo anterior, sin menoscabo de lo dispuesto en los artículos 74, fracción VI y 79.

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 por parte de los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se sujetará a las bases de este artículo y a las leyes reglamentarias. La evaluación sobre el ejercicio de dichos recursos se realizará por las instancias técnicas de las entidades federativas a que se refiere el párrafo segundo de este artículo.

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

Sin embargo, dicho artículo constitucional no siempre ha señalado lo arriba indicado, ya que hasta antes del Decreto de reformas a diversos artículos constitucionales (entre ellos, el artículo 134), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 1982, refería: “Todos los contratos que el Gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicadas en subasta mediante convocatoria y para que presenten proposiciones en sobre cerrado que será abierto en junta pública.” Como puede observarse en el actual texto constitucional ya no aparece el término subasta, el cual podía resultar muy impreciso para la administración pública al momento de llevarlo a la práctica administrativa.

Es de destacar el quinto párrafo de este artículo constitucional, ya que constriñe a los diversos niveles de gobierno a sujetarse a la ley reglamentaria de este artículo constitucional cuando en la contratación de obras que realicen se manejen recursos económicos federales.

1.2.2. Ley de Obras Públicas del Distrito Federal.

La Ley de Obras Públicas del Distrito Federal que actualmente regula el contrato de obra pública en la Ciudad de México, en realidad es prácticamente la misma que fue decretada en 1998, salvo las reformas publicadas en el año 2003. La iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, fue presentada por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal el día 11 de diciembre

de 2001. En sesión plenaria de la misma fecha, la iniciativa fue turnada a la Comisión de Administración Pública Local, para que dictaminara al respecto. En sesión extraordinaria de fecha 3 de julio de 2002, esta Comisión sometió al Pleno de la Asamblea el dictamen elaborado. En dicha sesión, la Comisión ya señalada, expuso diversas consideraciones para aprobar el dictamen, entre las que destacaron las siguientes:

“Que debemos reformar el contenido del artículo 1° de la actual ley, en relación con la incorporación de los órganos político administrativos, en efecto, se debe reformar en lo relativo a los Órganos Desconcentrados como tales, ya que los órganos político administrativos tienen una connotación diferente de los órganos desconcentrados, lo anterior obedece principalmente a que los Órganos Político Administrativos según la Base Tercera del artículo 122, fracción I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen una clara diferencia entre los órganos centrales, desconcentrados y descentralizados (fracción I), y los órganos político-administrativos, que se determinan en la fracción II de la Carta Magna, por lo tanto una ley ordinaria como es el caso de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal y éste ordenamiento, no pueden estar por encima de la Ley Suprema; inclusive los artículos 91 y 104 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal establecen la denominación de los Órganos Político Administrativos, diferenciándolo de los Órganos Desconcentrados, por lo tanto, incluir a los Órganos Político Administrativos en los Órganos Desconcentrados equivale a un error no sólo gramatical, sino que va en contra de nuestra Constitución, ya que en todo caso el error radica en la fracción segunda del artículo 3° de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal. Prueba de lo anterior, es que dada la naturaleza jurídico política de los Órganos Político Administrativos o denominados genéricamente Delegaciones, de hecho no existen órganos desconcentrados que tengan autonomía funcional y de gestión presupuestal como la que realizan aquellos. Razón de lo anterior es que en todo el texto normativo de la presente ley en dictamen se debe modificar en los términos expuestos anteriormente, incluyéndose en lo conducente una definición del concepto de las “Delegaciones” que se deberán tener por entendidos a los Órganos Político Administrativos, pues en términos prácticos, son mejor conocidas como “delegaciones” que como su nombre correcto “órganos político administrativos”, aún cuando estemos hablando exactamente de la misma figura jurídico política, ante tales consideraciones procede la reforma en lo conducente en

los artículos 1, 2, 3, 6, 9, 11, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 70, 72, 73, 78 y 80, debiendo operar la reforma en los términos que se precisan en el artículo resolutivo primero del presente dictamen. Ahora bien, esta dictaminadora considera que debe establecer un comité delegacional homólogo al comité central de obras y servicios relacionados con la misma, que tendrá autonomía funcional respecto del central, con las mismas facultades en sus respectivos ámbitos de competencia los cuales a su vez podrán establecer subcomités en donde se permita la participación ciudadana, a fin de permitir una menor carga a la Administración Pública Centralizada y promover mayor agilidad en la toma de decisiones, acogiendo los principios básicos de simplificación administrativa, delegación efectiva de facultades y funciones hacia los órganos político administrativos, por ser estas instancias de gobierno las que tienen mayor cercanía con la problemática que enfrenta la población. Así mismo se debe reformar el tercer párrafo, para especificar las condiciones en las que el Comité delegacional de obras podrá solicitar la opinión técnica del Comité Central de Obras a fin de garantizar que las decisiones técnicas en caso de obras intradelegacionales cuenten con todo el soporte técnico necesario. Consecuentemente es preciso reformar en lo conducente todo el texto de la presente Ley a efecto de reconocer los Comités de obra pública delegacionales, dicha reforma opera en la parte conducente de los artículos, 1, 2, 26, 37, 42, 47, 64 y 68 de esta ley y en términos del resolutivo primero del presente dictamen.

Que también debemos adicionar al artículo 2° la fracción I y en consecuencia de todo el texto de la Ley en lo relativo a la Administración Pública del Distrito Federal a efecto de no confundir al Gobierno del Distrito Federal con la Administración Pública. En efecto, dada la naturaleza jurídica del Distrito Federal según los artículos 44 y 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Gobierno del Distrito Federal es ejercido por los Poderes de la Unión y por Órganos de Gobierno Locales, esto es, dentro de estos últimos encontramos a la Administración Pública del Distrito Federal como una función pública de gobierno, lo cual quiere decir que no podemos ni debemos confundir al Gobierno del Distrito Federal con la Administración Pública Local, pues ésta última sólo es una función de gobierno de aquél y no encierra en sí todo el contexto de Gobierno. Bajo esa tesitura, la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, sólo es aplicable para una de

las tres funciones de gobierno locales, a saber, para la Administración Pública del Distrito Federal, entendiéndola a ésta como la centralizada, desconcentrada, órganos político administrativos y las entidades, por lo tanto debe modificarse el contenido de todos los artículos en donde se confunda al Gobierno del Distrito Federal con la Administración Pública del Distrito Federal, entonces debe quedar en todo el texto de la Ley, “la Administración Pública del Distrito Federal” en lugar del término inapropiado “el Gobierno del Distrito Federal, sus dependencias, órganos desconcentrados y entidades,” lo anterior, en términos de lo expuesto y fundado brevemente, consecuentemente deberán ser reformados los siguientes artículos en la parte conducente 2 fracción I que define el concepto de Administración Pública del Distrito Federal, siendo ésta última una adición a dicho artículo y conforme al resolutive segundo del presente dictamen, 16, 20, 21, 24, 25, 28, 29, 37, 41, 49, 54, 61, 63 y 80. Debe adicionarse una fracción VII del artículo 2° en donde se señale lo relativo a las delegaciones, las que se entenderán como los órganos político administrativos en cada una de las demarcaciones territoriales en que se divide el Distrito Federal, en términos de lo expuesto en el considerando Octavo de este dictamen. Ahora bien, se debe agregar el concepto de comités de obras en el que se distinga el correspondiente al sector central, del que operará en los órganos político administrativos, que gozarán de autonomía funcional conforme se expone en la reforma al artículo 1 considerando Octavo de este dictamen, adicionando una fracción relativa a estos, la cual quedará como fracción XIV, recorriéndose las demás en forma subsecuente. También debemos agregar dos fracciones más que quedarán como fracciones XX y XXI del artículo de marras, en la primera se incorpora el concepto de arrendamiento obedece a que se define con claridad meridiana lo que es el arrendamiento desde el punto de vista del derecho civil conforme el Código Sustantivo y en la segunda el de arrendamiento financiero ello obedece a que el arrendamiento financiero requiere de una definición a efecto de que no se limite al Gobierno del Distrito Federal en las opciones finales del contrato y establecer el concepto de lo que se entiende conforme a la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito.”¹⁵

¹⁵ Diario de Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Julio 03, 2002. p. 30 – 32.

Estas reformas fueron debidamente aprobadas por la Asamblea Legislativa en dicha sesión extraordinaria, ordenando se remitiera al Jefe de Gobierno del Distrito Federal para los efectos constitucionales procedentes.

Por lo anterior, es evidente que los puntos esenciales de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal se siguen conservando, sin que a la fecha se atente contra el espíritu de la misma. Dichos puntos esenciales son los siguientes:

1.- Existe una diferenciación clara entre los trabajos que se refieren a obras, servicios relacionados con ésta y proyectos integrales y descripción exhaustiva de los mismos.

2.- Existe la participación ciudadana para opinar sobre las obras que quiera demandar la población.

3.- Las obras cuyo proyecto impliquen largo plazo en su elaboración, pueden iniciarse con avance parcial del mismo, siempre y cuando el no tenerlo completo no afecte la ejecución de la obra.

4.- Los plazos para las diferentes etapas en el proceso del concurso, desde la convocatoria hasta el fallo y asignación del contrato, están simplificados y concentrados en una sola disposición (artículo 26).

5.- Existe el incentivo a la participación de empresas de nueva creación, justificando las capacidades requeridas para la ejecución de los trabajos con las capacidades de sus integrantes y no con la de los trabajos desarrollados como empresas.

6.- Esta permitida la asociación de personas morales y físicas de baja capacidad financiera, para que en conjunto puedan satisfacer requerimientos de ejecución en trabajos de mayor envergadura a la de sus capacidades individuales.

7.- Están perfectamente diferenciados los conceptos de Entrega, Recepción, Liquidación y Finiquito, a efecto de evitar problemas de operación.

8.- Están diferenciadas las garantías de vicios ocultos para obra, proyecto integral y ciertos tipos de equipos, así como también se ha establecido la posibilidad de extender a esas las de cumplimiento de contrato.

9.- Existe un acceso más directo a la ejecución de trabajos a personas físicas y a micro y pequeñas empresas, simplificando los procedimientos de participación y selección.

10.- Las Contralorías Internas, pueden intermediar en la solución de problemas que surjan en la operación de contratos como recurso simplificadorio.

11.- Se encuentran definidos los plazos para respuesta de las Contralorías Internas ante aclaraciones.

12.- Se establece que el recurso de inconformidad, se resolverá conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal y dicho recurso se presentará ante la Contraloría General, que es la que tiene atribuciones sobre la materia.

13.- Se señalan elementos importantes para ajustar el tratamiento de esta Ley a las obras típicas propias de la Administración Pública del Distrito Federal, diferenciando los elementos de aquellas obras que deberán someterse a la ley que en el ámbito federal regula dicha materia.

14.- Se diferencian órganos desconcentrados de órganos político administrativo. De igual manera se elimina la confusión dentro de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, entre Gobierno del Distrito Federal y Administración Pública del Distrito Federal.

1.2.3. Casos en que resulta aplicable la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Como se menciona en párrafos anteriores, el artículo 134 constitucional señala que en caso de que los Estados, los Municipios, el Distrito Federal y los Órganos Político-Administrativos de sus demarcaciones territoriales manejen recursos económicos

federales en la contratación de obras públicas, deberán sujetarse a la ley reglamentaria de dicho artículo constitucional.

La ley federal que reglamenta el artículo 134 constitucional, es la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la cual en su artículo primero indica que tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto, ejecución y control de las obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas, que realicen, entre otras, 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 quedando comprendidos los fondos previstos en el capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal.

Con ello, se sobreentiende que las obras que realice el Gobierno del Distrito Federal (el Distrito Federal es una entidad federativa, tal y como lo marca el artículo 2 del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal), con cargo total o parcial a fondos o recursos económicos federales, y conforme a los convenios que celebre con el Ejecutivo Federal, deberá sujetarlas a esta ley federal.

La Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, en sus artículos 1º, párrafo noveno y 5º, menciona los casos en que no será aplicada esta ley y por ende, se estará a lo señalado por la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, que es la Ley Federal de la materia, a saber:

Las obras o trabajos de intercambio educativo y tecnológico, estudios, investigaciones y en su caso, obras especializadas que la Administración Pública del Distrito Federal lleve a cabo con las Dependencias, Entidades o Estados de la Federación, o con instituciones públicas de investigación y de enseñanza superior; así como todas aquellas obras financiadas total o parcialmente con fondos federales, conforme a los convenios que se celebren con el Ejecutivo Federal, siempre y cuando los fondos o recursos económicos no provengan de los ingresos de coordinación fiscal, fondos de aportaciones federales y deuda pública.

Lo que significa que si en los contratos de obra pública que celebra el Distrito Federal intervienen Instituciones de Investigación y de Enseñanza Superior, Entidades o Estados

de la Federación o Dependencias Federales, o bien, los contratos de obra pública son con cargo parcial o total a fondos o recursos económicos federales (excepto fondos de los ingresos por coordinación fiscal, deuda pública o fondos de aportación federales), dichos contratos deberán celebrarse conforme a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

1.3. El Obligado Solidario en el Código Civil del Distrito Federal.

El Título Segundo del Código Civil del Distrito Federal, llamado “Modalidades de las Obligaciones”, refiere en su Capítulo IV titulado “De las Obligaciones Mancomunadas” en sus artículos 1987 al 2006, acerca de las obligaciones solidarias.

Las obligaciones solidarias son aquellas en donde existen dos o más sujetos, activos o pasivos (acreedores o deudores), de una misma obligación, y en donde, no obstante la divisibilidad de la obligación, cada acreedor puede exigir y cada deudor está obligado a realizar el pago total, considerando que dicho pago extinguirá la obligación frente al resto de acreedores o de deudores (artículo 1987).

Con ello, se puede definir que existen dos especies de solidaridad, activa o pasiva, la primera cuando existe pluralidad de acreedores y, la segunda cuando la pluralidad es de deudores.

Es importante la diferenciación de obligaciones mancomunadas y obligaciones solidarias. Aunque en ambas hay pluralidad de sujetos, en las primeras hay división de la obligación, mientras que en las segundas no existe tal efecto, es decir, cualquiera de los acreedores o deudores solidarios puede responder de la totalidad de la obligación.

Por ello, la solidaridad no puede presumirse, debe resultar de la ley o del acuerdo de voluntades de las partes, por lo que cuando varios obligados a prestar la misma cosa, para obligarse solidariamente al cumplimiento de la misma, lo deberá manifestar a la firma del acuerdo de voluntades.

Ahora bien, a diferencia de la solidaridad activa, que es poco común, en virtud de que cualquier acreedor puede cobrar la totalidad del pago y apropiárselo, la solidaridad pasiva se ha convertido en **“una institución de las más prácticas y de las más vivas”**.¹⁶

Respecto de las fuentes de la solidaridad, se dice que está no se presume, resulta de la ley o de la voluntad de las partes (artículo 1988).

Hablar de la solidaridad pasiva voluntaria, es referirse a aquella que **“constituye una garantía en provecho del acreedor contra la insolvencia eventual de uno de los codeudores. Así que el acreedor no deja de estipularla en el documento de la obligación”**.¹⁷

Respecto de la solidaridad legal, es aquella que establece la propia ley, como por ejemplo los artículos 2510 y 2580 del Código Civil del Distrito Federal que obliga solidariamente cuando existen dos o más comodatarios o dos o más mandantes.

El efecto principal en una obligación solidaria pasiva, es la unidad del objeto y la pluralidad de vínculos, esto es, todos los codeudores solidarios deben un mismo objeto, por lo que cualquiera de los deudores solidarios puede y debe prestar por sí, en su totalidad la cosa, hecho, objeto o materia del contrato.

Resulta evidente señalar, que si un solo codeudor paga la totalidad de la deuda o cumple con la totalidad del objeto materia del contrato, ésta se extingue por efecto de pago o cumplimiento del contrato.

Otro efecto de la obligación solidaria pasiva es que un deudor solidario, en juicio, puede reclamar del acreedor las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación, puede también invocar diversas causas de extinción de las obligaciones, como son las de pago, novación, confusión (que si bien el artículo 1991 del Código Civil del Distrito Federal señala que la confusión existente entre un acreedor solidario con un deudor solidario extingue la obligación, sin embargo el artículo 2207 del mismo Código indica “La confusión que se verifica en la persona del acreedor o deudor solidario, sólo produce sus efectos en la parte proporcional de su crédito o deuda.”) y remisión (quita).

¹⁶ Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 8ª Edición. Edit. Porrúa. México, 1982. p. 666.

¹⁷ Borja Soriano, Manuel. Ob. cit. p. 667.

A manera de conclusión, se puede decir que la obra pública en la Ciudad de México, es tan antigua como la ciudad misma; que desde que el hombre decidió asentarse en este Valle y formar una sociedad, se hizo evidente la necesidad de construir obras que beneficiaran a la colectividad, obras públicas que dieran la oportunidad a sus habitantes de desarrollarse de manera integral. Sin embargo, la realización de dichas obras y sus contratos, no siempre estuvo regulada ni enmarcada en legislación o código alguno, ya que en la época prehispánica era el Gran Tlatoani, quien decidía que obras se hacían, como se ejecutaban, a cargo de quien corrían los costos y en qué tiempo se realizaban; mientras que en la época colonial y en la etapa de independencia, fue la figura del Ayuntamiento la encargada de realizar las obras públicas, muchas veces a cargo de particulares y costeadas hasta con recursos provenientes de diversas fuentes, incluso de las limosnas. Pero fue hasta bien entrada la era postrevolucionaria de nuestra nación, cuando la Ciudad de México constituida como un Departamento Administrativo Federal del Gobierno de la República, que se comenzó a hacer evidente la necesidad, ante el acelerado crecimiento de la población e insuficientes servicios y obras públicas, de regular dicha actividad realizada por la Administración Pública a través de contratos de obra celebrados con los particulares.

El primer intento por regular el Contrato de Obra Pública (Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas) resultó insuficiente para abarcar todas las perspectivas que dichos contratos implicaban, ya que las normas que regulaban este contrato y a la obra pública en sí, se encontraban dispersas. Fue hasta el año de 1980 cuando la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, con la intención de vigilar con mayor precisión y eficacia los recursos financieros destinados a la contratación de obra pública, que aprobó la Ley de Obras Públicas, misma que fue aplicada en el Distrito Federal, ya que al ser éste un Departamento de la Administración Pública Federal, le era aplicable esta ley de carácter federal.

Con la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas de 1993, se logró un avance significativo en el aseguramiento del cumplimiento de los contratos de obra pública, se establecieron instrumentos jurídicos a través de los cuales se pretendía recuperar los recursos otorgados por concepto de anticipo a los contratistas, cuando éstos incumplían los contratos de obra pública.

Se puede concluir también que la creación del Gobierno del Distrito Federal fue la causa que hizo evidente y necesaria una legislación adecuada y acorde a las nuevas figuras de gobierno del Distrito Federal, de ahí que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobara en 1998, la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, misma que atendió la realidad y características actuales de la administración pública en la Ciudad de México, y que se avocó a optimizar los recursos financieros destinados a obra pública, fomentando la industria de la construcción, estableciendo condiciones de igualdad entre licitantes, propiciando que las obras se ejecuten en tiempo y costo con los fines, objetivos y metas para las que se programan, proyectan, presupuestan y contratan. Esta ley, pretende hacer más transparentes los procesos de adjudicación de los contratos de obra pública, así como también asegurar el cumplimiento de dichos contratos por parte de las empresas contratistas, con la exhibición de garantías para el cumplimiento de los contratos, también para el aseguramiento de los anticipos otorgados y hasta para el sostenimiento y seriedad de las ofertas o propuestas en los procesos de licitación de obra pública.

Respecto al régimen jurídico que envuelve al Contrato de Obra Pública en el Distrito Federal, se puede concluir que dicho contrato como cualquier otro instrumento jurídico regulado por la ley en nuestro país, evidentemente encuentra como fuente primaria a la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en este caso, en su artículo 134 constitucional. Que a nivel local, es decir para el Distrito Federal, encuentra su fuente de regulación en la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal y, que para algunos casos, ciertamente muy específicos, la Ley Federal de la materia (Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas), también le será aplicada. Dichos casos excepcionales se contienen tanto en el artículo 134 constitucional como en los artículos 1º, párrafo noveno y 5º de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, y básicamente ocurren cuando las obras públicas a realizarse en el Distrito Federal, se financian parcial o totalmente con recursos federales (exceptuando fondos de los ingresos por coordinación fiscal, deuda pública o fondos de aportación federal) o bien, cuando en dichos contratos intervengan Instituciones de Investigación y de Enseñanza Superior, Entidades o Estados de la Federación o Dependencias Federales.

Finalmente, es de concluir que la figura del obligado solidario es una figura jurídica de las obligaciones, regulada en el Código Civil del Distrito Federal, y que si bien encuentra su nacimiento, estudio y regulación en el derecho privado y civil, evidentemente hasta este

momento del presente trabajo, no se opone en manera alguna, a los contratos de obra pública.

CAPÍTULO SEGUNDO.- MARCO CONCEPTUAL.

2.1. Diferencia entre Convenio y Contrato Administrativo.

La palabra Contrato deviene del latín *contractus*, la cual deriva a su vez del verbo *contrahere*, que significa concertar, reunir, lograr. El Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, define al contrato como “El acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (**creación o transmisión de derechos y obligaciones**) debido al reconocimiento de una norma de derecho.”¹⁸

La naturaleza jurídica del Contrato es dual, debido a que es un acto jurídico pero también es una norma jurídica individualizada.

Lo anterior es así, ya que el contrato como acto jurídico deriva de la manifestación externa de la voluntad bilateral o unilateral que tiene como finalidad, al apoyarse en una norma o institución jurídica, crear o transmitir una situación jurídica permanente y general entre las personas que así han manifestado su acuerdo de voluntades, produciendo los efectos jurídicos correspondientes.

Mientras que por otro lado, el contrato también es una norma jurídica individualizada, debido a que de él, surgen derechos y obligaciones para los sujetos que lo acuerdan. “La fuerza obligatoria del contrato radica en que éste ha creado una norma que sólo se distingue de la que los contratantes aplicaron en que tiene carácter individual o concreto”¹⁹, es decir surge una norma contractual individualizada, ya que es obligatoria solo para los contratantes.

¹⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Enciclopedia Jurídica Mexicana. Edit. Porrúa y UNAM. México, 2002. Tomo II. p. 551 – 552.

¹⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ob, cit. p. 554.

Ahora bien, existen diversas concepciones respecto a la idea de si todo acto jurídico bilateral es un contrato o no. Existen doctrinarios que apoyan la idea de que el contrato es el acto jurídico bilateral a través del cual se crean modifican o extinguen derechos y obligaciones. Pero por otro lado, está la concepción de que el contrato es una especie de convenio, debido a que se considera que el Convenio es el acuerdo de voluntades a través de los cuales se **crean, transmiten, modifican o extinguen derechos y obligaciones**, mientras que los contratos son convenios que solo crean y transmiten derechos y obligaciones, de esta forma se encuentra regulado en el Código Civil para el Distrito Federal, en el Código Civil Federal y en general en todas las disposiciones jurídicas similares en las entidades federativas del país (a excepción de las legislaciones civiles de los Estados de Campeche y Jalisco, en donde no se hace distinción específica entre convenio y contrato, si bien los consideran como actos jurídicos generadores de derechos y obligaciones).

En lo que respecta a la palabra Convenio, ésta proviene del latín *convenirse*, que significa ser de un mismo parecer, ajuste o concierto entre dos o más personas. El Convenio es el acuerdo de dos o más voluntades, a través del cual se crean, transfieren, modifican o extinguen derechos y obligaciones. Aunque en el derecho romano, los convenios fueron considerados como pactos de categoría inferior a los contratos, ya que por sí solos no producían obligaciones, por lo que debían encontrarse adheridos a un contrato principal; siguiendo la influencia del Derecho Romano, en el Derecho Positivo Mexicano, el convenio es “un género particular de actos jurídicos en el que el acuerdo de voluntades tiene por objeto un interés jurídico referido a la transmisión, modificación, creación o extinción de derechos y obligaciones”²⁰, mientras que los contratos son una especie de este género.

El Código Civil para el Distrito Federal, fija esta posición en sus artículos 1792 y 1793 al señalar lo siguiente:

“Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.”

“Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.”

²⁰ Ibidem, p. 627.

De igual manera, en el artículo 1794 del ordenamiento legal citado, se establecen los elementos de existencia que un contrato debe reunir, siendo éstos, el consentimiento y el objeto; sin embargo, y a efecto de que el contrato pueda producir todos sus efectos jurídicos se deberá cubrir requisitos de validez, mismos que también están regulados en los artículos 1795 al 1834 del Código Civil para el Distrito Federal y que son: la capacidad legal de las partes, la licitud en el objeto materia del contrato, la ausencia de vicios del consentimiento y solo para el caso que así lo señale la ley, la formalidad que ésta determine.

Por lo que hace a los contratos en materia administrativa, éstos son aquellos que celebra, por una parte, la administración pública y, por el otro lado, los particulares u otro órgano de la administración, la regulación jurídica de éstos se encuentra en normas exorbitantes del derecho privado, en virtud de que el objeto materia de estos contratos es la satisfacción de un interés público, y por ende se encuentran regulados por el derecho público.

Desde su adjudicación, la elaboración y ejecución se encuentran sometidos a determinados procedimientos regulados por el derecho público, es decir, **“se encuentran sometidos a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, a causa de un interés público implícito en el objeto del contrato.”**²¹

De esta manera atendiendo a la finalidad del contrato se determina que éste sea público o administrativo, ya que si la finalidad del contrato, es la satisfacción de una necesidad colectiva o pública, entonces evidentemente se tratará de un contrato administrativo.

Para Andrés Serra Rojas, el contrato administrativo es **“una obligación bilateral, sinalagmática, en la que una de las partes es la Administración Pública con las prerrogativas inherentes a su condición jurídica y la otra un particular o una entidad pública, destinada a realizar determinados fines o relaciones, sometidos a ciertas reglas particulares exorbitantes, entre ellas la forma que deben revestir y la de estar sometidos, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa.”**²²

²¹ Ibidem, p. 555.

²² Serra Rojas Andrés. Derecho Administrativo. Segundo Curso. 23ª Edición. Edit. Porrúa. México, 2004. p. 634 – 635.

Otro doctrinario, Gabino Fraga, señala que el contrato administrativo es aquel cuyo objeto o finalidad están **“íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales”**.²³

Por otro lado, para el español Sabino Álvarez – Gendín, **“el contrato público – comúnmente denominado administrativo – es una obligación bilateral, convenida, es decir, consensual, en la que una de las partes se encuentra en una situación privilegiada en relación a la otra, por lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones convenidas, sin que ello implique una merma de los derechos económicos que la otra pueda hacer valer.”**²⁴

Ahora bien, también existen diversas doctrinas del derecho administrativo a favor y en contra de la existencia de los contratos administrativos, por lo que existen teóricos que consideran que en realidad estos contratos no existen y que prefieren llamarlos contratos de la administración o bien, simplemente niegan su existencia, como el español José Luis González-Berenguer Urrutia o el uruguayo Sayagués Laso.

En nuestro país, tanto la legislación, la jurisprudencia y la doctrina del derecho, sí consideran la existencia de los contratos administrativos como una realidad jurídica.

Respecto a la diferencia que existe entre contratos administrativos y convenios administrativos, el maestro Serra Rojas ha indicado que tanto convenio como contrato se emplean como sinónimos, claro siguiendo al Derecho Común, distinguiendo que en el Código Civil el convenio es el género y el contrato una especie, y que sin embargo ambos están sometidos a las mismas reglas. También considera que el derecho administrativo viene ampliando gradualmente, el uso de los convenios administrativos en aquellos acuerdos en donde ambas partes son órganos o entes de la administración pública, pero también no ignora que existen acuerdos de voluntades entre la administración y particulares a los cuales también les llaman convenios administrativos.

²³ Fraga Gabino. Derecho Administrativo. 40ª Edición. Edit. Porrúa. México, 2000. p. 400.

²⁴ Álvarez – Gendín Sabino. Tratado General de Derecho Administrativo. t. I. Edit. Bosch. España, 1958. p. 369.

El tratadista Héctor Jorge Escola, en cambio si considera que los convenios son aquellos que **“se originan casi siempre en la acción conjunta de dos o más entidades administrativas, que reglan así una actividad común. En cambio, los contratos se generan cuando la administración llama al acuerdo a los particulares, dándose lugar así a un acto de voluntad común, por el cual ambas partes reglan sus derechos y obligaciones. En este caso, la administración tiene siempre en mira el logro de una finalidad de interés público, mientras que los particulares, en cambio, aun cuando puedan participar de la idea del logro de esa finalidad colectiva, actúan más que nada por el móvil de su propio interés individual”**.²⁵

En realidad, en nuestro país, no existe impedimento legal alguno, (que como en el caso del Código Civil sí), para que tanto el contrato administrativo como el convenio administrativo se refieran a todos y cada uno de los objetos específicos de los convenios (crear, transferir, extinguir o modificar, obligaciones y derechos), sin embargo, en la práctica administrativa se observa que regularmente se usa el término contrato administrativo en aquellos que transfieren o crean derechos y obligaciones, y se les llaman convenios administrativos, a aquellos que modifican o extinguen obligaciones y derechos, pero también y casi siempre es así, a aquellos que se celebran entre dos entes u órganos de la administración pública.

2.2. Obligado Solidario.

Etimológicamente la palabra obligación, deviene del latín *ob-ligare* (atar a, ligar con). Esto es así, en virtud de que en el Antiguo Derecho Romano al deudor u obligado se le podía atar con cuerdas, de ahí que la palabra pagar, tiene su origen en la etimología latina *solvere*, que significa desatar o desligar.

En la actualidad, la palabra obligación puede entenderse como una relación jurídica total o bien, como el deber o necesidad jurídica en una relación jurídica determinada.

²⁵ Jorge Escola, Héctor. Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Vol. I Parte General. Edit. De Palma. Argentina, 1977. p. 30 – 31.

Como relación jurídica, se le entiende como el vínculo jurídico a través del cual una persona tiene la necesidad jurídica para cumplir una prestación de carácter patrimonial a otra persona, por lo que un obligado, es precisamente un sujeto (llamado deudor) que tiene la obligación de cumplir una prestación pecuniaria o moral, a favor de otro sujeto llamado acreedor, quien a su vez tiene el derecho de exigir el cumplimiento de dicha prestación.

También se considera en estricto sentido a la obligación como la deuda o necesidad jurídica que tiene una persona, conocida como deudor, de cumplir una prestación a favor de su acreedor, ambos ligados por una relación jurídica determinada.

El maestro Borja Soriano señala que la obligación es **“la relación jurídica establecida entre dos personas, por la cual una de ellas (llamada deudor), queda sujeta para otra (llamada acreedor), a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir del deudor.”**²⁶

Para el profesor Fernando Hinestrosa, la palabra “Obligación” se define como: **“ligamen, atadura, vínculo, términos próximos entre sí, cuando no sinónimos, que vertidos al derecho implican una relación jurídica, sea una relación sancionada por aquel, establecida entre dos personas determinadas, en razón de la cual un sujeto activo, que se denomina *acreedor*, espera fundadamente un determinado comportamiento, colaboración, que es la *prestación*, útil para él y susceptible de valoración pecuniaria, de parte y a cargo de otro, sujeto pasivo, llamado *deudor*, quien se encuentra, por lo mismo, en la necesidad de ajustar su conducta al contenido del nexo, so pena de quedar expuesto a padecer ejecución forzada, o sea a verse constreñido alternativamente, a instancia de su contraparte, a realizar la prestación original o a satisfacer su equivalente en dinero, y en ambos casos, además, a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento.”**²⁷

Es decir que la obligación es el vínculo jurídico en virtud del cual una persona (deudor) se encuentra en la necesidad de realizar una prestación (obligación en stricto sensu), en

²⁶ De Pina Rafael, Rafael De Pina Vara. Diccionario de Derecho. 34ª Edición. Edit. Porrúa. México, 2005. p. 385.

²⁷ Hinestrosa Fernando. Tratado de las Obligaciones. 2ª Edición. Edit. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2003. Tomo I. p. 55.

interés de otra (acreedor), que tiene el derecho de pretenderla, constricto a la primera, por los medios legales, a realizarla.

Por lo que consideramos que el **Obligado** es el sujeto que se encuentra ligado a otro, mediante un vínculo jurídico determinado, y en virtud del cual debe ejecutar determinada prestación a favor de su contraparte.

Los elementos de existencia de la obligación son tres, a saber, el vínculo o relación jurídica, los sujetos y la prestación.

El vínculo es la ligadura que une a dos sujetos, y en virtud de la cual uno de ellos (acreedor), puede pretender algo respecto del otro (deudor), el cual a su vez debe y se encuentra en la necesidad de realizar dicha pretensión.

Los sujetos son precisamente el acreedor y el deudor, **“el primero es el titular activo, que tiene la facultad de exigir la prestación, y el otro el titular pasivo, el deudor, para quien el cumplimiento de la prestación es un deber.”**²⁸

La prestación es cualquier actividad, que puede consistir tanto en un acto (positiva) o una abstención (negativa), que el deudor deberá cumplir a favor del acreedor, ya sea que tenga que hacer, no hacer o dar alguna cosa. Se debe considerar que la prestación también puede ser **“simple o compleja, esta porque prevenga varios actos o abstenciones o porque exija o prevenga la cooperación de varias personas.”**²⁹

Ahora bien, las obligaciones se encuentran clasificadas de acuerdo al vínculo jurídico, a los sujetos de la obligación, a la prestación y a las modalidades propias de las obligaciones.

De acuerdo a la clasificación en cuanto a la unidad y a la pluralidad de los sujetos de la obligación, existen obligaciones simples (un acreedor y un deudor) y obligaciones de pluralidad de sujetos (varios acreedores y/o varios deudores o, un acreedor y varios deudores y viceversa).

