

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA: Su problemática normativa

Irene Emilia Trejo Hernández*

Montserrat Páez Rodríguez**

Sumario: Contrato de obra pública, Problemática normativa, Conclusiones, Fuentes de consulta

Resumen:

Los contratos administrativos encuentran referencia directa en el carácter y objeto del interés público, ello debido a la participación indispensable de una persona de derecho público, a cuyo beneficio se ejecutará la obra. En ese sentido, podemos inferir que el contrato administrativo es el celebrado entre un particular y la administración pública, en ejercicio de la función administrativa para satisfacer el interés público, además de estar sujeto a un régimen exorbitante del derecho privado.

La Constitución de Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 134 alude, entre otras actividades, a la contratación administrativa en materia de obra pública; busca en todo momento idoneidad para las mejores condiciones, bases, reglas, requisitos y demás elementos que acrediten la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren al Estado satisfacer los objetivos a los que se destine la obra.

Por lo anterior, analizamos el marco teórico jurídico del contrato de obra pública y su problemática normativa con el objeto de plasmar íntegra, clara y puntualmente, a través de la interpretación sistemática, algunas de las problemáticas que encontramos cotidianamente en la planeación, programación, presupuestación, proceso de contratación, adjudicación del contrato y ejecución del contrato de obra pública, dado que no existen históricos que permitan referenciar al lector las posibles soluciones o interpretaciones normativas que pueden alcanzar el objetivo del interés público: el bien común.

PALABRAS CLAVE: contrato, obra pública, planeación, programación, presupuestación, proceso de contratación, ejecución.

* Licenciada en Derecho, Maestra en Derecho y Especialista en Derecho Administrativo por la UNAM. Profesora de Derecho Administrativo en la DUAYED. Coordinadora de Compras en el País en Sistema de Transporte Colectivo, 2014. Directora de Bienes Muebles y Notariado en la Secretaría de la Función Pública, 2010-2013. Especialista en Derecho Administrativo.

** Licenciada en Derecho por la Universidad La Salle. Subdirectora de Asesoría Preventiva de Obras Públicas "C" en la Secretaría de la Función Pública. 2010-2014. Especialista en Derecho Administrativo.

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA (marco teórico-normativo). La obra pública se conceptualiza como los servicios o trabajos que realiza el Estado por sí o por contratación de un particular, de manera directa o indirecta, sobre bienes muebles o inmuebles, encaminada a satisfacer el interés público. La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas en su artículo 3 define a la obra pública como los trabajos que tengan por objeto construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles, quedando comprendido dentro de esta consideración los conceptos que señala el citado artículo en sus fracciones I a IX. En ese mismo sentido, para los efectos de la citada ley, en su artículo 4 define como servicios relacionados con las obras públicas a los trabajos que tengan por objeto concebir, diseñar y calcular los elementos que integran un proyecto de obra pública; las investigaciones, estudios, asesorías y consultorías que se vinculen con las acciones que regule la ley; la dirección o supervisión de la ejecución de las obras y los estudios que tengan por objeto rehabilitar, corregir o incrementar la eficiencia de las instalaciones, quedando comprendido dentro dichos servicios los conceptos señalados en las fracciones I a X del mismo artículo.

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas deja a consideración de la Secretaría de la Función Pública interpretar para efectos administrativos, si los actos que no se encuentren en dichos artículos pueden ser considerados obras públicas o servicios relacionados con éstas; dicha competencia estará a cargo de la Unidad de Normatividad de Contrataciones Públicas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 34, fracción III del Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública. Así, las contrataciones públicas y los servicios relacionados con ellas representan uno de los acuerdos de voluntades más complejos y especializados por ser un acto jurídico de tracto sucesivo, distinción que radica como consecuencia de la serie de etapas ordenadas y sistematizadas, principalmente por la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y su Reglamento.

Por lo anterior, consideramos idóneo mencionar de manera general los procedimientos de contratación y la supletoriedad de la norma que rige la obra pública por ser actos de importante referencia para el desarrollo del análisis.

Los artículos 26 y 27 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas disponen que las dependencias y entidades de la Administración Pública podrán realizar las obras públicas y servicios relacionados con éstas mediante contrato o bien por administración directa; para el caso que se opte por la contratación, las dependencias y entidades seleccionarán de entre la licitación pública, invitación a cuando menos tres personas o adjudicación directa, el procedimiento que, de acuerdo con la naturaleza de la contratación, asegure al Estado las mejores condiciones

disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Los contratos de obras públicas y los servicios relacionados con éstas se adjudicarán, por regla general, a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública, para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, estableciendo los mismos requisitos y condiciones para todos los participantes, a fin de evitar favorecer a algún participante. La licitación pública inicia con la publicación de la convocatoria y, en el caso de invitación a cuando menos tres personas, con la entrega de la primera invitación; ambos procedimientos concluyen con la emisión del fallo y la firma del contrato o, en su caso, con la cancelación del procedimiento respectivo. Al respecto, la siguiente tesis¹ aislada ilustra lo antes referido:

LICITACIÓN PÚBLICA. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO RESPECTIVO EN SU DESARROLLO CRONOLÓGICO. El procedimiento administrativo de licitación pública, en su desarrollo cronológico, constituye una concatenación de actos desplegados en las siguientes etapas: I. El pliego de condiciones conforme al cual se hace el llamado a los interesados; II. La presentación de ofertas y, III. El estudio de éstas por la administración, que culmina con la aceptación de la más conveniente en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes (conforme al artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) a través de un fallo y su notificación al interesado. En esta última etapa debe establecerse cuáles son los derechos de los participantes que no resultaron ganadores en la licitación, si es que les asiste alguno, pues aunque no tienen derecho a la adjudicación, sí a la participación en una competencia justa. En este sentido, conviene precisar que, en caso de existir actos que vicien el procedimiento de licitación, los participantes cuentan con medios de impugnación para la defensa de su interés legítimo, el que debe entenderse como la facultad para lograr que la actuación administrativa se adecue a la ley, aunque no derive en un beneficio para ellos.

Por lo que se refiere a la supletoriedad de la norma, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, serán supletorias de dicha ley y de las demás disposiciones que de ella deriven, en lo que corresponda, lo establecido en el Código Civil Federal, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos Civiles.

¹ Tesis I. 4º A.588 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, julio de 2007, Materia(s): Administrativa, p. 2651.

Ahora bien, con la finalidad de exponer las implicaciones del contrato de obra pública, las cuatro etapas y subetapas que lo conforman (en subsecuentes párrafos se puntualizarán las controversias frecuentes que tienen cada una de ellas en específico), son las siguientes:

- **Primera etapa**
Planeación
Programación
Presupuestación
- **Segunda etapa**
Procedimientos de contratación
- **Tercera etapa**
Contrato
- **Cuarta etapa**
Ejecución de la obra hasta la terminación

PROBLEMÁTICA NORMATIVA. La obra pública requiere una interrelación de ciencias para su adecuada planeación, programación y funcionamiento, principalmente del derecho, la ingeniería y la arquitectura, tal y como se advierte de las definiciones que el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas que enuncia las áreas especializadas que participan en el desarrollo de un contrato de obra pública, como son, la responsable de la contratación, la responsable de la ejecución de los trabajos, la requirente y la técnica.

Las propuestas que plasmamos de solución a las problemáticas que se presentan en cada una de las etapas antes citadas son soluciones prácticas de interpretación sistemática a la normatividad aplicable, además de considerar los criterios de justicia y equidad para el gobernado y el Estado; en caso de duda se interpreta en el sentido más favorable hacia el interés público y tomar en consideración factores actuales y la necesidad urgente de solución. Ello porque el interés público debe prevalecer sobre la voluntad individual y; la normatividad aplicable, tanto la ley especial y reglamentaria, como las disposiciones complementarias.

Primera etapa. Planeación, programación y presupuestación, es la base de la obra pública, su clave es una adecuada planeación, en la cual se conjugan las necesidades del área requirente, el cumplimiento de la Ley General de Asentamientos Humanos, el Plan Nacional de Desarrollo vigente, el Presupuesto de Egresos de la Federación para ejercicio fiscal que corresponda, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, su Reglamento y atendiendo en todo momento lo previsto en el artículo 134 constitucional.

Esta etapa la conforman principalmente las actividades de planeación, programación y presupuestación, la falta de previsión de alguna de ellas repercutirá de forma indefectible en la ejecución de la obra, lo que se traduce en ampliaciones de plazo y/o monto, atrasos en la ejecución de la obra, suspensiones, sobrecostos y responsabilidades administrativas como resultado de posibles auditorías. Se recomienda verificar previamente en los archivos de la entidad o dependencia la existencia de trabajos o de alguno similar a los que se pretenden contratar, por lo que, en el caso de ser positiva la búsqueda, no procederá la contratación, salvo en las condiciones que sea necesario para la adecuación, actualización o complementación de los mismos.