²⁸ Alessandri R. Arturo, Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovic H. Tratado de las Obligaciones, Volumen I “De las Obligaciones en General y sus diversas clases”. 2ª Edición. Edit. Jurídica de Chile. Chile, 2001. p. 12.

²⁹ Hinestrosa Fernando. Tratado de las Obligaciones. 2ª Edición. Edit. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2003. Tomo I. p. 57.

Dentro de estas obligaciones con pluralidad de sujetos, existen obligaciones simplemente conjuntas, obligaciones solidarias y obligaciones indivisibles.

“Las obligaciones simplemente conjuntas, son aquellas en que hay varios deudores o varios acreedores, o un deudor y varios acreedores o un acreedor y varios deudores, estando cada deudor sólo obligado a su cuota, o cada acreedor sólo está legitimado para exigir la suya.”³⁰

Las obligaciones indivisibles, son aquellas en donde precisamente la obligación es indivisible por naturaleza, ya que el objeto de la obligación, resulta no ser susceptible de división.

Finalmente, la **“Obligación solidaria o *in sólidum* es aquella en que hay varios deudores o varios acreedores, y en que cada deudor, no obstante que el objeto de la prestación sea divisible, ésta obligado al total de la deuda, y en que cada acreedor puede exigir, a su vez, el total de ella.”³¹**

La solidaridad en las obligaciones surge cuando existen dos o más obligados deudores o acreedores, dando por resultado que el obligado solidario es aquel sujeto que junto con otros, tiene la necesidad jurídica de cumplir con una prestación patrimonial en favor de uno o más acreedores, o bien, cuando uno o más acreedores tienen la necesidad jurídica de exigir el cumplimiento de una misma prestación a uno o más deudores.

Para el maestro Rafael De Pina, la obligación solidaria **“es una especie de la mancomunada, que se caracteriza por la circunstancia de que dos o más acreedores tengan, cada uno de por sí, el derecho de exigir el cumplimiento total de la obligación (solidaridad activa), o dos o más deudores tenga, cada uno de por sí, en su totalidad, la necesidad de cumplir la prestación debida (solidaridad pasiva).”³²**

³⁰ Alesandri R. Arturo, Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovic H. Tratado de las Obligaciones. Volumen I “De las Obligaciones en General y sus diversas clases”. 2ª Edición. Edit. Jurídica de Chile. Chile, 2001. p. 23.

³¹ Alesandri R. Arturo, Manuel Somarriva U., Antonio Vodanovic H. Ob, cit. p. 23.

³² De Pina Rafael, Rafael De Pina Vara. Diccionario de Derecho. 34ª Edición. Edit. Porrúa. México, 2005. p. 387.

Luego entonces, los obligados solidarios pueden ser activos o pasivos, los primeros cuando existen varios acreedores, los segundos cuando hay dos o más deudores, en ambos casos, todos y cada uno de ellos pueden exigir, o deben cumplir respectivamente, la prestación que surge de la obligación contraída por todos los sujetos.

Por lo que, cualquiera de los acreedores solidarios podrá exigir la totalidad de la prestación pactada y, cualquiera de los deudores solidarios puede cumplir con la totalidad de la misma prestación.

Dicho lo anterior, es evidente que dentro de una obligación solidaria pueden coexistir tanto deudores solidarios como acreedores solidarios y que, en virtud de que todos se encuentran ligados a la necesidad jurídica de cumplir o exigir respectivamente, el cumplimiento de una prestación, a todos ellos es dable llamarlos obligados solidarios.

En estricto sentido, para efectos del estudio que se realiza, el obligado solidario es aquel que se encuentra, junto con otro u otros más, en la necesidad de cumplir en su totalidad, una prestación a favor de aquel con quien hayan establecido un vínculo jurídico determinado.

Las características principales de la solidaridad en las obligaciones son: la Unidad de la prestación y la Pluralidad de vínculos.

Unidad de la prestación, porque solo existe una prestación, no hay una distinta para cada uno de los obligados, tanto acreedores como deudores **“pueden exigir, o deben cumplir, la misma prestación, pero solamente una vez, pues cubierta por un deudor, o cobrada por un acreedor, la obligación se cumple y se extingue para todos los demás sujetos.”**³³

Mientras que la pluralidad de vínculos radica en la pluralidad de sujetos que tienen la necesidad de cumplir o exigir una misma prestación.

³³ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 5ª Edición. Edit. Cajica. México, 1974. p.724.

La solidaridad pasiva nace de los convenios, de la herencia testamentaria y de la ley, mientras que la solidaridad activa encuentra sus fuentes únicamente en los convenios y en las herencias testamentarias.

Como ya se menciona en el capítulo anterior, la solidaridad activa, rara vez se reproduce en la realidad, debido a que **“entraña el grave peligro para los acreedores entre sí, de que cobrando uno, se extingue el crédito, y después tendrán el problema de cobrar a su vez la parte que les corresponda, al acreedor que obtuvo el pago,”**³⁴ es decir, todos los acreedores solidarios se encuentran a merced de la buena intención de ellos mismos.

Los efectos de la solidaridad activa son, que evidentemente la obligación se extingue si se paga a un coacreedor, liberando así al deudor ante el resto de acreedores solidarios de la obligación. De igual manera, cualquier acreedor puede exigir al deudor el cumplimiento de la obligación. Otro efecto de la solidaridad activa en las obligaciones es que los acreedores se benefician de la interrupción de prescripción, que cualquiera de ellos haga valer y, finalmente, todos los acreedores solidarios son responsables ante el resto de coacreedores, para el caso de que hubiesen recibido la totalidad o parte de la deuda.

En cuanto a la solidaridad pasiva, ésta es más usual que surja en la realidad, ya que es más fácil y seguro para un acreedor tener varios deudores a los cuales poder exigir el cumplimiento de una misma prestación.

“Con la solidaridad pasiva el acreedor puede recibir la totalidad de la prestación y exigirla de uno cualquiera de los deudores, de varios de ellos o de todos, en la proporción que a bien tenga, según su mayor conveniencia. Íntegros los deudores deben el total, el mismo y uno solo, así sea distinto el modo como lo deben, independientemente de si la prestación es indivisible o divisible y, en este último caso, sin que quepa el beneficio de división, de ese modo, las finalidades básicas de la figura, ya señaladas por Savigny: seguridad y comodidad, independientemente de si la solidaridad la contrajeron los varios codeudores

³⁴ Gutiérrez y González Ernesto. Ob, cit. p. 727.

simplemente para otorgarle esa ventaja al acreedor, o si la asumieron por la presencia e interés suyo individual.”³⁵

La razón de ser de la solidaridad pasiva, radica en que la solidaridad, al ser una modalidad del vínculo jurídico que une a los sujetos, no atiende al objeto de la obligación (si es divisible o no), por lo que la prestación íntegra puede realizarla cualquiera de los deudores solidarios, a su propia elección.

Para el maestro Gutiérrez y González, la solidaridad pasiva reside en aquellas obligaciones en donde **“existen dos o más deudores, debiendo cualquiera de ellos cumplir en su integridad el objeto de la obligación”**.³⁶

Como ya se señaló en párrafos anteriores, las fuentes de la solidaridad pasiva radican en los convenios, en la ley y en la herencia testamentaria.

En los convenios, porque la solidaridad pasiva es voluntaria, ya que las partes así lo estipulan en los convenios o contratos que celebran.

En la ley, cuando es ésta, la que así lo dispone, es decir, la solidaridad opera de pleno derecho en virtud de una disposición legal. Resulta importante destacar que ésta es la excepción a la regla que indica que la solidaridad no se presume; ya que es menester que se estipule expresamente (como en los convenios y contratos).

En la herencia testamentaria, cuando así lo establece el *De cuius* en su testamento.

Los efectos de la solidaridad pasiva son, como ya se indicó al final del capítulo anterior, los siguientes: cualquiera de los obligados solidarios pasivos puede cubrir el pago total al acreedor, si un deudor paga se extingue la deuda para el resto de codeudores, cada deudor puede oponer las excepciones del contrato y las personales, el acreedor puede exigir a cualquiera de los deudores solidarios el cumplimiento de la obligación o bien, puede exigírsela a todos simultáneamente, la interrupción de la prescripción respecto de un codeudor afecta al resto de éstos, todos los codeudores son responsables del hecho

³⁵ Hinestrosa Fernando. Tratado de las Obligaciones. 2ª Edición. Edit. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2003. Tomo I. p. 336.

³⁶ Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 5ª Edición. Edit. Cajica. México, 1974. p. 733.

ilícito que extinga la prestación, si la prestación se vuelve imposible de cumplir sin culpa de ninguno de los codeudores solidarios todos se liberan y la obligación se extingue, el deudor que paga tiene derecho a pedir parte proporcional al resto de codeudores, los codeudores responden íntegramente por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la prestación a que se obligaron.

Ahora bien, la figura de la solidaridad pasiva se extingue por tres causas: renuncia, muerte del deudor solidario o consolidación.

La renuncia a la solidaridad compete al acreedor, debido a que es éste quien puede renunciar al beneficio que le reporta el garantizar su crédito de la mejor manera posible, al contar con diversos deudores a los cuales puede exigirles el cumplimiento total de la prestación.

La muerte del deudor solidario, extingue la solidaridad, debido a que los herederos de dicho deudor, solo se asumen como deudores mancomunados.

Finalmente la solidaridad pasiva puede extinguirse a través de la consolidación de la deuda solidaria, es decir, cuando todos los codeudores transmiten su deuda a uno solo o a un tercero, se dice que la deuda se ha consolidado en un solo sujeto y por ello desaparece la solidaridad pasiva. Es importante resaltar que para que esto ocurra, también es necesaria la aprobación o consentimiento del acreedor.

2.3. Garantías.

En la Enciclopedia Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, se señala que la Garantía contractual es la **“locución que se refiere a los contratos de garantía cuya finalidad es asegurar al acreedor el pago de su crédito otorgando, y con ello, confianza en el deudor. Son, pues, necesariamente contratos accesorios.”**³⁷

³⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Enciclopedia Jurídica Mexicana. Tomo IV. p. 182.

Para el maestro Rafael De Pina, la palabra garantía es el **“aseguramiento del cumplimiento de una obligación mediante la afectación de cosa determinada o del compromiso de pago por un tercero para el caso de incumplimiento de la misma por el deudor originario.”**³⁸

Mientras que para Juan Palomar de Miguel, el significado de garantía, es la **“acción y efecto de afianzar lo estipulado. Prenda, Fianza. Cosa que protege y asegura contra algún riesgo o necesidad”**.³⁹

Las garantías son instrumentos jurídicos que sirven para proteger derechos o para asegurar el cumplimiento de determinadas prestaciones.

“El concepto de garantías es uno de aquellos grandes conceptos que se encuentran a través de todas las ramas del Derecho. En cualquier campo del Derecho, nos hemos de hallar con la idea de garantía, no se desenvuelve únicamente en el campo del Derecho Privado, ya que también en el público nos encontramos con los mismos principios y con las mismas ideas como soporte esencial de sus instituciones fundamentales.

Y, sin embargo, a pesar de esta amplitud que en la proyección representa la idea, siempre encontramos una línea de apoyo sobre la cual se construye el principio fundamental. Esta línea la constituye la idea de protección, de tal manera que la finalidad perseguida por la garantía no es otra que la de suministrar una seguridad, una protección o una defensa.

Todo ello deriva de la idea fundamental de confianza que debe presidir todas las relaciones jurídicas. Cuando una persona garantiza el cumplimiento de una obligación por parte del deudor, lo que en el fondo hace es fomentar la confianza del acreedor en la idea de que la prestación será cumplida. Y en el campo de la moral, y en el de las obligaciones naturales, y en el de la equidad, y en el de la buena fe, y en el de tantas otras instituciones que procediendo del campo de la

³⁸ De Pina Rafael, Rafael De Pina Vara. Diccionario de Derecho. 34ª Edición. Edit. Porrúa. México, 2005. p. 299.

³⁹ Palomar de Miguel Juan. Diccionario para Juristas. Edit. Porrúa. México, 2000. Tomo I. p. 724.

ética penetran en el del Derecho, la idea de garantía, apoyada en el de protección y seguridad acompañada por la idea de confianza, juega el mismo papel.

La idea de proteger los derechos y de asegurar el cumplimiento de los deberes es básica en el desenvolvimiento de la vida social. Desde el inicio de la vida de relación apareció. Desde que surgió el primer deudor, desde que en el campo del Derecho apareció la primera pretensión a exigir una prestación, la idea de garantía que brindaba la seguridad de que aquello se realizaría nació, como secuela ineludible, del reconocimiento del vínculo jurídico. No importa si en un principio la garantía formulada por terceros tardó en aparecer; al fin y al cabo, esto no es otra cosa que una de tantas facetas de la evolución del principio. Es de suponer que el primer obligado sería garante de su propia conducta y que en un estadio más elevado la posibilidad de que un tercero asumiese esa prestación de garantía hubo de aparecer.”⁴⁰

Es de precisar que entonces las garantías, tienen una doble finalidad, por un lado pretenden asegurar el goce o disfrute de un derecho y a la vez pretenden el cumplimiento de una obligación.

Se puede clasificar a las garantías de la siguiente manera:

Garantías que pretenden evitar el desconocimiento de un derecho, las cuales son de diversa naturaleza y contenido, entre ellas figuran los documentos, los actos de reconocimiento (el recibo, el juramento, la inscripción en el registro y las declaraciones testificales, los depósitos, las consignaciones y los inventarios).

Garantías que persiguen la constancia del contenido de una declaración de voluntad y su interpretación, entre las que se encuentran las protestas, las reservas, las contradecaraciones, las normas de interpretación específicas. La finalidad de estas garantías es evitar la posibilidad de una interpretación torcida y la desviación en la consideración de una declaración de voluntad.

⁴⁰ Mascareñas Carlos E. Buenaventura Pellisé Prats. Nueva Enciclopedia Jurídica. Edit. Francisco Seix. España, 1985. Tomo X. p. 534.

Garantías encaminadas a asegurar la efectividad en el goce de un derecho, con las cuales se pretende que el Derecho realice la finalidad para el que se adquiere e incorpora al patrimonio. Es decir, estas garantías regularmente se encuentran en los contratos, ya especialmente establecidas, ya deducidas de la índole de su naturaleza. La finalidad de estas garantías es el aseguramiento o goce de un derecho por parte de quien lo tiene o lo adquiere. De entre estas garantías destacan la fianza, la cláusula penal, el depósito, el secuestro, los derechos reales de garantía, los contratos de garantía, etcétera.

Consideramos que es más dable clasificar las garantías atendiendo de donde emana la seguridad que ofrecen, es decir, si la seguridad emana de bienes se habla de garantía real, si la seguridad emana de una persona, se estará hablando de una garantía personal.

La garantía en los contratos o garantía contractual se refleja a través de diversas figuras jurídicas como son la prenda, la hipoteca, el depósito, las arras, el fideicomiso en garantía y la fianza.

Desde un punto de vista histórico, la garantía que primero surgió fue la garantía personal, ya que a través de estas, el acreedor disminuía el riesgo de no ser satisfecho, al crearse una pluralidad de deudores (sin confundir las figuras de la solidaridad pasiva de deudores con la garantía), es decir, la garantía personal más conocida es la fianza, ya que con ella un tercero o a través de un contrato innominado se otorga al acreedor la seguridad de ser pagado sin que se afecte el patrimonio del deudor.

Posteriormente, y debido a los inconvenientes que representaba la garantía de fianza (podía ocurrir que tanto el fiador como el fiado se declararan insolventes), surgieron las garantías reales, las cuales gravan un bien del patrimonio del deudor, otorgando un derecho real al acreedor sobre dicho bien objeto de la garantía, de tal manera, que en caso de incumplimiento por parte del deudor, el acreedor pueda obtener el pago de su crédito con el producto de la venta del bien dado en garantía. Las garantías que mejor expresan o ejemplifican a este tipo de garantías son la prenda, el depósito, el fideicomiso en garantía y la hipoteca.

Debido a lo antes señalado las garantías pueden incluirse en prácticamente todas las obligaciones. La garantía en los contratos puede ser un derecho o prestación accesoria suplementaria o subordinada.

Respecto a la idea de quienes están obligados a garantizar el cumplimiento de una obligación, la respuesta es simple, el propio obligado a cumplir una prestación se encuentra como garante de dicho cumplimiento. Éste, **“es quizás el procedimiento más primitivo de asegurar el cumplimiento de la obligación. Quien debe la obligación se convierte en su propio asegurador. Dentro de la relación obligatoria y formando parte implícita de la misma queda comprendido el deber de realizar la prestación, que constituye la esencia de aquélla. Tal situación es aceptada plenamente por el Derecho.”**⁴¹

La garantía también puede ser prestada por un tercero, viéndose el acreedor de la prestación, asegurado del cumplimiento de ésta, por una tercera persona que no es la deudora de la obligación.

Todo ello, redundando en que la garantía acrecienta el poder y la confianza del acreedor, pues en lugar de una sola persona (un solo patrimonio), le responden varias, por el total de la deuda o parcialmente, en forma simultánea (solidaridad) o una como principal y la otra u otras como subsidiarias. Nuevamente, es importante destacar que no debe confundirse la idea de la obligación solidaria y la garantía, ya que en la primera, ambos son codeudores y se obligan al cumplimiento de la prestación debida, mientras que en la segunda, quien garantiza, puede ser un tercero o el propio deudor, pero a través de un bien específico, mismo que queda fuera del patrimonio del deudor primario.

Por ello, la garantía es el instrumento jurídico que hace responsable frente al acreedor a un tercero que no es deudor suyo, con respaldo íntegro de su patrimonio, por la totalidad o por parte de la obligación del deudor, según los términos del contrato respectivo.

2.4. Procesos Legales.

El término proceso, deviene del latín *processus*, que significa secuencias, avance o continuación de momentos hasta la obtención rotunda de un resultado final.

⁴¹ Mascareñas Carlos E. Buenaventura Pellisé Prats. Ob, cit. p. 540.

Para Andrés De la Oliva, el proceso **“es el instrumento esencial de la jurisdicción o función jurisdiccional del Estado, que consiste en una serie o sucesión de actos tendentes a la aplicación o realización del Derecho en un caso concreto.”**⁴²

En otras palabras el proceso contiene actos de alegación sobre hechos y sobre el derecho aplicable y actos de prueba, que hacen posible una resolución judicial.

Para Héctor Santos Azuela, el proceso es **“la congerie de actos jurídicos realizados con el fin de conseguir la administración efectiva de justicia, mediante la aplicación del derecho objetivo al caso concreto, a través de la sentencia. Se le concibe también, como la concatenación de actos jurídicos proyectivamente encaminados a la obtención de una sentencia.”**⁴³

Comúnmente, este término se usa indistintamente con las acepciones, causa, asunto, autos, contienda judicial, negocio, pleito, contestación entre partes y litigio.

Dentro del sistema jurídico mexicano la palabra proceso se identifica con el concepto de juicio, de ahí el término de proceso legal, ya que el juicio es el razonamiento lógico – jurídico que realiza un Juez para resolver un asunto a través de la sentencia, misma que resulta investida de la autoridad de cosa juzgada al pasar a ser sentencia firme.

En la actualidad, el mejor método para resolver conflictos, por la fuerza que el Estado imprime a sus decisiones e imparcialidad que lo caracteriza, sigue siendo el proceso. Evidentemente, que el proceso redunde en un gasto para el Estado pero dicho instrumento es necesario para mantener la paz pública.

Ahora bien, dentro del orden jurisdiccional civil, se deben distinguir dos tipos de proceso, el proceso de declaración y el proceso de ejecución.

El proceso de declaración es aquel por el que se pretende, se dicte una sentencia en la que se establezca la certidumbre de las relaciones jurídicas concretas que han sido objeto

⁴² De la Oliva Andrés. Diccionario Jurídico Espasa. Edit. Espasa Calpe. España, 1992. p. 1175.

⁴³ Santos Azuela Héctor. Teoría General del Proceso. Edit. McGraw-Hill. México, 2000. p. 115.

de debate y fijen las consecuencias jurídicas que se derivan de las mismas, según lo pedido.

Para Lino E. Palacio, el proceso de declaración, llamado también de conocimiento o cognición, es **“aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a lograr que el órgano judicial (o arbitral) dilucide y declare, mediante la aplicación de las normas pertinentes a los hechos alegados y (eventualmente) discutidos, el contenido y alcance de la situación jurídica existente entre las partes.”**⁴⁴

Es decir, que en el proceso de declaración, el Juez indicara el Derecho en un caso concreto, sin que por ello ocurra una transformación de la realidad.

El proceso de ejecución es la serie de actos mediante los cuales el Juez, una vez terminado el proceso de declaración del derecho de un caso concreto, dicho por él mismo o suficientemente expresado por otros medios, **“incide, usando su potestad coercitiva y coactiva, en la esfera de la realidad material, venciendo las resistencias que se opongan a su transformación conforme al Derecho o creando los presupuestos, requisitos y condiciones para que lo jurídico se haga real.”**⁴⁵

Esto es, que en un proceso de ejecución, el Juez, una vez que en un caso concreto se ha declarado el Derecho, se avoca a hacerlo efectivo, modificando la realidad material de las cosas objeto del caso concreto.

El objeto del proceso es uno solo, y ese es la pretensión dirigida al Juez y referida a una situación concreta con trascendencia jurídica, frente a otra persona y acerca de un bien o interés, con la finalidad de obtener una sentencia respecto a dicha pretensión.

De cierta manera, dicho objeto se ramifica en objetos particulares como son el decretamiento de medidas cautelares o precautorias; la mera declaración de la existencia de un derecho, de un hecho o de una relación jurídica; la emisión de una condena con fines ejecutivos, y la ejecución procesal del derecho.

⁴⁴ De Santo Víctor. El Proceso Civil. Edit. Universidad. Argentina, 1999. Tomo I. p. 3.

⁴⁵ De la Oliva Andrés. Diccionario Jurídico Espasa. Edit. Espasa Calpe. España, 1992. p. 1175.

La diferencia con el término procedimiento, es que éste, es el conjunto de formas a través de las cuales se realiza y se tramita el proceso. Es decir, el proceso es un **“fenómeno jurídico cuya vida es privativa de la función pública y concretamente jurisdiccional.”**⁴⁶ En cambio, el procedimiento es la combinación de actos vinculados, que casualmente pueden presentarse ante órganos jurisdiccionales o no (existen procedimientos en las Juntas de Conciliación y Arbitraje, entendidas estas como órganos administrativos).

“Si el proceso se explica como el todo, el procedimiento ha de entenderse como su curso formal, o el rito para su praxis.”⁴⁷

Existen diversas teorías acerca de la naturaleza jurídica del proceso, las hubo en el derecho privado, que consideraron al proceso como un contrato o un cuasicontrato, ambas teorías fueron superadas cuando se comenzó a señalar que el proceso es una relación jurídica que nace de los vínculos formados entre los sujetos procesales y que se desenvuelve delante de los órganos jurisdiccionales.

Por otro lado, existen otras corrientes en el derecho público, que identifican al proceso como una institución, una situación jurídica, una entidad jurídica compleja o, hasta un servicio público; sin embargo, ninguna de ellas ha sido superada, ya que todas se complementan en la teoría y en la práctica, por lo que también resultan vigentes a la par, de aquella teoría que considera la naturaleza jurídica del proceso como una relación jurídica.

Los requisitos necesarios del proceso, son llamados presupuestos procesales, y éstos pueden ser generales o especiales. Los generales son esenciales para la existencia del proceso, mientras que los especiales sólo son requeridos para determinados juicios.

De entre los presupuestos procesales generales se encuentran la presentación del escrito inicial de demanda, la capacidad procesal de las partes, la competencia del juez y el interés procesal.

⁴⁶ Santos Azuela Héctor. Teoría General del Proceso. Edit. McGraw-Hill. México, 2000. p. 117.

⁴⁷ Idem.

El primero es necesario, ya que con la demanda se incoa el proceso, con la aspiración de que el conflicto se resuelva con una sentencia. Así es como se inicia el proceso.

La capacidad procesal de las partes, se refiere a la calidad con que se comparece ante el proceso o juicio, es decir, si las partes se presentan por su propio derecho o a través de terceros que tengan reconocida su personalidad como representantes de las partes.

La competencia del Juzgador, implica un presupuesto procesal indispensable, pues es el elemento que otorga el poder y la facultad al Juez para dirigir y resolver el proceso o juicio que se le somete.

El interés procesal es la causa jurídica de los actos procesales, la ausencia de interés procesal, hace ineficaz al acto procesal. Luego entonces solo quien tiene interés de resolver un conflicto, puede someterlo a litigio o proceso ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

“El interés determina, por lo tanto, el alcance de la acción, mas para servir como fundamento de la misma, debe ser actual, directo y legítimo. Para requerir la aplicación de la justicia es menester comprobar la existencia de una auténtica necesidad o interés en obtener la tutela jurisdiccional correspondiente.”⁴⁸

Por lo que hace a los presupuestos procesales especiales, a manera de ejemplo, pueden ser, la exhibición del trámite ejecutivo para los procedimientos de este tipo, la comprobación de hipotecas en los procesos hipotecarios, el contrato de arrendamiento para un procedimiento de lanzamiento o, el acta de matrimonio para un proceso de divorcio.

Finalmente, se puede señalar que el proceso legal o juicio, o litigio, es la sucesión concatenada de actos jurídicos encaminados a la obtención de una sentencia por parte de un órgano jurisdiccional a quien se le somete la solución de un conflicto.

⁴⁸ Ibidem, p. 122.

2.5. Sentencias firmes.

La palabra sentencia encuentra su etimología en el latín *sententia*, que significa máxima, pensamiento corto o decisión.

Para Hector Santos Azuela, sentencia es **“el acto resolutorio y determinante del proceso; es la instancia decisoria, a cargo del juzgador, que resuelve el conflicto planteado, con fuerza vinculatoria.”**⁴⁹

La sentencia es una resolución, dictada por un Juez o Tribunal para resolver una controversia, es decir, es el acto que constituye la terminación del proceso.

Es importante destacar que antes de hablar de una sentencia es necesario determinar que es una resolución. Una resolución es un acto o determinación emitida por un Juzgador o Tribunal.

De conformidad con el artículo 79 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, las resoluciones pueden ser de seis tipos, a saber:

- 1.- Decretos, que son simples determinaciones de trámite.
- 2.- Autos provisionales, aquellos que se ejecutan provisionalmente.
- 3.- Autos definitivos, aquellos que tienen fuerza de definitivos y que paralizan definitivamente la prosecución del juicio.
- 4.- Autos preparatorios, son las resoluciones que preparan el conocimiento y decisión del negocio ordenado, admitiendo o desechando pruebas.
- 5.- Sentencias Interlocutorias, aquellas resoluciones que resuelven un incidente promovido antes o después de dictada una sentencia.

⁴⁹ Ibidem, p. 125.

6.- Sentencias definitivas, aquellas resoluciones que como ya se ha dicho pone fin al juicio, litigio o proceso sometido al Juez o Tribunal.

Ahora bien, una vez que se han señalado los diversos tipos de resoluciones que existen, es importante destacar que en la práctica, se ha llegado a llamar sentencia a otras resoluciones que no tienen por finalidad concluir el litigio. Hay quienes opinan que las sentencias interlocutorias no deberían ser llamadas así, ya que no ponen fin al proceso en sí, sino únicamente a una cuestión incidental, consideran también que en el amparo no es dable usar esta terminología en aquellas resoluciones judiciales que deciden el incidente de suspensión respectivo, más aún, consideran que dichas resoluciones deben ser llamadas autos.

La doctrina procesal mexicana considera a las sentencias definitivas, como las resoluciones más importantes, en virtud de que, es a través de éstas, que se pone fin al proceso.

Existen tres categorías de sentencias, a saber, declarativas, de condena y constitutivas. Las primeras son aquellas que declaran el derecho respecto de una controversia determinada, las segundas señalan el proceder que deberá seguir el sujeto que resulta condenado en la controversia y, las terceras crean o constituyen nuevas situaciones jurídicas distintas a las que prevalecían antes de resolver el conflicto.

Ahora bien, respecto a la autoridad que deben revestir las resoluciones dictadas por un Juez, **“La sentencia en el sentido estricto puede apreciarse desde dos puntos de vista, en primer término como el acto más importante del Juez en virtud de que pone fin al proceso, al menos en su fase de conocimiento y, en segundo lugar, como un documento en el cual se consigna dicha resolución judicial.”**⁵⁰

Así, la sentencia como acto del Juez, dictada para poner fin al proceso, es conocida como sentencia definitiva, misma que decide el fondo de la controversia, pero que admite medios de impugnación a través de los cuales las partes pueden inconformarse con dicha sentencia y lograr su modificación, revocación o anulación.

⁵⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Enciclopedia Jurídica Mexicana. Tomo VI. p. 394.

Ahora bien, cuando las partes no impugnan la sentencia definitiva o, habiéndola impugnado no logran modificarla, revocarla o anularla, entonces la sentencia definitiva adquiere el carácter de firme, esto es, se convierte en Sentencia Firme, la cual será aquella que no admita medio de impugnación alguno en su contra, adquiriendo por lo tanto el carácter de cosa juzgada.

Para efectos del presente estudio, se considerará sentencia firme, aquella resolución del Juez o tribunal que pone fin al proceso en su etapa de conocimiento, y que ya no admite medio de impugnación alguno, constituyéndose como cosa juzgada y que en caso de ser objeto de ejecución material podrá ser sentencia ejecutoria o ejecutoriada.

Hablando de la sentencia definitiva como documento judicial, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala requisitos de fondo y de forma que debe contener dicho documento.

Por lo que respecta a la forma, dicha sentencia deberá relacionar los hechos de la controversia, posteriormente realizar las consideraciones y fundamentos de derecho, para finalmente, señalar los puntos resolutivos, elementos mejor conocidos como Resultandos, Considerandos y Puntos Resolutivos.

Cabe destacar que el artículo 80 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, señala que las resoluciones deberán ir firmadas por el Juez y el Secretario con firma completa. Mientras que el artículo 86 del mismo ordenamiento señala que:

“Artículo 86.- Las sentencias deben tener el lugar, fecha y Juez o Tribunal que las pronuncie, los nombres de las partes contendientes y el carácter con que litiguen y el objeto del pleito”.

Por cuanto hace a los requisitos de fondo, estos son la observancia de los principios de congruencia, motivación, fundamentación y exhaustividad que marca el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mismos que deben seguirse no solo en las sentencias definitivas sino en todas las resoluciones que dicta el Juez, para mayor precisión se transcribe lo estipulado por el artículo 81 del Código citado:

“Artículo 81.- ...Las sentencias definitivas también deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y las contestaciones y con las demás

pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate...”

La congruencia en la sentencia se refiere a que ésta debe concordar entre lo solicitado por las partes y lo resuelto por el Juez, pero también se refiere a que debe haber coherencia entre las afirmaciones del Juez y lo que resuelve.

La motivación es el examen y valoración por parte del Juez de todos los hechos expresados por las partes de acuerdo con los elementos de convicción presentados en el proceso.

Fundamentación, es la expresión por parte del Juzgador, de los argumentos jurídicos y preceptos normativos en que se debe basar la resolución del conflicto.

Finalmente la exhaustividad es la obligación del Juez de estudiar todas las pretensiones de las partes.

A modo de conclusión se puede indicar que la Legislación y doctrina mexicanas consideran a los contratos como especie de los convenios, ello en razón a que el convenio es el acuerdo de voluntades que crea, modifica, extingue o transfiere derechos y obligaciones, mientras que el contrato solo los crea y los transmite; que su naturaleza jurídica es la de un acto jurídico, porque deviene de la voluntad de las partes, pero que también tiene por naturaleza la de una norma jurídica individualizada, en virtud de que genera obligaciones de observancia irrestricta entre las partes que así se obligaron. Que los contratos administrativos son como bien lo señala el profesor Rafael I. Martínez Morales “aquellos que celebra la administración (más precisamente, el estado como persona jurídica) a efecto de cumplir con un fin público, o por cuyo medio se pretende satisfacer una necesidad pública”⁵¹, motivo por el cual precisamente se requiere de una regulación jurídica exorbitante del derecho privado, y que sin embargo con ello no pretende colocarse al contratante particular en desventaja para con el Estado.

También es de concluir que la figura de la obligación solidaria, como clasificación de las obligaciones, se encuentra debidamente regulada por el Código Civil del Distrito Federal,

⁵¹ Martínez Morales Rafael I. Derecho Administrativo. 3er. y 4º Cursos. 3ª Edición. Edit. Oxford. México, 2000. p. 101.

y que dicha figura y regulación no encuentra impedimento alguno para que pudiese trasladarse a los contratos administrativos, en específico a los contratos de Obra Pública, normados en la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, ello en razón a que en dichos contratos existe la unidad de la prestación, misma que no necesariamente debe ser divisible, y la pluralidad de vínculos se buscaría en una pluralidad de obligados solidarios pasivos (es decir, varios deudores obligados al cumplimiento del contrato de Obra Pública). Situación que tampoco interfiere con las garantías que ya se encuentran normadas en la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, ya que como bien se señaló ambas figuras son distintas, ya que mientras en la solidaridad pasiva, todos los codeudores responden por la misma prestación, en la garantía, solo se responde ante el incumplimiento del deudor primario y solo por cuanto se haya estipulado en la garantía o fianza, más no al cumplimiento de la prestación primaria del Contrato de Obra Pública, motivo por el cual ambas figuras se complementan, más no se obstruyen o contravienen.