Un proceso indispensable y primordial en el desarrollo de esta etapa es el denominado investigación de mercado, que tendrá como finalidad obtener las mejores condiciones para el Estado, la determinación de un catálogo de conceptos y la obtención del presupuesto base, mediante la búsqueda de los diversos oferentes que podrían realizar la obra o prestar el servicio a nivel nacional e internacional, además permitirá determinar el proceso y modalidades de contratación más adecuadas y el costo aproximado de los trabajos o servicios, así como un catálogo básico de conceptos, considerando cuando menos dos fuentes de las enunciadas a continuación:

1. Las disponibles en CompraNet (en caso de que no se encuentre registro del objeto de contratación, deberá consultarse la información histórica con la que cuente el área responsable de la contratación u otras áreas responsables de la contratación de la dependencia o entidad de que se trate)

2. Las obtenidas de organismos especializados, cámaras, colegios de profesionales, asociaciones y agrupaciones industriales, comerciales o de servicios, o bien de fabricantes o proveedores de bienes o prestadores de servicios, y/o

3. Las obtenidas a través de páginas de Internet, vía telefónica o algún otro medio, siempre y cuando se lleve el registro de los medios y de la información que permita su verificación.

En la investigación de mercado resulta de particular importancia mencionar que en materia de obras públicas, el concepto se integró por primera vez a través del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, por lo que dada su reciente incorporación y escasa regulación, existe gran confusión respecto a la forma en que debe integrarse. Se recomienda que en principio se consulten más de dos fuentes requeridas por la ley y que, en caso de solicitar cotizaciones, se integre en el expediente además del oficio mediante el cual se ofertó, el catálogo de conceptos que se consideró para dicho monto, toda vez que de esta forma se podrá comprobar que se consideraron los conceptos del presupuesto base, en relación con la información obtenida de organismos especializados, siendo conveniente adjuntar los tabuladores que respalden la propuesta entregada. Respecto a las investigaciones de mercado que pretendan sustentar los

procedimientos de excepción a la licitación pública, particularmente los dispuestos por la fracción III del artículo 42 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, vinculadas con aquellas contrataciones que pongan en riesgo la seguridad nacional o la seguridad pública, es preciso que se justifique que en la selección de las empresas y/o organismos especializados que se les solicitó cotización de igual forma prevaleció la permanencia y protección de la seguridad nacional o pública.

Otra problemática frecuente que se encuentra en esta etapa es el deficiente estudio de mecánica de suelos y la variación de las condiciones de suelo y/o subsuelo a las originalmente previstas, esto sucede particularmente en los trabajos que requieren excavaciones; en caso de que el contrato sea sobre la base de precios unitarios y según resulte procedente se recomienda reconocer cantidades adicionales y/o conceptos extraordinarios mediante la formalización de un convenio y para el caso de contratos a precio alzado, se puede contratar conceptos no previstos en el catálogo original, siempre y cuando en ninguno de los casos se rebase el presupuesto autorizado.

En relación con la programación del proyecto, se recomienda al contratista considerar periodos de holgura dentro del tiempo de ejecución, con la finalidad de que éste tenga oportunidad de recuperar atrasos sin la necesidad de realizar convenios modificatorios.

Segunda etapa. Procedimiento de contratación, por disposición del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y segundo párrafo del artículo 27 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, las contrataciones públicas deberán realizarse preferentemente mediante el procedimiento de licitación pública y con fundamento en el primer párrafo del citado artículo 27 podrán efectuarse mediante la invitación a cuando menos tres personas y la adjudicación directa, siempre y cuando se cumplan con los requisitos de excepción a la licitación pública.