Por otro lado, y como se analizará en el capítulo correspondiente, la figura del obligado solidario en los contratos de obra pública, si bien atiende a la intención de obligar a las contratistas particulares al cumplimiento del contrato, también pretende asegurar que ante el eventual incumplimiento del mismo, no les resulte tan fácil a dichas contratistas, evadirse ante los procesos legales que les sean instaurados ante las autoridades jurisdiccionales, siendo dichos procesos, el medio legal para que a través de la función jurisdiccional del Estado, se aplique el Derecho y la Justicia a modo de obligar a las contratistas a resarcir daños, devolver pagos, anticipos de obra, o bien al cumplimiento del contrato de obra pública, no sin dejar de considerar que para ello, deberán los contratantes encontrarse presentes durante todo el proceso legal, visto éste, como la sucesión concatenada de actos jurídicos que se inician con la instauración de una demanda y que concluyen con una sentencia que resuelva el conflicto legal. Finalmente es a través de la sentencia firme, que se podrá considerar que la parte condenada no tiene manera de omitir cumplir la sentencia, so pena de que se le obligue a cumplirla de manera coercitiva, es decir, aún contra la voluntad del condenado y con el auxilio de la fuerza pública del Estado.

CAPÍTULO TERCERO.- NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA EN EL DISTRITO FEDERAL.

3.1. Contrato Administrativo.

El Contrato Administrativo como se señaló en el capítulo anterior, es aquel que celebran por una parte, la administración pública y, por el otro lado, los particulares u otro órgano de la Administración Pública, regulado por normas exorbitantes del derecho, en virtud de que el objeto materia de estos contratos es la satisfacción de un interés público, y por ende se encuentran regulados por el derecho público.

Los contratos administrativos encuentran su justificación, en la necesidad contractual de la Administración Pública, de realizar convenios y contratos que le permitan y faciliten el desarrollo de sus actividades encaminadas a la prosecución de su finalidad primordial, el logro de satisfactores de la sociedad en general.

Para poder cumplir con todas las cuestiones tan diversas que maneja el Estado, se hace necesario contar con el apoyo de particulares para la realización y atención de todas sus actividades, necesidad que pretende cubrir con instrumentos jurídicos, a través de los cuales, el Estado pueda encargar algunas de dichas cuestiones a los particulares, razón o justificación por la cual el Estado celebra contratos administrativos con los particulares.

El maestro Miguel Acosta Romero, considera que el Estado se allega de los recursos y bienes necesarios para realizar sus funciones y actividades, a través de los impuestos y servicios obligatorios que impone a los particulares, pero que no siempre es así, ya que en algunas ocasiones, el Estado prefiere solicitar **“de los particulares, ya sean personas físicas o jurídicas colectivas, que en forma consciente o voluntaria concurren a la realización de determinadas obras, a la producción de bienes o a la prestación de servicios, ya sean personales o servicios públicos, mediante el instrumento jurídico que constituyen los convenios y contratos, es decir, la Administración Pública y los particulares en forma consciente y voluntaria, mediante acuerdos contractuales ayudan a la satisfacción de las necesidades colectivas, al mismo tiempo que estimulan los intereses de la iniciativa privada a**

través de beneficios mutuos que armonizan el interés colectivo con el interés de los particulares.”⁵²

Ahora bien, es importante señalar que la Administración Pública también celebra contratos sujetos al derecho privado, es decir que no existe obstáculo alguno para que celebre todo tipo de contrato como cualquier ente jurídico, así es posible encontrar contratos de arrendamiento (generalmente celebrados con la intención del Estado de contar con lugares en donde instalar sus oficinas, regidos primordialmente por el derecho civil con sus contadas excepciones, a la Administración Pública no se le puede ejecutar ni ordenársele medidas de apremio), de comodato (cuando el Estado, a través de la Administración Pública, permite el uso gratuito de determinados bienes a instituciones de beneficencia pública o privada; regidos por el derecho privado), de donación (al igual que los contratos de comodato, solo que en este caso se ceden los bienes), o de prestación de servicios profesionales (cuando la Administración Pública requiere del consejo y opinión técnica de expertos en diversas materias; estos contratos se rigen por el derecho privado), u otros, como los contratos de derecho mercantil (como es el caso del fideicomiso, que se rige por el derecho mercantil).

Respecto de los Contratos Administrativos, como ya se mencionó en el capítulo anterior, no se sujetan a las reglas del derecho privado sino más bien, a las del derecho público. Dichos contratos administrativos son de diversos tipos y muy variados, los hay desde los tradicionales contratos de obra pública y de suministro, hasta contratos más específicos como de consultoría, de riesgo, de empréstito, de subsidio, de concesión, de función pública, etcétera.

Ahora bien, la razón por la que en algunos casos el Estado celebra contratos civiles y en otros, contratos administrativos, se debe precisamente al objeto y finalidad que persiguen los contratos que celebre la Administración Pública, ya que cuando el objeto o la finalidad **“no se vincule estrecha y necesariamente con el cumplimiento de sus atribuciones y cuando, por lo mismo, la satisfacción de las necesidades colectivas no se perjudique porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen especial”⁵³**, se estará hablando de contratos civiles o privados pero,

⁵² Acosta Romero, Miguel. Segundo Curso de Derecho Administrativo. 2ª Edición. Edit. Porrúa. México, 1993. p. 625.

⁵³ Fraga Gabino. Derecho Administrativo. 40ª Edición, Edit. Porrúa. México, 2000. p. 400.

“cuando el objeto o finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales, de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se entrará en el dominio del contrato administrativo.”⁵⁴

Debido a lo anterior, para el maestro Gabino Fraga, difícilmente puede fijarse a priori y enumerativamente cuales son contratos administrativos o públicos y cuales son de derecho civil o privado, ya que todo dependerá de las circunstancias particulares de cada contrato.

3.2. Criterios de Distinción de los Contratos Administrativos.

En un afán de distinguir los contratos administrativos de los contratos de derecho civil, se han elaborado diversas corrientes, que han culminado en diversas teorías, llamadas Criterios de Distinción de los Contratos Administrativos.

Resulta importante mencionar, que la mayoría de los doctrinarios del derecho reconocen o concuerdan con al menos tres criterios, mismos que son el Criterio Objetivo, el de la Cláusula Exorbitante y el de Jurisdicción.

Para el Doctor Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, existen por lo menos ocho criterios de distinción de los contratos administrativos, mismos que indican son: **“Criterio Subjetivo; criterio de la jurisdicción; criterio formal; criterio de las cláusulas exorbitantes; criterio legalista; criterio de los servicios públicos, criterio de los fines de utilidad pública; y criterio del fin de interés público”**.⁵⁵

Mientras que el autor argentino Héctor Jorge Escola, solo analiza cinco criterios, los cuales son: el subjetivo, objetivo, formal, de la jurisdicción y el de la cláusula exorbitante.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. Elementos de Derecho Administrativo I. 2ª Edición, Edit. Limusa. México, 2004. p. 264.

Para los catedráticos Miguel Acosta Romero y Rafael I. Martínez Morales, los criterios de distinción son: Criterio Objetivo o Intrínseco, Criterio de la Jurisdicción, Criterio del régimen a que se sujetan los contratos administrativos, Criterio de cláusulas exorbitantes y Criterio del Hecho del Príncipe.

El Criterio Subjetivo que menciona tanto el Doctor Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez y el profesor Hector Jorge Escola, indica que los contratos administrativos se diferencian de los contratos civiles, precisamente porque una de las partes u obligados es la administración pública; sin embargo, estos mismos autores hacen una crítica constructiva a dicho criterio, mencionando que no es posible ni suficiente considerar que por ese simple hecho, un contrato sea administrativo, ya que en todo caso, sería entonces imprudente señalar que un contrato de servicios profesionales o de arrendamiento celebrado entre un particular y la Administración Pública fuese de carácter civil, es decir, los contratos de carácter privado que celebra el Estado bajo las normas del derecho civil tendrían que ser llamados también contratos administrativos, luego entonces, se caería en una absoluta contradicción e incongruencia. Se debe recordar que los contratos administrativos, no solo se diferencian por los sujetos que en el intervienen, sino también por el objeto y la finalidad que con ellos se pretende alcanzar, así como por las normas y cláusulas exorbitantes al derecho civil que en dichos contratos se establecen, ello con el fin de asegurar el cumplimiento de los mismos.

Y si hemos hablado del criterio subjetivo, que exclusivamente tiene que ver con los sujetos que intervienen en el contrato administrativo, es evidente que surgiera una teoría o Criterio que tratara de distinguir al contrato administrativo de los contratos civiles, a través del objeto que persigue el primero.

El Criterio Objetivo atiende, a la particularidad del objeto mismo del contrato administrativo, es decir, distingue a este contrato de los civiles, en virtud del objeto que debe ser un servicio público o una utilidad pública. Sin embargo el profesor Rafael I. Martínez Morales, difiere de ello en razón de que no siempre los servicios públicos se encuentran sujetos al derecho público, ejemplo de ello son los servicios públicos industriales y comerciales, los cuales se encuentran sujetos al derecho privado. De igual manera y respecto de la utilidad pública, el catedrático señala que no siempre los contratos administrativos persiguen de modo directo la utilidad pública.

Para muchos teóricos resulta importante señalar que el objeto no necesariamente es la piedra angular en la distinción entre contratos civiles y administrativos, de hecho, se ha optado por no señalar como objeto propio de éstos, al servicio público o utilidad pública, sino más bien a la utilidad social, ya que resulta ser un concepto mucho más amplio que permite al estudioso, diferenciar con mayor amplitud a los contratos administrativos de los civiles. De igual manera hay quienes (Royo Villanova, Jezé, Fraga, Martínez Morales, etcétera), consideran que tampoco este criterio es suficiente para distinguir al contrato administrativo del contrato civil, ya que consideran que además del objeto, se debe considerar el sometimiento de dichos contratos a normas jurídicas especiales.

El Criterio de la Jurisdicción, es una teoría analizada por la gran mayoría de los doctrinarios, y tal vez por ello, resulta ser uno de los criterios más objetados por todos. Se pretende distinguir a los contratos administrativos de los contratos civiles en atención a los tribunales competentes para resolver las controversias que se derivan de estos contratos, de modo que los conflictos originados con la interpretación, ejecución y cumplimiento de los contratos administrativos deben ser resueltas por Tribunales Administrativos, mientras que los surgidos de contratos civiles serían resueltos por tribunales ordinarios.

Dicho criterio es harto objetable, ya que la jurisdicción ante la que deben someterse las controversias surgidas de los contratos son consecuencia de su propia naturaleza, por lo que primero habría que distinguir si el contrato es administrativo o civil, para luego determinar el tribunal competente.

La jurisdicción no puede afectar ni alterar la esencia de los contratos, mucho menos cambiar su naturaleza, someter un contrato a la jurisdicción administrativa no es base suficiente para darle el carácter de contrato administrativo.

Es más, en la Ciudad de México, los conflictos derivados de los contratos administrativos están sometidos a la jurisdicción ordinaria.

Por todo lo anterior, este criterio es insuficiente para diferenciar a los contratos administrativos de los civiles.

El Criterio del Régimen a que están sujetos los contratos administrativos, es aquel mediante el cual se pretende distinguir a un contrato administrativo por el hecho de estar

sometido a un régimen de derecho público, mismo que sujeta a ambas partes a respetar todas las disposiciones que se encuentran relacionadas con la materia específica de que se trate el contrato a celebrar. Para el catedrático Miguel Acosta Romero, este criterio no resulta del todo convincente, ya que también existen contratos de la administración sujetos al derecho civil.

El Criterio de las Cláusulas Exorbitantes, es también uno de los criterios más ampliamente estudiados. Para esta teoría, los contratos administrativos son aquellos en los que la Administración Pública introduce cláusulas inusuales, que en el derecho civil simplemente serían inadmisibles, ya que se les considera exorbitantes y que por ende, resultan ilícitas.

Sin embargo, en un contrato administrativo estas cláusulas exorbitantes ubican al órgano administrativo en una posición de superioridad frente a su cocontratante, con la finalidad de poder adaptar el contrato a las necesidades públicas, al variar dentro de los límites que marque la ley, las obligaciones del cocontratante de manera unilateral, pudiendo ejecutar el contrato, por sí o por tercero, en caso de incumplimiento o mora del cocontratante y, pudiendo también rescindir el contrato de manera unilateral, en caso de incumplimiento o cuando las necesidades así lo exijan.

Para el profesor Rafael I. Martínez Morales, las cláusulas exorbitantes **“son estipulaciones cuyo objeto es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o comerciales.”**⁵⁶

Existe una teoría o criterio llamado Hecho del Príncipe, que considera como tal, cualquier modificación que el Estado pueda realizar a los contratos que originalmente haya celebrado. Desde ese punto de vista, parece tratarse más bien, del criterio de las cláusulas exorbitantes ya analizado anteriormente, por lo que deberá considerarse como Hecho del Príncipe aquel acto extracontractual que el Órgano Administrativo imponga a su contraparte, como puede ser un impuesto nuevo que grave a un concesionario. Es decir, constituyen Hechos del Príncipe, aquellos que impone el Estado a su cocontratante, por encima de las cláusulas pactadas en el contrato celebrado.

⁵⁶ Martínez Morales, Rafael I. Derecho Administrativo. 3^{er}. Y 4^o Cursos. 3^a Edición. Edit. Oxford. México, 2000. p. 106.

El Criterio Legalista es aquel que pretende diferenciar a los contratos administrativos de los civiles considerando a la calificación que así le otorgue el propio legislador. Es decir, lo que determina al contrato es la disposición expresa de la ley y no la naturaleza misma del contrato. Este criterio es objetado en virtud de que la naturaleza de un contrato deriva de su propio contenido y no, de la disposición legal que así lo determine. Existirán contratos que la propia ley les dé el carácter de administrativos o de derecho público, sin embargo no todos gozan de dicha distinción en la ley.

El Criterio de la Doble Exigencia señala que **“por una parte, la administración pública debe responder como el ente capaz de organizar a la colectividad; por ello es lógico pensar que la administración pública no puede proveer en su totalidad las obras, los bienes y los servicios que necesita la sociedad, pero sí puede organizar y coordinarse con ésta para satisfacer los requerimientos comunitarios. Por otro lado, dada la naturaleza de la actividad propia de la administración, que se realiza para satisfacer una necesidad colectiva, le es permitido imponer el cumplimiento forzoso e inmediato de un contrato, previo al conocimiento del poder judicial, y el particular sólo podrá impugnarlo si se encuentra inconforme con la legalidad del acto.”**⁵⁷

Existe el Criterio del Fin Público, mismo que distingue a los contratos administrativos en atención a los objetivos encomendados a la administración pública, mismos que se encuentran ligados a las necesidades colectivas de la comunidad, que se traducen en servicios públicos, utilidad pública, así como la satisfacción y logro del interés público; y que por tanto son objetos y fines que el derecho privado no podría regular. Este criterio resulta muy ligado al Criterio Objetivo o Intrínseco, mismo que ya fue analizado, y en el que se señaló que no es criterio suficiente para distinguir a los contratos administrativos de los civiles.

El Criterio Formal señala que un contrato administrativo es aquel, en el que la Administración Pública debe incluir, para su celebración, ciertas formalidades, como pueden ser, la licitación, las condiciones o base de contratación, etcétera. Sin embargo, este criterio es insuficiente y falto de base jurídica, ya que no existe impedimento legal

⁵⁷ Ibidem, p. 107.

alguno para que los particulares también incluyan procedimientos y formalidades similares ante la celebración de diversos contratos de carácter civil.

El catedrático Rafael I. Martínez Morales analiza tres criterios más, mismos que se refieren a la limitación de la libertad contractual de las partes, la desigualdad jurídica y la mutabilidad del contrato. Respecto de la limitación de la libertad contractual de las partes, señala que **“El ente público que requiera celebrar un contrato debe constreñirse a acatar todas las disposiciones legales que respecto al caso particular se hayan dictado, de tal suerte que su actuación no es enteramente discrecional y tampoco arbitraria; por su parte, el contratista deberá cumplir con ciertos requisitos y ajustarse también a las disposiciones legales y condiciones impuestas por el ente público, por lo que también ve restringida su libertad contractual”**.⁵⁸

Por lo que hace a los otros dos criterios, el catedrático indica:

“Desigualdad jurídica. Anteriormente se ha establecido que existen cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos, en razón de la necesidad colectiva y a favor del ente público que contrata; esto, obviamente, se traduce en una ventaja a favor del cocontratante del particular. También, como efecto de esta desigualdad jurídica encontramos que contra la administración pública no procede la ejecución ni las vías de apremio.

Mutabilidad del contrato. Es una característica peculiar de los contratos administrativos el que por motivos de interés público se pueden dar y justificar modificaciones en sus cláusulas, lo que permite que el ente público tenga amplitud y flexibilidad en sus relaciones contractuales, situación que no es posible en los contratos de derecho privado”.⁵⁹

En ambos criterios, encontramos puntos ya vistos y analizados en los criterios de las cláusulas exorbitantes y en el del Hecho del Príncipe.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Ididem, p. 108.

3.2.1. Elementos de los Contratos Administrativos.

Por “elementos” de un contrato, se debe entender, los principios que concurren a constituirlos y que son parte integral de ellos. Los elementos de los contratos administrativos suelen ser similares a los de derecho privado.

Por ello, los elementos del contrato serán aquellos sin los cuales el contrato no puede existir, o bien existiendo no pueda perfeccionarse.

Para el catedrático Rafael I. Martínez Morales, los contratos administrativos constan de los siguientes elementos: Sujetos, Consentimiento, Objeto, Forma, Causa y Licitación.

Para otros autores como Hector Jorge Escola, los elementos del contrato administrativo se subdividen en tres clases, así tenemos los elementos esenciales llamados Consentimiento y Objeto; elementos esenciales presupuestos que son los Sujetos, la Competencia y Capacidad, la Causa y la Finalidad y; finalmente esta el elemento esencial complementario denominado Forma.

Para el Dr. Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, los elementos son los Sujetos, Consentimiento, Objeto, Motivo, Forma y Fin.

Los tres autores coinciden en los elementos denominados: Sujetos, Objeto, Consentimiento, Forma y Causa o Motivo. Debido a ello, serán estos los elementos que se analizarán en primer lugar.

Los Sujetos, evidentemente deben ser un órgano administrativo y un particular; el órgano administrativo debe ser competente para celebrar contratos y siéndolo deberá actuar en ejercicio de sus funciones administrativas, dentro del marco legal al que se encuentre sujeto y conforme a su presupuesto.

La incompetencia por parte del Órgano de la administración Pública generaría una nulidad en el contrato, pues éste se encontraría viciado. También si el órgano administrativo no actúa en ejercicio de sus funciones se estará en presencia de un contrato de derecho común y no de derecho público o administrativo.

El órgano administrativo del Distrito Federal, encuentra su competencia para contratar en la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal, su Reglamento Interior y disposiciones legales correlativas.

Por lo que hace al otro sujeto, llamado el particular, puede ser una persona física o moral, sin embargo debe reunir requisitos que van más allá de la capacidad de ejercicio que marca la legislación civil, ya que deberá, en caso de ser persona moral, acreditar fehacientemente la personalidad de los representantes que obligaran a la representada moral, además deberá estar inscrita en los Padrones de Contratistas o de Proveedores de la Administración Pública del Distrito Federal. Es evidente, como señala el catedrático Rafael I. Martínez Morales, que el particular se verá regulado por normas de derecho público y a la vez de derecho privado.

Para el autor Hector Jorge Escola, los Sujetos son presupuestos del consentimiento, sin éste no existen los primeros, ya que es la voluntad de los sujetos la que da origen al consentimiento.

Como se puede apreciar, siempre uno de los sujetos deberá ser un órgano de la administración pública, sin embargo, ello no implica que ambos sujetos sean órganos administrativos, en cuyo caso nos encontraremos ante convenios o contratos interadministrativos, que no son sino aquellos celebrados únicamente entre órganos de la administración pública, en donde ambos, se vinculan contractualmente, mediante un acuerdo de voluntades, que genera un consentimiento, creando derechos y obligaciones para las partes.

El Objeto **“es la prestación buscada por las partes; es decir, la consecuencia que se persigue al celebrarlo, y que se traduce en un dar, hacer, o no hacer”**.⁶⁰ El Objeto es el establecimiento de la obligación que ambas partes pretenden con su realización, pero también es la causa o materia en que incide la obligación (adquisición de un bien, prestación de un servicio o realización de una obra pública).

⁶⁰ Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. Elementos de Derecho Administrativo I. 2ª Edición, Edit. Limusa. México, 2004. p. 272.

El Objeto es un elemento esencial para el contrato administrativo, ya que sin éste, el contrato resultaría inexistente.

Ahora bien, el Objeto en el derecho privado debe cumplir ciertas características para que éste pueda incluirse en el contrato, debido a que si no cumple con ellas se nulificaría el contrato. Dichas características son que debe tratarse de un objeto determinado o determinable, lícito, posible y dentro del comercio. Dentro de los contratos administrativos, el Objeto deberá cumplir con las tres primeras características, sin embargo respecto de la cuarta característica, ésta no resulta ser indispensable, ya que en muchas ocasiones los Objetos de los Contratos Administrativos suelen ser Objetos fuera del Comercio, pues se trata de cosas o bienes públicos que tienen la finalidad de satisfacer el interés público o social.

Aunado a todo lo anterior, el Profesor Hector Jorge Escola indica que respecto del Objeto del contrato administrativo se suele señalar que éste puede mutar, situación que resulta imposible en el derecho privado. Lo anterior significa que el Objeto de un Contrato Administrativo puede variar por razones de interés público, pero siempre dentro de ciertos límites establecidos por la ley, dichas variaciones siempre son realizadas de manera unilateral por parte de la Administración Pública.

El Consentimiento resulta ser un requisito indispensable para la existencia del contrato administrativo. Este elemento es la manifestación de la voluntad de los sujetos para obligarse a través de la celebración de un contrato. Esto es, que el consentimiento presupone el acuerdo de voluntades formadas y expresadas de los contratantes, mismas que al ser coincidentes dan vida al contrato generando vínculos obligacionales entre las partes.

A diferencia del derecho privado, en donde las partes exteriorizan su consentimiento de manera expresa en forma lisa y llana o de manera tácita con actos que presuponen su aceptación; en los contratos administrativos, el particular, ya sea persona física o moral, expresará su consentimiento de forma simple y llana (mismo que puede contener o no ciertas y determinadas formalidades para su expresión en determinados contratos administrativos), mientras que el Órgano Administrativo, deberá exteriorizar su consentimiento a través de actos precedidos que pueden ser formales o legales, **“como pueden ser la convocatoria y licitación pública, la autorización de la partida**

correspondiente, la verificación de que el particular se encuentre inscrito en el registro de proveedores, etcétera⁶¹ Ello quiere decir que el consentimiento del Órgano Administrativo está sometido a normas especiales de derecho público, a las cuales es necesario atender para que el contrato sea válido, y que por ello es imposible que el consentimiento del órgano de la administración pública se manifieste a través del silencio o en forma tácita.

Por lo que hace a la manera en cómo se realiza la expresión de la voluntad en los contratos administrativos, ésta se realiza, por regla general, con la adhesión del particular a las cláusulas previamente elaboradas por el órgano administrativo y en casos excepcionales, el consentimiento se producirá como consecuencia de una libre discusión entre quienes concurren a celebrar el contrato administrativo, sin embargo dicha excepción es muy rara que se produzca en la práctica administrativa.

El consentimiento de ambas partes no deberá encontrarse viciado por error, dolo o violencia, pues esto provocaría que el contrato estuviera afectado de nulidad.

Respecto al error, éste puede recaer en los sujetos, en el objeto o en el derecho, el cual no puede invocarse especialmente por parte de la administración.

En cuanto a la violencia, como vicio de la voluntad, primero habría que señalar de parte de quien puede surgir ésta, ya que es evidente que la Administración Pública difícilmente podría ser violentada por un particular, máxime cuando ésta se encuentra en una posición prevaleciente, contando incluso con medios legales coercitivos. Sin embargo, es evidente que la violencia podría ser ejercida en contra de los servidores y funcionarios públicos que integren el órgano administrativo.

Por lo que se refiere a la figura del dolo, éste, también difícilmente se hará presente en los contratos administrativos, ya que no es posible que la administración pública, por su estructura, pretenda engañar o inducir a error a su cocontratante particular.

El elemento llamado Forma, es aquel que se refiere tanto al modo como se instrumenta el vínculo contractual, como a las formalidades que son el procedimiento a través del cual se

⁶¹ Martínez Morales, Rafael I. Derecho Administrativo. 3er. y 4º Cursos. 3ª Edición. Edit. Oxford. México, 2000. p. 109.

llega a la contratación, es decir, la Forma es el modo como se documenta la voluntad administrativa, misma que por regla general será de manera escrita, mientras que las formalidades son los requisitos previos, concomitantes o posteriores al contrato administrativo.

Tanto el catedrático Rafael I. Martínez Morales como el Autor Hector Jorge Escola, coinciden en denominar al quinto elemento de los contratos administrativos como “Causa”, mientras que el Dr. Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez prefiere llamarlo “Motivo”.

La Causa o Motivo es la situación de hecho o de derecho que influye en los cocontratantes para la celebración del contrato administrativo. Dicha causa se encuentra vinculada a la finalidad del contrato, ya que para el Órgano Administrativo la causa del contrato administrativo es la satisfacción de los intereses públicos en concreto, mientras que la causa que motiva al particular es la obtención de un lucro personal.

Para el autor Hector Jorge Escola, la Causa es un elemento esencial presupuesto que deriva del consentimiento de las voluntades propias de los sujetos. Indica también que la Causa en el Derecho Privado solo es necesaria su existencia en el momento de la celebración del contrato, ya que su desaparición posterior no afecta la vigencia y validez del contrato; pero en el Derecho Público no ocurre así, ya que si la causa desaparece, entonces el contrato administrativo se extingue.

Para el Doctor Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, la Finalidad es el sexto elemento del contrato administrativo que **“consiste en el propósito para la celebración de tal acto, lo cual se traduce en el fin último que se persigue con él, que no es otra cosa que la satisfacción del interés público, tal y como acontece en los actos administrativos.”**⁶²

Para Hector Jorge Escola, la Finalidad está ligada a la voluntad y consentimiento de la Administración Pública, por lo que dicho elemento es **“la condición de subordinación al fin propio del servicio de que se trata en cada caso, y que el contrato administrativo**

⁶² Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. Elementos de Derecho Administrativo I. 2ª Edición, Edit. Limusa. México, 2004. p. 273.

debe satisfacer”.⁶³ Lo que significa que además de una causa, existe una finalidad que se relaciona con el servicio o la actividad administrativa en concreto que se contrata.

El fin que persiguen las partes contratantes, al ser específico y determinado en cada caso concreto y de acuerdo a las normas jurídicas establecidas para tal efecto, impide que existan fines ilícitos u ocultos e indebidos, ya que una irregularidad de tal magnitud en un contrato administrativo, lo invalidaría, ejemplo de ello sería cuando el órgano administrativo adjudicase un contrato a un concursante licitador cuya oferta no sea la más conveniente para el Estado.

Para el catedrático Rafael I. Martínez Morales existe otro elemento de los contratos administrativos, llamado Licitación, del cual indica que **“es introducido en los contratos administrativos como un mecanismo de control al gasto que realizan los entes públicos: encuentra su justificación en disposiciones legales, las que también establecen las excepciones a la licitación pública”.**⁶⁴ Indica que se trata de un instrumento jurídico, un procedimiento que sirve de garantía al interés público, ya que establece una serie de etapas para elegir la mejor oferta en cuanto a calidad, tiempo y costo de un servicio o bien que la administración requiera y por la cual pretende realizar el contrato administrativo.

3.3. Tipos de Contratos Administrativos.

Tradicionalmente al hablar de tipos o clases de contratos administrativos, se hacía referencia a los Contratos de Obra Pública y a los de Suministro, sin embargo en la actualidad, y debido a que la actividad contractual del Estado ha ido transformándose, han surgido nuevos contratos a los que se les puede ubicar también como tradicionales, razón por la que también se consideran a los contratos de empréstito público, de consultoría, de riesgo y, de subsidio o subvención.

⁶³ Jorge Escola, Hector. Tratado Integral de los Contratos Administrativos Vol. I. Edit. De Palma. Argentina, 1977. p. 206.

⁶⁴ Martínez Morales, Rafael I. Derecho Administrativo. 3er. y 4º Cursos. 3ª Edición. Edit. Oxford. México, 2000. p. 110.

Antes de definir el Contrato de Empréstito Público es necesario saber que es el empréstito público. Dicha figura se define, en términos jurídicos y financieros como **“la operación financiera por la que el Estado toma en préstamo dinero de Estados extranjeros, o de particulares de dentro o fuera del país, por medio de la suscripción de títulos que se emiten a determinado valor nominal, a cierto interés y en determinadas condiciones de amortización”**.⁶⁵

Ahora bien, desde un aspecto jurídico el contrato de empréstito público es el acto mediante el cual, el Estado, llamado prestatario, pide a los capitalistas o llamados suscriptores, recursos financieros necesarios para el gasto público, mediante la emisión de títulos públicos, creando así una serie de obligaciones entre ambas partes, respecto a las condiciones del servicio de intereses y del reembolso de capital.

Se ha discutido respecto de si el empréstito público es o no, un contrato administrativo, por lo que existen dos teorías, la Unilateralista y la Contractualista.

La teoría unilateralista afirma que el empréstito público no puede ser un contrato administrativo, ya que en estricto sentido no existe un acuerdo de voluntades, ello en virtud de que el Estado o la Administración Pública establece de manera unilateral las condiciones de los títulos emitidos sin la intervención de los tenedores, y éstos solamente se adhieren a las cláusulas ya preestablecidas. Por ello, esta teoría afirma que el empréstito público interno es una obligación unilateral autónoma, mientras que en su aspecto externo se tratará de un acuerdo internacional.

La teoría contractualista, asegura que el empréstito público, ya sea interno o externo, sí es un contrato administrativo, ya que en su aspecto interno, si bien es cierto que el Estado emite los títulos de empréstito y fija condiciones de manera unilateral, también es cierto que es hasta cuando los tenedores aceptan dichas condiciones, que el contrato administrativo se perfecciona. Por otro lado, en el aspecto externo, el hecho de que la Administración Pública contrate empréstitos en el extranjero, no significa que éste obteniendo deuda pública.

⁶⁵ Orgaz, Arturo. Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales. Ed. Assandri, España, 1961. p. 248.

Siguiendo la teoría que afirma que el empréstito público sí es un contrato administrativo, habría que señalar que este contrato puede ser a corto o largo plazo, amortizable, consolidado, forzoso, internacional, oro, patriótico o perpetuo.

El empréstito a corto o largo plazo es el empréstito respecto del cual la colectividad emisora se obliga a asegurar su reembolso en condiciones determinadas, extinguiendo la deuda mediante pagos efectuados en fechas fijas o periódicas.

Respecto del empréstito forzoso, se dice que este es una deformación del empréstito público, ya que en este caso el Estado obliga a los particulares a suscribir y recibir los títulos que emite, además de que se abstiene de asegurar el servicio de intereses del empréstito y, a veces hasta del reembolso mismo de éste.

El empréstito público internacional, es aquel que se emite en mercados internacionales, donde debe ser negociado libremente y en las mismas condiciones.

El empréstito público en oro, se refiere principalmente a que el monto y servicio del título emitido se fija en oro y no en moneda nacional.

En lo que se refiere al empréstito perpetuo, es aquel en donde el suscriptor nunca podrá exigir el reembolso del capital invertido en el título emitido.

Un empréstito público patriótico es también una deformación del empréstito público, ya que en éste, el Estado hace un llamado al nacionalismo y patriotismo de la población (futuros y posibles suscriptores), para que suscriban el empréstito de manera libre, pero absteniéndose de asegurar el reembolso de dicho empréstito y a veces siquiera de manera parcial los intereses que genere dicho empréstito.

Algunos países sugieren que el contrato de consultoría es un contrato administrativo, sin embargo dicho contrato es, en nuestro país, plenamente identificado como un contrato de prestación de servicios profesionales, el cual se rige a través del derecho civil. El contrato de consultoría es aquel a través del cual el Estado contrata los servicios especializados de un consultor (persona física o moral), experto en determinado asunto, a efecto de que éste emita el mejor consejo calificado a la entidad administrativa que lo contrata.

Se dice que los contratos de riesgo, surgieron de la necesidad que tiene el Estado de allegarse de las inversiones suficientes para la investigación, explotación y desarrollo de la producción del petróleo, así como el aseguramiento de dicho recurso natural y de la soberanía nacional.

El contrato de riesgo es aquel que celebra la administración pública con un particular, en el que el segundo se obliga a la prestación de servicios de investigación, explotación y desarrollo de la producción de un recurso natural, y en el que, el prestatario de los servicios solo es retribuido si los recursos hallados resultan ser comercialmente explotables.

El contrato administrativo de subsidio o subvención, es aquel en el que la Administración Pública como subsidiador, aporta recursos a un ente público o privado, a efecto de que éste, el subsidiado, vea acrecentado su patrimonio y realice ciertas actividades de interés público que le encomiende la administración pública como obligación contractual.

Existen autores que consideran a la concesión como de naturaleza contractual, sin embargo, la concesión es un acto administrativo unilateral, ya que aún y cuando el particular cumpla con las condiciones requeridas por la administración pública, es decisión única y exclusiva del órgano administrativo otorgar o no la concesión.

Los contratos administrativos por tradición, son el Contrato de Obra Pública y el Contrato de Suministro. Respecto del primero, es importante señalar que dicho contrato por resultar elemento angular del presente estudio será tratado en un apartado distinto al presente, bastando indicar que es el contrato administrativo por excelencia y al que más frecuentemente recurre la administración pública.

Visto lo anterior, solo queda analizar el Contrato de Suministro. Para el catedrático Rafael I. Martínez Morales, el contrato de suministro es **“el que celebra la administración pública con algún particular a efecto de que éste le proporcione de una forma continua, ciertos bienes o servicios que el ente administrativo requiere para sus tareas”**.⁶⁶

⁶⁶ Martínez Morales, Rafael I. Derecho Administrativo. 3er. y 4º Cursos. 3ª Edición. Edit. Oxford. México, 2000. p. 116.

El Dr. Miguel Acosta Romero definió al contrato de suministro como **“el acto jurídico acuerdo de voluntades sujeto a normas de Derecho Público, que celebra la Administración Pública con una o varias personas de Derecho Privado o particulares, por medio del cual, el contratante de la administración, se obliga a proporcionar determinados artículos, mercaderías, bienes muebles, o mantenimientos necesarios para la satisfacción de intereses generales o para la prestación de servicios que al Estado corresponden, durante un plazo determinado; puede ser a plazo fijo o de tracto sucesivo, mediante el precio que es fijado unilateralmente por la propia administración, tomando en consideración las condiciones normales del mercado en ese momento”**.⁶⁷

Regularmente, a través de este contrato, la administración pública se allega de recursos de uso corriente, como es la papelería, refacciones, artículos de limpieza y de escritorio.

Se ha señalado que el contrato de suministro es semejante a un contrato de compraventa, sin embargo, las condiciones que envuelven a este contrato lo identifican como de carácter administrativo, ya que los contratantes no establecen de manera libre, los derechos y obligaciones de las partes, pues es la Administración Pública la que determina el objeto de contratación, el cual debe ser principalmente, para cumplir una finalidad pública; el ente administrativo determina también los precios de los bienes objeto del contrato; impone plazos especiales para la entrega de los bienes y establece normas de calidad de los artículos.

Dos características mas distinguen a este contrato administrativo, una es la imposición de garantías de calidad de los bienes suministrados y la otra, puede considerarse cláusula exorbitante de derecho, pues es la posibilidad de rescisión unilateral del contrato de suministro por parte de la Administración Pública.

Luego entonces las características de los contratos de suministro son:

1.- El cocontratante comprador o suministrado es un órgano de la administración pública.

⁶⁷ Acosta Romero, Miguel. Segundo Curso de Derecho Administrativo. 2ª Edición. Edit. Porrúa. México, 1993. p. 652 – 653.

- 2.- El cocontratante vendedor o suministrador regularmente es una persona física o moral particular, aunque en ciertas ocasiones puede ser también un órgano de la administración pública, como puede ser una empresa paraestatal que produzca bienes.
- 3.- El contrato se sujeta a normas de Derecho Público. Actualmente en el Distrito Federal existe la Ley de Adquisiciones para el Distrito Federal.
- 4.- El contrato contiene cláusulas exorbitantes.
- 5.- El contrato tiene por finalidad suministrar a las dependencias de la administración pública de los bienes necesarios que ésta requiere para realizar sus cometidos y funciones en pro del bienestar de la comunidad.

3.4. El Contrato de Obra Pública.

El contrato de obra pública es, como bien se ha indicado el contrato al que más recurre la administración pública, ello debido a que el objeto de dicho contrato suele ser una de las principales actividades de la administración pública, y que resultan ser las obras para uso de la propia administración o bien, las obras destinadas a un uso común o para beneficio de la sociedad en general.

Debido a la importancia que reviste este contrato, es menester definir el objeto del mismo, por lo que, para el catedrático Rafael I. Martínez Morales, la Obra Pública es **“la construcción o mejora de un mueble o inmueble realizada para comodidad o servicio de la sociedad y que pertenece a un ente público.”**⁶⁸

Para el catedrático Miguel Acosta Romero, la Obra Pública es **“toda construcción integral o reparación, realizada sea por contratistas o directamente por la Administración Pública, sobre cosas inmuebles o muebles directamente afectadas al dominio público”**.⁶⁹

⁶⁸ Martínez Morales, Rafael I. Derecho Administrativo. 3er. y 4º Cursos. 3ª Edición. Edit. Oxford. México, 2000. p. 114.

⁶⁹ Acosta Romero, Miguel. Segundo Curso de Derecho Administrativo. 2ª Edición. Edit. Porrúa. México, 1993. p. 635.

El autor José Canasi define a la Obra Pública como **“toda obra o trabajo público realizado por la administración pública, directa o indirectamente, con un fin público o de utilidad pública”**.⁷⁰

Para el tratadista Miguel Marienhoff, la obra pública es **“el bien construido o realizado por el Estado, directa o indirectamente”**⁷¹, sin dejar de considerar que la obra pública se puede referir a bienes inmuebles o bienes muebles.

Por otro lado, cuando la Administración Pública realiza una obra pública de manera indirecta, lo hará a través de un tercero, y por medio de un instrumento jurídico llamado Contrato de Obra Pública.

Considerando todo lo anterior, es posible señalar que el Contrato de Obra Pública 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”**.⁷²

Para el Doctor Andrés Serra Rojas, el contrato de obra pública es **“aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración a cambio de un precio”**.⁷³

El Contrato de Obra Pública es aquel instrumento jurídico que tiende a la satisfacción de las necesidades del Estado, a través de la construcción, ampliación, mantenimiento, mejora o demolición, que realiza un particular contratista, sobre bienes propiedad del contratante (Estado), y a través de los cuales, éste busca realizar su función primordial, la de satisfacer las necesidades básicas de la sociedad que representa, procurando con ello su bienestar general.

⁷⁰ Canasi, José. Derecho Administrativo. Volumen II. Parte Especial. Edit. De Palma. Argentina, 1984. p. 619.

⁷¹ Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo Tomo III-B Contratos Administrativos. 3ª Edición. Edit. Abeledo – Perrot. Argentina, 1983. p. 506.

⁷² Acosta Romero, Miguel. Segundo Curso de Derecho Administrativo. 2ª Edición. Edit. Porrúa. México, 1993. p. 635.

⁷³ Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Segundo Curso. 23ª Edición. Edit. Porrúa. México, 2004. p. 661.

Del análisis anteriormente realizado a ambos conceptos se puede determinar que la naturaleza jurídica del Contrato de Obra Pública es la de un Contrato Administrativo.

También se desprende la importancia de determinar, si en nuestro país, la obra pública incluye bienes muebles o no, por lo que resulta importante destacar que la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, en el Apartado A de su artículo 3º, al señalar lo que debe considerarse como Obra Pública, no menciona o incluye la frase “bienes muebles”, y sin embargo, sí los considera siempre y cuando éstos se adhieran a las obras sobre bienes inmuebles, tal y como se puede apreciar en la transcripción de la fracción V del apartado A del artículo y ley señalados:

“Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se considera obra pública:

A. La obra, dentro de la cual podrán estar:

...

V. El suministro de materiales, mobiliario y equipos que se vayan a incorporar a obras nuevas, a las de rehabilitación o aquellas que se construyan para su mejoramiento, cuya adquisición quede exceptuada de lo establecido por la Ley de Adquisiciones para el Distrito Federal.”

Por ello, es evidente que en determinados casos las obras públicas en el Distrito Federal sí incluyen bienes muebles, sin embargo, los mismos solo se consideran como obra pública cuando sean fijados al suelo o cuando formen parte de algún bien inmueble.

Antes de proceder a señalar los elementos del Contrato de Obra Pública, resulta importante hacer un breve señalamiento acerca de este Contrato, sobre cómo se encuentra regulado en la legislación administrativa del Distrito Federal, que hay respecto a la inspección no solo de estos contratos, sino también de la obra pública en sí y finalmente, un breve señalamiento del régimen exorbitante de este contrato.

Por lo que hace a la legislación administrativa del Distrito Federal que regula el Contrato de Obra Pública, como ya se mencionó en el primer capítulo del presente trabajo, es la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, misma que en su artículo primero destaca parte de la naturaleza jurídica de este contrato, al indicar que es de orden público e interés general, criterios que refuerzan su naturaleza de contrato administrativo.

Dicha Ley enmarca en su Título Tercero, Capítulo IV, todo lo referente a los Contratos de Obra Pública, señalando en el artículo 44, los tipos de contratos de obra pública que la ley permite, siendo éstos los siguientes:

Contrato de Obra Pública a Base de Precios Unitarios. Lo que significa que el pago de los trabajos que realiza la contratista, se hace por conceptos de trabajos realizados, por lo que cada trabajo o unidad de trabajo tiene un precio unitario, ello con la finalidad de poder ser pagado conforme se vaya ejecutando.

Contrato de Obra Pública a Precio Alzado. Caso en el que el pago a la contratista se realizara conforme a ministraciones por actividades realizadas y terminadas, por lo que desde antes del propio contrato, se deberán señalar las actividades principales que comprenda la obra.

Contrato de Obra Pública por Administración. En donde el pago se realiza contra la exhibición de facturas, nóminas pagadas, comprobantes e indirectos.

Esta ley también ha regulado el mínimo de declaraciones y cláusulas que deben contener los Contratos de Obra Pública, a saber:

“Artículo 46.- Los contratos de obra pública contendrán como mínimo, las declaraciones y cláusulas referentes a:

I. El oficio de autorización de la inversión para cubrir el compromiso derivado del contrato;

II. El precio a pagar por los trabajos objeto del contrato;

III. Las fechas de inicio y de terminación de los trabajos; en el caso de proyecto integral, las fechas de inicio y terminación de: los estudios que hayan de realizarse, el proyecto, la obra, las pruebas de equipos e instalaciones y las fechas específicas del inicio de operaciones y la entrega;

IV. El porcentaje del, o de los anticipos, que en su caso se otorguen para inicio de los trabajos, y para compra o producción de los materiales;

V. La forma y términos de garantizar la correcta inversión del, o de los anticipos, y el cumplimiento del contrato;

VI. Los plazos, forma y lugar de pago de las estimaciones de trabajos ejecutados, así como de los ajustes de costos, en su caso;

VII. El establecimiento de penas convencionales;

VIII. La forma en que el contratista, en su caso, reintegrará las cantidades que de cualquier manera hubiera recibido en exceso;

IX. Las condiciones y el procedimiento de ajuste de costos, los que deberán ser determinados desde las bases del concurso por la dependencia, órgano desconcentrado, delegación o entidad, los cuales regirán durante la vigencia del contrato, excepto si se trata de precio alzado;

X. La descripción pormenorizada de los trabajos que se deban ejecutar, debiendo acompañar, como parte integrante del contrato:

a) En el caso de obra, los proyectos, planos, especificaciones, programas y presupuestos correspondientes;

b) En el caso de servicios relacionados con la obra pública, si se trata de coordinación de supervisión, gerencia de obra y supervisión de obras, los proyectos, especificaciones, programas y presupuestos de la obra a supervisar, además de los programas y presupuestos del servicio mismo; si se trata de otro tipo de servicios, las referencias respecto a normas y especificaciones para realizar los estudios o proyectos, así como las Leyes, Normas técnicas y Reglamentos aplicables, los programas de desarrollo y de uso del suelo, en su caso, y

c) En el caso de proyecto integral, la descripción pormenorizada de estudios, proyectos y las principales actividades de la obra, estableciendo que son también parte del contrato los elementos de la propuesta integral del proyecto, incluida la supervisión propia del contratista en la ejecución del proyecto integral, independientemente de la que establezca la dependencia, órgano desconcentrado, delegación o entidad;

XI. El señalamiento de que el contrato, sus anexos y, en el caso de obra, la bitácora de los trabajos, son instrumentos que vinculan las partes en sus derechos y obligaciones;

XII. Los plazos para la verificación de terminación y recepción de obra pública, y

XIII. Los procedimientos mediante los cuales las partes entre sí resolverán controversias futuras que pudieran versar sobre problemas específicos de carácter técnico o administrativo.”

El artículo 47 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, indica el término que tiene tanto el órgano de la administración pública como el contratista, para formalizar por escrito el contrato de obra pública; también regula los casos en que se permite la subcontratación por parte del contratista.

Finalmente, el artículo 48 de la Ley referida, señala que los contratistas no pueden ceder obligaciones o derecho alguno derivado de la celebración de un contrato de obra pública, a excepción de sus derechos de cobro sobre las estimaciones por trabajos ejecutados, y que sin embargo, también debe contar con la aprobación del órgano de la administración pública contratante.

En cuanto a la inspección de contratos de obras públicas, la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal permite a las Contralorías Internas su intermediación en la solución de problemas que surjan en la operación de contratos como recurso simplificador y, define los plazos para respuesta de las Contralorías Internas ante aclaraciones. Lo anterior sin dejar de mencionar que se establece que el recurso de inconformidad, mismo que se resolverá conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal, debiendo ser dicho recurso, presentado ante la Contraloría General, que es la que tiene atribuciones sobre la materia.

Finalmente, por lo que hace al régimen exorbitante en el contrato de obra pública como otro criterio más que lo distingue, se encuentran las cláusulas que permiten a la administración pública, rescindir, suspender temporal o definitivamente, o dar por terminado anticipadamente el contrato de obra pública, de manera unilateral cuando de por medio, exista un interés general para ello. Dichas cláusulas encuentran su fundamento legal en el artículo 27 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal.

3.4.1. Elementos del Contrato de Obra Pública.

Los elementos del Contrato de Obra Pública, así como los de todo contrato administrativo, son: los sujetos, el consentimiento, la competencia y capacidad de los sujetos, el objeto y, la forma.

Por lo que respecta a los sujetos, éstos deberán ser por lo menos dos, y por lo menos uno de ellos será una dependencia, un órgano desconcentrado, una delegación o una entidad de la Administración Pública del Distrito Federal, tal y como lo refiere el artículo 1º de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal. Mientras que el otro sujeto, será llamado contratista, y que podrá ser una persona física o moral, que aparte de tener personalidad y capacidad jurídica para la celebración de este contrato, deberá cumplir con diversos requisitos, como los que imponen los artículos 24, 28 y 30 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal y que se refieren, respectivamente a los procesos de adjudicación que deberán cumplir los contratistas para que puedan firmar el contrato y, la inscripción de que deberán ser objeto, en el caso de ser personas morales, diversos requisitos y

trámites, entre los que destacan el Registro de Contratistas de la Secretaría a que se refiera la especialidad de la obra y finalmente la satisfacción de los requisitos de la convocatoria y bases del concurso que le permitan al posible o futuro contratista, presentar su propuesta a efecto de concursar y salir designado en la adjudicación del contrato de obra pública.

El elemento llamado consentimiento, ya en otro capítulo se llegó a mencionar que evidentemente si no existen los sujetos no puede existir el consentimiento, y que sin consentimiento no hay acuerdo de voluntades; también se ha exteriorizado la preocupación acerca de si estos contratos son de adhesión o no.

A todo ello se ha mencionado que efectivamente, ambas partes sí exteriorizan su consentimiento, ya que el contratista no es obligado de manera alguna para participar en el concurso de adjudicación del contrato de obra pública, así como tampoco la administración pública, a través de sus órganos administrativos, solicitaría la ejecución de obras públicas que verdaderamente requiriese.

En cuanto a la capacidad y competencia de las partes, es evidente que los contratistas deberán tener capacidad y personalidad jurídicas para contratar, y finalmente los órganos administrativos encontrarán su competencia y capacidad en la ley misma que les otorgue dichas facultades para la celebración de contratos de obra pública.

El elemento denominado "Forma", en el caso de los Contratos de Obra Pública celebrados en el Distrito Federal, deberán formalizarse por escrito, tal y como lo señala el artículo 47 de la citada ley, siempre y cuando se haya superado la etapa del concurso de adjudicación (licitación pública o invitación restringida).

Finalmente y no por ello el menos importante, el Objeto como elemento del Contrato de Obra Pública será aquel que estipula la propia Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, y que como es sabido, el objeto será la obra pública

Podemos concluir que un Contrato de Obra Pública es aquel instrumento jurídico que tiende a la satisfacción de las necesidades del Estado, a través de la construcción, ampliación, mantenimiento, mejora o demolición, que realiza un particular contratista, sobre bienes propiedad del contratante (Estado), y a través de los cuales, éste busca

realizar su función primordial, la de satisfacer las necesidades básicas de la sociedad que representa, procurando con ello su bienestar general.

Es de concluir también, que efectivamente la naturaleza jurídica del Contrato de Obra Pública es el de un Contrato Administrativo, ya que cumple con muchos de los criterios de distinción señalados al inicio del presente capítulo, pero sobre todo porque cuenta con los elementos esenciales de un contrato administrativo, como son: los sujetos, en donde por lo menos uno de ellos, deberá ser siempre un órgano de la administración pública, mientras que el otro puede ser una persona física o moral que deberá cumplir con requisitos dictados tanto por normas de carácter civil como de carácter público (estar inscrito en padrones de contratistas o proveedores, etc); el objeto, que deberá ser un bien determinado, lícito, posible, pero no necesariamente dentro del comercio ya que puede ser un bien público y que deberá tener la finalidad de satisfacer el interés público o social y que para el caso concreto el objeto es la obra pública en sí; el consentimiento de ambas partes, del cual es importante destacar que el consentimiento del órgano administrativo público se encuentra constreñido al cumplimiento de diversas normas de carácter legal, mientras que el del particular se expresa desde el momento en que decidió participar en los trámites previos a la adjudicación del contrato de obra pública y que concluye al aceptar las cláusulas establecidas en los contratos; la capacidad y competencia, que como ya fue señalado, ambas partes deben tener capacidad jurídica para celebrar contratos, mientras que el órgano público administrativo deberá encontrar su competencia en la propia ley y finalmente; la forma, que será conforme lo estipula la propia Ley de Obras Públicas del Distrito Federal en su artículo 47.

Cabe destacar que la Ley de Obras Públicas en su artículo 1 menciona que el Contrato de Obra Pública es de orden público e interés general, lo cual refuerza el criterio de su naturaleza de contrato administrativo; que en su artículo 3, considera como objetos de Obra Pública además de los inmuebles, a aquellos bienes muebles que se incorporen a los primeros; que de acuerdo al artículo 44, existen tres tipos de Contratos de Obra Pública en el Distrito Federal, Contrato de Obra Pública a Base de Precios Unitarios, Contrato de Obra Pública a Precio Alzado y, Contrato de Obra Pública por Administración; que en el artículo 46, se indican el mínimo de requisitos que deberán contener los Contratos de Obra Pública y, el artículo 27, en donde se detallan cláusulas exorbitantes que pueden contener estos Contratos Administrativos.

Tampoco se puede dejar de lado en dicha conclusión que el Contrato de Obra Pública es uno de los Contratos Administrativos más usados por la Administración Pública, pues tiene por objeto las obras destinadas al uso de la propia administración o bien, a un uso común o para beneficio de la sociedad en general, lo cual resulta ser la principal actividad desarrollada por cualquier Administración Pública.

Finalmente, no solo la propia legislación y doctrina jurídica mexicanas reconocen la naturaleza jurídica de los contratos administrativos y los distinguen de los de carácter civil, ya que también la Jurisprudencia, ha contribuido en la clasificación y definición de los mismos, tal y como consta en la siguiente tesis aislada:

No. Registro: 189,995	Instancia: Pleno
Tesis aislada	Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Materia(s): Administrativa, Civil	Tomo: XIII, Abril de 2001
Novena Época	Tesis: P. IX/2001

Página: 324

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL AL QUE ESTÁN SUJETOS.

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

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

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

CAPÍTULO CUARTO.- MEDIOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA EN EL DISTRITO FEDERAL.

Resulta relevante para el capítulo que se presenta, señalar que los medios legales que la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal establece para asegurar el cumplimiento del Contrato de Obra Pública, así como los recursos económicos que en ellos se emplean, no son los únicos ni mucho menos han resultado ser los más eficaces.

La practica administrativa deja constancia de ello, en las dependencias del Distrito Federal en donde se realiza obra pública, existen un sinnúmero de contratos que todos los días son incumplidos por ambas partes, es decir, tanto por los servidores públicos que tienen a su cargo la celebración y la vigilancia del cumplimiento de los contratos, como por las personas morales o físicas que se obligan a ejecutarlos y cumplirlos.

No obstante lo anterior, la ley siempre ha protegido de una u otra manera, los recursos económicos destinados a la contratación de obra pública y el cumplimiento de sus contratos, pero no solo se ha avocado a envolver al contrato de obra pública en un halo de mecanismos legales que garanticen su cumplimiento o cometido, sino que también se ha centrado en proteger todo el proceso de la obra pública en sí, por lo que, a efecto de que los contratos de obra pública se ejecuten conforme a lo pactado, ha considerado también necesario asegurar los procesos a través de los cuales se asignen los contratos de obra pública.

Todo lo anterior, se hace atendiendo a dos premisas, mismas que son la restricción de la Administración Pública para elegir libremente al contratista (pues debe supeditarse a lo establecido en la ley) y, evidentemente la prosecución del interés público a través del cumplimiento del contrato de obra pública.

Por ello, la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal contempla una serie de instrumentos que van dirigidos a constatar que el contratista puede cumplir con la ejecución de la obra (solvencia técnica, económica, etcétera), pero también a asegurar que si va a cumplir con dicha ejecución, de ahí que la citada ley establezca la figura jurídica de las fianzas, también llamadas garantías, que sirven para responder al objetivo de asegurar que el licitador o contratista, no solo puede cumplir, sino que efectivamente

así va a ser (so pena de perder la garantía prestada), y además en los términos pactados, ya que dichas garantías se deben ir exhibiendo durante todo el proceso de asignación de contratos de obra pública, durante la celebración del contrato en sí, que respalden la ejecución del mismo y más allá, en virtud de que también deben garantizarse los vicios ocultos que puedan surgir posteriormente a la terminación de la obra pública.

Es importante destacar que las garantías implementadas por la Administración Pública del Distrito Federal son garantías personales y en específico, las señaladas en la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal son Contratos de Fianzas, los cuales son los instrumentos que brindarán mayor seguridad al acreedor (Entidad de la Administración Pública del Distrito Federal) de que el deudor (contratista) cumplirá con las obligaciones adquiridas.

Las Fianzas son los contratos de garantía, que como antecedente histórico, se remontan hasta la época de los antiguos romanos, en donde la garantía se usaba a efecto de que **“un tercero en la relación jurídica que deviene fiador se obliga con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace y en caso de incumplimiento las sanciones provocaban la muerte”**.⁷⁴

La finalidad de dichos contratos de fianza es doble, por un lado el acreedor pretende el cumplimiento de la prestación de su deudor y, eventualmente en caso de no cumplirse tal prestación, una compensación equivalente pero diversa; por otro lado al deudor se le abre la posibilidad de encontrar crédito, gracias a la confianza que inspira a los terceros por las garantías que ofrece.

De ahí que un acreedor cuidadoso y precavido buscará que su deudor le asegure el cumplimiento de sus obligaciones, mediante la celebración de un contrato de garantía u otorgamiento de una seguridad, como también se le llama.

Las fianzas son garantías personales porque son otorgadas por las personas mismas y se incorporan al patrimonio de otra. Tradicionalmente existen tres tipos de garantías personales, a saber: la Fianza, la Solidaridad Pasiva y el Aval.

⁷⁴ Sánchez Flores, Octavio Guillermo de Jesús. El Contrato de Fianza. Edit. Porrúa. México, 2001. p. 155.

La fianza, como se menciona en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación, es una seguridad, un instrumento, obligación o contrato accesorio de garantía, en virtud del cual una persona llamada fiador, se obliga a pagar al acreedor la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si el deudor de la obligación garantizada no lo hace.

Las características de la fianza son: ser aleatoria (no se sabe en que momento puede exigirse), accesoria (sigue la suerte de la obligación principal), autónoma (el fiador puede oponer excepciones propias del contrato de fianza y además las excepciones relativas al deudor principal), de adhesión (las instituciones afianzadoras usan contratos de machote, en donde el futuro fiado no puede discutir las cláusulas del contrato), de tracto sucesivo o continua (porque se proyecta en el tiempo hasta la extinción del contrato), formal (únicamente cuando es de empresa y no civil, ya que la empresa perfecciona la fianza por escrito con la emisión de una Póliza), nominada (regulada por la ley) y, onerosa (solo en fianzas de empresa, ya que la institución afianzadora cobra una contraprestación llamada prima).

Como se observa de las características se visualiza que la fianza puede ser civil o de empresa, siendo civil, aquella que es gratuita y consensual, mientras que la de empresa es onerosa y formal.

Entre las operaciones que se realizan con las fianzas, se encuentran las fianzas legales o judiciales, de fidelidad, de crédito y las fianzas administrativas, éstas últimas se refieren a:

“Las fianzas administrativas son aquellas que garantizan una obligación válida, legal y de contenido económico, la cual es celebrada entre un particular (fiado), persona física o moral, y una entidad de la administración pública (beneficiario)”.⁷⁵

Dichas fianzas constituyen el ramo más usado en los sectores de la producción, siendo los gobiernos o las administraciones públicas el principal consumidor de dichas fianzas.

Regularmente quienes requieren de estas fianzas son los contratistas de obra pública, proveedores, arrendadores, contribuyentes, etcétera.

⁷⁵ Sánchez Flores, Octavio Guillermo de Jesús. Ob, cit. p. 332.

Así, a los contratistas que deseen participar en una obra pública deben exhibir fianzas para los siguientes conceptos:

- La Fianza de Concurso que es llamada Garantía para asegurar el sostenimiento y la seriedad de las propuestas.
- La Fianza de Anticipo, también conocida como Garantía para asegurar la correcta inversión o devolución total o parcial del anticipo otorgado a la contratista.
- La Fianza de Cumplimiento, llamada Garantía para el debido cumplimiento del contrato de obra y,
- La Fianza de Buena Calidad o, mejor conocida como Garantía de vicios ocultos.

Dichas garantías o fianzas son las que establece y regula la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal en sus artículos 35 y 36, para asegurar a la Administración Pública del Distrito Federal el cumplimiento en los procesos de licitación pública para la adjudicación de obras públicas y para asegurar el cumplimiento del contrato de obra pública, así como los daños y vicios ocultos de la obra pública en sí, una vez terminada ésta.

4.1. La Garantía de sostenimiento y seriedad de la propuesta.

La Ley de Obras Públicas del Distrito Federal en su artículo 35 señala que:

“ARTICULO 35. Quienes participen en las licitaciones o celebren los contratos a que se refiere esta Ley, deberán garantizar:

- I. La seriedad de sus propuestas en los procedimientos de licitación;**

La dependencia, órgano desconcentrado, delegación o entidad convocante conservará en custodia las garantías de que se trate hasta la fecha del fallo, en que serán devueltas a los concursantes, salvo la de aquél a quien se hubiere declarado ganador, la que se retendrá hasta el momento en que el contratista

constituya la garantía de cumplimiento del contrato correspondiente, y haya firmado el mismo;”

Esta garantía puede considerarse como de carácter provisional, ya que como bien lo indica el artículo antes referido, una vez que se da el fallo en el procedimiento de licitación, a todos excepto el ganador les son devueltas sus garantías, mientras que al ganador se le devuelve únicamente cuando la sustituye con la garantía de cumplimiento del contrato de obra pública, que puede considerarse ya como una garantía definitiva, pues es la que se referirá, como su nombre lo indica, a garantizar el cumplimiento del contrato.

Pero también reviste de un carácter provisional esta garantía, porque se exhibe antes de principiar el acto en que se define al concursante ganador de la licitación y porque precisamente asegura a la administración pública, que los concursantes se quedarán hasta el final del proceso licitatorio, cuando se abran los sobres que contengan las propuestas hechas para competir por la adjudicación de la obra, lo que hace pensar que dichas propuestas que se exhiban serán completa y absolutamente serias.

Por ello los objetivos de esta garantía provisional son disuadir a aquellos que no pretenden participar de manera seria en el procedimiento selectivo de adjudicación y, que una vez adjudicado el contrato de obra pública, sirve para preservar que el concursante ganador constituirá la garantía definitiva, también conocida como “Garantía de Cumplimiento del Contrato”, a efecto de formalizar el mismo.

Es importante destacar que esta garantía de sostenimiento y seriedad en la propuesta, constituye un requisito indispensable para poder participar en el procedimiento adjudicatorio del contrato de obra pública, pues como ya he referido su objetivo es primordial para asegurar a la administración pública que los participantes en dicho procedimiento tienen un verdadero interés en resultar adjudicatarios del contrato de obra pública y, que el adjudicatario del contrato, cumpla los requisitos de formalización del contrato, ante la eventualidad de perder dicha Garantía.

Por lo que hace a la forma y lugar en que esta garantía debe ser constituida, cabe hacer mención que la misma se constituye al momento de la presentación de las propuestas de

obra pública, tal y como lo ordena el artículo 33, inciso B), fracción I, de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, el cual textualmente refiere:

“ARTÍCULO 33. En las Licitaciones públicas, las propuestas completas se harán por escrito y se entregarán en un sobre único firmado de manera que demuestren que no han sido violados antes de su apertura, el que contendrá por separado, la propuesta técnica y la propuesta económica:

B. El sobre relativo a la propuesta económica, con todos los documentos que la integran firmados por representante legal y foliados, contendrá:

I. Garantía de seriedad y carta compromiso de la propuesta completa;”

Por lo que respecta a las bases, forma y porcentajes a que deban sujetarse los concursantes en los procesos licitatorios para exhibir esta garantía, éstas serán detalladas desde la convocatoria a través de las políticas, bases y lineamientos, debiendo ratificarse en las Bases de la licitación pública respectiva.

4.2. La Garantía de los Anticipos.

Ésta como más adelante señalaré, es una de las garantías más relevantes y que más importan dentro del proceso de ejecución de una obra pública. Resulta primordial comprender en un principio la utilidad y función de un Anticipo de Obra, pues solo conociendo lo que es, se puede comprender la importancia de dicha garantía, la que estriba en lo que intenta proteger.

El Anticipo de Obra es una suma de dinero que corresponde a un porcentaje del monto total del Contrato de Obra Pública de que se trate, se entrega al contratista antes del inicio de los trabajos, con fines específicos y claramente determinados.

El anticipo de obra pública que se otorga al contratista puede tener uno o dos fines, puede otorgarse para el inicio de los trabajos o bien para la adquisición o elaboración de materiales que serán instalados permanentemente en la obra de que se trate.

Se trata de una cantidad de dinero que reviste suma importancia, debido a que con ella, el contratista puede dar el inicio de los trabajos que le hayan sido adjudicados, o bien puede iniciar la construcción o adquisición de los bienes que ha de instalar de manera permanente en la obra adjudicada. Cabe destacar que en ningún momento se trata de un pago por adelantado, debido a que la contratista deberá amortizar dicho anticipo en las estimaciones parciales de pago que mensualmente vaya presentando para su cobro.

Resulta pues evidente, que la Administración Pública del Distrito Federal debe garantizar que el anticipo otorgado no solo sea utilizado por el contratista, sino que además garantice que sea usado o gastado de manera correcta, es decir, que se invierta para lo que fue destinado.

De hecho, un Contrato de Obra Pública, entre los mínimos requisitos que debe contener, de acuerdo a la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, son los medios a través de los cuales la contratista debe garantizar la correcta inversión del o de los anticipos que le hayan sido otorgados.

Así el artículo 35 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal dispone lo siguiente:

“ARTICULO 35. Quienes participen en las licitaciones o celebren los contratos a que se refiere esta Ley, deberán garantizar:

...

II. Los anticipos, que en su caso reciban. Esta garantía deberá constituirse por el monto del anticipo, incluyendo el Impuesto al Valor Agregado, y;

...”

El monto, el lugar y la forma en que debe constituirse esta Garantía para asegurar la correcta inversión del(de los) anticipo(s) otorgado(s), se encuentran claramente definidos en la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal; el monto de esta garantía será igual al monto del anticipo que se haya otorgado, por lo que es evidente que a la administración pública solo le preocupa asegurar, en caso de que la empresa no ejecute el Contrato, la recuperación de la suma de dinero que hubiese entregado por concepto de anticipo de obra a la contratista.

El artículo antes referido nos indica que respecto a la garantía para asegurar la correcta inversión del Anticipo otorgado, debe exhibirse por parte del contratista, dentro de los diez días hábiles posteriores a la fecha en que se le hizo saber el fallo en el que se le adjudicó determinada obra pública. Es decir, esta fianza o garantía se debe constituir antes de la fecha de inicio de los trabajos que le fueron adjudicados al contratista ganador de la licitación pública, por lo que se puede decir que se trata de una garantía definitiva, pues esta se encontrará vigente hasta que la obra quede totalmente concluida.

Ahora bien, el artículo 46 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal indica lo siguiente:

“ARTICULO 46. Los contratos de obra pública contendrán como mínimo, las declaraciones y cláusulas referentes a:

V. La forma y términos de garantizar la correcta inversión del, o de los anticipos, ...”

De ahí que los contratos contengan una cláusula dedicada única y exclusivamente a las garantías que se obligan a exhibir los contratistas al momento de la firma del contrato, a manera de ejemplo se transcribe la cláusula de un contrato de obra pública referente a las garantías que se deben constituir a la firma de los Contratos de Obra Pública que celebra un Órgano Desconcentrado del Gobierno del Distrito Federal:

“OCTAVA.- GARANTÍAS:

Para garantizar la correcta inversión del (los) anticipo (s) “EL CONTRATISTA” deberá entregar a “EL G.D.F.”, en un plazo no mayor de 10 (DIEZ) días hábiles contados a partir de la fecha en que haya recibido copia del fallo de adjudicación, póliza (s) de fianza a favor de la Secretaría de Finanzas del Gobierno del Distrito Federal, de conformidad con lo estipulado en los artículos 35 fracción II y 36 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, expedida por una afianzadora autorizada para operar en el Distrito Federal equivalente al 100% del importe de cada uno de los anticipos otorgados, incluyendo el Impuesto al Valor Agregado; en caso de existir ejercicios subsecuentes, “EL CONTRATISTA” entregará la póliza de fianza dentro de los 15 (QUINCE) días a partir de la fecha de notificación que por escrito le haga “EL G.D.F.”, respecto de la disponibilidad de dicho anticipo,

misma(s) que se cancelará(n) al quedar totalmente amortizado(s) el o los anticipos otorgados, previa aprobación que por escrito otorgue “EL G.D.F.”.*

Con lo que es evidente que es en el contrato de obra pública y a la firma de éste, que el contratista se obliga a presentar la o las garantías que sean necesarias para asegurar el o los anticipos que vaya a recibir por la obra que le fuera adjudicada.