La importancia de esta etapa radica en la selección del procedimiento a contratar, en éste se dictarán los principios rectores que regirán al mismo. El procedimiento elegido debe considerar los alcances y la naturaleza de la obra o servicio que pretenden contratarse, por lo que se recomienda explorar los escenarios jurídicos procedentes antes de tomar una determinación. Los criterios en los que se funde el proceso de contratación deben desarrollarse conforme a los conceptos previstos en el Manual Administrativo de Aplicación General en Materia de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Para determinar el proceso de contratación más adecuado se sugiere la siguiente guía:

1. Definir el objeto de contratación;
2. Realizar la investigación de mercado;

3. Con base en los resultados de la investigación de mercado determinar las mejores condiciones para el Estado y, por consiguiente, el procedimiento de contratación adecuado. Los requerimientos técnicos se deben encuadrar en la normatividad aplicable y no viceversa, y

4. En caso que se elija contratar mediante licitación pública se debe prever en todo momento la normatividad aplicable en virtud de que para este procedimiento la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, es sumamente descriptiva y detalla; por otro lado, si se determina contratar por algún procedimiento de excepción ya sea adjudicación directa o invitación a cuando menos tres personas, se debe tener particular cuidado en la debida fundamentación del supuesto jurídico que se pretenda justificar.

Las principales problemáticas durante esta etapa surgen durante la ejecución de la obra como consecuencia de la falta de previsión a lo dispuesto por las fracciones VI y XIII, del artículo 31 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, que refieren los requisitos que deben establecerse en las bases de la licitación, tales como las monedas en que podrán presentarse las proposiciones (fracción VI), la importancia de su consideración radica principalmente en aquellos casos que resulte procedente cotizar en moneda extranjera, toda vez que su elección trascenderá en las formas de pago y, en consecuencia, en el procedimiento de ajuste de costos; respecto a la fracción XXIII, hace mención sobre las causas de desechamiento que afecten directamente la solvencia de las proposiciones; se considera conveniente mencionar que por éstas debemos entender aquellas situaciones que afecten directamente la propuesta técnica, económica y legal.

Con frecuencia existen dudas con relación a la interpretación que debe darse al artículo 63 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; sin embargo, éste debe interpretarse de la siguiente forma: las fracciones que integran el fundamento jurídico son independientes, por lo tanto aún y cuando el monto de las obras o servicios excedan los diez mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al mes, podrá justificarse la utilización del mecanismo de evaluación binario, siempre y cuando esté debidamente soportada la conveniencia de su aplicación en razón de las características, complejidad y magnitud de los trabajos o servicios, a partir de sustentar por qué no es posible o conveniente aplicar el criterio de evaluación de puntos y porcentajes.

Por otro lado, el artículo en comento señala que debe determinarse desde las bases el procedimiento de ajuste de costos aplicable según el tipo de contrato. Este tema es de particular complejidad, toda vez que la regulación que al respecto contiene la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y su Reglamento, es sumamente interactiva. La adecuada determinación de un procedimiento de ajuste de costos radica en que el procedimiento elegido

prevea todas las variables que deban considerarse, verbigracia, las constantes actualizaciones de la paridad cambiaria y de los índices de precios aplicables a la fecha de pago, sobre todo cuando los bienes y servicios son cotizados en moneda distinta a su origen, por ejemplo, cuando sean procedentes, bienes y servicios cotizados en moneda nacional y de origen nacional; bienes y servicios cotizados en moneda nacional y de origen extranjero; bienes y servicios cotizados en moneda extranjera y de origen nacional, o bienes y servicios cotizados en moneda extranjera y de origen extranjero.

En todo momento debe atenderse al porcentaje máximo de ajuste de costos previsto por la fracción VI del artículo 33 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, aplicable al ajuste de costos en moneda extranjera. Al respecto, cabe mencionar que debido a que, como consecuencia de la aplicación del ajuste de costos que resulte menor entre el mecanismo y el porcentaje máximo de ajuste mensual puede obtenerse una diferencia variable, es recomendable que en la fórmula para determinar el ajuste de costos, se calcule entre los meses restantes la redistribución de la diferencia obtenida entre el ajuste de costos aplicado y la cantidad equivalente al porcentaje máximo de ajustes anualizado.

Otra problemática se encuentra relacionada con el artículo 34 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y se refiere al número de juntas de aclaraciones que procede realizar, al respecto es importante señalar que la norma jurídica menciona “al menos deberá realizarse una junta de aclaraciones”, por lo que debemos entender que no hay límite para la realización de tantas como se consideren necesarias.