4.3. La Garantía de Cumplimiento del Contrato.

Esta garantía se destaca de las demás en virtud de que no protege o garantiza el cumplimiento de un elemento determinado del proceso de la obra pública o del contrato en sí, ya que como su nombre lo indica se avoca a garantizar el cumplimiento de la totalidad del contrato de obra pública.

Al igual que en la Garantía para asegurar la correcta inversión del anticipo otorgado, la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal considera como requisito indispensable para la firma del contrato de obra pública el otorgamiento de una fianza que garantice el cumplimiento de dicho contrato por parte de la contratista, lo anterior de conformidad con el numeral 35 de la Ley antes mencionada que a la letra señala:

ARTICULO 35. “Quienes participen en las licitaciones o celebren los contratos a que se refiere esta Ley, deberán garantizar:

...

III. El cumplimiento de los contratos,...”

* Esta cláusula fue transcrita de un contrato de obra pública celebrado por un contratista y el Órgano Desconcentrado Sistema de Aguas de la Ciudad de México, de la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno del Distrito Federal.

Evidentemente dicho artículo también indica al contratista que deberá exhibir esta garantía dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que se le haya entregado copia del fallo de adjudicación del contrato.

Debido a lo anterior, también resulta natural que el momento en que debe exhibirse esta garantía es antes de la firma del contrato de obra pública, ya que también la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal indica en su artículo 46, fracción V, que de entre los mínimos requisitos que deben contener los contratos de obra pública entre sus declaraciones y cláusulas, se encuentra la forma y los términos en que debe garantizarse el cumplimiento del contrato.

Por ello considero conveniente transcribir parte de la cláusula referente a garantías, que comúnmente utiliza la Administración Pública del Distrito Federal en sus Contratos de Obra pública, misma que transcribo continuación:

“OCTAVA.- GARANTÍAS:

...

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de este Contrato, “EL CONTRATISTA” deberá presentar a “EL G.D.F.”, una póliza de fianza a favor de la Secretaría de Finanzas del Gobierno del Distrito Federal, expedida por una afianzadora autorizadora para operar en el Distrito Federal, por un monto equivalente al 10% del importe total de este Contrato sin incluir el Impuesto al Valor Agregado, apegándose a lo estipulado en los artículos 95 y 118 de la Ley Federal de Instituciones y Fianzas de conformidad con lo dispuesto en la sección 21, objetivo 21.3.1. de la Políticas Administrativas Bases y Lineamientos.

...

Esta fianza se cancelará al ser recibida la obra objeto de este Contrato, previa aprobación que por escrito otorgue “EL G.D.F.”, a su entera satisfacción y verificación de que se hayan cumplido plenamente todas y cada una de las

obligaciones que se deriven del presente Contrato y quede constituida la fianza que se cita en el párrafo siguiente de esta cláusula.*

Como se puede observar la Administración, a través de estas garantías, quiere asegurar todos y cada uno de los momentos que se van suscitando durante la realización de un obra pública, ya que la garantía de sostenimiento y seriedad de la propuesta, asegura el procedimiento adjudicatorio de las obras públicas del Distrito Federal; una vez adjudicado el contrato, la garantía de sostenimiento y seriedad de la propuesta del concursante ganador o adjudicatario del contrato, debe sustituir dicha garantía por aquella que garantice el debido cumplimiento del contrato que esta por suscribir, así como también deberá asegurar el anticipo de obra que recibirá; una vez concluida o finalizada la obra, y que sea entregada a entera satisfacción y verificación de la Administración Pública del Distrito Federal, se procederá a la cancelación de dicha garantía de cumplimiento del contrato, una vez que se exhiba la última garantía a que obliga la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal y que es la Garantía de Defectos y Vicios Ocultos y cualquier otra responsabilidad que pudiese surgir en la obra.

4.4. La Garantía de Vicios Ocultos.

Esta es la última garantía que prevé la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, pues con ella se cierra todo el esquema de protección que existe alrededor del proceso relativo a la Obra Pública en el Distrito Federal.

Por ello en el artículo 35 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal indica lo siguiente:

“ARTICULO 35. Quienes participen en las licitaciones o celebren los contratos a que se refiere esta Ley, deberán garantizar:

...

* Este extracto de cláusula fue transcrito de un Contrato de Obra Pública celebrado por un contratista y el Órgano Desconcentrado denominado Sistema de Aguas de la Ciudad de México de la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno del Distrito Federal.

III. ..., así como los defectos o vicios ocultos que llegaren a resultar y por cualquier otra responsabilidad que surja en la obra.”

Si bien es cierto que este artículo refiere que dicha garantía se presentará al igual que la garantía de los anticipos, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha en que se le notificó a la contratista el fallo adjudicatorio de la obra pública para la que haya licitado, también es cierto que, el artículo 58 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal señala que:

“ARTICULO 58. Concluidos los trabajos, no obstante su recepción formal, el contratista quedará obligado a responder de los defectos que resultaren, de los vicios ocultos y de cualquier otra responsabilidad en que hubiere incurrido, en los términos señalados en el contrato respectivo y conforme lo dispuesto en él.

Para garantizar durante un plazo de doce meses, en el caso de la obra y de los servicios relacionados con la obra pública, el cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el párrafo anterior, previamente a la recepción de los trabajos, el contratista constituirá garantía por el equivalente del diez por ciento del monto total ejercido, siempre y cuando se haya obligado a responder además, por los defectos o vicios ocultos y cualquier otra responsabilidad que llegara a surgir en la obra durante el año posterior a su recepción. En el caso de proyecto integral, plantas industriales y equipos especializados, la garantía subsistirá al menos durante un plazo de 24 meses.

Los contratistas podrán retirar sus garantías, transcurrido el plazo establecido a partir de la fecha de recepción de los trabajos, siempre que a petición de los mismos lo apruebe por escrito la dependencia, órgano desconcentrado o delegación correspondiente, quienes lo notificarán a la Secretaría de Finanzas para los efectos procedentes, y en el caso de las entidades, cuando éstas así lo autoricen.

Quedaran a salvo los derechos de las dependencias, órganos desconcentrados, delegaciones o entidades para exigir el pago de las cantidades no cubiertas de la indemnización que a su juicio corresponda, una vez que se hagan efectivas las garantías constituidas conforme este artículo.”

Por lo tanto, de acuerdo a la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, la garantía por defectos, vicios ocultos y cualquier otra responsabilidad que surgiera en la obra, puede presentarse dentro de los 10 días posteriores a la notificación del fallo adjudicatorio de la obra pública o una vez que se hayan concluido los trabajos encomendados, sin embargo como más adelante se mostrará, regularmente todo Contrato de Obra Pública, señala entre sus cláusulas el monto, el lugar y la forma en que debe constituirse dicha garantía, claro está, sin dejar de observar lo estipulado en el artículo inmediatamente antes referido, es decir, que la fianza deberá garantizar por el plazo de 12 meses (24 en algunos casos), que en todo caso deberá ser presentada antes de la recepción de los trabajos y, que en caso de que el contratista se haya obligado a responder de los defectos y vicios ocultos o cualquier otra responsabilidad que surja, el monto deberá ser por el equivalente al 10% del monto total de la obra.

Por ello, considero de vital importancia realizar la transcripción de la siguiente cláusula de un Contrato de Obra Pública de la Administración Pública del Distrito Federal, que se refiere a las garantías por defectos y vicios ocultos, y que comúnmente se utilizan en todos estos contratos:

“OCTAVA.- GARANTÍAS:

...

Para responder por defectos que resultaren del servicio realizado, de vicios ocultos y de cualquier otra responsabilidad, “EL CONTRATISTA” DEBERÁ ENTREGAR CON LA ESTIMACIÓN ÚNICA Y/O FINAL UNA PÓLIZA DE FIANZA A FAVOR DE LA Secretaría de Finanzas del Gobierno del Distrito Federal, expedida por una Afianzadora autorizada para operar en el Distrito Federal, equivalente al 10% del importe total del presente Contrato, conforme a lo establecido en el Artículo 58, párrafo segundo de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, a precios ajustados a la fecha de la entrega-recepción, más el monto de los trabajos adicionales que hubieren ejecutado, misma que deberá incluir el impuesto al valor agregado. Esta póliza estará vigente durante doce meses a partir de la fecha de la entrega recepción, o en su caso la vigencia se prorrogará hasta que “EL CONTRATISTA” corrija los defectos y solvente las responsabilidades plenamente a satisfacción de “EL G.D.F.”, así mismo, se sujetará a lo estipulado en la Sección 21,

objetivos 21.4. 21.4.1. de las Políticas Administrativas, Bases y Lineamientos vigentes.

En el caso de que “EL CONTRATISTA” no entregue la fianza en los términos y condiciones establecidas en el párrafo que antecede, y en consecuencia la entrega – recepción de los trabajos objeto de este contrato no se pueda llevar a cabo por ese motivo, “EL G.D.F.”, considerará los trabajos terminados por “EL CONTRATISTA” como no entregados y se penalizará a este la prolongación de la entrega de los servicios realizados, en términos de la Cláusula Décima Sexta de este contrato.”*

Como se puede observar, en los Contratos de Obra Pública que celebra la Administración Pública del Distrito Federal, se indica el momento exacto en que la contratista deberá exhibir esta garantía, señalando el monto y vigencia de la misma, no dejando de observar que la no entrega de dicha garantía presupone la imposibilidad para llevar a cabo la entrega – recepción de los trabajos y por lo tanto el incumplimiento del Contrato de Obra Pública.

Dicha garantía será devuelta al contratista una vez que corrija los defectos o subsane los vicios ocultos de la obra o bien, cuando haya transcurrido el plazo para el que fue constituida la garantía, siempre que se cuente con la autorización por escrito de la Administración Pública del Distrito Federal.

Finalmente el artículo 58 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal no deja de indicar que para la Administración Pública del Distrito Federal quedan salvaguardados sus derechos para exigir a los contratistas cantidades que a su juicio no sean cubiertas aún y cuando se hayan hecho efectivas las garantías que se hubiesen constituido en el Contrato de Obra Pública.

* Este extracto de cláusula fue transcrito de un Contrato de Obra Pública celebrado por un contratista y el Órgano Desconcentrado denominado Sistema de Aguas de la Ciudad de México de la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno del Distrito Federal.

Por otro lado no está de más, indicar que el artículo 36 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, señala a los contratistas que toda Garantía que se otorgue conforme a esta Ley, deberá constituirse a favor de la Secretaría de Finanzas del Gobierno del Distrito Federal, para el caso de dependencias, órganos desconcentrados y delegaciones, mientras que para entidades, podrán constituirse a favor de éstas.

No obsta señalar, que como en capítulos anteriores ya se ha mencionado el Contrato de Obra Pública por ser un Contrato Administrativo, puede contener todo tipo de cláusulas exorbitantes que le permitan a la Administración Pública asegurar el éxito del cometido que se pretenda a través de estos contratos. Por ello, la Administración Pública del Distrito Federal no solo se encuentra obligada a exigir a los concursantes de licitaciones de obra pública y a los contratistas de dichos contratos, la exhibición de determinadas garantías, sino que además tiene plena libertad para requerir a la contratista cualquier otra garantía como puede ser aquella que se exige para garantizar el equipo, maquinaria o materiales que la Administración Pública ponga bajo custodia del contratista; o bien, cuando se deben presentar fianzas que garanticen el cumplimiento de obligaciones contraídas en Convenios que se deriven de los Contratos de Obra Pública.

4.5. Eficacia de las Garantías en la Práctica Administrativa.

Se han señalado las garantías que la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal exige deben constituirse, por parte de los concursantes y contratistas de Obra Pública en el Distrito Federal, para asegurar diversas cuestiones importantes del proceso de obra pública en la Ciudad de México. También se han hecho transcripciones literales de las cláusulas de los Contratos de Obra Pública que se celebran en el Distrito Federal y, se ha indicado la forma, el tiempo y lugar en que cada una de dichas garantías ha de constituirse.

De un análisis pormenorizado de dichas garantías, se puede considerar que todo el proceso de la obra pública en el Distrito Federal se encuentra protegido y resguardado de tal manera, que se impone el fin primordial de la Obra Pública en el Distrito Federal, que

no es otro que el de impulsar el desarrollo de la Ciudad de México, así como el de sus habitantes en todos sus aspectos.

Sin embargo, es primordial determinar si las garantías antes señaladas son 100% eficaces; es decir, si de los contratos de obra pública que celebra la Administración Pública del Distrito Federal y que se incumplen por una u otra causa, si en la mayoría o en la totalidad de éstos, se logran hacer efectivas las fianzas; si a través del cobro de fianzas o garantías se recuperan la mayoría de los anticipos no amortizados, y si las fianzas que se constituyen para el sostenimiento y seriedad de las propuestas en los procesos licitatorios son siempre efectivas.

La efectividad y eficacia de dichas garantías, dependerá del trabajo de la Administración Pública del Distrito Federal, y de la observancia irrestricta que haga dicha Administración Pública, de los tiempos legales que le permitan hacer exigible dichas garantías; situación que en la práctica administrativa comúnmente no acontece, debido a que regularmente los expedientes de obra pública que las áreas operativas presentan a sus áreas jurídicas para la recuperación o exigibilidad de las garantías exhibidas por los contratistas, resultan ser remitidos de manera extemporánea, es decir, hacen del conocimiento a dichas áreas jurídicas de la situación que guardan los contratos de obra pública, cuando ya no es posible hacer exigible la fianza o garantía otorgada.

Finalmente, la eficacia y efectividad de dichas fianzas dependerá de los servidores públicos que tengan a su cargo los procesos licitatorios y la ejecución de la obra, sean honestos, serios, responsables y con un alto apego a la legalidad, el resultado ante la necesidad de hacer efectivas las fianzas será satisfactorio.

4.5.1. De la extemporaneidad en que son presentadas las fianzas exhibidas por los contratistas para hacerlas efectivas ante la autoridad correspondiente.

Efectivamente, tal y como se viene señalando, en la Administración Pública ocurre de vez en cuando, que la falta de comunicación entre las Áreas Operativas de los Contratos de Obra Pública y sus Áreas Jurídicas, o simplemente la inobservancia, o la voluntaria pero inexperta iniciativa por parte de las Áreas Operativas, para intentar resolver los problemas

(que conllevan a un trasfondo legal importantísimo), que se suscitan durante el proceso adjudicatorio o durante la ejecución de los trabajos consignados en los Contratos de Obra Pública, provocan el descuido de las normas aplicables a las fianzas que otorgan los concursantes y contratistas de las obras públicas, por lo que al momento de darse cuenta dichas áreas operativas, que les es imposible ya resolver de manera extrajudicial los problemas a que se enfrentan con los contratistas, recurren a sus departamentos legales en busca del apoyo jurídico y legal, sin embargo, constantemente ocurre que acuden cuando las pólizas de fianzas o comúnmente llamadas garantías ya se encuentran caducadas y hasta prescrito el derecho para hacer exigible el cumplimiento de las mismas.

Un ejemplo claro de lo anterior, ocurre en el área legal del Órgano Desconcentrado denominado Sistema de Aguas de la Ciudad de México, dependiente de la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno del Distrito Federal. En dicha área, existe aproximadamente un universo de ciento cincuenta expedientes, de los cuales veinte se encuentran en recuperación de fianzas, mientras que el resto se encuentra en procesos legales diversos (procedimientos civiles), para la recuperación de anticipos no amortizados, el cobro de diversas sanciones y penas convencionales por incumplimiento a los contratos, vicios ocultos en los bienes que forman parte de las obras públicas realizadas, pagos en exceso, sobre costos de obra no ejecutada, etcétera.

Cabe destacar que del universo de asuntos que tiene el área legal antes mencionada, solo el 2% de los contratistas son personas físicas, el resto se trata de personas morales.

De los 130 expedientes que se encuentran en procesos legales, la causa por la cual no se lograron reclamar las fianzas que en su momento fueron otorgadas por estas empresas contratistas ya ha sido señaladas, las áreas operativas en un afán de resolver las problemáticas que se van presentando en el transcurso de la ejecución de las obras, sin tener que llevar el problema hasta un ámbito legal, acuerdan o pactan con las empresas contratistas soluciones verbales y sin sustento legal alguno que obligue a dichas empresas al cumplimiento de sus promesas o compromisos, dejando de observar los términos legales que tienen las pólizas de fianza para hacer éstas exigibles, lo que conlleva al deterioro de la oportunidad que tiene la Administración Pública del Distrito Federal, en el caso específico, el Sistema de Aguas de la Ciudad de México para hacer efectivas las fianzas que se han constituido a su favor.

Y es que, dichas pólizas de fianzas tienen períodos de utilidad o vida legal relativamente cortos, es decir, que si no son exigibles dentro de un lapso de tiempo determinado, entonces dejan de surtir los efectos para las cuales fueron constituidas.

Se sabe entonces que una Póliza de Fianza o Garantía para el cumplimiento del Contrato tiene un período de vida, mientras dure la ejecución de los trabajos, pero si estos ya han sido suspendidos definitivamente o el contrato ya ha sido rescindido administrativamente por el incumplimiento en que hubiese incurrido la empresa contratista, entonces solo se cuenta con el término de un año para reclamar la fianza otorgada para garantizar el cumplimiento del contrato de obra pública de que se trate.

No es óbice mencionar que en algunos casos, ocurre que las autoridades (servidores públicos), que tienen a su cargo la celebración de los procesos licitatorios y la ejecución de los trabajos, burlan dichos procesos a efecto de beneficiar a determinadas personas físicas o morales, que aunque no son capaces de sostener la oferta o peor aún no son capaces de ejecutar la obra, ésta se les adjudica, con la única intención por parte del servidor público de beneficiarse económicamente junto con su “elegido” del o de los anticipos otorgados para después desaparecerse el contratista con éste, a veces sin siquiera haber iniciado o intentado ejecutar la obra adjudicada. Y aunque existen procedimientos disciplinarios que implementan las diversas Contralorías Internas y General de Gobierno para sancionar a dichos servidores públicos, se torna difícil la recuperación de las fianzas otorgadas a la contratista en virtud de que los propios servidores públicos involucrados en estas situaciones tan denigrantes han buscado la manera de proteger a sus “cómplices”, creando un sin número de pretextos o simplemente dejando transcurrir el tiempo a efecto de que cuando las fianzas pretendan reclamarse, éstas ya no sean efectivas.

Es de resaltar que la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, en sus artículos 119 y 120 señalan los casos en que éstas pueden caducar o prescribir, siendo dichos casos los siguientes:

“ARTICULO 119. La prórroga o espera concedida por el acreedor al deudor principal, sin consentimiento de la institución de fianzas, extingue la fianza.”

“ARTICULO 120. Cuando la institución de fianzas se hubiere obligado por tiempo determinado, quedará libre de su obligación por caducidad, si el beneficiario no presenta la reclamación de la fianza dentro del plazo que se haya estipulado en la póliza o, en su defecto, dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la expiración de la fianza.

Si la afianzadora se hubiere obligado por tiempo indeterminado, quedará liberada de sus obligaciones por caducidad, cuando el beneficiario no presente la reclamación de la fianza dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a partir de la fecha en que la obligación garantizada se vuelva exigible, por incumplimiento del fiado.

Presentada la reclamación a la institución de fianzas dentro del plazo que corresponda conforme a los párrafos anteriores, habrá nacido su derecho para hacer efectiva la póliza, el cual quedará sujeto a la prescripción. La institución de fianzas se liberará por prescripción cuando transcurra el plazo legal para que prescriba la obligación garantizada o el de tres años, lo cual resulte menor.

Cualquier requerimiento escrito de pago hecho por el beneficiario a la institución de fianzas o en su caso, la presentación de la reclamación de la fianza, interrumpe la prescripción, salvo que resulte improcedente.”

De dichos artículos se puede apreciar que las pólizas de garantías exhibidas por los contratistas, tienen una vigencia de vida, y una vez que ésta ha terminado, ya no es posible hacerlas efectivas.

Por las situaciones ya expuestas con anterioridad en este capítulo, ocurre que en muchos casos las peticiones de las áreas operativas para iniciar el procedimiento de recuperación de fianzas ya no es posible, dejando a las áreas jurídicas como única opción para la recuperación de los adeudos generados por el incumplimiento de los contratos o de los procesos licitatorios por parte de los contratistas, los procedimientos civiles correspondientes.

4.5.2. La problemática para localizar a las contratistas (personas morales), una vez iniciados los procesos legales en su contra por incumplimiento de los contratos.

Una vez que el departamento administrativo acredita que la presentación de las fianzas resulta ser extemporánea, debido a que ya han caducado, éste se avoca a reclamar y recuperar de los contratistas o concursantes, según sea el caso, ya no las fianzas, sino los adeudos que existen por el incumplimiento de los contratos de obra pública o el incumplimiento al proceso de adjudicación respectivo.

En la práctica administrativa acontece otro fenómeno, que resulta ser demasiado gravoso para la Administración Pública del Distrito Federal; una vez iniciado el procedimiento civil correspondiente, regularmente las contratistas personas morales, ya no son localizadas en los domicilios que tienen registrados los distintos órganos de la Administración Pública, creando entonces una dificultad para las áreas jurídicas en cuanto a la recuperación de los recursos económicos que hayan sido otorgados a dichas contratistas, ya sea bajo la figura del anticipo o ya bien porque se les hayan realizado pagos en exceso.

El caso práctico, nos lleva de nueva cuenta al Órgano Desconcentrado perteneciente a la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno del Distrito Federal, denominado Sistema de Aguas de la Ciudad de México, en el que del 100% de procedimientos civiles que se entablan en contra de empresas contratistas por el incumplimiento a Contratos de Obra Pública, solo el 10% de las empresas son localizadas, el 90% restante son juicios que deben ser llevados en rebeldía de las demandadas, en virtud de que éstas, nunca se presentan a defenderse ante los tribunales, generando con ello, no solo la pérdida de los recursos económicos que ya no podrán ser recuperados por esa vía, sino también la pérdida de nuevas erogaciones que realizará la dependencia administrativa de que se trate, para el pago de diversas publicaciones a través de edictos.

Esto es así, ya que como es bien sabido, una vez que la parte actora en un juicio desconoce el domicilio actual de la demandada, la autoridad judicial puede ordenar se giren oficios a diversas dependencias federales y locales, así como a empresas privadas que cuenten con información que pueda conducir a los domicilios actuales de las empresas demandadas y con ello poder emplazarlas a los juicios que se entablan en su contra. Sin embargo, regularmente, cuando algunas de estas dependencias requeridas,

llegan a proporcionar algún domicilio, ocurre que proporcionan el mismo que ya ha sido agotado anteriormente y que fue el proporcionado por la entidad administrativa, actora en el juicio; o bien ocurre que en los domicilios proporcionados aún y cuando son distintos, tampoco en éstos es posible localizar a las empresas demandadas.

Todo ello conduce finalmente a que cualquier persona, aún siendo una dependencia o entidad de la Administración Pública del Distrito Federal, al iniciar un procedimiento civil en contra de alguien que resulte ser ilocalizable, tenga que emplazarle a juicio mediante la publicación de edictos en el Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y en un Periódico Diario de Mayor Circulación Local, ya que así lo establece el artículo 122 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mismo que a la letra dice:

“ARTICULO 122. Procede la notificación por edictos:

- I. Cuando se trate de personas inciertas;**
- II. Cuando se trate de personas cuyo domicilio se ignora, previo informe de una institución que cuente con registro oficial de personas; en este caso el juicio deberá seguirse con los trámites y solemnidades a que se refiere el Título Noveno de este Código.**
En los casos de las dos fracciones que preceden, los edictos se publicarán por tres veces, de tres en tres días, en el boletín judicial y en el periódico local que indique el juez, debiendo mediar entre cada publicación dos días hábiles, haciéndose saber que debe de presentarse el citado, dentro de un término que no será inferior a quince días ni excederá de sesenta días; y
- III. Cuando se trate de inmatricular un inmueble en el Registro Público de la Propiedad, conforme al artículo 3047 del Código Civil, para citar el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal, para citar a las personas que puedan considerarse perjudicadas.”**

Dicha situación le genera a la entidad o dependencia de que se trate, una primera erogación económica que muy posiblemente junto con las prestaciones que ya le reclama a la demandada contratista, no podrá recuperar por esta vía.

Es de destacarse que se ha indicado que hasta este momento la dependencia o entidad administrativa de que se trate, realizará una primera erogación, ello resulta ser así, debido a que una vez que el procedimiento civil se siga en rebeldía del demandado, esto es, que la parte demandada no ocurra ante los tribunales a defender sus derechos, se seguirá el

juicio en todas sus etapas procesales, y dentro de las cuales se tendrán que hacer, por lo menos, si así lo considera el Juez que conozca del procedimiento, dos publicaciones más de edictos tanto en el Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal o en un Periódico Diario de Mayor Circulación local, con la intención de citar a la demandada a absolver posiciones en caso de que tenga que desahogarse la prueba confesional a su cargo y también, para que se haga de su conocimiento un extracto de la sentencia definitiva que se llegue a dictar al final del procedimiento civil, y ello ocurre así, debido a que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal señala que notificaciones deberán realizarse de manera personal, lo que significa que si el demandado se constituye en rebeldía durante todo el tiempo que dure el procedimiento civil, la parte actora deberá sufragar todos los gastos que impliquen notificar mediante la publicación de edictos los acuerdos, autos, resoluciones o requerimientos que a consideración del Juez que conozca del asunto, deban hacerse de manera personal.

Por ello, es importante resaltar los actos procesales que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal señala como aquellos que deben ser notificados de manera personal en el domicilio que se encuentre señalado en las constancias que integran el expediente. El artículo 114 de dicho Código establece lo siguiente:

“ARTICULO 114. Será notificado personalmente en el domicilio señalado por los litigantes:

- I. El emplazamiento del demandado, y siempre que se trate de la primera notificación en el procedimiento, de diligencias preparatorias o de jurisdicción voluntaria en que se deba hacer saber de las mismas a la otra parte;**
- II. El auto que ordena la absolución de posiciones o reconocimiento de documentos;**
- III. La primera resolución que se dicte cuando se dejare de actuar por más de seis meses por cualquier motivo;**
- IV. Cuando se estime que se trata de un caso urgente y así se ordene;**
- V. El requerimiento de un acto a la parte que deba cumplirlo;**
- VI. La sentencia dictada por el juez o la Sala del Tribunal que condene al arrendatario de casa habitación a desocuparla, así como el auto de su ejecución;**
- VII. Para el supuesto de que dicha diligencia se refiera a entrega de menor, la misma se practicará en el lugar en donde reside el requerido;**

- VIII. En los procedimientos de competencia de los jueces de lo familiar, hecho el emplazamiento y obrando contestación a la demanda o solicitud de divorcio, quedarán obligadas las partes, ya sea en forma personal o por conducto de sus representantes legales, a enterarse de todas las actuaciones que se dicten en el procedimiento a través del Boletín Judicial, salvo que el Juez considere otra cosa, con excepción de lo señalado en las fracciones I, III y IV; asimismo, para el supuesto de que dicha diligencia se refiera a entrega de menor, la misma se practicará en el lugar en donde reside el requerido; y**
- IX. En los demás casos que la Ley dispone.”**

Es evidente que las erogaciones extras que realice la dependencia o entidad de la Administración Pública del Distrito Federal, junto con las prestaciones que reclama, seguramente no podrán ser recuperadas por esta vía, generándose con ello, solo mayores pérdidas de recursos económicos para la Administración Pública del Distrito Federal, situación contraria al principio fundamental básico de la salvaguarda de los recursos económicos destinados a la obra pública, que en teoría pretende proteger dicha Administración a través de la imposición de diversas garantías a los concursantes o contratistas que quieran participar y realizar obra pública en el Distrito Federal.

También suele suceder, que en un principio la empresa resulta estar perfectamente localizada, es emplazada a juicio, comparece a defenderse en el procedimiento civil que se siga en su contra, ofrece pruebas como son periciales, obligando con ello al pago, por parte de la Entidad o Dependencia de la Administración Pública del Distrito Federal, de servicios periciales, sin embargo cuando el Juzgado dicta sentencia definitiva en la que condena a la empresa demandada al pago de las prestaciones que se le reclaman, simplemente ésta ya no se encuentra en el domicilio en donde fue emplazada, resultando casi imposible localizarla nuevamente para con ello poder ejecutar la sentencia dictada en su contra y poder recuperar las prestaciones que le fueron reclamadas (anticipo no amortizado, pagos en exceso, sobre costo de obra no ejecutada, sanciones, etcétera).

4.5.3. De la imposibilidad de ejecutar las sentencias firmes en contra de las contratistas cuando son ilocalizables o ya no existen.

La posibilidad de ejecutar una sentencia firme, implica por parte del litigante que haya resultado beneficiado en el proceso civil, que conoce el domicilio exacto de su contraparte, para que pueda acudir a él, a exigirle el pago de los montos a que hubiese sido condenado a pagar, y en caso de que el condenado se niegue al pago, entonces se le puedan embargar bienes de su propiedad para asegurar el mismo.

Siguiendo el caso práctico expuesto a lo largo del presente capítulo, del universo de juicios civiles que tramita el área jurídica del Sistema de Aguas de la Ciudad de México en contra de personas morales, actualmente el 90% de dichos juicios se tramitan en rebeldía de los demandados en virtud de que las empresas contratistas demandadas nunca fueron localizadas en los domicilios que habían proporcionado al momento de celebrar los Contratos de Obra Pública que incumplieron.

Esto quiere decir que de 130 juicios que tramita el Sistema de Aguas de la Ciudad de México, en contra de contratistas personas morales por el incumplimiento a diversos Contratos de Obra Pública, en solo 13 de dichos juicios las empresas han sido localizadas y éstas han acudido a defenderse en el juicio, mientras que en 117 de ellos, las empresas no han sido localizadas ni en el domicilio que ellas mismas habían señalado al momento de la firma del Contrato de Obra Pública, ni de aquellos que hayan sido proporcionados por las diversas autoridades que hubiesen sido requeridas por el Juez que conozca del juicio.

Por otro lado ocurre que del 10% restante, es decir de los 13 procedimientos civiles en los que las empresas si acuden a defenderse, eventualmente cuando éstas pierden los juicios, es decir cuando el Juez las condena al pago de las prestaciones que les hubiese reclamado el Sistema de Aguas de la Ciudad de México, dichas personas morales simplemente cambian el principal asiento de negocios, esto es, el domicilio en donde se les pueda acudir a reclamar el pago de la condena, o bien, simplemente desaparecen las empresas, volviendo casi imposible para la Administración Pública del Distrito Federal la ejecución de la sentencia definitiva que se encuentre firme y que le resulta positiva a sus intereses.

Ahora bien, contemplando todo el caso práctico vertido en el presente capítulo, el Sistema de Aguas de la Ciudad de México ha considerado que la única manera para evitar que se realicen gastos infructuosos que solo resulten en una mayor pérdida de recursos económicos para la Administración Pública del Distrito Federal, es intentar localizar a la empresa contratista demandada por todos los medios posibles, ya sea que el Juzgador de la causa, ordene girar oficios a diversas autoridades federales y locales, así como a empresas privadas que contengan registros de personas morales o bien, que este propio Órgano Desconcentrado busque por sus propios medios a la persona moral demandada.

Y una vez que no sea posible localizar a dicha empresa demandada, entonces no proceder al emplazamiento mediante la publicación de edictos, sino que simplemente se elabore un Dictamen de Incobrabilidad, en el cual se detallen las causas por las cuales resulta imposible recuperar las prestaciones reclamadas a dicha persona moral, derivadas del incumplimiento del Contrato de Obra Pública que se haya celebrado con dicha empresa.

Con lo anterior, se demuestra que es evidente la imposibilidad que tienen algunas dependencias o entidades de la Administración Pública del Distrito Federal para recuperar las prestaciones reclamadas a determinadas personas morales que han incumplido los Contratos de Obra Pública que han firmado con dichas dependencias o entidades administrativas, y que ante la imposibilidad de reclamar las garantías otorgadas por dichas empresas contratistas, debido a que resultan encontrarse caducas o prescritas, y frente la eventualidad posterior de que las empresas desaparezcan o resulten ilocalizables una vez iniciados los procedimientos civiles, las entidades y dependencias administrativas del Gobierno del Distrito Federal, quedan imposibilitadas para recuperar las erogaciones que han realizado en pro de las obras públicas que pretenden se ejecuten en la Ciudad de México con beneficio a la población de la misma, generando con ello un detrimento patrimonial a la Administración Pública del Distrito Federal y más aún, evidenciando que los medios de protección a los procesos licitatorios y a los Contratos de Obra Pública en sí, no son cien por ciento efectivos y que es necesaria y urgente la búsqueda de más y mejores candados o medios legales que se avoquen a elevar el grado de protección que a dicho de nuestros legisladores debe tener la Obra Pública en el Distrito Federal en todos sus procesos y etapas.

A manera de conclusión podemos señalar que la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal protege al Contrato de Obra Pública y a la Obra Pública en sí, ya que no solo enmarca mecanismos legales para asegurar el cumplimiento de los Contratos de Obra Pública, sino que también establece medios para asegurar todo el proceso de asignación de dichos contratos. Lo cual nos lleva a confirmar que el fin primordial a proteger por dicha Ley, es el objetivo que la Administración Pública del Distrito Federal pretende alcanzar con dichos contratos, obtener obras públicas que le permitan el desarrollo óptimo de su quehacer diario administrativo o bien, el desarrollo integral de la sociedad para la que se debe.

Dichos instrumentos legales son las llamadas garantías personales que se traducen en Contratos de Fianzas que los contratistas exhiben para brindar seguridad suficiente a la Administración Pública, no solo de que tiene capacidad suficiente (técnica y económica) para obligarse, sino que además puede ejecutar y cumplir en todo lo pactado en el contrato y más allá, pues también deben asegurar la Obra Pública una vez terminada, durante un cierto período de tiempo, ante eventuales vicios ocultos en la obra.

La fianza es un contrato accesorio de garantía mediante el cual, el fiador (tercero) se obliga a realizar al acreedor (Administración pública) un pago determinado, al momento de que el fiado (contratista) incumpla la obligación primaria garantizada.

De entre los tipos de fianzas que existen, interesa al tema de estudio, las fianzas administrativas, que como su nombre lo indica, es la celebrada entre el fiado (contratista), fiador (tercero) y beneficiario (Administración Pública).

La Ley de Obras Públicas del Distrito Federal establece cuatro fianzas a exhibirse durante todo el proceso que implica la Obra Pública en el Distrito Federal.

Así tenemos que: La Garantía para Asegurar el Sostentamiento y la Seriedad de las Propuestas; que como su nombre lo indica, es una fianza de Concurso, en la que se asegura la participación del licitante en todo el proceso de adjudicación de la obra, so pena de perderla.

La Garantía para Asegurar la Correcta Inversión del Anticipo Otorgado a la Contratista, es una Fianza que pretende reforzar la obligación del contratista de usar correctamente el

anticipo otorgado o bien de devolución del total o remanente del mismo, cuando no haya sido usado o exista algún sobrante. Resulta muy importante dicha fianza, ya que se trata de una cantidad líquida que puede variar entre el 10% y el 20% del monto total del contrato, el cual se otorga antes del inicio de los trabajos encomendados. Cabe destacar que no en todos los contratos de Obra Pública se otorgan anticipos, ya que el uso de éstos dependerá de las características de la obra a ejecutar.

Existe también la Garantía para el Debido Cumplimiento de la Totalidad del Contrato, que tiene por característica principal ser una Fianza más completa, ya que tiene por objeto asegurar la totalidad del contrato.

Finalmente esta la Garantía de Vicios Ocultos o Fianza de Buena Calidad, que se avoca a asegurar, regularmente por el período de un año, la buena calidad de la Obra Pública realizada, lo cual previene o protege a la Administración Pública del Distrito Federal de cualquier vicio que pueda tener la obra y que no sea perceptible a primera vista.

La Ley de Obras Públicas del Distrito Federal regula en sus artículos 33, 35, 46 y 58, la forma, el tiempo y lugar en que deben ser constituidas cada una de estas garantías.

Muy importante resulta para el presente trabajo de estudio, concluir respecto a la eficacia práctica administrativa de estas garantías o fianzas, como mecanismos o instrumentos legales de protección de la Obra Pública en el Distrito Federal y de sus Contratos.

Bien es cierto que dicha eficacia dependerá no solo del trabajo realizado por los servidores públicos encargados de la obra pública, sino también de su honradez, honestidad e irrestricta observancia de la ley de la materia.

Desafortunadamente, la mayoría de los expedientes de obra pública que remiten a las áreas jurídicas para la recuperación de fianzas, los diversos departamentos administrativos encargados de la obra pública, lo hacen cuando las pólizas de dichas fianzas ya se encuentran prescritas o caducas, conforme a los artículos 119 y 120 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Las causas por las cuales dichas pólizas llegan así son diversas, baste decir que es porque las áreas, de manera involuntaria o voluntariamente, se abstienen de remitir los expedientes en tiempo y forma.

Como se mencionó en el caso práctico del Sistema de Aguas de la Ciudad de México, este Órgano Desconcentrado cuenta con un gran volumen de contratos de obra pública que han resultado incumplidos por parte de las contratistas y en donde ha sido imposible hacer efectivas las fianzas, en virtud de que éstas ya están caducas o prescritas; y una vez iniciados los procedimientos civiles correspondientes, se ha presentado en la mayoría de los casos, el fenómeno de imposibilidad para emplazar a juicio a las contratistas demandadas, pues la mayoría al ser personas morales ya han desaparecido, y aunque se les ha llamado a juicio mediante la publicación de edictos, no se han presentado a defender sus derechos, lo que ha provocado que dicha entidad se vea imposibilitada para recuperar sus adeudos y haya realizado erogaciones que le han causado mayores gastos y pérdidas económicas.

Lo que finalmente se traduce en un detrimento del erario público y en el incumplimiento de uno de los fines primordiales de la obra pública, que es el de proveer mejores y más servicios y obras públicas a la población de la Ciudad de México, ya que los recursos económicos destinados a la obra pública provienen del erario público que se conforma de las contribuciones de todos los habitantes del Distrito Federal.

CAPÍTULO QUINTO.- EL OBLIGADO SOLIDARIO EN EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN EL DISTRITO FEDERAL, COMO UN MEDIO EFECTIVO PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE ÉSTE.

5.1. El Obligado Solidario en el Contrato de Obra Pública.

El obligado solidario no existe como tal en los Contratos de Obra Pública del Distrito Federal, la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal señala como medios legales para la protección de la Obra Pública y sus contratos, las garantías o fianzas.

Aunque en una forma muy primitiva, las figuras “obligado solidario” y “fianza” persiguen los mismos fines no son lo mismo, y ninguno puede sustituir al otro. Más aún podría decirse que ambos pueden complementarse en la búsqueda de asegurar los recursos públicos destinados a la obra pública en la Ciudad de México.

Como en capítulos anteriores se señaló, un obligado solidario es aquel que se encuentra obligado junto con otro u otros más, para cumplir en su totalidad, una prestación a favor del acreedor con quien hayan establecido un vínculo jurídico determinado.

Pero ¿quién o qué persona, por principio podría obligarse junto con la empresa contratista al cumplimiento del Contrato de Obra Pública en el Distrito Federal?, para dar respuesta a esta interrogante resulta conveniente volver a mencionar que uno de los principales problemas que enfrenta la Administración Pública del Distrito Federal en esta materia, es recuperar adeudos derivados del incumplimiento de los Contratos de Obra Pública por parte de las personas morales contratistas, ya que ante la imposibilidad de recuperar las fianzas ofrecidas por éstos y ante su propia desaparición o negación para enfrentarse ante los procesos legales incoados en su contra, ha resultado imposible recuperar sanciones económicas, pagos en exceso, anticipos no amortizados, sobrecostos de obra faltante de ejecutar y demás adeudos derivados del incumplimiento de dichas personas morales contratistas.

Con ello, resulta necesario reforzar los medios que constriñen y obligan a los contratistas a cumplir con los Contratos de Obra Pública, a efecto de asegurar los recursos económicos que son destinados a dichos contratos.

Un medio para reforzar el cumplimiento de estos contratos puede ser que la obligación del cumplimiento del Contrato de Obra Pública, se solidarice en su aspecto pasivo, es decir que la obligación de la empresa contratista para el cumplimiento del Contrato de Obra Pública no solo sea responsabilidad y obligación de la persona moral contratista, sino que además se obliguen a ello, aquellas personas físicas que representan, toman las principales decisiones y dictan los destinos de dichas personas jurídicas contratistas.

Las personas físicas que realizan las funciones antes señaladas son aquellas que conforman los órganos mediante los cuales las personas morales obran, se obligan y se representan.

Dichos órganos comúnmente son: La Asamblea General (órgano supremo que toma decisiones en base a los estatutos, integrado por los socios), el Consejo de Administración (órgano ejecutivo desempeñado por una sola persona física [administrador único] o varias [Dirección Administrativa], que administra y ejecuta las decisiones de la Asamblea General) y, el Órgano de Control Interno (vigila el cumplimiento de los estatutos).

Ahora bien, **los encargados del funcionamiento de dichos órganos, actúan sólo hacia el interior de la persona moral, ya que para el funcionamiento externo se requiere de la representación, es decir, la persona moral actúa en relación con terceros a través de su representante legal, que en un principio es el administrador u otra persona moral o física a quien se le delega dicha tarea.**⁷⁶

En forma general el artículo 2709 del Código Civil para el Distrito Federal, aplicado de manera supletoria de conformidad con el artículo 8, de la Ley de Obras Públicas para el Distrito Federal, señala que la administración de la sociedad puede recaer en uno o más socios; sin embargo y atendiendo a que la mayoría de las personas morales con quienes la Administración Pública del Distrito Federal celebra Contratos de Obra Pública tienen la modalidad de ser Sociedades Anónimas de Capital Variable, las llamadas S.A. de C.V., les es aplicable lo señalado por la Ley General de Sociedades Mercantiles, en virtud de tratarse de una sociedad mercantil la figura antes señalada.

⁷⁶ Tapia Ramírez, Javier. Introducción al Derecho Civil. Edit. McGRAW-HILL. México, 2002. p. 224.

El artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala que:

“ARTICULO 87. Sociedad anónima es la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones.”

Con los elementos del artículo anterior se entiende por sociedad anónima **“aquella persona moral debidamente constituida conforme a las leyes mexicanas, por medio de la celebración de un contrato por el cual dos o más individuos se reúnen para la consecución de un fin común preponderantemente económico, que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones”⁷⁷.**

De conformidad con los artículos 10, 142 y 178 de la Ley General de Sociedades Mercantiles representan a dichas personas jurídicas en su órgano máximo de decisión y destino, sus socios accionistas y regularmente el o los socios mayoritarios, mientras que para su representación, ésta se delega casi siempre en el Administrador Único o Director del Consejo de Administración que también puede ser uno de los socios.

De acuerdo a lo antes expuesto, las personas que tienen facultades en la toma de decisiones no solo de operación sino también de conformación, crecimiento, desarrollo y extinción de una persona moral (en nuestro caso sociedad anónima), son los socios mayoritarios, de entre quienes regularmente también surge el Administrador Único o Director de Consejo de Administración, quienes a su vez regularmente suelen ser el representante legal de dichas personas morales. Por lo que resulta indispensable analizar las figuras del socio accionista mayoritario y del representante legal de una sociedad anónima, para con ello poder determinar sí, bajo la naturaleza jurídica del contrato de obra pública, es posible integrar a dichas figuras como responsables solidarios del cumplimiento de las obligaciones a que se comprometen las personas morales contratistas a las cuales dan vida y representan, o bien, hacerlas responder de manera solidaria de los incumplimientos de éstas.

⁷⁷ Esperón Melgar, Gabriela. Manual de Sociedades Civiles y Mercantiles. Edit. Trillas. México, 2009. p. 43.

5.1.1. Socios mayoritarios de la Contratista.

El socio de la persona moral contratista, llámese Sociedad Anónima o Sociedad Anónima de Capital Variable, es aquel que de conformidad con la fracción VI del artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles otorga o cede de su propio patrimonio, a través de una aportación económica o en especie, bienes para la conformación de una persona moral. Luego entonces, los socios son aquellas personas físicas que dan vida a esta persona moral contratista, la cual tendrá personalidad y patrimonio propios, pero que perseguirá un solo fin, y ese fin es el que determinarán los socios, con el único deseo de conseguir un beneficio que solos no podrían obtener.

El socio o socios también son llamados, de manera indistinta por la Ley General de Sociedades Mercantiles, como accionistas, ello en atención a que su aportación económica en la sociedad anónima para conformar el capital social de ésta, se le llama “acción”, la cual es un título nominativo que sirve para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, tal y como lo indica el artículo 111 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Mientras que el artículo 112 de la Ley General de Sociedades Mercantiles estipula que cada acción será de igual valor y conferirá los mismos derechos; a excepción de que en el Acta Constitutiva de la sociedad anónima (la contratista) se estipulen acciones con derechos especiales.

Cada acción cuenta con un solo derecho a voto, por lo que el Socio Mayoritario será aquel que no solamente tenga más acciones, sino aquel que tenga las suficientes para lograr imponer sus pretensiones dentro de las Asambleas de Accionistas.

Ya que será a través del número de acciones que posea cada accionista, que tendrá o no, la posibilidad de conducir los destinos de la sociedad, ya que entre más acciones tenga, más votos tendrá para hacer valer sus peticiones al momento de acordar o ratificar los actos y operaciones de la sociedad o bien para designar Representantes Legales, Director de Consejo de Administración o Administrador Único de la sociedad anónima contratista; pero para que un accionista o socio tenga un mayor número de acciones, también deberá haber aportado un mayor porcentaje del capital social del que se

conforma la sociedad, lo que también implica un mayor riesgo por parte del accionista o socio mayoritario pues habrá realizado un mayor desprendimiento de bienes de su propio peculio para la conformación del patrimonio de la persona moral contratista.

De igual manera, es a través de las “acciones”, que se determina el porcentaje de las ganancias y utilidades que genere la sociedad y a las que tiene derecho cada accionista, aunque de igual manera se determinan proporcionalmente las pérdidas que sufra la sociedad y que deban absorber los socios o accionistas.

El socio mayoritario será entonces, aquel accionista, que posea al menos la mitad de las acciones que conformen el capital social de la sociedad, esto es así porque las Asambleas Generales Ordinarias de Accionistas solo pueden celebrarse y aprobarse cuando se hallen reunidos al menos, los socios que representen la mitad del capital social, ya que sí bien es cierto que solo basta que los socios que representen el 33% del capital social, soliciten al Administrador o Consejo de Administración, la celebración de una Asamblea General de Accionistas, si no cuentan con el 50% del capital social reunido en dicha asamblea, la misma no podrá siquiera celebrarse, por lo que evidentemente y a efecto de que el socio o socios mayoritarios puedan tomar decisiones, tales como las señaladas en los artículos 180 y 181 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, deberán contar con la mitad de las acciones que conforman el capital social.

En cuanto a las Asambleas Generales Extraordinarias de Accionistas, deberán encontrarse reunidos por lo menos, tres cuartas partes del capital social y las decisiones también se tomarán por el voto de las acciones que representen la mitad del capital social, lo que nuevamente nos lleva a señalar que aquel socio que tenga o aquellos accionistas que sumen la mitad del capital social de la contratista, podrá tomar decisiones sobre cuestiones como las que indica el artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Por lo anterior un accionista o accionistas mayoritarios son aquellos que puedan tomar decisiones sobre cuestiones verdaderamente trascendentales en la vida de una persona moral, llámesele Sociedad Anónima de Capital Variable o Contratista de Obra Pública de la Administración Pública del Distrito Federal, por lo que básicamente de manera indirecta tendrá en sus manos el correcto y buen desempeño y funcionamiento de la persona moral, pues podrá decidir desde la designación de Administradores Únicos, Directores de

Consejo de Administración y Representantes Legales, hasta liquidaciones y fusiones de dicha persona, por lo que sus decisiones sí trascenderán en la vida cotidiana de la contratista, afectando de manera directa el buen o mal desempeño de ésta y por ende el cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones frente a terceros, que en el caso particular lo sería el Gobierno del Distrito Federal ante la celebración de un Contrato de Obra Pública, por lo que dicho socio o accionistas mayoritarios pueden obligarse de manera solidaria con las personas morales a las cuales dieron vida jurídica, en el cumplimiento de los contratos que en materia de obra pública celebren con la administración del Gobierno del Distrito Federal, pues ello no implicaría ninguna violación a la Ley General de Sociedades Mercantiles, quedando como obligados solidarios en su modalidad pasiva, lo cual como ya fue analizado en capítulos anteriores, y por la naturaleza jurídica del Contrato de Obra Pública permitiría que se estableciera en la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal como requisito indispensable que deba contener todo contrato de obra pública, la firma de un obligado solidario que en todo caso puede ser el socio mayoritario de dicha empresa contratista, pues ello obligaría aún más a ésta a cumplir con las obligaciones pactadas en dicho contrato, porque no solo se verían afectados los intereses de la contratista, sino también de una manera más directa los del socio mayoritario que hubiese fungido como obligado solidario, el cual presionara a la persona moral a cumplir con sus obligaciones derivadas de los contratos de obra pública que celebre con la Administración Pública del Distrito Federal, para no verse afectado por algún incumplimiento.

La aceptación de dicho requisito implicaría un mayor compromiso, más firme y real por parte de la contratista, así como también brindaría mayor seguridad jurídica a la Administración Pública del Distrito Federal, respecto al buen uso de los recursos públicos destinados a la realización de la obra pública en la Ciudad de México.

La Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 24 señala textualmente:

“ARTICULO 24. La sentencia que se pronuncie contra la sociedad condenándola al cumplimiento de obligaciones respecto de tercero, tendrá fuerza de cosa juzgada contra los socios, cuando éstos hayan sido demandados conjuntamente con la sociedad. En este caso, la sentencia se ejecutará primero en los bienes de la sociedad y sólo a falta o insuficiencia de éstos, en los bienes de los socios demandados.”

El contenido del artículo antes transcrito, permite reconocer la responsabilidad de los socios de una sociedad ante el incumplimiento de las obligaciones frente a terceros de la persona moral que han creado. Sin embargo, el legislador deja abierta la posibilidad para que los socios no se vean afectados por las sentencias judiciales, ya que no los constriñe a responder de dichos incumplimientos, a menos de que ocurra un presupuesto, pues dice “cuando éstos hayan sido demandados conjuntamente con la sociedad”, lo que significa que si al momento de entablar el juicio en contra de la empresa demandada no se cuenta con el nombre de todos los socios o por lo menos el del socio mayoritario así como sus respectivos domicilios, difícilmente podrá incoarse una acción civil en su contra. Pero, si desde la firma del Contrato de Obra Pública que celebra la Administración Pública del Distrito Federal, se pudiese obligar al socio mayoritario a firmar de manera solidaria junto con la persona moral y si en dicho documento, entre sus respectivas declaraciones señala su domicilio particular, pues entonces seguramente resultará más fácil al servidor público correspondiente entablar las demandas respectivas en contra de las contratistas incumplidas, así como a sus socios.

Y porque a través de la firma, es como en nuestro universo jurídico se reconoce y otorga el pleno consentimiento de las personas, pues constituye no solo el rasgo inequívoco del consentimiento de la persona que la suscribe sino también un elemento que la distingue y particulariza de los demás, tal y como lo establece la siguiente jurisprudencia:

No. Registro: 179,578	Instancia: Pleno
Jurisprudencia	Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Materia(s): Administrativa	Tomo: XXI, Enero de 2005
Novena Época	Tesis: P/J. 125/2004

Página: 5

FIRMA AUTÓGRAFA. TRATÁNDOSE DE ACTOS O RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS LA ANULACIÓN POR CARECER DE AQUÉLLA PUEDE SER CON O SIN DETERMINACIÓN DE EFECTOS.

Para que un acto o resolución administrativa cumpla con las exigencias establecidas en el artículo 16 constitucional debe contener firma autógrafa del funcionario emisor, por ser este signo gráfico el que otorga certeza y eficacia a los actos de autoridad ya que constituye la única forma en que puede asegurarse al particular que la autoridad emisora acepta su contenido. En tales términos, si bien la falta de firma autógrafa en una resolución administrativa constituye un vicio formal y, por tanto, una violación que encuadra en la fracción II del artículo

238 del Código Fiscal de la Federación, cuyos efectos, en principio, deben determinarse conforme a la primera parte del último párrafo del artículo 239 del mismo ordenamiento, ello no sucede en todos los casos, pues tal precepto no debe ser interpretado en forma literal para concluir que la nulidad que se declare de una resolución administrativa por el motivo indicado, indefectiblemente debe ser para el efecto de que la resolución en cuestión se deje sin valor y se emita otra con firma autógrafa, pues de la segunda parte del mismo párrafo se desprende que en ciertos supuestos el órgano jurisdiccional puede valorar las circunstancias particulares del caso, además de que no siempre puede obligarse a la autoridad a que emita un nuevo acto que sustituya al que fue declarado nulo, pues si la propia autoridad encuentra que el acto reclamado no podría apoyarse en irreprochables motivos y fundamentos legales, estará en aptitud de no insistir en el mismo o en imposibilidad para hacerlo, aunado a que un Tribunal administrativo no puede indicar a una autoridad cómo debe proceder en el ejercicio de una atribución que le es propia y donde, incluso, interviene su discrecionalidad. Lo anterior sin perjuicio de que si al contestar la demanda la autoridad niega la existencia del acto que ostenta firma facsimilar y el actor no demuestra que sea cierto, tal negativa debe prevalecer sobre la presunción de existencia derivada de dicha firma facsimilar; hipótesis en la cual debe declararse el sobreseimiento en el juicio de nulidad, lo que tampoco impide a la autoridad el ejercicio de sus atribuciones, por ese motivo.

Contradicción de tesis 19/2004-PL. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito (actualmente Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito); Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito. 31 de agosto de 2004. Mayoría de nueve votos. Disidente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Constanza Tort San Román.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy nueve de diciembre en curso, aprobó, con el número 125/2004, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a nueve de diciembre de dos mil cuatro.

La propuesta de obligar a los socios mayoritarios a responder de manera solidaria por el incumplimiento a Contratos de Obra Pública que celebran las personas morales con algún Órgano de la Administración Pública del Distrito Federal, no se contrapone en ningún momento con la Ley General de Sociedades Mercantiles, no atenta contra la división de personalidad o patrimonios entre socios y sociedades, más aún el artículo 24 de dicha ley solo refuerza la posibilidad de una reforma a la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal en su artículo 46, que contiene los requisitos mínimos que debe contener todo Contrato

de Obra Pública, y en el que se debe incluir como requisito la firma, por lo menos, del socio mayoritario de dicha persona moral contratista, debiendo declarar éste su domicilio particular y el grado de participación que tiene dentro de la sociedad contratista; estableciéndose de igual manera la cláusula en la que se fijara su responsabilidad solidaria ante los incumplimientos por parte de la contratista.

De igual manera, no solo la legislación puede servir de sustento al estudio que aquí se realiza, ya que también la jurisprudencia se ha manifestado en cierto sentido respecto a la obligación solidaria que tienen los socios para con sus sociedades, cuando éstas incumplen algunas de sus obligaciones, así existen tesis aisladas que sirven de sustento a lo antes señalado, como las siguientes:

1.- No. Registro: 356,297 Instancia: Tercera Sala
Tesis aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Materia(s): Civil Tomo: LVIII
Quinta Época Tesis:

Página: 1204

SOCIEDADES MERCANTILES, RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS SOCIOS DE LAS.

La obligación ilimitada y solidaria de los socios, por las operaciones sociales, que establece el artículo 100 del Código de Comercio, no liga directa y principalmente a los socios, en los contratos que la sociedad hubiere celebrado en su propio nombre, sino que afecta indirectamente los bienes de dichos socios, para cuando la sociedad carezca de los suficientes para cumplir sus compromisos, y por tanto, la responsabilidad solidaria de los socios es subsidiaria y no puede exigirse sino después de haber perseguido al deudor principal y hecho excusión en sus bienes; lo que está corroborado por el artículo 151 del propio ordenamiento, que establece que los liquidadores de una sociedad, sólo están obligados a cubrir los créditos con los fondos de la sociedad, y que si éstos fueren insuficientes, los acreedores tienen acción por el saldo, contra cualesquiera de los socios.

Amparo civil en revisión 1266/37. Ketelsen viuda de Kück Emilia. 26 de octubre de 1938. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Alfonso Pérez Gazga. La publicación no menciona el nombre del ponente.

2.- No. Registro: 186,141 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tesis aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Página: 1374

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. LOS SOCIOS O ACCIONISTAS DE LA CONTRIBUYENTE RESPONDEN HASTA LA PARTICIPACIÓN QUE TENÍAN EN EL CAPITAL SOCIAL DURANTE EL PERIODO O A LA FECHA DE QUE SE TRATE Y NO EN LA MEDIDA DE SU APORTACIÓN INICIAL (ARTÍCULO 26, FRACCIÓN X, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN).

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 26, fracción X, del Código Fiscal de la Federación, la responsabilidad de los socios o accionistas con las sociedades respecto de las contribuciones causadas por éstas cuando sus bienes no bastan para garantizar los créditos que deben cubrir y siempre que se encuentren en cualquiera de los supuestos a que se refieren los incisos a), b) y c) de la fracción III del artículo en comento, no puede exceder de la participación que dichos sujetos tenían en el capital social de la sociedad durante el periodo o a la fecha de que se trate. Ahora bien, por participación, en términos del invocado precepto, debe entenderse no la aportación o cantidad que los socios de inicio enteraron para constituir el capital social, sino la proporción que sus acciones representan en relación con dicho capital, participación que para ser cuantificada implica que deba conocerse el monto al que asciende el capital social a la fecha en que se fincó el crédito y luego, con base en ello, calcular la cuantía de aquella participación. Por consiguiente, de acuerdo con el numeral en cita, el vínculo derivado de la responsabilidad solidaria en estos casos alcanza hasta la cantidad que representa la referida proporción del capital social, propiedad del socio.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SEXTO CIRCUITO.

Revisión fiscal 113/99. Administrador Local Jurídico de Ingresos de Celaya. 30 de junio de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías. Secretario: Salvador Álvarez Villanueva.

Amparo directo 858/2000. Sabrina Olivera Gutiérrez. 5 de octubre de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Cruz García. Secretaria: Claudia Delgadillo Villarreal.

Revisión fiscal 10/2002. Administrador Local Jurídico de Ingresos de Celaya. 26 de abril de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Castro Aguilar. Secretario: Salvador Roberto Hernández Ramírez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XV, abril de 2002, página 1335, tesis V.2o.59 A, de rubro: "RESPONSABILIDAD SOLIDARIA PARA EFECTOS FISCALES QUE TIENEN LOS SOCIOS O

ACCIONISTAS DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA, CONFORME AL ARTÍCULO 26, FRACCIÓN X, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN."

Estas tesis aisladas, si bien la segunda de ellas solo se refiere en cuanto a las obligaciones fiscales de las sociedades mercantiles, podemos también observar que existen excepciones a la regla que dicta el artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que indica que los socios de una Sociedad Anónima solo están obligados al pago de sus aportaciones o acciones, ya que para la materia fiscal los socios responden hasta la participación que tienen en el capital social de la sociedad, a efecto de cumplir con las contribuciones de la misma, situación que bien podría también establecerse en la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, señalando que los socios responden de manera solidaria hasta la participación que tenían en el capital social durante el período de ejecución de la obra, ante el incumplimiento de la sociedad contratista al Contrato de Obra Pública celebrado con la Administración Pública del Distrito Federal. O bien, como lo expresa la primera de las tesis mencionadas al indicar: que una vez que la sociedad carezca o no tenga los suficientes bienes para cumplir con las sentencias a que fue condenada, sean entonces los socios quienes de manera solidaria respondan por la sociedad que ellos mismos crearon.

Con ello, como ya se ha mencionado se reforzaría la certeza y confianza en las sociedades que participan en la adjudicación, contratación y ejecución de las obras públicas que se realizan en el Distrito Federal.

5.1.2. Representante legal de la Contratista.

El representante legal de una sociedad mercantil, en específico de una sociedad anónima, y que en nuestro caso de estudio es una Contratista, es aquella persona física o moral que realiza todo acto de representación frente a terceros respecto de todos los actos inherentes al objeto social.

De acuerdo al artículo 10 de la Ley General de Sociedades Mercantiles la representación de toda sociedad mercantil corresponde a su administrador o administradores.

El Órgano de Administración, de acuerdo al artículo 157 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, tiene la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos le imponen. Por lo que dicho Órgano tiene funciones de gestión o administración, de representación ante terceros y de ejecución.

Así, para administrar la sociedad anónima, el administrador deberá realizar operaciones inherentes al objeto de la sociedad, así como actos de conservación, incremento y control de los recursos y bienes de la sociedad, lo que implica la segunda de sus funciones; pues para hacer dichos actos y operaciones deberá también realizar funciones de representación tanto si en la gestión interna de la sociedad y la organización de la empresa, como en la gestión externa de los negocios de la sociedad. Para ello deberán contar con legitimación y personalidad que les serán conferidas por el órgano principal de la sociedad, la Asamblea de Accionistas o Socios, en donde se les confiere la administración y en su caso el cargo de representación de la sociedad.

Finalmente, la función de ejecución es resultado del ejercicio de las dos funciones anteriores, pues la Asamblea de Accionistas carece de dicha actividad, por lo que es la administración el órgano que por naturaleza ejecuta las decisiones de la Asamblea, así como las suyas propias en función del marco legal y estatutario que la rige.

“El Órgano de Administración es un órgano dotado de un conjunto de poderes y obligaciones para el desarrollo de la sociedad y su actuación ante terceros y los socios; de ahí que tiene carácter representativo y de gestión; la voluntad de los administradores, dentro de los cauces legales y estatutarios, es imputable a la sociedad y no al órgano.”⁷⁸

La administración de la sociedad anónima o como le hemos venido llamando para el caso en estudio, contratista, puede recaer en una sola persona o en varias, cuando es en una sola, se le denomina Administrador Único y cuando recae en varios, se le llama Consejo de Administración.

La Ley General de Sociedades Mercantiles denomina a estos administradores como mandatarios temporales y revocables, y éstos pueden ser elegidos entre los propios

⁷⁸ León Tovar, Soyla H. y Hugo González García. Derecho Mercantil. Edit. Oxford. México, 2007. p. 554.

socios o terceros, sin embargo resulta muy común encontrar que el socio mayoritario de la contratista es también el Administrador Único o el Presidente del Consejo de Administración.

Los administradores de la sociedad anónima **“no son simples mandatarios, no tanto por cuanto que su nombramiento devenga de la Asamblea, sino por cuanto que al administrador no sólo le corresponde la función representativa de la sociedad, ni se limita a la realización de actos jurídicos encomendados por la asamblea, sino también funciones de gestión, de organización de la sociedad y de su empresa y de ejecución de los acuerdos sociales. Por lo que el cargo de administrador, al igual que el mandato, deriva de una relación jurídica personalísima; pero todavía más acentuada que en el mandato.”**⁷⁹

Situación que también ha sido reconocida por la Jurisprudencia, tal y como aparece en la siguiente tesis aislada:

1.- No. Registro: 240723	Instancia: Tercera Sala
Tesis aislada	Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Materia(s): Civil	Tomo: Volumen: 145 – 150 Cuarta Parte
Séptima Época	Tesis:

Página: 251

GERENCIA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA, CARACTERÍSTICAS DE.

El cargo de gerente o administrador de una sociedad, al igual que el mandato, deriva de una relación jurídica personalísima; pero todavía más acentuada que en el mandato, la naturaleza personalísima caracteriza en mayor grado la gerencia de una sociedad anónima, por razones que se desprenden de la Ley General de Sociedades Mercantiles. De conformidad con el artículo 2546 del Código Civil del Distrito Federal, aplicable supletoriamente en materia mercantil, de acuerdo con los artículos 2o. y 81 del Código de Comercio, el mandato es un contrato por virtud del cual el mandatario se obliga a efectuar, por cuenta del mandante, los actos jurídicos que éste le encarga. Lo que significa que mientras que en el mandato sólo se comprende la obligación de realizar actos jurídicos, en cambio, los gerentes o administradores de una sociedad anónima pueden hallarse obligados a efectuar tanto actos materiales como actos jurídicos. Al respecto, es atendible la opinión de Roberto L. Mantilla, visible en la página 389 de su obra

⁷⁹ León Tovar, Soyla H. y Hugo González García. Ob, cit. p. 554 – 555.

Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, S.A., cuarta edición, que dice: "La ley considera que los administradores son mandatarios de la sociedad (artículos 142 y 157). Al hacerlo así confunde, como es frecuente, la representación y el mandato: olvida, incluso, que puede haber mandato sin representación (artículo 2560 del Código Civil). El mandatario sólo está obligado a realizar actos jurídicos (artículo 2546 del Código Civil); los administradores también están obligados a realizar actos materiales". Por otro lado, mientras que conforme a lo dispuesto por el artículo 2574 del Código Civil del Distrito Federal, el mandatario puede encomendar a un tercero el desempeño del mandato, si tiene facultades expresas para ello, en cambio, el artículo 147 de la Ley General de Sociedades Mercantiles estatuye que los cargos de administrador o consejero y de gerente son personales y que no podrán desempeñarse por medio de representante. Lo que revela que las obligaciones de tipo estrictamente personal inherentes al cargo de gerente como son las de informar a su representada sobre todos y cada uno de los motivos y desarrollo de los actos de la gestión, sólo a él competen. Se está frente a una obligación de hacer, no de dar, cuyo incumplimiento, como cualquier obligación de hacer, puede originar daños y perjuicios que importen un valor económico, que precisamente por revestir carácter pecuniario (no la obligación de hacer), pueden jurídicamente transmitirse a la sucesión del gerente. El artículo 2027 del Código Civil del Distrito Federal, dispone, en lo conducente, sobre el particular: "Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor, tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la sustitución sea posible."

Amparo directo 3429/78. Valco, S.A. 11 de febrero de 1980. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Alfonso Abitia Arzapalo. Secretario: Pedro Elías Soto.

El cargo de Administrador, tiene como características las siguientes: es personal, solo puede delegarse en casos concretos; es temporal, por el plazo establecido en los Estatutos; es revocable en cualquier momento, la Asamblea puede revocar el cargo con o sin causa justificada alguna; es ajeno al carácter de socio, ya que el cargo puede asumirlo un socio o un tercero; puede ser garantizado, ya que la asamblea puede exigirle al administrador garantice su responsabilidad para con la sociedad anónima; puede ser remunerado u honorífico, el cargo puede asumirse con remuneración o sin ella, dependiendo de cómo sea ofrecido el cargo por la Asamblea.

Los requisitos para asumir el cargo de administrador son que debe tratarse de persona física o moral, mexicana o extranjera, accionista o tercero, que no tenga parentesco

alguno con los comisarios (Órgano de Vigilancia), además de los requisitos que dispongan los Estatutos de la sociedad.