Por otra parte, uno de los artículos que presenta controversia y resulta de particular importancia debido a que contiene los supuestos jurídicos por los cuales es procedente realizar los procedimientos de adjudicación directa o invitación a cuando menos tres personas, es el 42 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, su problemática radica principalmente en errores de interpretación y conceptualización que pueden traducirse en inaplicabilidad de la fracción que se pretende fundamentar, además que la justificación del procedimiento de excepción con frecuencia se realiza con fundamento en leyes que no resultan aplicables al caso concreto, lo que puede traducirse en sanciones. Al respecto se recomienda lo siguiente:

- Identificar la condición o premisa mayor que rige el caso concreto;
- Considerar en todo momento el contexto de la fracción que se pretende acreditar;
- Determinar los trabajos o servicios que se pretenden contratar bajo alguna de las fracciones dispuestas por el artículo en comento y, en caso de que no algunos de ellos no encuadren en los supuestos enunciados, su contratación deberá realizarse por licitación pública;

- Atender a las leyes a las que remite el supuesto jurídico, como es el caso de las fracciones IV, XI y XII del citado artículo;
- En caso de que en alguna de las fracciones se pretenda justificar que el contenido de la información es reservada o confidencial, dicha información deberá hacer mención del carácter de la información en sus carátulas, o estar en proceso de clasificación conforme a los lineamientos y criterios que emita el Instituto Federal de Acceso a la Información, si no se supondrá indebidamente sustentada, y
- Considerar las definiciones que contienen la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y su Reglamento para una adecuada conceptualización de los trabajos o servicios enunciados por la fracción que se pretende fundamentar.

Aunado a lo anterior, el artículo en comento está sumamente relacionado con el artículo 74 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; sin embargo, éste último debe entenderse en sentido enunciativo y no limitativo respecto al primero. Es importante señalar que en los dictámenes de excepción a la licitación se recomienda justificar todo lo que se mencione para que éstos puedan considerarse debidamente fundados y motivados.

Tercera etapa. El contrato, es aquel acuerdo de voluntades entre la administración pública y una persona física o jurídica particular u oficial, generados de derechos y obligaciones, que tiene por objeto la satisfacción de intereses públicos mediante la realización tangible o bien no tangible de una obra de carácter público. Es necesario que en éste se atiendan todos los requerimientos dispuestos por la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y su Reglamento que resulten aplicables al caso concreto.

La primera problemática que refiere esta etapa se encuentra relacionada con el artículo 45 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, que señala tres condiciones de pago en los contratos de obras públicas, como son: sobre la base de precios unitarios; a precio alzado y mixtos.

Particularmente nos referiremos a los contratos a precio alzado y a la parte de los mixtos de esta naturaleza, ya que representan gran complicación durante su ejecución debido a que no podrán ser modificados en monto o en plazo, ni estarán sujetos a ajustes de costos, salvo que los trabajos inicien con posterioridad a 120 días naturales contados a partir de la fecha de presentación de las proposiciones y que el costo de los insumos se actualice por una sola ocasión. Consideramos que su problema surge de la indebida conceptualización de este tipo de contratos, por lo que se recomienda que únicamente cuando haya certeza de que no es posible determinar todas las actividades a realizar de una obra, previo análisis y realización de los estudios necesarios, se opte por esta condición.

Cuando con posterioridad a la adjudicación de los contratos en comento se presenten circunstancias económicas de tipo general que sean ajenas a la responsabilidad de las partes y que por tal razón no pudieron haber sido objeto de consideración en la proposición que sirvió de base para la adjudicación del contrato correspondiente; como son entre otras, variaciones en la paridad cambiaria de la moneda o cambios en los precios nacionales o internacionales que provoquen directamente un aumento o reducción en los costos de los insumos de los trabajos no ejecutados conforme al programa de ejecución; las dependencias y entidades deberán reconocer incrementos o requerir reducciones, de conformidad con las disposiciones que, en su caso, emita la Secretaría de la Función Pública, es preciso mencionar que los principios rectores que se emiten son para el caso concreto que atañe a la entidad o dependencia, previa comprobación del surgimiento de los imponderables que aquí se mencionan.

En este tipo de contratos puede reconocerse el principio de la imprevisión cuya aplicación es de origen jurisprudencial y corresponde al Consejo del Estado Francés; éste reconoce la alteración del equilibrio económico-financiero del contrato, por circunstancias extraordinarias, anormales, imprevistas; también es conocido como riesgo imprevisible, lesión sobreviniente o *le bouleversement* en Francia y como lo *sconvolgimento* o *sopravvenienza* en Italia. Este principio está representado por la cláusula *rebus sic stantibus*, que es una de las excepciones a la regla *pacta sunt servanda*, cuidadosa del principio de la autonomía de la voluntad².

Con este principio se habilita el derecho a obtener un reajuste obligatorio y/o la resolución del contrato como remedios tendientes a reducir su onerosidad a los límites previstos por los contratantes en el momento de la celebración del acto, en el caso de revisión o reajuste del contrato, o la liberación de obligaciones en la resolución de éste.

En relación con las contrataciones accesorias que resulten procedentes, es conveniente mencionar que cuando surja la necesidad de contratar servicios o trabajos que estén relacionados con el objeto de la contratación y que no fue posible preverlos, resultarán procedentes los contratos sobre la base de precios unitarios bajo la denominación de conceptos no previstos en el catálogo de conceptos del contrato y para los contratos a precio alzado se denominarán conceptos extraordinarios.

Otro aspecto importante es lo relativo a la subcontratación, al respecto no se ha determinado porcentaje alguno para las contrataciones que les resulta aplicable la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; sin embargo, el quinto párrafo de su artículo 47, indica que

² BARRA, Rodolfo Carlos coautor Asociación Argentina de Derecho Administrativo, *Contratos administrativos, régimen de pago y actualización tomo I*, México, Distribuidor Exclusivo Astrea, 2000, p. 120.

sólo es posible subcontratar partes del contrato, razón por la cual debemos entender que un porcentaje significativo de la obra deberá realizarse por el contratista. Por otro lado, el Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas ha determinado que para las contrataciones que quedan excluidas de la aplicación de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, resultará necesario que se compruebe en términos del artículo 4 de su Reglamento, que tiene la capacidad para realizar por lo menos el 51% de los trabajos o servicios, es decir, en estos casos queda implícito el porcentaje que puede subcontratarse.

Ahora bien, como consecuencia que las condiciones de la obra pueden variar durante su ejecución, con frecuencia existe controversia respecto a los anticipos, particularmente si puede otorgarse un anticipo adicional al previsto en las bases; es conveniente mencionar que no es procedente, toda vez que si en un principio se hubiera establecido un porcentaje mayor, quizá hubieran presentado propuesta un mayor número de licitantes, e incluso se hubiera adjudicado el contrato a una persona distinta, además que podrían variar los criterios que garantizan las mejores condiciones para el Estado en el dictamen de adjudicación; sin embargo, se considera que por necesidades de la obra puede la entidad o dependencia analizar la posibilidad de otorgar una cantidad adicional, siempre y cuando no se exceda el 30% del presupuesto autorizado para el contrato, de conformidad con lo dispuesto por la fracción II del artículo 50 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Otra problemática frecuente es la que tiene que ver con lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 43 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en vinculación directa con el artículo 75 de su Reglamento, respecto al fraccionamiento de los contratos para quedar comprendidos en los supuestos de excepción a la licitación pública, en consecuencia, únicamente se considera que existe fraccionamiento de las operaciones, si el objeto de la contratación reúne todos los supuestos ahí enunciados.

Por lo que hace a los artículos 31 (requisitos de participación) y 46 (requisitos del contrato) de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, es conveniente señalar que cuando no se hayan previsto todas las condiciones requeridas y que conforme a la naturaleza de la contratación resulten procedentes, éstas pueden ser incluidas mediante convenios, toda vez que por disposición de la ley en cita debieron incluirse desde un inicio, además de que con esta medida se pueden evitar mayores controversias y dilaciones al procedimiento de contratación.

Cuarta etapa. Ejecución del contrato, es la parte experimental de la obra pública, en ella se constata si todas las etapas anteriores se concretaron con éxito. Los mejores programas son aquellos que tienen menos problemas o que únicamente reconocen como tales aquellos que son propios del día a día, los que devienen de casos fortuitos o fuerza mayor o de situaciones que resultaron

imposibles de prever. Gran parte de las consideraciones que se mencionan en las etapas anteriores pueden relacionarse con las que surgen en esta etapa; sin embargo, se realizó una división de ellas para fines didácticos y prácticos.

Dentro de las principales controversias normativas que en esta etapa se suscitan, encontramos las relativas a la realización de la bitácora electrónica, o cuando se autorice la bitácora realizada por medios convencionales, toda vez que es el único registro donde consta el avance de la obra día a día y que para la resolución de controversias puede resultar de particular importancia para constatar las medidas tomadas por el contratista o la entidad o dependencia a través del residente de obra y/o el supervisor. De forma paralela a la elaboración de la bitácora electrónica, se recomienda realizar un registro minucioso de cada detalle del proyecto, ya que podría ser otro recurso útil en la solución de controversias.

Otra problemática común se relaciona con los convenios modificatorios, particularmente si aun, a consecuencia de diversas modificaciones, no existió la necesidad de modificar el monto o plazo de ejecución de los trabajos, siendo preciso mencionar que, conforme al primer párrafo del artículo 59 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, es necesario formalizar mediante convenios modificatorios aquellos factores que puedan representar modificaciones a los contratos de precios unitarios, tales como ejecución de volúmenes excedentes y cancelación de conceptos del catálogo original.

Por otro lado, es importante mencionar que las funciones del residente de obra y supervisor se encuentran previstas en los artículos 113 y 115, respectivamente, del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y únicamente podrán ser ampliadas cuando previamente se hayan adicionado a través de otras disposiciones jurídicas o por las dependencias o entidades. No es procedente que el residente de obras registre todos los pormenores de la obra o servicios si no representan un acontecimiento trascendente.

Finalmente, resulta conveniente considerar que en el finiquito pueden solicitarse, reconocerse y otorgarse los adeudos pendientes de forma previa a la firma del acta de extinción de derechos y obligaciones, por tanto, no resulta procedente realizar un *addenda* a dicha acta.

CONCLUSIONES

De la interrelación de diversos ordenamientos jurídicos surgen problemas en su interpretación y aplicación, por tanto, la normatividad aplicable a la obra pública es muy pretenciosa, ya que tiene como objeto regular una actividad muy casuística mediante el establecimiento de diversos supuestos jurídicos. Es por ello que la resolución de situaciones imponderables siempre deberá estar sujeta a la legislación aplicable, principalmente con la finalidad de evitar observaciones y responsabilidades administrativas.

Una adecuada planeación y programación son la base para una debida construcción. Se debe considerar en todo momento que la exitosa ejecución de una obra pública o de la prestación de servicios relacionados con éstas, depende de la suma de factores que deben acumularse en sentido positivo a lo largo del desarrollo de la contratación, es decir, no sólo se requiere de un proyecto exitoso sino de una ejecución adecuada.

Es necesario que la investigación de mercado se integre debidamente para justificar que en el procedimiento de contratación se están garantizando las mejores condiciones para el Estado.

Los criterios en los que se funde el procedimiento de contratación, ya sea licitación pública, adjudicación directa o invitación a cuando menos tres personas deben estar desarrollados conforme a los conceptos previstos por el Manual Administrativo de Aplicación General en Materia de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Se propone que en reformas ulteriores se requiera al residente y supervisor de una obra pública, previa especialización en las diversas materias que participan en el objeto de contratación.

Es preciso que en todo momento durante el desarrollo del procedimiento de contratación se observe lo previsto por la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, con la finalidad de que los actos administrativos tengan plena validez.

Las disposiciones de la normatividad aplicable en materia de obras públicas no son de aplicación casuística sino de observancia general (*Dura lex sed lex*).

En la resolución de controversias siempre debe considerarse el punto de vista normativo, ya que las necesidades técnicas deben encuadrarse en la normatividad aplicable en materia de obras públicas y servicios relacionados con las mismas y no viceversa.

La debida previsión de la normatividad aplicable en materia de obras públicas colabora a prevenir observaciones en una auditoría.

FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

FERNANDEZ RUÍZ, Jorge. *Derecho administrativo, Contratos*, México, Porrúa, 2003.

BARRA, Rodolfo Carlos coautor Asociación Argentina de Derecho Administrativo, *Contratos administrativos, régimen de pago y actualización Tomo I*, México, Distribuidor Exclusivo Astrea, 2000.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

Ley General de Asentamientos Humanos.

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

Código Civil Federal.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública.

Manual Administrativo de Aplicación General en Materia de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Sitios de internet

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, julio de 2007, Materia(s):
Administrativa.

www.ordenjuridico.gob.mx

<http://www.funcionpublica.gob.mx/unaopspf/unaop1.htm>