Regularmente es en la Asamblea Constitutiva de la sociedad en la que se nombra el cargo de administrador o administradores, siendo en las posteriores asambleas generales ordinarias en las que se revoquen o nombren nuevos administradores. Cuando en la Asamblea constitutiva no se designan los cargos de administración, se pueden nombrar apoderados legales de manera temporal para que puedan actuar frente a terceros, pero es necesaria e indispensable la designación de los cargos de administración lo más pronto posible.

Respecto al funcionamiento del Órgano de Administración, éste dependerá de la forma de dicho órgano, si es unipersonal, el Administrador Único actúa de manera personal directa e individualmente, si el órgano es colegiado, el Consejo de Administración funcionara con un Presidente del Consejo, quien tendrá la representación de la sociedad, cuando así lo establezcan los Estatutos para actos concretos o cuando la Asamblea de accionistas le otorgue facultades exclusivas, en caso contrario será el Consejo de Administración en pleno, el representante de la sociedad o contratista.

Las facultades de los administradores consisten primordialmente en realizar todo acto u operación relacionada con el objeto social durante el tiempo que dure su gestión; también deben expedir los títulos representativos de las acciones en el plazo máximo de un año, contado a partir de la constitución de la sociedad; llevar y mantener el libro de registro de acciones; autorizar o no la venta de acciones conforme a los Estatutos; pueden nombrar uno o varios gerentes generales o especiales, sean o no accionistas, así como conferir poderes en nombre de la sociedad, mismos que serán revocables en cualquier momento, pero dichos nombramientos no restringen sus facultades ni le permiten evadir sus responsabilidades. El cargo de gerente es personal y no puede ser desempeñado por medio de representante. Además, no solo el Órgano de Administración puede nombrarlos ya que también puede hacerlo la Asamblea de Accionistas.

De entre las obligaciones del cargo de Administrador Único o del Consejo de Administración destacan las de desempeñar el cargo de forma personal; que no podrán adquirir por la sociedad las acciones emitidas por ésta; que deben abstenerse de realizar operación alguna, una vez vencido el plazo de duración de la sociedad o bien, una vez

decretado el acuerdo de disolución, so pena de responder solidariamente por las operaciones que realicen y finalmente; deben abstenerse de realizar actos deshonestos.

Se encuentran impedidos para ejercer los cargos de administrador o gerente, aquellas personas que estén inhabilitadas para ejercer el comercio. Y de acuerdo al artículo 12 del Código de Comercio se encuentran impedidos para ejercer el comercio, los corredores, los quebrados no habilitados y los condenados por delitos contra la propiedad.

Por todo lo antes expuesto, la representación legal de una sociedad anónima contratista, es ejercida por quienes son designados por la Asamblea de Accionistas para encargarse de la administración de la sociedad, aunque también puede nombrar apoderados legales con funciones específicas de representación o bien nombrar gerentes generales o especiales con las más amplias facultades de representación que expresamente les confieran.

Por ley, y en caso de que la Asamblea de Accionistas no nombre un gerente general o especial o un apoderado legal para su representación, entonces será su representante legal el Administrador Único o el Consejo de Administración.

Es de destacar que resulta muy común en la práctica diaria de la Administración Pública del Distrito Federal, encontrar que el Administrador Único como representante legal de las sociedades anónimas contratistas son los socios mayoritarios de éstas, o bien que el Gerente General o Apoderado Legal que ejerce la representación legal de la contratista es también el socio accionista mayoritario de ésta, por lo que es muy común en la práctica que estos cargos tan importantes dentro de las sociedades se vean ocupados por una sola persona, la cual asume prácticamente todo el control de la sociedad, dicho de otra forma, el socio mayoritario que controla la asamblea, también controla toda la administración y representación legal de ésta.

Respecto a la designación del representante legal cuando el Órgano Administrativo recae en un Órgano Colegiado (Consejo de Administración), si los estatutos así lo establecen, dicha representación recae en el Presidente del Consejo de Administración, pero si los estatutos no lo refieren, la representación recae en todo el Consejo como órgano colegiado, supuesto que tiene como soporte la siguiente tesis aislada:

No. Registro: 206940 Instancia: Tercera Sala
Tesis aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Materia(s): Civil Tomo:
Octava Época Tesis: 3ª. XXX/91

Página: 91

SOCIEDADES MERCANTILES. SU REPRESENTACIÓN LEGAL NO RECAE AUTOMATICAMENTE POR SU SOLO NOMBRAMIENTO EN EL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.

Es inexacto que el Presidente del Consejo de Administración de una Sociedad Mercantil, por el solo hecho de su nombramiento, tenga la facultad de representar a la sociedad en razón de otorgarle la ley esa atribución. Del contenido de los artículos 10, 142, 143 y 148 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, se desprende que la representación legal de dichas personas morales corresponde al administrador único, cuando ha sido éste el sistema adoptado en el contrato social, o al consejo de administración como órgano colegiado, mientras que la representación que del consejo recae en su presidente, únicamente se refiere a la ejecución de acuerdos del propio consejo en caso de que no se haya hecho la designación de un delegado especial para tal efecto, por tanto, si la empresa cuenta con un consejo de administración, es a éste a quien corresponde la representación legal, en su carácter de órgano colegiado, salvo que los estatutos establezcan un sistema distinto.

Amparo en revisión 3797/89.Inmobiliaria Colar, S.A. de C.V. 28 de enero de 1991.

Unanimidad de Votos. Ponente: José Antonio Llanos Duarte.

Una vez expuesta la figura del representante legal de una contratista (sociedad anónima), resulta imprescindible para nuestro estudio, analizar si es posible o no, de acuerdo a las responsabilidades de dicho cargo, que la persona que ejerza la representación legal de la sociedad, pueda también obligarse de manera solidaria para con su representada de los actos que ésta realice, en específico, de los Contratos de Obra Pública que celebra con la Administración Pública del Distrito Federal.

Para poder determinar lo anterior, resulta importante detallar las responsabilidades de aquellos que ejercen la representación legal de las empresas contratistas, y ya que comúnmente se observa que el representante legal casi siempre es el órgano de administración, procederemos a señalar las responsabilidades de éste.

La responsabilidad de los administradores se puede distinguir en cuatro grandes grupos, aquella responsabilidad que ejercen de manera individual; la que ejercerán de manera solidaria, es decir, junto con la sociedad en sí; la responsabilidad que surge de actos ultra vires; la que surge por exceso de facultades, la que surja conforme a los estatutos sociales y finalmente la responsabilidad que tienen los representantes legales cuando son también el órgano de administración frente a la sociedad, sus accionistas y terceros.

El artículo 157 de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece que los administradores tendrán la responsabilidad inherente a su mandato y la derivada de las obligaciones que la ley y los estatutos les imponen, por lo que deben responder de daños y perjuicios causados por dolo, negligencia, abuso de facultades y violaciones a la ley, ya que en sus actos pueden incumplir el deber de diligencia que la ley les imponga, así como del deber de fidelidad que les es impuesto en la defensa de los intereses de la sociedad que representan.

Son varios los artículos y diversas las causas por las que el administrador responde de manera individual por el desempeño de sus funciones de gestión en los negocios sociales, de administración y de representación social. Algunos ejemplos de dicha responsabilidad, si bien todos derivan de la genérica que se establece en el artículo 157 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, sería el mal uso de la firma social, no abstenerse de votar en asuntos relativos a la aprobación de estados financieros y sobre responsabilidad de los administradores (artículo 197 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), cuando intervenga en operaciones de la sociedad en las que tenga un interés opuesto al de ésta y no lo manifestare o no se abstuviere de deliberar y votar al respecto (artículo 156 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), cuando conozca de irregularidades cometidas por antecesores y no lo denunciare a los comisarios (artículo 160 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), cuando realice actos a nombre de la sociedad, aún y cuando ya haya concluido el plazo de su cargo, siempre que no se hayan designado nuevos administradores y/o representantes legales, y éstos no hayan tomado posesión de sus cargos (artículo 154 de la Ley General de Sociedades Mercantiles), y de los actos que cometan los directores, contadores, gerentes, delegados y demás personal que designen el Órgano de Administración.

El artículo 158 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, indica de manera cuantitativa más no cualitativa, los casos de responsabilidad en los que el órgano de administración de una sociedad responde de manera solidaria, a saber:

1.- De la realidad de las aportaciones hechas por los accionistas. La finalidad es proteger el capital social de la sociedad.

2.- Del pago de los dividendos.

3.- Del mantenimiento de todo libro de contabilidad, control, registro, archivo e información que prevenga el Código de Comercio.

4.- Del cumplimiento de las decisiones tomadas en las asambleas de los accionistas.

Estos son algunos de los casos en los que un administrador responderá junto con la sociedad.

Por lo que hace a la responsabilidad por actos ultra vires (actos que devienen de la incompetencia y no de un exceso de facultades), son actos para los cuales el administrador carece de facultades y que no se encuentra dentro del objeto social, y por tanto se realiza sin representación alguna. Siendo la clave para determinar si el acto es ultra vires o un acto de exceso de facultades, que precisamente el primero de ellos se realice fuera del objeto social, es decir que el administrador realice un acto no solo para el cual no está facultado, sino que además la operación no sea inherente al objeto social de la persona moral que representa.

La responsabilidad por exceso de facultades, por otro lado, son actos que si se realizan dentro del objeto social de la sociedad pero de los cuales el órgano que las realiza no cuenta con la facultad suficiente para llevarlos a cabo, es un exceso de poder cometido en un acto de supuesta representación en contravención a los límites impuestos por la sociedad al administrador, a través de los estatutos. Un ejemplo claro sería la celebración del Contrato de Obra Pública con cualquier órgano de la Administración Pública del Distrito Federal sin contar con poder suficiente para representar a la sociedad anónima contratista y por lo tanto sin facultad para obligarla legalmente al cumplimiento de dicho contrato.

Finalmente tenemos la responsabilidad ante terceros, ante los socios y ante la sociedad, que para el caso de estudio es la más importante, ya que de ella podremos determinar si aquellos que ejercen la administración y representación legal de una sociedad también responden ante terceros en caso de incumplimiento de las obligaciones de su representada administrada.

Los administradores asumen responsabilidad ante terceros o ante la sociedad que puede ser exigida por los acreedores, en diversos casos:

1.- Los administradores son responsables por la distribución de utilidades o anticipos en contravención a lo estipulado por la Ley General de Sociedades Mercantiles.

2.- Son responsables por los actos realizados en exceso de facultades o ultra vires, la que resulte por gestión de negocios.

3.- Ante el fisco (artículo 26 fracción III, del Código Fiscal Federal), son responsables solidarios por las contribuciones causadas o no retenidas durante su gestión, así como por las que debieron pagarse o enterarse durante la misma, en la parte del interés fiscal que no alcance a ser garantizada con los bienes de la sociedad que dirigen.

4.- Los administradores son responsables subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, por los actos que realicen como representantes o mandatarios de la sociedad irregular (no inscrita), sin perjuicio de la responsabilidad penal en que hubieren incurrido (artículos 2, quinto párrafo y 7, tercer párrafo, de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

5.- En concurso mercantil serán responsables penalmente si incurrieron en actos que agravaran el incumplimiento de pago de las obligaciones de la sociedad.

6.- Son responsables los administradores por los daños y perjuicios que causen a los acreedores de la sociedad por haber autorizado la adquisición de acciones propias.

Sin embargo, considerando que el objeto de estudio es proteger los intereses de la Administración Pública del Distrito Federal respecto de los recursos financieros que son destinados a la Obra Pública en la Ciudad de México, y considerando que dicha obra

pública se efectúa a través de la celebración de contratos administrativos denominados Contratos de Obra Pública, mismos que como ya se explicó pueden ser a base de precios unitarios, a precio alzado o por administración, los cuales tienen de entre sus características, la de contener cláusulas exorbitantes del derecho, sería posible que aquellos que ejercen la representación social de una empresa contratista, y más aún cuando en ellos no solo recae dicha figura, sino que además sean socios o accionistas de la misma, puedan obligarse de manera solidaria desde la firma del contrato de obra pública, al cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que en dicho instrumento se establezcan, y por ende a responder de los incumplimientos en que incurra su representada.

Ni los socios mayoritarios accionistas ni aquel o aquellos que ejercen la administración de la empresa contratista (persona moral regularmente sociedad anónima), no siempre ejercerán la representación social de ésta. Podemos afirmar, derivado de este trabajo, que no es al representante legal a quien hay que obligar solidariamente junto a la contratista al cumplimiento de los contratos de obra pública, sino más bien a aquellos sujetos o personas físicas que están íntimamente ligadas a la existencia y éxito de la persona moral contratista, pues de ello depende que obtengan las ganancias esperadas (tanto socios accionistas, sean o no los administradores o los representantes legales).

Además, la búsqueda de un garante extra para el cumplimiento de las obligaciones a que se contrae la contratista, es para asegurar que exista quien responda de los incumplimientos en que incurra ésta, por lo que al igual que con el fisco (solo en caso de que sean insuficientes los bienes de la persona moral para cubrir los créditos, entonces los socios deberán responder de manera solidaria hasta por el monto equivalente de su participación en la sociedad al momento de causarse dichos créditos), pudiese existir un socio mayoritario que evidentemente al contar con la mayor participación en la sociedad mercantil contratista y firme el contrato de Obra Pública como obligado solidario a efecto de responder de los incumplimientos en que ésta incurra, cuente con los mayores recursos posibles para responder, en caso de que la contratista no tenga más bienes para resarcir los incumplimientos en que haya incurrido, mientras que un representante legal que no cuente con participación alguna dentro de la sociedad, no será seguro que cuente con los recursos suficientes para cubrir los adeudos que se generen del incumplimiento de los contratos de obra pública.

Por lo anterior consideramos que, para asegurar el buen uso de los bienes y recursos que se destinan a la obra pública en la Ciudad de México y para incentivar a las empresas contratistas de Obra Pública en esta Ciudad al cumplimiento de los Contratos de Obra Pública que celebran, es conveniente para la Administración Pública del Distrito Federal, acrecentar los medios de garantías que le brinden mayor seguridad y confianza, por lo que sería posible añadir un obligado solidario a dichos contratos, estableciendo que particularmente éste obligado sea el socio accionista mayoritario (sea o no el representante legal de la contratista), pues es la persona que mayores recursos ha aportado a la sociedad contratista y es la persona por ende, más interesada en el éxito y buen funcionamiento que tenga la sociedad mercantil de la cual forma parte, ya que de ello dependen las ganancias o pérdidas que pueda obtener.

Respecto al hecho de que las contratistas regularmente sean sociedades anónimas, y por lo tanto sus socios accionistas solo se encuentran obligados a responder por sus títulos nominativos, lo cual sería un impedimento para establecer lo expuesto en el párrafo que antecede, debemos también destacar la característica que permitiría a este Contrato Administrativo de Obra Pública, obligar a la contratista a que ésta se obligue solidariamente con su socio accionista mayoritario al cumplimiento del contrato, y que es aquella que le permite incluir cualquier cláusula exorbitante de derecho, es decir, que solo para el caso de este tipo de contratos, aun y cuando la sociedad mercantil fuese una sociedad anónima, el socio mayoritario accionista debería responder de manera solidaria e indistinta del cumplimiento de éstos.

De acuerdo a las características que envuelven al Contrato de Obra Pública, así como de las figuras del socio accionista mayoritario, administrador y representante legal de una empresa contratista, si es posible que la Ley de Obras Públicas reconozca y exija la firma e inclusión de un obligado solidario que recaiga en la figura del socio accionista mayoritario, independientemente de que en dicha figura recaiga o no el cargo de representante legal o de administrador de la contratista, todo ello con la finalidad de brindar mayores seguridades tanto a la Administración Pública del Distrito Federal como a la propia Contratista del cumplimiento de los Contratos de Obra Pública del Distrito Federal, ello en virtud de que el socio accionista mayoritario al verse obligado junto con la sociedad, estará más pendiente de que ésta cumpla con sus obligaciones contractuales en tiempo y en forma, tal y como hacen la mayoría cuando de obligaciones fiscales se trata.

5.2. De los beneficios legales y técnicos de incluir al Obligado Solidario en los Contratos de Obra Pública.

Se ha comentado que se considera que si sería posible que la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal exigiese a sus contratistas un obligado solidario determinado para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, en específico para la recuperación de aquellos recursos entregados a la contratista y que no fueron adecuadamente destinados a la obra pública, o bien para recuperar aquellos pagos en exceso o aquellas sanciones contractuales a que se hayan hecho acreedoras las contratistas que hayan incumplido los contratos.

Como en capítulos anteriores ya se manifestó, uno de los problemas actuales que enfrenta la Administración Pública del Distrito Federal en materia de Obra Pública es precisamente la imposibilidad para recuperar los recursos de obra pública ante el incumplimiento de las empresas contratistas, no obstante la existencia de las garantías que ya se enmarcan y detallan en la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, y que por motivos de trámite administrativo, regularmente terminan siendo inútiles, pues las reclamaciones de dichas garantías (fianzas), se hacen de manera tardía y extemporánea.

Debido a ello las áreas jurídicas de la Administración Pública del Distrito Federal, ante la imposibilidad de reclamar las fianzas, se ven obligadas a iniciar los procedimientos legales civiles correspondientes, a efecto de reclamar los incumplimientos en que han incurrido las empresas demandadas, ocurriendo entonces que al momento de emplazar judicialmente a dichas empresas contratistas, éstas ya no se encuentran en los domicilios señalados en los contratos y una vez ordenada y realizada su búsqueda por parte de las órdenes judiciales de los Juzgados, ya no son localizadas, declarándolas ilocalizables.

De existir un obligado solidario en los contratos de obra pública, y en caso de que dicha figura la ejerciese el socio mayoritario accionista (persona física), seguramente sería más fácil localizar a éste y entonces proceder a emplazarlo al juicio correspondiente.

Por lo que se considera que éste sea uno de los beneficios más importantes que podría obsequiar la inclusión de la figura del obligado solidario pasivo en los Contratos de Obra Pública en el Distrito Federal, sin embargo ese sería solo un beneficio técnico o práctico para la Administración Pública del Distrito Federal, pues existe también un beneficio legal o jurídico, mismo que analizaremos a en el siguiente punto de estudio.

5.2.1. Beneficios legales.

El beneficio legal de incluir la figura del obligado solidario en su modalidad pasiva en los Contratos de Obra Pública celebrados en el Distrito Federal, primordialmente sería la creación de una obligación nueva dentro de dichos contratos, es decir el nacimiento de un nuevo vínculo jurídico que obligará a un tercero para el caso de que la empresa contratista incumpla el contrato ya indicado.

Lo cual deviene en un segundo beneficio legal que es el acrecentamiento de la seguridad y certeza jurídicas en el cumplimiento de los contratos, o dicho de otra manera, el reconocimiento total y sin ambages alguno, de que los recursos destinados a la obra pública en la Ciudad de México, son primordiales para la Administración de dicha Ciudad, pues representan recursos que provienen de la sociedad capitalina y que deben ser devueltos a ella transformados solo en bienes y servicios, siendo la Administración Pública quien debe asegurarlos y garantizar que ese sea su único destino, y para lo cual vincula jurídicamente a una tercera persona, por parte de las empresas contratistas al cumplimiento de dichos contratos, con lo que se da no solo la seguridad y certeza jurídica, sino además la confianza entre las partes contratantes.

Ahora bien, si analizamos la figura del obligado solidario desde el punto de vista de las empresas contratistas, podemos decir en un principio que se vulnera la característica principal de toda sociedad anónima referida a que los socios accionistas solo responden del monto de sus aportaciones a la sociedad, y que no existe beneficio alguno en hacerlos firmar como obligados solidarios de las obligaciones contractuales que solo le son imputables a éstas; sin embargo y como lo hemos venido abordando, la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal si podría obligar a dichos socios accionistas mayoritarios a firmar como obligados solidarios de sus sociedades mercantiles contratistas, debido a que

la característica de cláusulas exorbitantes del derecho que tiene todo contrato administrativo, le permitiría al Contrato de Obra Pública poder exigir la firma de un obligado solidario determinado que se responsabilice del incumplimiento en que incurriese la contratista. Pero también existe un beneficio indirecto para las contratistas, ya que un socio accionista mayoritario, viéndose obligado solidariamente al cumplimiento del contrato, podría ejercitar todas las acciones legales que le otorga la ley en contra del resto de los obligados solidarios, aunado a que el carácter de obligado solidario le permitiría ejercer una mayor presión en la sociedad contratista para que ésta cumpla con sus obligaciones contractuales en tiempo y forma, evitando en todo momento el incumplimiento, lo cual aseguraría no solo la satisfacción de la Administración Pública del Distrito Federal, sino que los socios de la contratista se verían directamente beneficiados con las ganancias de la sociedad que le reportarían mayores dividendos.

Pues bien, en resumen podemos señalar que el beneficio legal más importante es el nacimiento de un nuevo vínculo jurídico que obligara de manera solidaria a una persona física (tendría que ser el socio accionista mayoritario de la sociedad contratista), al cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuma la contratista en un contrato de obra pública, brindando con ello otro beneficio legal, una mejor garantía y mayor seguridad jurídica a la Administración Pública del Distrito Federal, respecto del buen uso de los recursos destinados a la obra pública en la Ciudad de México, así como el cumplimiento de los contratos que en esta materia se celebren en el Distrito Federal, aumentando con ello la confianza entre los contratantes; proporcionando también mayor seguridad de forma indirecta a los socios de las contratistas, y de que sus sociedades mercantiles cumplan con sus obligaciones contractuales inherentes a su objeto social, recibiendo los beneficios económicos que le correspondan e indirectamente los socios los dividendos que por derecho tengan.

5.2.2. Beneficios técnicos.

Los beneficios técnicos son todos aquellos que en la práctica y quehacer diario de las áreas jurídicas de la Administración Pública del Distrito Federal, encargadas de recuperar las prestaciones que surjan del incumplimiento de los Contratos de Obra Pública, le faciliten sus actividades.

En capítulos anteriores se ha mencionado que debido a la imposibilidad de cobrar las fianzas otorgadas por las contratistas por el incumplimiento de éstas de los contratos de Obra Pública que celebran con la Administración Pública del Distrito Federal, las áreas jurídicas de los órganos de dicha administración, inician las acciones legales correspondientes en su contra, con la finalidad de hacer efectivas las sanciones y penas convencionales pactadas o bien para recuperar aquellos recursos que hubiesen sido entregados a dichas empresas contratistas incumplidas.

De existir un obligado solidario que fuese una persona física, resultaría viable poder iniciar la acción legal en contra de cualquiera de los dos o de ambos, ya sea solo de la persona moral contratista o de la persona física obligada solidariamente a la primera, aunado a que en caso de ser ilocalizables ambos, sería más fácil localizar al obligado solidario persona física, y así poder iniciar la acción legal correspondiente en su contra.

Otro beneficio técnico o práctico que tendría la Administración Pública del Distrito Federal, si contarán los Contratos de Obra Pública con el obligado solidario en su modalidad pasiva, tal y como se ha señalado a lo largo de este trabajo, sería la facilidad con que se podrían ejecutar las sentencias firmes dictadas por los tribunales y que fuesen favorables a los intereses de la Administración Pública del Distrito Federal, ya que aún y cuando no existiera ya la empresa contratista o esta fuese ilocalizable, podría ejecutar la sentencia en contra del obligado solidario persona física, que ciertamente será ubicable y más fácil de encontrarle bienes de su propiedad que sirvan para el pago de las prestaciones a que hayan sido condenados en juicio.

Este es el beneficio práctico más importante, debido a que es la solución a la problemática analizada en el presente trabajo, ya que permitiría poder ejecutar las sentencias firmes favorables a la Administración Pública del Distrito Federal, permitiéndole a ésta recuperar todas las prestaciones derivadas de los incumplimientos de los Contratos de Obra Pública.

Un beneficio a lograr, de existir la figura del obligado solidario en los Contratos de Obra Pública, sería el aumento en la recuperación de los recursos económicos y materiales que se hubiesen entregado por parte de la Administración Pública del Distrito Federal a las empresas contratistas para que los aplicaran, invirtieran y usaran en las obras públicas

que les fueren adjudicadas, debido a que sería más difícil que los obligados solidarios personas físicas (socios accionistas mayoritarios) se puedan ocultar con sus bienes y sustraerse de los procedimientos civiles que se inicien en su contra por los incumplimientos en que incurran las contratistas de las cuales son obligados solidarios.

La recuperación de dichos recursos, así como la debida imposición de las sanciones y penas convencionales a que se hagan acreedoras las contratistas y sus obligados solidarios, en caso de que éstos existiesen, tendría como efecto otro beneficio práctico que sería evitar la declaración de incobrabilidad de los adeudos que tengan las contratistas incumplidas para con la Administración Pública del Distrito Federal, ante la imposibilidad de ésta de emplazar a juicio a las contratistas por resultar ilocalizables, pues al existir el obligado solidario en la figura del socio mayoritario accionista, sería más fácil y más probable poder recuperar los adeudos generados por el incumplimiento de los contratos.

Si existiese la figura del obligado solidario en su modalidad pasiva en los Contratos de Obra Pública, los procesos legales iniciados en contra de las contratistas y sus obligados solidarios, podrían concluir como es debido, es decir, hasta la obtención de una sentencia firme que condene o absuelva a los demandados; y que como en capítulos anteriores se ha señalado, la imposibilidad de localizar a las empresas contratistas solo causa la baja de expedientes a través de dictámenes de incobrabilidad, que provocan excesivas revisiones por parte de las Contralorías Internas y de la Contraloría General del Gobierno del Distrito Federal, además de una mala visión en el desempeño, buen funcionamiento e imagen de los servidores públicos de la Administración Pública del Distrito Federal, ya que la pérdida de tantos recursos así como de la posterior imposibilidad para recuperarlos solo puede traer como consecuencia responsabilidades administrativas para los servidores públicos involucrados, acrecentando con ello una imagen de corrupción, ineficiencia e ineficacia, así como de desconfianza por parte de la población hacia los servidores públicos que deben cuidar y optimizar los recursos destinados a la obra pública y que se pierden derivado de los incumplimientos en que incurren los contratistas. El contar con los obligados solidarios (personas físicas) de las contratistas, aumentaría la seguridad y confianza de los órganos de la Administración Pública del Distrito Federal, de que, ante cualquier eventualidad podría reclamarse a cualquiera de los dos (contratista u obligado solidario persona física), las prestaciones que adeuden derivado de sus incumplimientos, y una vez recuperadas éstas, no serían dictámenes de incobrabilidad los que se

elaborarían, sino más bien reportes de recuperación para la Administración Pública del Distrito Federal.

Finalmente, se beneficiaría de manera indirecta al propio contratista pues sería objeto de nuevas adjudicaciones a través de invitaciones restringidas o adjudicaciones directas, ya que su buen desempeño las calificaría para hacerse acreedoras a dichos procesos de adjudicación, pues así como se castiga el incumplimiento de un Contrato de Obra Pública también debiera premiarse a aquellas contratistas que cumplan con todas y cada una de sus partes con dichos contratos, signo de confianza por parte de cualquier órgano de la Administración Pública del Distrito Federal, para volver a contratar con éstas, más y nuevas obras públicas.

5.3. De la facilidad de continuar procesos legales y ejecutar sentencias firmes en contra de las contratistas y sus obligados solidarios, cuando la primera resulta ilocalizable o ya no existen.

El contar con un obligado solidario pasivo, permitiría a las áreas jurídicas de los diversos órganos de la Administración Pública del Distrito Federal, que en los casos de reclamación de prestaciones a empresas contratistas que hayan incumplido Contratos de Obra Pública, no solo se emplace a juicio a éstas, sino también incoar dichas acciones legales en contra del socio mayoritario accionista que hubiese firmado dicho contrato como obligado solidario de la persona moral contratista.

Con ello se aseguraría que en caso de que la empresa moral contratista fuera ilocalizable, aún podría continuarse la acción legal en contra del obligado solidario (socio accionista mayoritario) y así no descartar la posibilidad de recuperar prestaciones derivadas del incumplimiento del Contrato de Obra Pública; y es que aunque parezca que es más difícil que una persona física se oculte junto con su patrimonio de la administración de la justicia que una persona moral, no necesariamente es así, ya que es más fácil de lo que parece desaparecer, extinguir, fusionar, cambiar de denominación y de domicilio a una persona moral que una física, por lo que se torna más difícil de localizar a una persona moral de la que se desconoce su domicilio actual que a una persona física. La persona física tiene registrado su domicilio en diversas instancias gubernamentales y no gubernamentales,

como son el Instituto Federal Electoral, el Registro Federal de Contribuyentes, el Servicio de Administración Tributaria, la Secretaría de Gobernación, la Secretaría de Transportes y Vialidad del Gobierno del Distrito Federal, Teléfonos de México entre otros, las cuales, a petición de los juzgados se encuentran obligadas a proporcionarles el domicilio de las personas físicas y con ello se hace fácil su localización.

Debido a lo anterior, aún y cuando la persona moral contratista resultare ilocalizable, como comúnmente resulta, en la práctica diaria de las áreas jurídicas de los diversos órganos de la Administración Pública del Distrito Federal, si se tuviera a una persona física que hubiere firmado el Contrato de Obra Pública como obligado solidario de la sociedad contratista de la cual forma parte como socio accionista mayoritario, entonces seguramente ésta sí podría ser emplazada a juicio y por lo tanto, sí podría continuarse el proceso legal con la confianza de que en caso de obtenerse una sentencia favorable, ésta podrá cumplimentarse y ejecutarse en contra del obligado solidario, aún y cuando no haya sido localizada la empresa contratista demandada.

Sin embargo dicha persona moral contratista ilocalizable todavía deberá ser emplazada para poder continuar con el proceso legal, aún y cuando éste solo se siga en contra del obligado solidario (socio accionista mayoritario de la contratista) ya que de otra forma, el Órgano de la Administración Pública del Distrito Federal de que se trate, tendría que desistirse de la acción legal en contra de la empresa contratista para poder continuar con el proceso, supuesto que en ningún momento sería considerado el ideal, ya que la Administración Pública del Distrito Federal debe en todo momento procurar que sea la contratista, como obligada principal, la que responda de sus incumplimientos.

Debido a lo anterior, y una vez iniciado el procedimiento civil correspondiente para recuperar las prestaciones surgidas del incumplimiento de los contratos de obra pública, la empresa contratista deberá ser emplazada a juicio mediante la publicación de edictos en el Diario Oficial de la Federación y Periódico Diario de mayor circulación Nacional o bien, ante la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal, Periódico Diario de mayor circulación, o Boletín Judicial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, según sea el caso dependiendo de la instancia judicial federal o local ante la que se lleve el proceso, gastos que correrán y dependerán exclusivamente de la Administración Pública del Distrito Federal, actuación que vista desde este enfoque y proyecto, no estaría significando una pérdida para las arcas de la Hacienda Pública Local, ya que se tendría la

certeza de que esta vez sí existiría alguien a quien emplazar al juicio y que cuente con un domicilio cierto y actual en el cual proceder a la ejecución de la sentencia firme, aún y cuando deba realizarla de manera forzosa, situación que también significaría gastos extras a la Administración Pública del Distrito Federal, pero que de cualquier forma seguiría reportándole a ésta el beneficio de recuperar todas y cada una de las prestaciones que le hubiese reclamado a la empresa contratista y a su socio accionista mayoritario obligado a ésta de manera solidaria, y que en la actualidad por la falta de domicilio para localizar a la contratista es difícil que aunque se cuente con una sentencia firme favorable a la Administración Pública del Distrito Federal se pueda recuperar lo entregado al contratista.

Finalmente es de concluir que la figura jurídica que se ha analizado en el presente capítulo, puede coadyuvar al reforzamiento del cumplimiento del contrato de obra pública por parte de las contratistas. La figura del Obligado solidario en su modalidad pasiva no contraviene a la naturaleza de los Contratos de Obra Pública, pues es su propia naturaleza la que le permitiría a estos contratos hacer uso de dicha figura; tampoco se contrapone a la figura ya existente en los contratos de obra pública denominadas garantías, que consisten en una serie de fianzas que debe otorgar toda contratista para asegurar diversas etapas de la obra pública, así como diversos conceptos de la misma, por lo que consideramos que pueden coexistir ambas, puede existir entre el obligado solidario en su modalidad pasiva y las fianzas una coadyuvancia, un reforzamiento de la seguridad jurídica que busca la Administración Pública del Distrito Federal, ya no solo del contratista y del cumplimiento de los contratos, sino también para darle la certeza jurídica de que en caso de incumplimiento de éstos, pueda y tenga a quien cobrar los adeudos que se originen.

Debido a que la mayoría de las personas morales contratistas de obra pública se encuentran conformadas o creadas bajo el régimen de sociedades anónimas, el presente estudio se concentró en el análisis de dicho tipo de persona moral, observándose que no necesariamente el representante legal de dichas personas, debe ser un socio mayoritario, ya que esta figura de representante legal puede recaer en un tercero ajeno a la sociedad, pudiendo ser hasta otra persona moral quien ejerza la representación legal de la misma; sin embargo en nuestro país, comúnmente dicha representación legal recae en quien ejerza la administración de la persona moral contratista, y también regularmente podemos observar que es el socio mayoritario de las personas morales quien ejerce dicha función,

ya sea a través de un órgano colegiado o de manera unipersonal. Sin embargo, el representante legal por sí solo no representa el sujeto ideal para figurar como obligado solidario de la persona moral contratista, ya que en principio no solo se busca que el obligado solidario sea un factor de presión a la empresa contratista para que cumpla con el contrato de obra pública, sino también para que en caso de incumplimiento cuente con recursos suficientes que aseguren la recuperación de los adeudos que se generen por el incumplimiento de los contratos en estudio.

El socio mayoritario de una contratista (ya sea sociedad anónima), es el sujeto ideal para responder del incumplimiento del contrato de obra pública, porque es quien tiene una mayor participación en dicha sociedad y porque seguramente será quien tenga mayores recursos para hacer frente a dichos adeudos.

Para lograr lo anterior es necesario reformar el contenido de los artículos 46 y 47 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal.

De acuerdo a lo analizado en el presente trabajo, la reforma al artículo 46 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, consistiría en adicionar una vigésima séptima fracción a dicho artículo, la cual tendrá que prever como requisito mínimo indispensable la inclusión de parte de la contratista de un obligado solidario, pudiendo ser la redacción de dicha fracción la siguiente:

“XXVII.- En el caso de que el contratista sea una persona moral, la designación del obligado solidario por parte de ésta, que deberá ser su socio accionista mayoritario, así como la forma en que éste responderá de los incumplimientos en que incurra la contratista.”

Por lo que hace al artículo 47 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, se reformarían los párrafos primero y segundo, para quedar del siguiente tenor:

Artículo 47. La adjudicación del contrato obligará a la dependencia, órgano desconcentrado, delegación o entidad y, al concursante **y su obligado solidario en caso de que el concursante sea una persona moral, en quienes** hubiera recaído dicha adjudicación, a formalizar el documento respectivo, dentro de los diez días hábiles siguientes al de la adjudicación.

Si el interesado **y su obligado solidario, en caso de que el contratista sea una persona moral**, no firmaran el contrato, perderán a favor de la dependencia, órgano desconcentrado, delegación o entidad convocante la garantía que hubiera otorgado y la dependencia, órgano desconcentrado, delegación o entidad podrá, sin necesidad de un nuevo procedimiento, adjudicar el contrato al concursante **y su obligado solidario** que hayan resultado en segundo lugar, y así sucesivamente en caso de no aceptación, siempre que:...

El solo señalamiento del obligado solidario de la contratista como uno de los requisitos mínimos indispensables de los Contratos de Obra Pública no resulta suficiente para asegurar el cumplimiento del mismo o para asegurar el cobro de adeudos que se originen de su incumplimiento, ya que haría falta señalar en qué términos responderá el obligado solidario en este último caso.

Para ello tendríamos que agregar un artículo 46 BIS, mismo que quedaría en el siguiente tenor:

Artículo 46 BIS. El socio accionista mayoritario de la contratista, que se constituya como obligado solidario de ésta a la firma del contrato de obra pública, responde de manera solidaria ante el incumplimiento de la contratista al contrato de obra pública, siempre y cuando exista imposibilidad física y legal de cobro a la contratista de los adeudos que se hayan generado o bien, una vez que la contratista ya no cuente con más bienes y recursos propios para realizar el pago de los adeudos generados por incumplimiento al contrato de obra pública celebrado con la dependencia, órgano desconcentrado, delegación o entidad del Distrito Federal de que se trate.

El obligado solidario de la contratista responderá hasta por el monto de su participación que tenga en la contratista incumplida, al momento de la firma del contrato de obra pública de que se trate.

La necesidad de establecer dichas reformas a los artículos 46 y 47 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, así como la creación de un artículo 46 BIS, deviene de la importancia que reviste para nuestro orden jurídico y legal, respecto de la observancia de la ley escrita, pero también del enorme problema que en la actualidad impera en la Administración Pública del Distrito Federal respecto a la imposibilidad de recuperar adeudos generados por incumplimientos a estos contratos, y con dicha norma legal podría evitarse o reducirse el número, no solo de incumplimientos, sino de contratos incobrables

por la desaparición de las empresas contratistas, ya que con dichas normas se tendría un segundo sujeto obligado a resarcir los daños generados a la Administración Pública del Distrito Federal, así como a pagar los adeudos contractualmente generados por incumplimientos imputados a su obligada solidaria contratista.

Finalmente, es de reiterar que los beneficios legales y técnicos o prácticos de incluir esta figura del obligado solidario en su modalidad pasiva en los Contratos de Obra Pública celebrados en la Ciudad de México con cualquiera de sus entes públicos administrativos, serían los siguientes:

En primer lugar surgiría una nueva obligación, es decir un nuevo vínculo jurídico, que obligaría a un tercero a responder en caso de un incumplimiento imputable al contratista, derivado del Contrato de Obra Pública.

Se daría un reforzamiento de la seguridad y certeza jurídica de la dependencia, órgano desconcentrado, delegación o entidad del Distrito Federal de que se trate, de que la contratista cumplirá en todas y cada una de sus partes el contrato de obra pública.

Constancia y revalidación del interés que tiene la Administración Pública del Distrito Federal, de proteger los recursos económicos, financieros y materiales destinados a la Obra Pública en la Ciudad de México, a efecto de que dichos recursos, que provienen de los impuestos que aporta la propia sociedad capitalina, les sean devueltos transformados en bienes y servicios públicos, eficaces, eficientes, seguros y de la mejor calidad.

Posibilidad de continuar procesos legales incoados en contra de las contratistas y sus obligados solidarios, aún y cuando los primeros sean ilocalizables o ya no existan.

Mayores posibilidades de ejecutar sentencias favorables a la dependencia, órgano desconcentrado, delegación o entidad del Distrito Federal de que se trate, aún y cuando la contratista sea ilocalizable, debido a que la sentencia podría ejecutarse en contra del obligado solidario.

Aumento en la recuperación de recursos económicos otorgados a la contratista, así como de adeudos generados por el incumplimiento al Contrato de Obra Pública que le sea imputado a la contratista.

Disminuir la baja de expedientes a través de dictámenes de incobrabilidad para localizar a las contratistas que incumplen los Contratos de Obra Pública, causando con ello la imposibilidad de dar continuidad a los procesos legales incoados en su contra.

Beneficio indirecto al socio mayoritario que funja como obligado solidario, en el sentido de que deberá ejercer mayor presión a la contratista, para que ésta cumpla en tiempo y forma el Contrato de Obra Pública que haya celebrado, obteniendo con ello mayores dividendos de las ganancias que obtenga la contratista de su buen desempeño y cumplimiento con la obra pública contratada.

Y finalmente el beneficio indirecto de la contratista, que viéndose presionada por su propio socio mayoritario, cumpla con todas y cada una de sus partes el Contrato de Obra Pública que haya celebrado, calificando con ello, para ser objeto de nuevas adjudicaciones de obra pública, incluso a través de la adjudicación directa o a concursos de invitación restringida.

Debido a lo anterior, se considera que no solo es posible y viable integrar la figura del obligado solidario en su modalidad pasiva en los Contratos de Obra Pública celebrados en el Distrito Federal, debiendo recaer dicha figura en el socio accionista mayoritario de la contratista siempre que, evidentemente, ésta sea una persona moral, sino que también se considera necesaria y urgente la integración de dicha figura en los Contratos de Obra Pública, porque ello repercutiría en diversos beneficios que finalmente se traduzcan en un mejor manejo y cuidado de los recursos destinados a la obra pública en la Ciudad de México.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Ciudad de México, al ser una de las urbes más grandes del mundo y de mayor crecimiento, complejidad y constante desarrollo, siempre requerirá de la ejecución de mejores obras públicas, por lo que la Administración Pública del Distrito Federal debe afrontar la necesidad de ejecutarlas en apego a la normatividad, lo que implica reforzar su aspecto legal, desde la proyección, concurso, adjudicación, contratación, ejecución y entrega de la obra pública; siempre considerando la importancia de proteger lo mejor posible los recursos económicos, financieros y materiales que destina a tan importante actividad durante todos sus procesos.

Considerando que la obra pública en la Ciudad de México es tan añeja como lo es la ciudad misma; puesto que desde que este lugar fuese conocido como la Gran Tenochtitlán hasta nuestros días, y desde que el hombre decidió asentarse en este valle y formar una sociedad, se hizo evidente la necesidad de construir obras públicas que beneficiaran a la colectividad y que le dieran la oportunidad a sus habitantes de desarrollarse de manera integral, es necesario considerar por ello también que la Administración Pública de esta Ciudad deberá en todo tiempo y momento proyectar innovar y mejorar de manera constante la figura de la obra pública y de sus contratos.

Lo anterior, porque así como la Ciudad siempre está en constante desarrollo y cambio, la realización de las obras públicas y sus contratos, no siempre estuvieron regulados ni enmarcados en legislación o código alguno; como ya se indicó en el presente trabajo, en la época prehispánica, el Gran Tlatoani era quien decidía que obras se hacían, como se ejecutaban, a cargo de quien corrían los costos y en qué tiempo se realizaban; mientras que en la época colonial y en la etapa de independencia, fue la figura del Ayuntamiento la encargada de realizar las obras públicas, muchas veces a cargo de particulares y costeadas hasta con recursos provenientes de diversas fuentes, incluso de las limosnas. Pero fue hasta bien entrada la era postrevolucionaria de nuestra nación, cuando la Ciudad de México constituida como un Departamento Administrativo Federal del Gobierno de la República, que se comenzó a hacer evidente la necesidad, ante el acelerado crecimiento de la población e insuficientes servicios y obras públicas, de regular dicha actividad realizada por la Administración Pública a través de contratos de obra celebrados con los particulares.

El primer intento por regular el Contrato de Obra Pública (Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas) resultó insuficiente para abarcar todas las perspectivas que dichos contratos implicaban, ya que las normas que regulaban este contrato y a la obra pública en sí, se encontraban dispersas, siendo hasta el año de 1980 cuando la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, con la intención de vigilar con mayor precisión y eficacia los recursos financieros destinados a la contratación de obra pública, aprobó la Ley de Obras Públicas, misma que fue aplicada en el Distrito Federal, ya que al ser éste un Departamento de la Administración Pública Federal, le era aplicable esta ley de carácter federal.

La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas de 1993, logró un avance significativo en el aseguramiento del cumplimiento de los contratos de obra pública, estableciendo instrumentos jurídicos a través de los cuales se pretendió recuperar los recursos otorgados por concepto de anticipo a los contratistas, cuando éstos incumplían los contratos de obra pública.

Finalmente la creación del Gobierno del Distrito Federal fue la causa que hizo evidente y necesaria una legislación adecuada y acorde a la nueva figura de gobierno del Distrito Federal, de ahí que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobara en 1998, la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, misma que atendió la realidad y características actuales de la Administración Pública en la Ciudad de México, y que se avocó a optimizar los recursos financieros destinados a obra pública, fomentando la industria de la construcción, estableciendo condiciones de igualdad entre licitantes, propiciando que las obras se ejecuten en tiempo y costo con los fines, objetivos y metas para las que se programan, proyectan, presupuestan y contratan. Esta ley, pretende hacer más transparentes los procesos de adjudicación de los contratos de obra pública, así como también asegurar el cumplimiento de dichos contratos por parte de las empresas contratistas, con la exhibición de garantías para el cumplimiento de los contratos, también para el aseguramiento de los anticipos otorgados y hasta para el sostenimiento y seriedad de las ofertas o propuestas en los procesos de licitación de obra pública.

En la actualidad el régimen jurídico que da vida al Contrato de Obra Pública, como cualquier otro instrumento jurídico regulado por la ley en nuestro país, encuentra en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos su fuente primaria, y en específico en su artículo 134 constitucional. A nivel local, es decir para el Distrito Federal, encuentra

su fuente de regulación en la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal y en el Reglamento de dicha ley.

En algunos casos, ciertamente muy específicos, la Ley Federal de la materia (Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas), también le será aplicable. Dichos casos excepcionales se contienen tanto en el artículo 134 constitucional como en los artículos 1º, párrafo noveno y 5º de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, y básicamente ocurren cuando las obras públicas a realizarse en el Distrito Federal, se financian parcial o totalmente con recursos federales (exceptuando fondos de los ingresos por coordinación fiscal, deuda pública o fondos de aportación federal) o bien, cuando en dichos contratos intervengan Instituciones de Investigación y de Enseñanza Superior, Entidades o Estados de la Federación o Dependencias Federales.

SEGUNDA.- Los contratos son una especie de los convenios, ello en razón a que el convenio es el acuerdo de voluntades que crea, modifica, extingue o transfiere derechos y obligaciones, mientras que el contrato solo los crea y los transmite.

La naturaleza jurídica de los contratos es la de un acto jurídico, porque deviene de la voluntad de las partes, pero también tiene por naturaleza la de una norma jurídica individualizada, en virtud de que genera obligaciones de observancia irrestricta entre las partes que así se obligaron.

Por lo que hace a los contratos administrativos, diremos que son aquellos que celebra la Administración Pública del Estado con el objeto de cumplir con una finalidad pública o bien para satisfacer una necesidad de la comunidad, motivo por el cual precisamente se requiere de una regulación jurídica exorbitante del derecho privado, y que sin embargo con ello no pretende colocarse al contratante particular en desventaja para con el Estado.

La obligación solidaria, es una especie de las obligaciones, regulada por el Código Civil del Distrito Federal, mismo que no contiene impedimento legal alguno para que pudiese trasladarse dicha figura a los contratos administrativos, en específico a los contratos de Obra Pública normados en la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal. Ello en virtud de que en los contratos de obra pública existe la unidad de la prestación, misma que no necesariamente debe ser divisible, y la pluralidad de vínculos se buscaría en una

pluralidad de obligados solidarios pasivos (es decir, varios deudores obligados al cumplimiento del contrato de Obra Pública).

Dicha situación tampoco interfiere con las garantías que ya se encuentran normadas en la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, ya que como bien se señaló ambas figuras son distintas, ya que mientras en la solidaridad pasiva, todos los codeudores responden por la misma prestación, en la garantía, solo se responde ante el incumplimiento del deudor primario y solo por cuanto se haya estipulado en la garantía o fianza, más no al cumplimiento de la prestación primaria del Contrato de Obra Pública, motivo por el cual ambas figuras se complementan, más no se obstruyen o contravienen.

Las figuras de obligado solidario, garantías y contrato administrativo, no se contravienen, más bien se complementan y refuerzan.

TERCERA.- El Contrato de Obra Pública es aquel instrumento jurídico que tiende a la satisfacción de las necesidades del Estado, a través de la construcción, ampliación, mantenimiento, mejora o demolición, que realiza un particular contratista, sobre bienes propiedad del contratante (Estado), y a través de los cuales, éste busca realizar su función primordial, que es la de satisfacer las necesidades básicas de la sociedad que representa, procurando con ello su bienestar general.

La naturaleza jurídica del Contrato de Obra Pública es la de un Contrato Administrativo, ya que cumple con muchos de los criterios de distinción señalados en el capítulo correspondiente, pero sobre todo porque cuenta con los elementos esenciales de un contrato administrativo, como son: los sujetos, en donde por lo menos uno de ellos, deberá ser siempre un órgano de la administración pública, mientras que el otro puede ser una persona física o moral que deberá cumplir con requisitos dictados tanto por normas de carácter civil como de carácter público (estar inscrito en padrones de contratistas o proveedores, etc.); el objeto, que deberá ser un bien determinado, lícito, posible, pero no necesariamente dentro del comercio ya que puede ser un bien público y que deberá tener la finalidad de satisfacer el interés público o social y que para el caso concreto el objeto es la obra pública en sí; el consentimiento de ambas partes, del cual es importante destacar que el consentimiento del órgano administrativo público se encuentra constreñido al cumplimiento de diversas normas de carácter legal, mientras que el del particular se expresa desde el momento en que decidió participar en los trámites previos a la

adjudicación del contrato de obra pública y que concluye al aceptar las cláusulas establecidas en los contratos; la capacidad y competencia, que como ya fue señalado, ambas partes deben tener capacidad jurídica para celebrar contratos, mientras que el órgano público administrativo deberá encontrar su competencia en la propia ley y finalmente; la forma, que será conforme lo estipula la propia Ley de Obras Públicas del Distrito Federal en su artículo 47.

El Contrato de Obra Pública es de orden público e interés general, lo cual refuerza el criterio de su naturaleza de contrato administrativo; el objeto de la Obra Pública además de los inmuebles, abarca a aquellos bienes muebles que se incorporen a los primeros; existen tres tipos de Contratos de Obra Pública en el Distrito Federal y que son el Contrato de Obra Pública a Base de Precios Unitarios, el Contrato de Obra Pública a Precio Alzado y, el Contrato de Obra Pública por Administración; y que entre los requisitos que deben contener los Contratos de Obra Pública se detallan cláusulas exorbitantes, lo que de nueva cuenta refuerza su naturaleza de Contratos Administrativos.

El Contrato de Obra Pública es uno de los Contratos Administrativos más usados por la Administración Pública, pues tiene por objeto las obras destinadas al uso de la propia administración o bien, a un uso común o para beneficio de la sociedad en general, lo cual resulta ser la principal actividad desarrollada por cualquier Administración Pública.

No solo la propia legislación y doctrina jurídica mexicanas reconocen la naturaleza jurídica de los contratos administrativos y los distinguen de los de carácter civil, ya que también la Jurisprudencia, ha contribuido en la clasificación y definición de los mismos, reconociendo que es la finalidad de orden público y el régimen exorbitante del derecho civil al que se encuentran sujetos dichos contratos, lo que los distingue del resto, y lo que les otorga su naturaleza administrativa.

CUARTA.- Los mecanismos o instrumentos legales para asegurar el cumplimiento de los Contratos de Obra Pública, y los medios para asegurar todo el proceso de asignación de dichos contratos, nos lleva a confirmar que el objetivo o fin primordial que protege la Administración Pública del Distrito Federal a través de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, y que pretende alcanzar con dichos contratos, es el de obtener obras públicas que le permitan el desarrollo óptimo de su quehacer diario administrativo o bien, el desarrollo integral de la sociedad para la que se debe.

Dichos instrumentos legales son las llamadas garantías personales que se traducen en Contratos de Fianzas que los contratistas exhiben para brindar seguridad suficiente a la Administración Pública, no solo de que tiene capacidad suficiente (técnica y económica) para obligarse, sino que además pueden ejecutar y cumplir en todo lo pactado en el contrato y más allá, pues también deben asegurar la Obra Pública una vez terminada, durante un cierto período de tiempo, ante eventuales vicios ocultos en la obra.

La fianza es un contrato accesorio de garantía mediante el cual, el fiador (tercero) se obliga a realizar al acreedor (Administración pública) un pago determinado, al momento de que el fiado (contratista) incumpla la obligación primaria garantizada.

De entre los tipos de fianzas que existen, interesa al tema de estudio, las fianzas administrativas, que como su nombre lo indica, es la celebrada entre el fiado (contratista), fiador (tercero) y beneficiario (Administración Pública).

Las fianzas o garantías que se establecen tanto en el proceso de asignación del contrato de obra pública como en la ejecución de éste, son cuatro, la Garantía para Asegurar el Sostenimiento y la Seriedad de las Propuestas; la Garantía para Asegurar la Correcta Inversión del Anticipo Otorgado a la Contratista; la Garantía para el Debido Cumplimiento de la Totalidad del Contrato y; la Garantía de Vicios Ocultos o Fianza de Buena Calidad.

La primera asegura la participación del licitante en el concurso, la segunda, garantiza la correcta inversión del anticipo, la tercera se avoca al cumplimiento total del contrato y la última, se refiere a vicios ocultos y la calidad de la obra pública terminada.

La eficacia práctica administrativa de estas garantías o fianzas, como mecanismos o instrumentos legales de protección de la Obra Pública en el Distrito Federal y de sus Contratos, dependerá no solo del trabajo realizado por los servidores públicos encargados de la obra pública, sino también de su honradez, honestidad e irrestricta observancia de la ley de la materia.

Desafortunadamente, la mayoría de los contratos de obra pública que se remiten a las áreas jurídicas para la recuperación de fianzas, por parte de los diversos departamentos

administrativos encargados de la obra pública, lo hacen cuando las pólizas de dichas fianzas ya se encuentran prescritas o caducas.

Las causas por las cuales dichas pólizas llegan así son diversas, baste decir que es porque las áreas, de manera involuntaria o voluntariamente, se abstienen de remitir los contratos en tiempo y forma, lo que trae como consecuencia que existan un gran volumen de expedientes de contratos de obra pública incumplidos en donde ha sido imposible hacer efectivas las fianzas, en virtud de que éstas ya están caducas o prescritas; y una vez iniciados los procedimientos civiles correspondientes, se ha presentado en la mayoría de los casos, el fenómeno de imposibilidad para emplazar a juicio a las contratistas demandadas, pues la mayoría al ser personas morales ya han desaparecido, y aunque se les ha llamado a juicio mediante la publicación de edictos, no se han presentado a defender sus derechos, lo que ha provocado que dicha entidad se vea imposibilitada para recuperar sus adeudos y haya realizado erogaciones que le han causado mayores gastos y pérdidas económicas.

Por lo que no siempre las fianzas otorgadas en garantía por las contratistas resultan ser eficaces al momento de ser reclamadas, dejando solo la vía del proceso legal como única alternativa para que la Administración Pública del Distrito Federal intente recuperar los recursos económicos que ha perdido, presentándose también en estas situaciones un nuevo fenómeno, ya que en la mayoría de los casos resulta imposible emplazar a las empresas contratistas deudoras, debido a que las mismas son ilocalizables, obligándose la Administración Pública del Distrito Federal a realizar mayores gastos para emplazarlas mediante la publicación de edictos, hecho que no asegura en ningún caso que la demandada se presente a defenderse en juicio, lo que finalmente se traduce regularmente en una sentencia definitiva favorable al órgano administrativo, pero que no puede ser ejecutada debido a que sigue sin existir un lugar físico en donde ejecutar la sentencia, dicho en otras palabras, no hay manera de reclamar los montos a que fue condenada la contratista a pagar si no se tiene conocimiento de su ubicación o domicilio.

QUINTA.- Es necesario contar con un instrumento legal más, que brinde mayor seguridad al ente público administrativo respecto a la protección de los recursos destinados a la obra pública, un medio que obligue, que constriña más a los contratistas a cumplir con los contratos de obra pública que celebran, así como también le permitan a la Administración

Pública del Distrito Federal, la certeza de que podrán recuperar sanciones y recursos destinados a dicha actividad cuando las contratistas incumplan sus contratos.

La figura jurídica que, de acuerdo al análisis realizado en el presente trabajo, puede coadyuvar al reforzamiento del cumplimiento del contrato de obra pública por parte de las contratistas, es la figura del Obligado solidario en su modalidad pasiva, ya que dicha figura no contraviene a la naturaleza de los Contratos de Obra Pública, pues es la propia naturaleza de éstos, la que le permitiría hacer uso de la figura del Obligado Solidario; tampoco se contrapone a la figura ya existente en los contratos de obra pública denominadas, garantías, que consisten en una serie de fianzas que debe otorgar toda contratista para asegurar diversas etapas de la obra pública, así como diversos conceptos de la misma, existiría entre el obligado solidario en su modalidad pasiva y las fianzas una coadyuvancia, un reforzamiento de la seguridad que busca la Administración Pública del Distrito Federal, ya no solo para lograr que el contratista cumpla con dichos contratos, sino también para que tenga la certeza jurídica de que en caso de incumplimiento de éstos, pueda y tenga a quien cobrar los adeudos que se originen.

Por otro lado la inclusión de la figura del obligado solidario en los contratos de obra pública, si bien atiende a la intención de obligar a las contratistas particulares al cumplimiento del contrato, también pretende asegurar que ante el eventual incumplimiento del mismo, no les resulte tan fácil a dichas contratistas, evadirse ante los procesos legales que les sean instaurados ante las autoridades jurisdiccionales competentes, siendo dichos procesos, el medio legal para que a través de la función jurisdiccional del Estado, se aplique el Derecho y la Justicia a modo de obligar a las contratistas a resarcir daños, devolver pagos, cantidades de anticipos de obra no amortizados, o bien al cumplimiento del contrato de obra pública, no sin dejar de considerar que para ello, deberán los contratantes encontrarse presentes durante todo el proceso legal, visto éste, como la sucesión concatenada de actos jurídicos que se inician con la instauración de una demanda y que concluyen con una sentencia que resuelva el conflicto legal, para que al final del proceso, sea a través de la sentencia firme, que se pueda considerar que la parte condenada no tiene manera de omitir cumplir la sentencia, so pena de que se le obligue a cumplirla de manera coercitiva, es decir, aún contra la voluntad del condenado y con el auxilio de la fuerza pública del Estado.

Debido a que la mayoría de las personas morales contratistas de obra pública se encuentran conformadas o creadas bajo el régimen de sociedades anónimas, observándose que no necesariamente el representante legal de dichas personas, debe ser un socio accionista, ya que la figura del representante legal puede recaer en un tercero ajeno a la sociedad, pudiendo ser hasta otra persona moral quien ejerza la representación legal de la misma; sin embargo, en nuestro país comúnmente dicha representación legal recae en quien ejerza la administración de la persona moral contratista, y también regularmente podemos observar que es el socio accionista mayoritario de las personas morales quien ejerce dicha función, ya sea a través de un órgano colegiado o de manera unipersonal.

El representante legal por sí solo no representa el sujeto ideal para figurar como obligado solidario de la persona moral contratista, ya que en principio no solo se busca que el obligado solidario sea un factor de presión a la empresa contratista para que cumpla con el contrato de obra pública, sino también para que en caso de incumplimiento cuente con recursos suficientes que aseguren la recuperación de los adeudos que se generen con el incumplimiento de los contratos en estudio.

SEXTA.- El socio accionista mayoritario de una contratista (ya sea sociedad anónima), es el sujeto ideal para responder del incumplimiento del contrato de obra pública, porque es quien tiene una mayor participación en dicha sociedad y porque seguramente será quien tenga mayores recursos para hacer frente a dichos adeudos.

SÉPTIMA.- Resulta fundamentalmente necesario reformar los artículos 46 y 47 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, para que entre los requisitos mínimos indispensables de los Contratos de Obra Pública aparezca la designación del obligado solidario que tendría que recaer en el socio accionista mayoritario de la contratista, así como también la obligación de ambos obligados solidarios de firmar en tiempo y forma el contrato de obra pública; no sin dejar de considerar la necesidad de incluir un artículo 46 BIS, para especificar los términos en que debe responder el obligado solidario (socio accionista mayoritario de la contratista) en caso de incumplimiento del Contrato de Obra Pública, por lo que se sugiere la siguiente redacción:

Artículo 46 BIS. El socio accionista mayoritario de la contratista, que se constituya como obligado solidario de ésta a la firma del contrato de obra pública,

responde de manera solidaria ante el incumplimiento de la contratista al contrato de obra pública, siempre y cuando exista imposibilidad física y legal de cobro a la contratista de los adeudos que se hayan generado o bien, una vez que la contratista ya no cuente con más bienes y recursos propios para realizar el pago de los adeudos generados por incumplimiento al contrato de obra pública celebrado con la dependencia, órgano desconcentrado, delegación o entidad del Distrito Federal de que se trate.

El obligado solidario de la contratista responderá hasta por el monto de su participación que tenga en la contratista incumplida, al momento de la firma del contrato de obra pública de que se trate.

La necesidad de establecer dichas reformas a la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, en específico, a los artículos 46 y 47 y la de añadir un artículo 46 BIS, deviene no solo de la importancia que reviste para nuestro orden legal respecto a la observancia de la ley escrita, sino también del enorme problema que en la actualidad impera respecto a la imposibilidad de recuperar adeudos generados por incumplimientos a estos contratos, y con dicha norma legal podría evitarse o reducirse el número, no solo de incumplimientos, sino de contratos incobrables, por la desaparición de las empresas contratistas.

Finalmente, los beneficios legales y técnicos o prácticos que surgen de la inclusión de dicha figura en los Contratos de Obra Pública celebrados en el Distrito Federal, con las características y especificaciones debidamente determinadas en el último capítulo del presente estudio, convergen todos en un mismo punto, otorgar mayor seguridad a la sociedad que integra esta Ciudad de México, de que los recursos públicos destinados a crear obra pública en la ciudad, serán única y exclusivamente ocupados en ello, brindando todos los candados necesarios para evitar que en caso de que no sea así, se logren recuperar dichos recursos y se sancionen debidamente conforme a derecho y la norma jurídica individualizada en el Contrato de Obra Pública, a aquellas partes que lo incumplan.

BIBLIOGRAFÍA

1. Acosta Romero, Miguel. *Segundo Curso de Derecho Administrativo*. 2ª Edición, Ed. Porrúa, México, 1993.
2. Alesandri R., Arturo. Manuel Somarriva U. Antonio Vodanovic H. *Tratado de las Obligaciones. Vol. I. De las Obligaciones en General y sus Diversas Clases*. 2ª Edición, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 2001.
3. Álvarez – Gendín, Sabino. *Tratado General de Derecho Administrativo*. T. I, Ed. Bosch, España, 1958.
4. Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. 8ª Edición, Ed. Porrúa, México, 1982.
5. Canasi, José. *Derecho Administrativo. Vol II. Parte Especial*. Ed. De Palma, Argentina, 1984.
6. De Gortari Rabiela, Hira. Regina Hernández Franyuti. *Memoria y Encuentros: La Ciudad de México y el Distrito Federal (1824 – 1928)*. T. II. Ed. Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, México, 1988. 472 páginas.
7. De Santo, Victor. *El Proceso Civil*. T. I. Ed. Universidad, Argentina, 1999.
8. Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. *Elementos de Derecho Administrativo I*. 2ª Edición, Ed. Limusa, México, 2004.
9. Esperon Melgar, Gabriela. *Manual de Sociedades Civiles y Mercantiles*. Ed. Trllas, México, 2009.
10. Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. 40ª Edición, Ed. Porrúa, México, 2000.
11. Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. 5ª Edición, Ed. Cajica, México, 1974.
12. Hiestrosa, Fernando. *Tratado de las Obligaciones*. T. I. 2ª Edición, Ed. Universidad de Externado de Colombia, Colombia, 2003.
13. Jorge Escola, Héctor. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Vol. I. Parte General. Ed. De Palma, Argentina, 1977.
14. León Tovar, Soyla H. y Hugo González García. *Derecho Mercantil*. Ed. Oxford, México, 2007. 729 páginas.
15. Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III – B. Contratos Administrativos*. 3ª Edición, Ed. Abeledo – Perrot. Argentina, 1983.
16. Martínez Morales, Rafael I., *Derecho Administrativo, 3^{er}. Y 4^o Cursos*. 3ª Edición, Ed. Oxford. México, 2000.

17. Sánchez Flores, Octavio Guillermo de Jesús. *El Contrato de Fianza*. Ed. Porrúa, México 2001. 991 páginas.
18. Santos Azuela, Hector. *Teoría General del Proceso*. Ed. McGraw-Hill, México, 2000.
19. Serra Rojas, Andrés. *Derecho Administrativo 2º Curso*. 23ª Edición, Ed. Porrúa, México, 2004.
20. Tapia Ramírez, Javier. *Introducción al Derecho Civil*. Ed. McGRAW-HILL, México, 2002. 448 páginas.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.
3. Ley General de Sociedades Mercantiles.
4. Código de Comercio.
5. Código Civil del Distrito Federal.
6. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
6. Ley de Adquisiciones y Obras Públicas de 1993.
7. Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.
8. Ley de Obras Públicas del Distrito Federal.
9. Reglamento de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS CONSULTADAS

1. De Pina, Rafael. Rafael De Pina Vara. *Diccionario de Derecho*. 34ª Edición. Ed. Porrúa, México, 2005.
2. *Diccionario Jurídico Espasa*. Ed. Espasa Calpe, España, 1992.
3. *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. T. IV, XX, XXIII y XXVI. Editorial Driskill, Argentina, 1991.
4. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. T. II, IV, V, VI, VII y XI. Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2002.
5. *Nueva Enciclopedia Jurídica*. T. V, XVIII y XX. Ed. Francisco Seix. España, 1985.

6. Orgaz, Arturo. *Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales*. Ed. Assandri. España, 1961.

7. Palomar de Miguel, Juan. *Diccionario para Juristas*. T. I y II. Ed. Porrúa, México, 2000.

TESIS Y JURISPRUDENCIAS CONSULTADAS

- 1.- No. Registro: 189,995 Instancia: Pleno
Tesis aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Materia(s): Administrativa, Civil Tomo: XIII, Abril de 2001
Novena Época Tesis: P. IX/2001

Página: 324

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL AL QUE ESTÁN SUJETOS.

- 2.- No. Registro: 179,578 Instancia: Pleno
Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Materia(s): Administrativa Tomo: XXI, Enero de 2005
Novena Época Tesis: P/J. 125/2004

Página: 5

FIRMA AUTÓGRAFA. TRATÁNDOSE DE ACTOS O RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS LA ANULACIÓN POR CARECER DE AQUÉLLA PUEDE SER CON O SIN DETERMINACIÓN DE EFECTOS.

- 3.- No. Registro: 356,297 Instancia: Tercera Sala
Tesis aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Materia(s): Civil Tomo: LVIII
Quinta Época Tesis:

Página: 1204

SOCIEDADES MERCANTILES, RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS SOCIOS DE LAS.

- 4.- No. Registro: 186,141 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tesis aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Materia(s): Administrativa Tomo: XVI, Agosto de 2002
Novena Época Tesis: XVI.4o.7 A

Página: 1374

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. LOS SOCIOS O ACCIONISTAS DE LA CONTRIBUYENTE RESPONDEN HASTA LA PARTICIPACIÓN QUE TENÍAN EN EL CAPITAL SOCIAL DURANTE EL PERIODO O A LA FECHA DE QUE SE TRATE Y NO EN LA MEDIDA DE SU APORTACIÓN INICIAL (ARTÍCULO 26, FRACCIÓN X, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN).

5.- No. Registro: 240723 Instancia: Tercera Sala
Tesis aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Materia(s): Civil Tomo: Volumen: 145 – 150 Cuarta Parte
Séptima Época Tesis:

Página: 251

GERENCIA DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA, CARACTERÍSTICAS DE.

6.- No. Registro: 206940 Instancia: Tercera Sala
Tesis aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Materia(s): Civil Tomo:
Octava Época Tesis: 3ª. XXX/91

Página: 91

SOCIEDADES MERCANTILES. SU REPRESENTACIÓN LEGAL NO RECAE AUTOMATICAMENTE POR SU SOLO NOMBRAMIENTO EN EL PRESIDENTE DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN.