

DERECHO DE LAS OBRAS PÚBLICAS EN MÉXICO*

SUMARIO: I. *Panorama legislativo*. II. *Noción de obra pública*. III. *Sistemas de realización de las obras públicas*. IV. *Contenidos administrativo de las obras públicas*.

I. PANORAMA LEGISLATIVO

1. *Primer antecedente*

A partir de la Constitución de 1917, la primera norma jurídica relativa a las obras públicas fue el artículo 134 de la misma.

En efecto, en dicho precepto, aunque en forma sumamente lacónica, se estableció que las obras públicas deberían otorgarse en subasta pública, es decir, someterlas a concurso para escoger al mejor postor o realizador de la obra pública, seguramente en las mejores condiciones económicas, técnicas y de tiempo.

El precepto decía, en su texto original: “Todos los contratos que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública”.

Como podrá observarse, se trata de una norma de contenido procedimental, pues está marcando el camino o las formalidades que debe seguir el gobierno en la contratación de las obras públicas, y son bases, por otra parte, muy generales, que por su propia índole requieren de una ley reglamentaria que concrete, detalle o precise más el procedimiento. Sin embargo, la ley no se expidió pronto, tardó casi medio siglo en aparecer.

Propició en la práctica la falta de esa ley, que las autoridades administrativas contrataran las obras públicas siguiendo criterios distintos en cada caso. Fomentó, por lo pronto, la anarquía en la decisión de elegir contratistas y en las condiciones de contratación, terminación y recepción de las obras. Surgieron así los contratistas del régimen, o sea, los pocos pri-

* Publicado en *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, Madrid, Editorial Complutense, 1992, vol. II.

vilegiados que en cada periodo de seis años de gobierno eran los “escogidos” para realizar las obras públicas más importantes del país.

A pesar de no contar con una ley que pudiera estimarse como reglamentaria del precepto transcrito, la administración pública federal no se vio impedida para realizar obras públicas importantes, como caminos, vías férreas, presas, puentes, edificios públicos, etcétera.

Hubieron ciertamente algunos conjuntos de normas relacionados con las obras públicas, pero dispersos en varios ordenamientos legales.

Tres antecedentes importantes, por ejemplo, pioneros y embrionarios de un régimen legal de las obras públicas federales, lo fueron la Ley sobre Vías Generales de Comunicación y Medios de Transporte de 1931,¹ la Ley de Vías Generales de Comunicación de 1932² y la Ley de Servicio de Inspección Fiscal de 1936³. Las dos primeras, con algunas normas fragmentarias, sin coordinación de ninguna especie, pero eran las únicas, y la tercera, con un gran avance, ya que consideró como materia del servicio de inspección fiscal: “Intervenir en los actos o contratos relacionados con las obras de construcción, instalación y reparación que se lleven a cabo por cuenta del Gobierno Federal y vigilar la ejecución de los mismos” (artículo 4o., fracción V). Era responsable de este servicio la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Contemporánea a esas tres leyes —y vigente aún— debe citarse también la Ley de Expropiación,⁴ que al señalar las causas de utilidad pública lo hace inclusive para obras públicas.

Poco después vendrá la Ley de Vías Generales de Comunicación, hoy vigente, de 1940,⁵ que también recoge algunas reglas relativas a las obras públicas, pero sin constituir un régimen ordenado de las mismas.

Ninguno de esos ordenamientos legales en cita fue, ni podía ser, reglamentario del artículo 134 constitucional no sólo porque expresamente no se ostentaron como tales, sino también, como puede advertirse, porque su mismo contenido normativo estaba muy lejos de serlo. La necesidad de una ley reglamentaria del artículo 134 la hizo sentir el Departamento de Contraloría por Acuerdo de 1931.⁶

1 Publicada en el *Diario Oficial* del 31 de agosto de 1931.

2 Publicada en el *Diario Oficial* del 28 de septiembre de 1932.

3 Publicada en el *Diario Oficial* del 13 de abril de 1936.

4 Publicada en el *Diario Oficial* del 25 de noviembre de 1936.

5 Publicada en el *Diario Oficial* del 19 de febrero de 1940.

6 Publicada en el *Diario Oficial* del 21 de julio de 1931.

Resulta explicable que con la práctica administrativa se fueran creando en la Suprema Corte de Justicia de la Nación dos grandes corrientes de opinión en cuanto a la aplicación del referido artículo 134.

Una tesis del Supremo Tribunal consideró que el artículo 134 era aplicable directamente por la administración pública federal, aun faltándole su ley reglamentaria. Otra, segunda, fue en el sentido de que sólo hasta que hubiera ley reglamentaria era posible aplicar y cumplir el artículo 134.

No obstante la ausencia de un régimen legal definido sobre obras públicas y la interpretación discordante del artículo 134 por nuestro máximo tribunal, las obras públicas seguían en marcha, creciendo en número e importancia por parte de la administración pública federal e inclusive por los gobiernos locales. Ordenamientos específicos, correspondientes a determinadas obras públicas, contribuyeron a dar marco legal a su ejecución. Veamos el caso de los caminos carreteros.

Impuesta por las necesidades públicas, económicas y sociales, se creó en 1925 la Comisión Nacional de Caminos, que para financiar su obra caminera contaba con el rendimiento del impuesto sobre ventas de primera mano de gasolina⁷ y del impuesto *ad valorem* sobre tabacos labrados.⁸ Después, en 1926, se expidió la Ley de Caminos y Puentes,⁹ que estableció el régimen de construcción de los caminos y puentes nacionales de cuota, o sea, cuando éstos son objeto de una concesión para su construcción y explotación por particulares. Completa esta política legislativa sobre caminos carreteros la expedición, en 1934, de la Ley sobre Construcción de Caminos en Cooperación con los Estados¹⁰ y su reglamento de 1936¹¹ (sustituido por otro en 1937, *Diario Oficial* del 16 de agosto de 1937), que, tras clasificar los caminos en nacionales y locales,

⁷ Ley estableciendo un impuesto federal sobre ventas de primera mano de gasolina *Diario Oficial* del 6 de abril de 1925, "Artículo 50. El impuesto se aplicará exclusivamente a la construcción conservación y mejora de caminos nacionales". Esta Ley creó la Comisión Nacional de Caminos (artículo 11). Después se expide la Ley estableciendo un impuesto federal sobre la gasolina destinada a consumo en el interior del país (*Diario Oficial* del 31 de agosto de 1925. Alcance al núm. 53 del tomo XXXI). Previno lo mismo en el artículo 60.

⁸ Así lo ordenó el Decreto expedido en uso de facultades extraordinarias por el presidente de la República, Plutarco Elías Calles. Se publicó en el *Diario Oficial* del 17 de julio de 1925.

⁹ Publicada en el *Diario Oficial* del 26 de abril de 1926 (alcance al núm. 46, tomo XXXV). Reglamento de la ley se publicó en el *Diario Oficial* del 5 de abril de 1927.

¹⁰ Publicada en el *Diario Oficial* del 8 de mayo de 1934.

¹¹ Publicado en el *Diario Oficial* del 15 de enero de 1936.

establecen la mecánica de combinar recursos económicos, técnicos y materiales del gobierno federal y de los gobiernos de los estados para la construcción de caminos, lo que se haría por conducto de las Juntas Locales de Caminos, bajo la dirección técnica de la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas.

Importa ahora destacar algunos organismos que fueron poniendo en práctica o que coadyuvaron a la construcción de caminos:

- a) Comisión Nacional de Caminos, pionero. Fue creado en 1925 y suprimido el 28 de abril de 1932 y sustituido por la Dirección Nacional de Caminos, dependencia de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.
- b) Juntas Locales de Caminos, organismos híbridos, integrados por el gobierno federal, gobierno del estado, cámaras de comercio, de industria y empresas de autotransportes, creadas por ley de 1934.
- c) Comité Nacional de Caminos Vecinales, auténtico organismo descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, creado por Decreto presidencial (*Diario Oficial* 27 del octubre de 1949), con semejante hibridez de las Juntas, en su integración.
- d) Comité Nacional de Comunicaciones Vecinales, también organismo descentralizado y, por tanto, dotado de personalidad jurídica v patrimonio propios, que sustituyó al anterior Comité, ampliando su campo, pues aparte de la construcción y mejoramiento de caminos, se avocó a los de aeropuertos y telecomunicaciones. Fue creado por Decreto presidencial, publicado en el *Diario Oficial* del 13 de noviembre de 1956.
- e) Caminos Federales de Ingresos, organismo descentralizado federal, creado exprofesamente para encargarlo de la administración de los caminos y puentes de cuota existentes y para la construcción de nuevos (Decreto presidencial, publicado en el *Diario Oficial* del 31 de julio de 1958).
- f) Caminos y Puentes Federales de Ingresos, organismo descentralizado federal, que sustituye al anterior, obra de otro decreto presidencial (publicado en el *Diario Oficial* del 3 de junio de 1959) y sin cambios sustanciales en los terrenos administrados por su predecesor.
- g) Caminos y Puentes Federales de Ingresos y Servicios Conexos, organismo descentralizado federal, que sustituyó al casi su homólogo de 1959, y que trajo para sí nuevas atribuciones, como es la administra-

ción de transbordadores útiles para el servicio de tránsito fluvial o marítimo, la adquisición o arrendamiento de maquinaria o equipos para la construcción y la fabricación de productos para la pavimentación (asfalto, por ejemplo). Creado como sus antecesores, por Decreto presidencial (*Diario Oficial* del 29 de junio de 1963), subsiste.

Dos secretarías de Estado, en las primeras cuatro décadas de vida constitucional, la de Comunicaciones y Obras Públicas y la de Agricultura y Fomento, fueron las responsables de las más importantes obras públicas en el país. Pese a su denominación, la primeramente citada no monopolizaba la realización de todas las obras públicas federales, aunque sí muchas de las más importantes de aquella época: caminos, puentes, vías férreas, edificios públicos, pero se insiste, no todas. Destaca la segunda porque llevaba a su ejecución la política de obras de pequeña y mediana irrigación, esenciales a nuestra agricultura de temporal mayoritariamente.

Luego también otras secretarías de Estado podían realizar obras públicas, y así como organismos descentralizados que empezaron a proliferar desde las primeras dos décadas de vigencia de la Constitución de 1917.

2. *Nuevo orden*

Entre las innovaciones que introdujo a la organización administrativa mexicana, la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 1958, publicada en el *Diario Oficial* del 24 de diciembre de 1958, podemos citar la creación de la Secretaría de Obras Públicas. Su nacimiento se motivó, fundamentalmente, en razones de orden técnico y en la creciente importancia que en nuestro medio tenía la realización de obras públicas. Una materia tan vital para el desarrollo económico y social del país hizo inaplazable crear un cuerpo administrativo que se consagrara exclusivamente a atender y resolver los problemas y soluciones que presentan las obras públicas.

Para satisfacer aquella necesidad tan imperiosa y dar vida a la Secretaría de Obras Públicas, se practicó una *capitis deminutio* en una Secretaría: la de Comunicaciones y Obras Públicas, que desde la Ley de Secretarías del 25 de diciembre de 1917, y todas las que le sucedieron hasta la de 1946, había conservado esa integridad competencial. Efectivamente, la competencia de la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas se dividió para dar origen a dos secretarías: la de Comunicaciones y Transportes y la de Obras Públicas. Este fenómeno de bipartición no es único

en la legislación administrativa nacional, ya se han presentado casos similares. Recordemos, por ejemplo, las antiguas Secretarías de Guerra y Marina, la de Industria y Comercio, y Trabajo, fuente cada una de dos Secretarías diferentes.

Es interesante observar que la historia de la organización administrativa mexicana muestra un proceso creciente de secretarías de Estado. Cada seis años, al iniciar sus actividades un nuevo gobierno, entre los primeros proyectos de reforma figura de continuo la creación cuando menos de una secretaría más, que habrá de sumarse a las existentes. El argumento para proponer su creación ha sido siempre el mismo y de una gran simpleza: la importancia que han ido adquiriendo ciertas materias reclaman para sí una atención especial, y ésta solamente es posible a través de aquella organización. Los problemas de la administración pública a menudo se han querido resolver mediante cambios estructurales, camino, a nuestro juicio, totalmente erróneo. Muchas de las reformas orgánicas se han inspirado en motivos de orden político y el resultado final ha sido no una solución a viejos problemas, sino una carga al presupuesto inútil y estéril. No faltaron críticas, algunas serias, en el sentido de juzgar impropia e innecesaria la creación de la Secretaría de Obras Públicas, en otras palabras, no se creyó justificada la separación de esta materia de la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas.

Crear la Secretaría de Obras Públicas, en 1958, tuvo un significado especial. La opinión pública interesada y especializada destacó en forma distinta la importancia de las obras públicas y el cambio producido.

Hubo, en consecuencia, la necesidad de justificar la separación de las “obras públicas” de la competencia de la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas e integrar con ella una secretaría distinta que se encargara en forma especial de tal área.

Se juzgó que se estaba haciendo un desdoblamiento innecesario o una participación injustificada. La cuestión fue planteada y analizada en una serie de audiencias públicas en el Senado de la República, a las que fueron invitados y participaron los sectores privados, público y social, interesados.

Romper con la tradición de cuatro décadas —iniciada en 1917— no fue fácil y la oposición al cambio tejió argumentos seductores, pero no convincentes.

Impuso la transformación, la creciente importancia de las obras públicas en todo el territorio y la urgencia de poner orden en su planeación, programación, financiamiento y ejecución.

Era necesario y hasta urgente, en nuestra opinión, la creación de esa Secretaría, aunque esto representara serios inconvenientes burocráticos y sobre todo la difícil tarea de tener que empezar con elementos humanos y técnicos involucrados o confundidos en otra área administrativa tan genérica como es la de comunicaciones.

Tomar la decisión en 1958 no fue para resolver una situación crítica o para afrontar presión política alguna. Podía haberse hecho antes e igualmente hubiese sido oportuna y acertada la acción. Las obras públicas emprendidas y realizadas por las secretarías de Estado y por varios organismos descentralizados en las tres décadas anteriores a esa fecha, hacían más que evidente la importancia económica, social y política que revestían.

Para ese año, las obras públicas representaban la parte más importante del presupuesto de las secretarías necesitadas de ellas, con excepciones como la Secretaría de Educación Pública, cuya nómina de maestros rebasaba esa realidad.

Los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal mayoritaria, ya numerosos para la época, tenían un presupuesto mayor que el de la administración centralizada y sus obras públicas constituían inversiones públicas de tal magnitud que su financiamiento, ordinariamente, requirió del crédito externo o internacional, como hoy todavía acontece.

Imposible desconocer esa realidad económica. Aparte de su significado como inversión pública, las obras públicas trascienden a toda la vida económica del país. Son fuente gigantesca de empleo; generan, estimulan y fomentan empresas industriales y comerciales, productoras de bienes y servicios para la construcción; coadyuvan en forma vital a la circulación y distribución de toda la producción agropecuaria e industrial del territorio, con caminos, carreteras y puentes.

Socialmente, las obras públicas son primordiales. La educación masiva de nuestra época no sería posible sin escuelas y vías de acceso a las mismas. La cultura no podría transitar sin obras públicas de comunicación. La salud pública no lograría eficacia sin hospitales, establecimientos de salud y centros de investigación. Es sumamente rica la veta social de la obra pública.

Al nacer la Secretaría de Obras Públicas se recordó el papel que en esta área había desempeñado en el siglo XIX la célebre Secretaría de Fomento, que empezó con auge la red caminera y ferroviaria.

Sin duda que la idea de dar surgimiento a una secretaría para dedicarse exprofesamente a las obras públicas tuvo y tiene plena justificación y es hasta exigencia nacional su existencia.

Sin embargo, a raíz de su implantación formulamos la siguiente crítica.

Pensamos que la Secretaría monopolizaría cuando menos la realización de todas las obras públicas de la administración pública centralizada, y no fue así. En la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 1958 al fijar la competencia de la Secretaría, se enumeraron sus atribuciones y se le señalaron importantes obras públicas: caminos, carreteras, puentes, edificios públicos, etcétera, pero al final se excluyeron las obras públicas que la propia ley atribuyera a otras secretarías.

Si además las obras públicas, de excepcional magnitud, de los organismos descentralizados y de las empresas de participación estatal tampoco estarían en su esfera de acción, se podrá apreciar que aquella decisión política no llegó a ser todo lo avanzada que pudo en su momento.

En 1958, no obstante existir la nueva secretaría, seguía dispersa la realización de obras públicas en varias secretarías y en múltiples entidades del hoy conocido sector paraestatal.

Apareció la Secretaría dentro de un sistema administrativo a su vez complejo.

La Ley de Secretarías de 1958 creó la Secretaría de la Presidencia. Atribuyó a la misma la autorización previa de las inversiones públicas que se propusieran llevar a cabo las dependencias de la administración centralizada y los organismos paraestatales, inversiones entre las cuales figuraban las obras públicas (si bien algunas obras públicas no son inversión pública).

El control de las inversiones públicas era por demás saludable y urgente realizarlo y precisamente a través de un organismo avocado a tal función. Las obras públicas requerían de esa aprobación previa y estaban sujetas a dicho control.

Tenía además la atribución específica de inspeccionar la realización de las obras públicas para verificar que las mismas se ejecutaran de acuerdo con la inversión pública autorizada, pudiendo inclusive suspender las obras.

A pesar de que se llegó a pensar que la Secretaría de la Presidencia iba a ser por la naturaleza de sus atribuciones una “supersecretaría”, que estaría por encima de las restantes, los hechos fueron poco a poco esfumando esa idea.

Independientemente de que la ley marcara el procedimiento de previa autorización por parte de la secretaría, los titulares de las secretarías de Estado acudieron a un procedimiento distinto.

Recurrieron al expediente de acordar primero con el presidente de la República las obras públicas que tenían planeadas, obteniendo la firma del mismo para después simplemente mandar la documentación a la Secretaría de la Presidencia que así se veía constreñida a dar una autorización formal, sin tener la oportunidad de examinar a fondo la inversión pública planeada y discutirla. Se convirtió la Secretaría de la Presidencia en un simple trámite, sobre todo respecto de aquellas entidades públicas que manejaban las inversiones más importantes del país, como la Comisión Federal de Electricidad, Petróleos Mexicanos, Ferrocarriles Nacionales de México, Instituto Mexicano del Seguro Social y otras empresas descentralizadas y de participación estatal mayoritaria.

Como se apuntó antes, tenía ingerencia en la ejecución de la obra pública, cuidando que la realización de la misma se ajustara a la inversión autorizada.

No logró la Secretaría el control eficaz que se había diseñado bajo su responsabilidad. La autorización previa de la inversión se convirtió en la práctica en un trámite burocrático estorbo e inútil.

Al mismo tiempo, la antigua Secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa se transformaba en la Secretaría del Patrimonio Nacional.

Se le responsabilizó, por la Ley de 1958, de intervenir en todo el proceso de contratación de las obras públicas y de vigilar su ejecución junto con la Secretaría de la Presidencia.

Registrar a los contratistas del gobierno federal, controlar la legalidad y eficacia del procedimiento de contratación, vigilar su estricta ejecución y recibir oficialmente las obras públicas concluidas y ordenar su registro especial, eran *grosso modo* sus atribuciones en la especie.

Pudiendo una u otra secretaría suspender cualquier obra pública cuando no se ajustara a la inversión pública autorizada o al contenido contratado, obligó a ambas secretarías a expedir reglas generales con el propósito de delimitar el alcance de sus respectivas competencias. En 1959¹² se dictan las reglas generales de contratación, pero el fin inicial de precisar la competencia de cada secretaría no se logra, si bien en cambio se obtuvieron

¹² Publicadas en el *Diario Oficial* del 16 de febrero de 1959.

otros avances de importancia para la materia, por ejemplo, se estructuró el procedimiento de contratación de las obras públicas federales, se previó el padrón de contratistas —o sea, el registro de los contratistas que únicamente pueden concursar en las obras públicas federales— y, por último, se previeron algunas disposiciones respecto a la responsabilidad de los contratistas.

Poco después, en 1961,¹³ dictan otras reglas con el mismo propósito, sin obtener éxito otra vez. A cambio, se perfeccionó el procedimiento de contratación de las obras públicas.

Para el año de 1965 el Congreso de la Unión expide la primera ley relativa a la contratación de obras públicas, la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas,¹⁴ que sin ser una ley reguladora del contrato administrativo de obra pública, su contenido se ajustó fundamentalmente a esto. No se expidió como una ley reglamentaria del artículo 134 constitucional, pero prácticamente era tal.

La Ley de 1965 recoge literalmente el contenido de las reglas de contratación antes referidas y desde luego las enriquece, configurando el primer régimen legal de las obras públicas federales.

Esta Ley tuvo su aplicación práctica o concreta con su Reglamento¹⁵ y las reglas de contratación expedidas en el año de 1970, que sin ser estrictamente reglamentarias de la misma, ya que fueron expedidas por las Secretarías de Obras Públicas y Patrimonio Nacional, cumplieron con dicha función y se denominaron Bases y Normas Generales para la Contratación y Ejecución de Obras Públicas,¹⁶ que en forma casuística y detallada regularon el procedimiento de contratación de la obra pública sujeta al sistema de concurso cerrado.

Conviene ahora anotar que para el año de 1959, en que inicia su vigencia la Ley de Secretarías, las autoridades administrativas que intervienen en el procedimiento de contratación de una obra pública son las siguientes.

Antes, sin embargo, es necesario precisar que desde 1917 a la fecha las obras públicas en nuestro país se han sometido a dos grandes sistemas de realización: *a)* por administración directa y *b)* por contratación. En el primer sistema, las obras públicas se realizan por la propia dependencia

¹³ Publicadas en el *Diario Oficial* del 28 de marzo de 1961.

¹⁴ Publicada en el *Diario Oficial* del 4 de enero de 1966.

¹⁵ Publicado en el *Diario Oficial* del 2 de febrero de 1967.

¹⁶ Publicadas en el *Diario Oficial* del 26 de enero de 1970.

gubernamental interesada en la obra pública, utilizando sus recursos personales técnicos y financieros propios. En el segundo sistema, porque la administración pública carece de aquellos elementos, se ve precisada a utilizar los servicios de contratistas particulares y entonces así lleva a cabo la ejecución de la obra pública.

Tomando en cuenta lo anterior, podría decirse que eran cuatro las secretarías que intervenían en ese año de 1959.

La *Secretaría de la Presidencia*, por cuanto a la autorización previa de la inversión pública que implicaba en la mayoría de los casos una obra pública, intervención que provocó en aquella época, como ya se dijo, la preocupación política en todos los secretarios de Estado de que la nueva secretaría sería una súper secretaría. Además, sería responsable de vigilar que la obra se ejecutara conforme a la inversión autorizada.

La *Secretaría de Patrimonio Nacional* intervenía durante todo el procedimiento de contratación y adjudicación de la obra, amén de vigilar su ejecución e inclusive recibir formal y legalmente la obra concluida.

La *Secretaría de Hacienda y Crédito Público* también intervenía. Para ese año de 1959 estaba en vigor la denominada Ley Orgánica del Presupuesto de Egresos de la Federación,¹⁷ que contenía una norma en el sentido de exigir la previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para todos los casos en que una dependencia quisiera hacer un gasto o egreso. Como toda obra pública representa ineludiblemente un egreso, esto es la mejor explicación para fundar tal intervención.

No obstante que la Secretaría de Hacienda pudiera resultar por aquel motivo la única indicada en intervenir por tratarse de un egreso, no es así.

Debe tomarse en cuenta que las obras públicas en nuestro país se financian a través de dos fuentes principalmente: la que se llama “recursos propios”, o sea, con los recursos previstos y autorizados en las partidas del presupuesto para cada secretaría, organismo descentralizado o empresa de participación estatal, que en la práctica sin dejar de reconocer que son importantes, no obstante no son suficientes para la magnitud y complejidad de ciertas obras públicas. La otra fuente es la del financiamiento exterior, o sea, los llamados créditos internacionales.

Innegable resulta que la mayoría de las obras públicas de mayor trascendencia para el país se han financiado con recursos del exterior, obtenidos fundamentalmente de tres bancos internacionales: el Banco Mundial,

¹⁷ Publicada en el *Diario Oficial* del 31 de diciembre de 1935.

el Banco de Reconstrucción y Fomento, y el Banco Interamericano de Desarrollo, aunque también se han abierto otras líneas de crédito mediante la unión o asociación de varios bancos oficiales o privados de otros países que han permitido el financiamiento de grandes obras, para citar una de mucha importancia: el Metro o Sistema de Transporte Colectivo en el Distrito Federal.

Es conveniente aclarar que estos créditos internacionales en su mayoría son de los llamados atados, es decir, que no se deja en libertad a los usuarios del crédito para disponer de los recursos, sino que se les indica el destino y procedimiento de uso del crédito; a veces hay cierta libertad de disponibilidad y entonces se habla de créditos liberalizados.

Cuando el financiamiento de la obra pública era precisamente con el mecanismo de créditos internacionales, era obligada la intervención de Nacional Financiera S. A., que era y es el banco del Estado negociador número uno de dichos créditos.

Para la época Nacional Financiera S. A. no era la única que podía negociar esos créditos, lo hacían otras instituciones nacionales de crédito, o bien directamente los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal mayoritarias.

Por último, interviene, en ese año de 1959, la secretaría, organismo o empresa interesada en realizar la obra pública. Es a estas dependencias o entidades públicas a quienes corresponde lanzar la convocatoria e instruir el expediente relativo al procedimiento de contratación de la obra pública y es ante sus oficinas que se nombran los representantes de las Secretarías de la Presidencia, Patrimonio Nacional, y Hacienda y Crédito Público y, en su caso, de Nacional Financiera, S. A.

Cuando las obras públicas se realizaban no por contrato, sino por administración directa, es decir, que la dependencia con recursos humanos y materiales propios las llevaban a cabo, la situación no cambiaba. Seguía interviniendo la Secretaría de Patrimonio Nacional respecto al registro de la obra pública; la Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuidaba de la utilización correcta de las partidas presupuestales previstas para ese fin; la Secretaría de la Presidencia tenía que otorgar su autorización previa a la inversión pública, y, desde luego, la obvia intervención de la dependencia o entidad interesada.

3. Reforma del orden, 1976

Varió el régimen administrativo de las obras públicas con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal,¹⁸ expedida en 1976 y vigente a partir del 1o. de enero de 1977.

Fueron suprimidas las Secretarías de la Presidencia y la de Patrimonio Nacional. La de Hacienda y Crédito Público sufrió una *capitis deminutio*, se restó a su competencia tradicional todo lo relativo a egresos públicos, para dar origen con ella a la nueva Secretaría de Programación y Presupuesto.

Absorbió la Secretaría de Programación y Presupuesto toda la materia competencial de la extinta Secretaría de la Presidencia. Recogió de la de Patrimonio Nacional lo relativo a control y vigilancia de la contratación y ejecución de las obras públicas de la administración centralizada y paraestatal. Recibió la parte que perdió la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Apareció también en el nuevo escenario creado por la Ley de 1976 la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas.

La reforma planteada a fines del sexenio en 1975, que modificó el párrafo tercero del artículo 27, adicionó la fracción XXIX-C del artículo 73 y adicionó las fracciones IV y V del artículo 115 de la Constitución, implantó finalmente el cambio más trascendental en materia urbana y de asentamientos humanos.¹⁹ Estas dos áreas, la urbana y la de asentamientos humanos, federalizadas por esa reforma, la de obras públicas y algo de lo que perteneció a la Secretaría de Patrimonio Nacional acerca de los inmuebles de propiedad federal (uso, explotación y aprovechamiento; adquisición, enajenación, destino o afectación; avalúos; registro de tales bienes) integraron sustancialmente la competencia de la nueva secretaria.

Con la Ley de 1976 disminuye la burocracia en la contratación de las obras públicas. Sólo tres secretarías intervenían: la de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, la de Programación y Presupuesto y la secretaria, organismo o empresa interesada, que son las que lanzan la convocatoria e instruyen el expediente de contratación de la obra pública. Salvo la eventual intervención de Nacional Financiera S. A. por los motivos ya indicados.

¹⁸ Publicada en el *Diario Oficial* del 29 de diciembre de 1976.

¹⁹ Publicada en el *Diario Oficial* del 6 de febrero de 1976.

4. Nueva ley

Nada cambia de lo expresado en el apartado anterior al expedirse la vigente Ley de Obras Públicas en 1980,²⁰ que abroga la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas. Tampoco se ostenta la nueva ley como reglamentaria del artículo 134 de la Constitución, pero prácticamente sí lo es. Introduce cambios importantes en el régimen de las obras públicas, que serán materia de posterior análisis.

En diciembre de 1982²¹ desaparece la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, y el ramo de obras públicas regresa a su antigua casa, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. Lo que queda de la secretaría desaparecida se incorpora a la nueva Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, creada en ese año.

Actualmente, conforme a las siguientes leyes: Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley de Obras Públicas, Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público y Ley General de Bienes Nacionales, intervienen en la contratación de las obras públicas las Secretarías de Programación y Presupuesto, la citada de Desarrollo Urbano y Ecología,²² la Contraloría General de la Federación²³ y la dependencia o entidad interesada y para los casos reseñados, la especial de Nacional Financiera S. A., que conserva la prioridad en la negociación de los créditos internacionales aun frente a otras instituciones nacionales de crédito (transformadas todas en 1985 en sociedades nacionales de crédito).

En la realización de obras públicas por administración directa intervienen también las tres Secretarías o tres sujetos primeramente mencionados en el párrafo anterior, aparte de la dependencia o entidad interesada en la obra y la eventual de Nacional Financiera S. A.

Es oportuno observar que pocos han sido los cambios desde 1917 a la fecha en el sistema de administración de las obras públicas federales, en cuanto al número de las secretarías responsables de intervenir en la contratación de obras públicas federales. En ese año, primero de vida de la

²⁰ Publicada en el *Diario Oficial* del 30 de diciembre de 1980.

²¹ Reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicada en el *Diario Oficial* del 29 de diciembre de 1982.

²² Por las repercusiones que sobre el medio ambiente puede tener la ejecución de obras públicas (artículo 13 de la Ley de Obras Públicas, reformado).

²³ Por reforma de la Ley de Obras Públicas (publicada en el *Diario Oficial* del 28 de diciembre de 1983) interviene en todo el proceso de adjudicación de las obras públicas, artículo 31, último párrafo.

Constitución, eran dos secretarías: la de Hacienda y Crédito Público y la secretaría u organismo o empresas públicos interesados en la obra; ahora son cuatro, que significa o mayor complejidad de las obras públicas o mayor burocratismo inevitable.

También desde ese año como ahora, las obras públicas se dispersan en su realización entre todas las secretarías de Estado y los numerosos organismos descentralizados, empresas de participación estatal y fideicomisos públicos. No existe un único cuerpo administrativo responsable de su mayoría siquiera.

Ahora, quien es extraño a todos los cambios políticos de principio de sexenio, o es ajeno a las constantes reformas legales y administrativas, que es el ciudadano común y hasta no pocos de los mismos profesionales de la ley no podrán encontrar en el enunciado de las secretarías el área de las obras públicas, oculta como se sabe en la etiqueta de “comunicaciones y transportes”. Esto sin contar, como hemos visto, las numerosas obras públicas que las leyes atribuyen en forma específica a la restante organización administrativa centralizada y paraestatal.

Falta considerar, por último, que gran parte de las obras públicas de los estados y municipios tienen su fuente técnica o financiera en la Federación y que por este motivo entran o se incorporan al régimen legal de las obras públicas federales (artículo 7o. de la Ley de Obras Públicas). Cada Estado tiene su propia legislación, que rige la ejecución de las obras públicas locales y municipales.

5. *Base constitucional*

Finalmente, es preciso apuntar que aunque fue reformado²⁴ el artículo 134 constitucional —después de más de medio siglo sin tocar— el cambio no modificó el mandato que originalmente tenía dicho precepto sobre obras públicas, ya que las innovaciones en el texto se hicieron particularmente para sujetar a las adquisiciones, arrendamientos y enajenación de bienes y servicios del gobierno federal al sistema de subasta o licitación pública. Dice el precepto ahora:

Artículo 134. Los recursos económicos de que dispongan el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas adminis-

²⁴ Reforma publicada en el *Diario Oficial* del 28 de diciembre de 1982.

traciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

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

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

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

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

6. *Naturaleza de la legislación*

En primer término debe tenerse presente que en principio las obras públicas tienen la naturaleza que corresponde a la del sujeto público que las realiza. De aquí que resulten federales las obras públicas que realiza la Federación, y locales las que realizan el Distrito Federal, los estados y los municipios. Esto explica la coexistencia de dos legislaciones de obras públicas, la federal, representada por la Ley de Obras Públicas, y la local, integrada por cada una de las leyes estatales y municipales que regulan las obras públicas de cada estado y municipio.

Si bien la Ley de Obras Públicas es una ley expedida por el Congreso de la Unión, hecho que por sí solo hace denotar su naturaleza federal, sin embargo, es una ley que a la vez tiene una naturaleza local, porque se aplica según su propio mandato a las obras públicas del Distrito Federal. Esto último no la hace irregular, porque, si bien se recuerda, conforme a la fracción VI del artículo 73 constitucional, el Congreso de la Unión, autor de la ley en comentario, es también el órgano legislativo local para el Distrito Federal.

En consecuencia, la Ley de Obras Públicas es ley federal para las obras públicas federales y ley local para las obras públicas del Distrito Federal.

Además, la Ley de Obras Públicas, como se advierte de su propio texto, se aplica a las obras públicas de los estados y de los municipios cuando estos últimos son financiados en parte con recursos económicos de la Federación (artículo 7o.).

Empero, salvo el caso de excepción del artículo 7o., las obras públicas de los estados y de los municipios se rigen por las leyes de obras públicas expedidas por las legislaturas locales (los Congresos de los Estados son los encargados de dictar las leyes municipales, pues los municipios carecen de órgano legislativo propio).

Creemos que cuando se trata de obras públicas en las que están interesados el gobierno mexicano y algún gobierno extranjero o instituciones públicas de otros países, siendo que las obras se realizan en territorio mexicano independientemente del financiamiento de las mismas que pudieran ser créditos internacionales, el régimen legal aplicable es el de la propia ley federal citada.

En suma, coexisten dos legislaciones, la legislación federal y la local, la primera para las obras públicas de la Federación, y la segunda, para las obras públicas del Distrito Federal, de los estados y de los municipios.

No podemos dejar de apuntar y reiterar, muy aparte de lo antes expresado, que la Ley de Obras Públicas, al igual que su única predecesora, la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, nunca se expidieron por el legislador como leyes reglamentarias del artículo 134 constitucional ni de ningún otro texto constitucional. Tampoco ninguna de las dos, al expedirse, invocaron el precepto constitucional que sirvió de apoyo al Congreso de la Unión para hacerlas.

El primer texto del artículo 134 no fue explícito, no dijo si correspondía al legislador federal o al local o a ambos regular obras públicas de sus respectivas jurisdicciones. No lo es tampoco el segundo, vigente a partir de 1983, que no quiso fijarlo o se le olvidó expresarlo.

Ni el artículo 73 de la Constitución, principal cartabón de las atribuciones del Congreso de la Unión, en su primigenia redacción, ni en la posterior, excesivamente zurcida y parcheada, se precisó ni se precisa la facultad para legislar en materia de obras públicas. No existe otro precepto en la ley fundamental que sea expreso en tal sentido. No confiamos para este caso en las facultades implícitas del Congreso de la Unión que se auto-

rizan por la fracción XXX del artículo 73 constitucional, pues es un recurso fácil o procedimiento cómodo que ha servido de salvoconducto a no pocas leyes federales inconstitucionales.

Por fortuna, el planteamiento de la cuestión constitucional que rodea a la legislación federal de obras públicas no ha llegado a los tribunales federales.

En cambio, para la legislación de los estados y municipios, la base constitucional se expresa: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. Luego, conforme a este artículo 124 transcrito, por “reserva expresa” se expide la legislación local de obras públicas.

II. NOCIÓN DE OBRA PÚBLICA

Hoy las obras públicas son esencialmente una actividad del Estado, aunque su realización material se puede encomendar a particulares. Desde la cuna misma de las civilizaciones, griega, romana, egipcia, china, etcétera, se construyeron por decisión de los gobiernos, palacios civiles y religiosos que eran verdaderas fortalezas militares; teatros y coliseos para placeres y diversiones de gobernantes y pueblos; murallas y subterráneos para defensa de señores y pueblos; puentes y caminos para el comercio y la guerra; acueductos y cloacas para la vida urbana, etcétera; todos en su momento de realización fueron obras públicas.

Ocurrió el mismo fenómeno en nuestras culturas, menos antiguas que aquéllas, la teotihuacana constructora de las colosales pirámides del Sol y la Luna en Teotihuacán, la mixteca autora del monumental conjunto de palacios y pirámides de Montealbán, y la maya edificadora del soberbio templo del adivino en Uxmal, de la egregia pirámide de Chichén-Itzá y de la majestuosa arquitectura de Palenque. Toda esta magnificencia del arte se debe a los grandes señoríos que gobernaron a los pueblos del México antiguo.

De nuestra época, hay que recordar esa obra pública colosal que fue la construcción del legendario ferrocarril transiberiano iniciada en 1891 y terminada en 1917. Recorre 9,280 km. desde Moscú hasta las fronteras con Mongolia, China Popular, Corea del Norte y Vietnam. En la misma URSS se construye el “nuevo transiberiano”, que es el gran troncal Baikal-Amur magistral (BAM), que cubrirá 3,200 km. y, se han concluido

gigantescos oleoductos y gaseoductos que cruzan miles de kilómetros hasta llegar al corazón de Francia. En China se construye ahora tal vez la planta hidroeléctrica más grande del mundo, que aprovechará las aguas del larguísimo y poderoso río Yangstzé, “Presa Tres Gargantas”, en que juegan y tejen su poderío la tecnología, los recursos financieros, el medio ambiente y la naturaleza misma. Omitimos extraordinarias y numerosas obras públicas que ornán a los gobiernos, a las finanzas y a las tecnologías contemporáneas, las citadas sólo figuran como ejemplo.

Tema central en el estudio del texto de la Ley de Obras Públicas es la noción de obra pública. Difícil además por la evolución que la misma ha experimentado en los textos y en la vida práctica.

1. *Concepto de obra pública*²⁵

Entendemos por obra pública la acción, el servicio o el trabajo que decide llevar a cabo el Estado sobre bienes muebles o inmuebles, a fin de satisfacer necesidades públicas.

Son varias las características que deben reunirse para estar en presencia de una obra pública.

En primer término, que se trate de un servicio o un trabajo. Si bien se habla en singular, puede entenderse correctamente en plural, es decir, que obra pública puede implicar un conjunto de servicios o trabajos cuya reunión la constituye. Este servicio o trabajo puede consistir en construir, reparar, conservar, instalar o demoler un bien mueble o inmueble, como acciones principales, pero pueden estar precedidas de otros trabajos, necesariamente previos, por ejemplo: investigaciones y estudios técnicos que hagan segura y factible la obra, anteproyectos de ingeniería y arquitectónicos, etcétera. Esta idea de trabajos complejos que comprende

²⁵ Para André de Laubadère, ilustre jurista y gran maestro francés, que falleció el 17 de octubre de 1981, “el trabajo ejecutado sobre un inmueble en vista de un fin de utilidad pública, es una obra pública si es efectuada por cuenta de una persona pública” (*Traité de droit administratif*, 7a. ed., París, Ed. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1980, t. II, p. 295). Para Marcel Waline, igual ilustre jurista francés, ausente, la obra pública “es un inmueble por cuenta de una colectividad pública” (*Droit administratif*, 8a. ed., París, Editions Sirey, 1959, p. 533). De la escuela francesa, Georges Vedel acoge el concepto de Waline, pero siguiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Conflictos de 28 de marzo de 1955, agrega que la obra pública puede serlo cuando es en misión de un servicio público (*Droit administratif*, 9a. ed., Presses Universitaires de France, 1984, p. 181).

ordinariamente toda obra pública, la recoge la Ley de Obras Públicas en sus artículos 2o., 5o. y 15.

Es conveniente precisar que la obra pública lo es en tanto el servicio o el trabajo en que consiste se está realizando, pero una vez concluido el servicio o el trabajo concluye también la obra pública, y el bien al cual se aplicó la obra entra a formar parte del patrimonio del gobierno y continúa en él según sea la clase de obra realizada. Por definición, obra pública es ante todo un servicio o un trabajo que no debe identificarse y confundirse con el bien mueble o inmueble al que se aplica.²⁶ Es común calificar de obra pública a una presa, a un puente o a una carretera, es correcto hacerlo si sucede en el trayecto en que tales “obras” se están realizando, pero si ya se terminaron, dejan de serlo. Una vez concluida la obra, el bien construido se incorpora a los bienes del Estado o al servicio de la colectividad.²⁷

No debe perderse de vista que la obra pública puede consistir no sólo en la construcción de un bien (puente, presa, carretera), sino también en la conservación, mantenimiento o demolición del bien y en estos casos la naturaleza de servicios de la obra pública es más ostensible, aquí el bien mueble o inmueble preexisten a la acción de servicio o simplemente desaparecen.

Segundo requisito esencial es que la obra sea una actividad del Estado. Los particulares podrán realizar obras de indiscutible beneficio para la sociedad, pero serán obras privadas socialmente útiles, pero no obras públicas, serán trabajos privados no trabajos públicos.

²⁶ Para el profesor argentino Manuel María Díez, la obra pública es el resultado obtenido como consecuencia de esos trabajos y la define así: “son los bienes muebles e inmuebles, que se ejecutan con un fin de utilidad general, sea por el Estado, directa o indirectamente, sea por un particular” (*Derecho administrativo*, Buenos Aires, Bibliografía Omega, 1965, t. II, pp. 585-592).

²⁷ Peculiar en el derecho administrativo francés es el uso de dos expresiones: “*travail public*” y “*ouvrage public*”, que la doctrina considera responden a dos nociones diferentes. Laubadère, por ejemplo, acepta que existe una relación estrecha entre ambas, pero señala sus diferencias. Reconoce que la obra pública es la acción u operación que se ejecuta sobre el bien, pero trabajo público es no sólo la operación, sino el bien mismo, digamos el puente, la presa. Pero además, conforme a la jurisprudencia, un trabajo público puede consistir en la construcción de una obra la cual está destinada a ser propiedad privada, situación que desborda el concepto de obra pública (Laubadère, *op. cit.*, nota 25, p. 305). En suma, toda obra pública es un trabajo público, pero no todo trabajo público es obra pública, pero una y otro son acciones del Estado.

No es caso raro que empresas privadas o filántropos donen al Estado escuelas construidas y equipadas por ellos. Antes y después de la donación la escuela es una obra de beneficio colectivo, pero su construcción no representó una obra pública, sino un trabajo o construcción privada.

Caso semejante al anterior es el de los concesionarios de servicio público, las obras que realizan en beneficio del servicio público no constituyen obras públicas, su actividad es de particular y no del Estado.

Otra cosa por aclarar es la siguiente. Es común que el Estado no cuente con los suficientes recursos personales y técnicos para realizar todas las obras públicas que planea especialmente si se trata de obras públicas cuya magnitud misma o características sofisticadas exigen la utilización de técnicas, ingeniería, equipos, maquinaria y especialistas de difícil y hasta imposible adquisición permanente. Esto explica con toda naturalidad porqué el Estado recurre con frecuencia a diversos procedimientos legales o sociales para la realización de obras públicas, y a la utilización de los servicios de particulares.

Esa necesidad corriente y práctica ha dado origen a la distinción de dos grandes sistemas para la realización de obras públicas: *a*) por administración directa cuando es el Estado quien con sus propios recursos humanos y técnicos lleva a cabo materialmente la obra y *b*) por contratación, cuando el Estado conviene —por insuficiencia de recursos propios— que sean los particulares el conducto para la realización material de la obra. Esta última es la forma legal indirecta que permite al Estado hacer efectiva su política de obras públicas, la decisión es del Estado; la ejecución material es de los particulares.

Así lo concibe la Ley de Obras Públicas, para la cual son obras públicas las que realicen las dependencias de la administración pública centralizada y las entidades de la administración pública paraestatal y el propio gobierno del Distrito Federal (artículo 1o.).

Como tercer requisito la obra debe aplicarse a un bien, mueble o inmueble. La obra pública no es una mera prestación de servicios, aislada. Necesariamente tiene que vincularse a un bien, sea en forma directa o indirecta. Existen numerosos servicios que por sí solos no podrían tenerse por obra pública a menos que se llegaran a relacionar en forma directa y necesaria a un bien.

Inclusive la noción o la naturaleza de la obra pública atrae a su condición y régimen a otros servicios que le son necesarios y que acaban por ser parte de ella.

Los estudios de preinversión o factibilidad financiera para una obra pública, por ejemplo, llegan a ser parte esencial de ella, pero siempre y cuando esos servicios y el de obra pública se relacionan con un bien.

Aunque para la Ley de Obras Públicas la obra pública sólo se concibe respecto de bienes inmuebles, por su naturaleza o por disposición de la ley (artículo 2o.), para nosotros deberían incluirse los bienes muebles por su naturaleza.²⁸ Por ejemplo, para citar uno solo, los bienes muebles que pertenecen a la Federación, en su dominio público, a que se refiere el artículo 2o., fracción XI, de la Ley General de Bienes Nacionales, podrían ser objeto de auténtica obra pública de reparación o conservación, digamos los manuscritos, los incunables, ediciones, libros, documentos, publicaciones periódicas, mapas, planos, folletos y grabados importantes o raros, etcétera, que almacenan pasajes de la historia nacional.

Es el Código Civil para el Distrito Federal, aplicable en materia federal, el que señala en su artículo 750 cuáles son los inmuebles por disposición de ley, en cuya lista se señalan bienes muebles que siéndolo por naturaleza se vuelven inmuebles por destino. Ordenamiento privado al que inevitablemente remite el artículo 2o. de la Ley de Obras Públicas, sin decirlo.

Cuarto y último elemento que se requiere para que exista obra pública es el fin o destino de la misma, es decir, que el trabajo se aplique a bienes para beneficio general o colectivo.

Es probable que el gobierno lleve a cabo trabajos que finalmente no tengan como propósito el servir a la colectividad. Esto parecerá un contrasentido a la idea generalizada de que es esencial al Estado, a su existencia misma, al ser un ente para servir a la sociedad; sin embargo, la experiencia administrativa nos ha enseñado que son muchos los casos en que los gobiernos federal, estatales y municipales realizan obras que no son precisamente para la colectividad o para beneficio general. Por esta

²⁸ Para el maestro Rafael Bielsa la obra pública comprende trabajos sobre bienes muebles e inmuebles y la define en sentido lato como “toda construcción integral y reparación realizada por la administración pública, sea por concesionarios, sobre cosas (inmuebles o muebles) directa o indirectamente afectadas al uso público” (*Derecho administrativo*, 5a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1955, t. II, p. 349). En el mismo sentido, Fernando F. M., *Régimen legal de las obras públicas*, Buenos Aires, Depalma, 1966, p. 15.

En sentido contrario piensa Laubadère, quien afirma: “Los trabajos mobiliarios no pueden ser obras públicas, cualesquiera que sean la importancia y el volumen del mueble” (*Traité de droit administratif*, cit., nota 25, pp. 292 y 302).

También Sayagués Laso aplica la obra pública únicamente a inmuebles (*Tratado de derecho administrativo*, edición privada, 1963, t. II, p. 87).

práctica es el porqué no sobra, sino al contrario, es necesario recalcarlo, que el trabajo que lleve a cabo la administración bajo el título de obra pública debe ser para beneficio de la colectividad.

Este elemento se cumple cabalmente en la construcción de la vivienda de interés social, que lleva a cabo el gobierno federal y el gobierno del Distrito Federal, aun cuando concluida la vivienda ésta pase a ser propiedad de los particulares, quienes son los titulares de la garantía social que previene el artículo 4o. de la Constitución como el derecho que tiene toda familia a disfrutar de vivienda digna y decorosa. Para la jurisprudencia francesa éste sería un caso de trabajo público, pero no de obra pública, pues el “bien construido” no pasa al dominio público del Estado, sino al dominio privado de los particulares.

Aprovechamos el ejemplo de la vivienda de interés social para reiterar que obra pública es servicio, operación o trabajo, pero no el bien objeto de la acción o servicio de obra pública, pues de esta manera el bien al cual se aplica puede ser propiedad del Estado o propiedad de los particulares, sin que este régimen de dominio influya sobre la noción de obra pública.

Este elemento no figura en el concepto o idea de obra pública que regula la Ley de Obras Públicas, tal vez porque lo consideró su autor como ínsito a la actividad estatal. En resumen, son cuatro los requisitos de la obra pública:

1. Que consista en una acción, trabajo o servicio.
2. Que sea una actividad del Estado.
3. Que se aplique el trabajo a bienes muebles o inmuebles.
4. Que el fin que se proponga el trabajo público sea para beneficio colectivo.

2. *Concepto de la Ley*²⁹

Sobre el concepto de obra pública, aunque no era propio a su función hacerlo, la anterior Ley de Inspección de Contratos y Obra Pública de 1965 fue sumamente lacónica. En su artículo 1o. señala como obra pú-

²⁹ La Ley de Obras Públicas, número 13064, ley nacional de Argentina, define a la obra pública nacional como “toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del Tesoro de la Nación; a excepción de las efectuadas en subsidios que se registrarán por ley especial, y las construcciones militares, que se registrarán por la Ley número 12737 y su reglamentación y supletoriamente por las disposiciones de la presente”.

blica a las obras de construcción, instalación, conservación, reparación y demolición de bienes inmuebles, concepto que ha sido superado en cuanto a mayor claridad y extensión, podríamos decir que hasta en forma excesiva, por la descripción más que concepto que contiene el artículo 2o. de la vigente Ley de Obras Públicas.

Ciertamente, el texto actual que regula las obras públicas federales y del Distrito Federal recoge como idea general sobre lo que para los efectos de él debe entenderse como obra pública: “todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles por su naturaleza o disposición de ley” (primer párrafo del artículo 2o.). Desde luego, ya se advierte que mejora mucho esta idea a la manejada por la Ley de 1965, pues se precisa, como era necesario, que toda obra pública es un trabajo o una acción consistente en alguno de los apuntados y, además, que recae sobre inmuebles por su naturaleza o por disposición de ley, distinción o aclaración que no se hacía por aquélla. Para saber cuáles son estos inmuebles se aplica, como dijimos antes, el Código Civil para el Distrito Federal, obligada remisión, aunque no la prevenga expresamente la Ley, en su artículo 750, que lista los bienes inmuebles, en su doble condición.

Sin embargo, a pesar de que la Ley vigente mejoró en lo precisado, a la de 1965, también es cierto que incurre, a nuestro juicio, en el grave error de incorporar a la idea de obra pública otros trabajos o acciones que, por la forma en que literalmente se conciben, rebasan lo que podría en rigor estimarse como una obra pública en los términos que hemos señalado antes.

En la primera fracción, el artículo 2o. señala que quedan comprendidos como obra pública:

La construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes a que se refiere este artículo, incluidos los que tienden a mejorar y utilizar los recursos agropecuarios del país, así como los trabajos de exploración, localización, perforación, extracción y aquellos similares que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentran en el suelo o en el subsuelo.

Por la simple lectura del párrafo transcrito, se podría tomar en cuenta que la idea de obra pública integrada con los trabajos que tiendan a mejorar y utilizar los recursos agropecuarios y a la explotación y desarrollo de los recursos naturales del país, se convierte en algo anárquico, por su

excesiva amplitud conceptual. Algo trata de circunscribir dicho concepto lato el Reglamento de la Ley, en su artículo 4o., a saber:

Entre los trabajos que tiendan a mejorar y utilizar los recursos agropecuarios y explotar y desarrollar los recursos naturales del país que la ley considera obra pública, quedan comprendidos:

I. Desmontes, subsuelos, nivelación de tierras, desazolve y deshierbe de canales y presas, lavado de tierras.

II. Instalaciones para la cría y desarrollo pecuario.

III. Obras para la conservación del suelo, agua y aire.

IV. Instalación de islas artificiales y plataformas, localizadas en zonas lacustres, plataforma continental o zócalos submarinos de las islas, utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos.

V. Instalaciones para recuperación, conducción, producción, procesamiento o almacenamiento, necesarias para la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentren en el suelo o subsuelo.

VI. Los demás de infraestructura agropecuaria o para la explotación de los recursos naturales que señalen las leyes de la materia.

Empero, como podrá observarse, esos trabajos enumerados sólo son a guisa de ejemplo, pues empieza diciendo el precepto: “Entre los trabajos...”. En consecuencia, no se sabe con meridiana precisión qué trabajos y obras públicas están comprendidos en “mejorar y utilizar los recursos agropecuarios”, y en “explotar y desarrollar los recursos naturales”. Parece que será la propia administración la que decidirá, en principio, en cada caso, si se está en presencia o no de una obra pública y si no se está de acuerdo, el juez tendrá que decidirlo.

Están incorporados también a la idea de obra pública los trabajos a que se refiere la fracción II del mismo artículo 2o., es decir, “La construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes inmuebles destinados a un servicio público o al uso común”.

Es oscuro el texto antes transcrito. Si lo tomamos en su letra, está considerando obra pública a todo trabajo —construcción, instalación, etcétera— aplicado a inmuebles que están destinados a un servicio público o al uso común, sin distinguir si tales inmuebles son propiedad del gobierno o de los particulares. Sin embargo, nos parece que la fracción es gravemente omisa por no señalar que se trata de inmuebles que son del dominio público de la Federación, entre los cuales sí se encuentran sus dos clases de inmuebles y no así en el dominio privado de los particulares.

Como se sabe, es la Ley General de Bienes Nacionales la que determina qué bienes son los destinados a un servicio público y cuáles son los de uso común. Son bienes que forman parte del dominio público de la Federación, como se previene por el artículo 2o., fracciones I y V, de dicha Ley. Sin definirlos, la ley los lista en forma taxativa, en el artículo 29 a los de uso común, y en los artículos 34 y 35 a los destinados a un servicio público.

Puede verse que en esta tercera acepción de trabajos de obra pública se excluyen deliberadamente los bienes muebles, pues se habla expresamente de inmuebles. Si se observa bien, por otra parte, no hacía falta tal previsión, pues todos los bienes enumerados en los artículos 29, 34 y 35 son inmuebles.

Finalmente, tal vez no quiso el legislador federal que se le escaparan otros trabajos y en la fracción III y última del artículo 2o. se incluyen como obra pública: “todos aquellos de naturaleza análoga”. Esta frase, verdadero cajón de sastre, permite que sea la autoridad administrativa la que monopolice la idea de obra pública, pues a ella tocará en principio decidir si un cierto trabajo que realicen los gobiernos federal o del Distrito Federal es o no obra pública por su “analogía” con los anteriores que describe el precepto.

Vuelve a decirse, la vigente ley mejoró el concepto de obra pública de la ley de 1965, pero se fue al extremo y lo llenó de todo lo posible y hasta de todo lo imaginable por la administración fuera de su texto mismo.

Pero el cuerpo del artículo 2o. no encierra todo el concepto o idea de obra pública que regula la Ley de Obras Públicas.

Aplicando en el fondo el principio llamado “carácter atractivo de la obra pública”, concebido por la jurisprudencia administrativa francesa para someter a todos los contratos vinculados a la obra pública a la jurisdicción de los tribunales administrativos, aunque su naturaleza jurídica sea civil, mercantil, etcétera, y no administrativa, el legislador somete al mismo régimen de las obras públicas —por verdadero fenómeno de atracción— a “los contratos de servicios relacionados con la obra pública, que requieran celebrar las dependencias y entidades mencionadas en el artículo 1o. de esta ley” (artículo 15), estas últimas, como se sabe, integran toda la administración pública federal.

En cambio, tiene como ingredientes de la obra pública a “las investigaciones, las asesorías y las consultorías especiales, así como los estudios técnicos y de preinversión que requiera su realización” (artículo 15). Son,

como dice el precepto, elementos de la obra pública, es decir, son obra pública, pero como servicios dependientes de otro principal, el de obra pública consistente en construcción, conservación, etcétera.

Atrae la noción de obra pública a su régimen a todos los contratos de servicios, incluidos el principal, el de obra pública, que son necesarios para su realización, se fragua una contratación de obra pública. Por esto, la ley de obras públicas no lo es del contrato administrativo de obra pública, aun siendo éste el principal contrato. En la Ley de Bases de Contratos del Estado (número 198/1963) y su versión de texto articulado, de España, ni siquiera se habla de obras públicas, simplemente de “contrato de obras” (artículos 20 y siguientes).³⁰ A diferencia de la ley mexicana y la española, el Código de Contratos Públicos (*marchés publics*) de Francia se refiere a los trabajos públicos, con la amplia acepción que les da la jurisprudencia (Decreto número 64-729, del 17 de julio de 1964 y publicado el 21 del mismo mes y año).

III. SISTEMAS DE REALIZACIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS

1. *Administración directa*

Las obras públicas que emprende y ejecuta el gobierno federal pueden realizarse directamente por él, a través de las secretarías o departamentos del Estado (administración centralizada), de los organismos descentralizados, de las empresas de participación estatal, de los fideicomisos públicos y de las sociedades nacionales de crédito (administración paraestatal). A veces lo hace directamente también, pero en cooperación con los gobiernos de los estados y de los municipios y excepcionalmente con los gobiernos de países extranjeros (en este último caso están la construcción de puentes internacionales, edificios públicos, caminos, etcétera).

Esto supone necesariamente que el gobierno federal cuenta con todos los elementos que requiere la realización de una obra pública. Por ejemplo

³⁰ Particularidad o mutismo deliberado de la ley, que merece de Garrido Falla el siguiente comentario: “...la vigente Ley de Contratos del Estado (artículo 1o. y artículos 20 a 61 del texto articulado de 1965) al hablar consciente y reiteradamente del contrato de obra quita la razón de ser de esta distinción (obras públicas y obras no públicas realizadas por entidades administrativas). En adelante, cualquier contrato de obras de una entidad administrativa está sujeto al derecho administrativo” (*Tratado de derecho administrativo*, 4a. ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971, vol. II, pp. 76 y 77).

que posee la herramienta, maquinaria y equipo suficientes y apropiados para la obra de que se trate, pues serán diferentes para la construcción de un camino o de una carretera que para una presa, para el transporte colectivo denominado casi universalmente “metro”, para el drenaje profundo (obra con caracteres específicos para el Valle de México), para puentes que salvan los obstáculos para la comunicación humana de ríos, precipicios o caprichos de la naturaleza, para una planta petroquímica o nuclear, etcétera; que cuenta con los recursos tecnológicos que imponen las sofisticadas obras de la vida contemporánea; que tiene a su disposición los recursos humanos técnicos, suficientes y eficaces que demandan en una hora la urgencia y seguridad de las obras; que es dueño de la experiencia que garantice el éxito de la obra; que, finalmente, la operación conjunta de todos estos elementos, si se tienen, no signifique un mayor coste económico de la obra.

Hay algo además importante. Contar con todos esos elementos es pensarlo no para un sujeto *in genere*, gobierno federal, sino para cada uno de los sujetos relevantes que lo integran, secretarías, departamentos, organismos descentralizados, etcétera. No existe una organización o fuente central que aglutine tales elementos y de la cual se aprovisionen cada una de las dependencias y entidades del sector público federal.

Una vez que se dé esa realidad, que cada dependencia o entidad públicas tengan los elementos necesarios para la realización de la obra, independientemente de que el costo de la misma sea cubierto con los recursos presupuestales propios de cada organismo o por medio de recursos externos o inclusive por aportación total o parcial de particulares se está en presencia del sistema de realización directa de la obra, que nuestra ley de obras públicas llama administración directa.

Factibilidad del sistema, como se ha descrito, existe, pero con las modalidades y cambios que la realidad y la experiencia han impuesto. Por lo pronto ni la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, que es hoy la principal responsable de las obras públicas federales (camino, puentes, vías férreas, puertos, centrales de autotransporte, aeropuertos) reúne todos esos elementos para todas las obras que realiza. Menos aún las restantes 17 secretarías de Estado (de los departamentos no se habla, porque a la fecha no existe uno). Ni tampoco se da la hipótesis en los organismos paraestatales. Es natural que así suceda, por las siguientes razones fundamentales.

Adquirir, conservar y financiar a todos los elementos citados por una dependencia, para realizar sus obras públicas, redundará definitivamente en el mayor coste económico de las mismas. La ociosidad en que permanecen maquinaria y técnicos mientras no se presente la necesidad de otra u otras obras lo evidencian. Además, la capacidad de rendimiento de la maquinaria, del equipo y de los técnicos, puede resultar mucho mayor a lo que demanda la obra y entonces se desperdician tales recursos.

Cierto es que existen algunos organismos descentralizados, como el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), que construye obras en “serie”, como son las clínicas y los hospitales que ante el creciente aumento de la población y de las necesidades del servicio público médico, mantiene casi como actividad propia, sin serlo directamente, la realización de esas obras. El mismo fenómeno se presenta con el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, con la construcción de conjuntos habitacionales que no se ve cuándo concluirá esta tarea, pues la necesidad de vivienda del trabajador ni está satisfecha ni se sabe su fin, pero las obras son casi gemelas.

En los dos casos citados, a pesar de cierta homogeneidad de las obras públicas y del carácter permanente de las mismas, el sistema que en la práctica se sigue para su construcción es el de contratación, fundamentalmente, no así para su conservación o reparación. Luego, no es signo alentador para seguir el sistema por administración directa, la permanencia y el mismo tipo de obras.

Las obras públicas son más complejas y complicadas en su realización de lo que parece. Cada vez reclaman más atención y más profunda especialización técnica y financiera, que no están al alcance de toda dependencia gubernamental. La maquinaria y el equipo llegan a diseñarse y a construirse —exprofesamente— para una sola obra, y después, difícilmente pueden utilizarse para otra. Las tecnologías aplicadas se inventan deliberadamente para colmar las exigencias de obras únicas en el país o en el mundo. A menudo los recursos técnicos humanos no existen para la fábrica de una obra imaginada, y se producen o se perfeccionan.

La Ley de Obras Públicas realmente poco se ocupa del sistema por administración directa. Obliga a todas las dependencias y las entidades públicas a que en sus presupuestos separen los recursos para obras públicas, por administración directa o por contrato. El cumplimiento de este requisito corresponde vigilarlo a la Secretaría de Programación y Presupuesto (artículo 17).

Es por “acuerdo” que expide la dependencia o entidad interesada en realizar la obra pública que se sabe que esta última será realizada por administración directa. No se dice que deba publicarse en el *Diario Oficial de la Federación*, ni en ningún otro periódico. Tampoco señala a quién se dirige el acuerdo o si se trata sólo de un documento interno en el que se registran las características de la obra, como lo prevé el párrafo 2 del artículo 51 de la ley.

Asoma como más importante regulación los requisitos a que sujeta la ley el seguimiento del sistema, a saber: *a)* capacidad técnica y *b)* “los elementos necesarios para tal efecto”. Como podrá verse, el laconismo del ordenamiento induce a pensar a que las dependencias o entidades se conducen en este terreno con casi absoluta libertad. Consuela un poco saber que la Contraloría General de la Federación tiene el encargo legal de practicar visitas o inspecciones a las dependencias o entidades, para averiguar y asegurar esencialmente que los recursos económicos autorizados para la obra no se distraigan a fines distintos de ésta.

Nunca se ha sabido públicamente si alguna autoridad ha incurrido en responsabilidad civil, administrativa o penal a propósito de la realización directa de una obra pública. Es posible que se hayan presentado casos, pero esto estará registrado en los anales secretos de la Contraloría.

2. *Contratación de las obras públicas*

Prohijó el artículo 134 de la Constitución, en su texto original de 1917, el sistema de contratación para la adjudicación de las obras públicas. Pero el constituyente fue sumamente ambicioso y visionario a la vez. Decía: “todos los contratos que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicados en subasta...”. Es decir, no se habló sólo del contrato que el gobierno tuviera que celebrar, como si con este lenguaje hubiese tenido en la mente al contrato administrativo de obra pública. De la letra de la norma parece desprenderse, como interpretación correcta, que el autor del precepto quiso referirse a toda clase de contratos, incluido el administrativo citado.

De la interpretación que se hace del precepto nace la idea de la contratación de las obras públicas, o sea, de todos los contratos —públicos y privados— que el gobierno tiene que celebrar para la realización de una obra pública. A esto responde seguramente la denominación de las dos

leyes “reglamentarias” de la norma constitucional que se han expedido hasta la fecha, la anterior de 1965 como Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, pero no ley de contratos administrativos o administrativos de obras públicas, sino más bien contratos vinculados a obras públicas, y la vigente Ley de Obras Públicas, menos comprometida a alguna clase de contratos.

Paradójicamente, sin embargo, las dos leyes se dedican a regular en el fondo el contrato principal o maestro, que es el administrativo de obras públicas, en que coadyuva el artículo 50 de la vigente ley, que dice: “Los contratos que con base en la presente ley, celebren las dependencias y entidades, se considerarán de derecho público”.³¹ Con esta norma, además, se quiso dar luz orientadora para desentrañar el sentido de la frase del artículo 134, “todos los contratos que el gobierno...”, ahora sabemos que todos esos contratos a que alude dicho precepto son contratos públicos.

El mismo artículo 134 es inacabado, al habar en su texto primigenio de gobierno, sin poder saber si se trata del federal, del estatal o del municipal. De hecho —por no tener apoyo constitucional— dieron solución al problema las dos leyes, la de 1965 y la vigente de 1980, pues ambas se refieren a las obras públicas del gobierno federal y del gobierno local del Distrito Federal. Después vendrá la reforma al artículo 134 y las cosas se aclaran. En el párrafo primero del nuevo texto ya se habla de los dos gobiernos precitados, lo que vino a dar la base constitucional a las dos leyes, así sea extemporáneamente.

A. *Contratación administrativa*

Consultado el texto de la Ley de Obras Públicas, sólo puede hablarse de contratación administrativa para la ejecución de las obras públicas federales y del Distrito Federal. Esto quiere decir, que, aparte del contrato administrativo de obras públicas, columna vertebral, están otros contratos y servicios —obligadamente materia de contratos— que se vinculan necesariamente a la realización de la obra y que por este motivo se someten al régimen público de aquella Ley.

Los varios contratos que integran la llamada contratación administrativa no ocultan a la mirada dos realidades importantes, la existencia de contra-

³¹ En la legislación italiana los contratos de obras públicas son considerados contratos privados.

tos privados ligados estrechamente a la obra pública, como son: compra-venta de materiales de construcción, arrendamiento de maquinaria, servicios profesionales, seguros, fianzas, mutuo, etcétera, que no son atraídos al régimen de derecho público y cuyas jurisdicciones son ajenas a la de la obra pública y, el papel preeminente que juega el contrato administrativo de obra pública, que sirve de eje para los tres sistemas de contratación que recoge la Ley.

B. *Contrato administrativo de obras públicas*

Antes de exponer las diversas formas o sistemas que se siguen para otorgar este tipo de contrato es indispensable conocer su concepto y ver cuáles elementos lo integran.

Por principio, debemos reconocer que el contrato de obra pública es, entre nosotros, como dice para el derecho español Garrido Falla, el contrato administrativo por excelencia. No existe duda de esta naturaleza y de ella partimos para su concepto. Los tratados de derecho administrativo y los tratados sobre contratos públicos han creado una doctrina muy prolífica sobre el concepto, aunque existe una enorme coincidencia en los elementos que utilizan para sus construcciones propias.³²

³² En su clásica obra de derecho administrativo, Maurice Hauriou nos dice: “Es un contrato por el cual un empresario se obliga respecto de una administración pública, a ejecutar, bajo la vigilancia de ésta, pero por su cuenta y riesgo, la obra convenida, mediante un precio en dinero que deberá pagársele con arreglo a determinadas bases” (*Précis élémentaire de droit administratif*, deuxième édition, París, Sirey, 1930, p. 348). André de Laubadère en su magnífico tratado de contratos administrativos, en forma sucinta, expresa: “El contrato de trabajos públicos es un contrato por el cual una persona pública encarga a un empresario, ejecutar un trabajo público mediante el pago de un precio” (*Traité des contrats administratifs*, 2a. ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, t. I, p. 255). Con el dato ya sabido que la doctrina y jurisprudencia francesas aplican los trabajos públicos sólo a bienes inmuebles, excluyen a los muebles. Manuel María, Diez, jurista argentino, en su obra de derecho administrativo, da su definición: “Es aquel —contrato— por medio del cual una persona, sea física o jurídica, en general una empresa, se encarga, con relación al Estado, de construir, demoler o conservar una obra pública en las condiciones que fueren establecidas y mediante un precio que debe abonar el dueño de la obra, vale decir, el Estado” (*Derecho administrativo*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1967, t. III, p. 27). Escola, Héctor Jorge, profesor argentino, lo define como “el contrato administrativo que celebra la administración pública para la realización de una obra pública, mediante el pago de un precio al cocontratante particular” (*Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1979, vol. II, p. 180).

El contrato de obra pública es un contrato administrativo por el cual un particular o empresario presta el servicio de obra pública, a la administración, a cambio de un precio.

Como todo contrato, este contrato administrativo posee dos elementos esenciales: consentimiento y objeto. El consentimiento se forma por las voluntades de la administración pública y de los particulares o empresarios, no es posible pensar en un contrato de esta especie sin que participe como una de las partes contratantes la administración. No es decisiva la presencia de ésta para determinar el carácter administrativo del contrato, pues bien sabemos que figura normalmente como parte en los contratos privados, sin que éstos por ello cambien su naturaleza de tales, pero sí es esencial. El objeto consiste en la creación de efectos de derecho, que se traducen fundamentalmente en la obligación de realizar o ejecutar un servicio de obra pública por los particulares y en la obligación de entregar un precio por la administración pública.

En el objeto decimos deliberadamente servicio de obra pública, pues no basta decir obra, cualquier obra. Bien puede la administración contratar a particulares para que le realicen una obra por medio de un contrato privado. Cambia empero a administrativa la naturaleza del contrato si el servicio que se presta es de obra pública, con la noción que de ésta hemos sostenido. En rigor, en este contrato el objeto indirecto, que es la obra pública, es lo que origina y justifica en él el régimen de derecho público.

Para legislaciones como la nuestra, en que, según apuntamos, por mandato expreso el contrato de obras públicas es de derecho público (artículo 50), e igual trato de él hacen: la Ley de Bases de Contratos del Estado (texto articulado) de España (8 de abril de 1965); el *Code des Marchés Publics* (Decreto número 64-729 de 17 de junio de 1964, *JO* 21 de julio de 1964) de Francia, el que dice en su artículo 1o.: “Los contratos públicos son contratos celebrados bajo las condiciones previstas en el presente código, por las administraciones públicas, en vista de la realización de trabajos, suministros y servicios” (“*travaux publics*”, que comprende a las obras públicas), y las legislaciones de obras públicas, nacional y de Buenos Aires, de Argentina, no existirá duda posible acerca de la índole administrativa del contrato, ni siquiera la habrá en legislaciones como la italiana en que de plano lo tienen como contrato privado. Pero para las legislaciones que no deciden nada sobre este contrato, la duda seguramente se disipará si se apoya la respuesta en el objeto de obra pública del contrato.

Conviene ahora puntualizar, para evitar confusiones, lo que debe entenderse por contrato de obra pública y concesión de obra pública. La diferencia entre ambos radica en que en el primero el particular se obliga sólo a la realización material de la obra, en cambio, en el segundo, además de esto último, posee el derecho de explotarla. Es claro, por otro lado que, así como hay contratos exclusivamente para la realización de una obra pública, también los hay únicamente para explotarla.

Quien tiene la concesión para construir una carretera o un puente tiene el derecho de construir estas obras y además el derecho de explotarla, cobrando el peaje al tránsito por ellas, por ejemplo. Es también este tipo de concesiones una manera a la que recurren los gobiernos para financiar algunas obras públicas.

C. Sistemas de contratación de las obras públicas

No hay libertad absoluta en el funcionario para elegir al cocontratante de la administración, existen reglas o formas preestablecidas a las cuales debe someter su voluntad y criterio. Estas limitaciones a la contratación pública obedecen fundamentalmente a razones de orden técnico y económico y al evidente interés público en juego. El Estado no puede servirse de quien no posee la suficiente preparación técnica para ejecutar una obra pública; tampoco puede aceptar condiciones onerosas que pongan en grave peligro los intereses económicos públicos, menos aún retardar indefinidamente la conclusión de una obra. En consecuencia, la imposición de formas o procedimientos a seguir para celebrar contratos públicos es totalmente en garantía de los intereses del Estado y de la sociedad.

La doctrina y el derecho elaborados en distintos países nos enseñan que existen varios sistemas o procedimientos a través de los cuales el Estado contrata las obras públicas. En nuestro derecho de obras públicas se adoptan en general tres formas o sistemas para celebrar los contratos de obra pública: *a)* libre contratación o concierto directo; *b)* concurso abierto y *c)* concurso cerrado.

a) Por libre contratación o, como también se le denomina, concierto directo. Este procedimiento consiste en la libertad o discrecionalidad máxima con que cuentan los funcionarios públicos para elegir al cocontratante de la administración. Sin embargo, aparte del límite natural que su propia competencia les impone, *ratione materiae*, el artículo 134 constitucional,

como se podrá comprobar en la transcripción que de éste se hizo antes, prevé límites a esa libertad: “precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes”.

Debe estimarse como caso de excepción la aplicación de este sistema, pues el procedimiento ordinario que la ley prevé para la contratación es el del sistema de concurso cerrado. No obstante lo dicho, las dependencias y entidades hacen tanto uso frecuente del procedimiento de excepción que se vuelve difícil asegurar este carácter. Contribuye a este hecho que la ley sólo exige que la autoridad formule un dictamen en el que se acredite estar en una de las varias hipótesis que registra el artículo 56, que no se presenta como imposible, dadas las fórmulas tan genéricas en que se conciben las hipótesis. Por ejemplo, las de la fracción I, del citado artículo 56, “Cuando peligre o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país, como consecuencia de desastres producidos por fenómenos naturales o por casos fortuitos o de fuerza mayor. En estos casos las dependencias y entidades se coordinarán, según proceda, con las dependencias competentes”.

A juicio de quien se está en el supuesto de que peligre o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, etcétera, de la misma dependencia o entidad administrativa contratante, que, según el propio artículo 56, todo queda “bajo su responsabilidad”. La ley no previene el procedimiento para exigir esta responsabilidad. En la práctica, lo que verdaderamente prevalece es la impunidad.

Sorprende que recientemente, a causa de los desastres materiales y humanos que causó el Ciclón Gilberto en los estados del norte del país. (Nuevo León y Tamaulipas), y del sur (Quintana Roo, Yucatán y Campeche) —septiembre de 1988—, la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología dictara un acuerdo y lo publicara en el *Diario Oficial* del 28 de septiembre de 1988, para el efecto de que se aplicara el sistema que se comenta por estarse en la hipótesis de la fracción I transcrita. La ley no la obligaba a dictar semejante acuerdo ni tampoco a publicarlo.

Otras hipótesis que el artículo 56 previene, de libre contratación, son: *a)* cuando la autoridad hubiere rescindido el contrato de obra pública, antes adjudicado (fracción II); *b)* cuando la naturaleza de la obra imponga procedimientos de tecnología avanzada (fracción III); *c)* cuando la obra sea de conservación, mantenimiento, restauración, reparación o demolición, que no sea posible precisar (fracción IV) y *d)* cuando para la

realización de la obra se utilice mano de obra campesina o urbana marginada (fracción V).

En otro precepto, el artículo 57 de la ley, también se prohija el sistema. Dependiendo de cuál sea el monto de la obra, se podrá o no seguir la libre contratación. Lo interesante del caso es que ese monto máximo, según la ley, habrá de fijarse en el presupuesto de egresos anual del gobierno federal y del gobierno del Distrito Federal y como estos presupuestos revisten la forma de iniciativa de ley, que se envía para su aprobación a la Cámara de Diputados y las tales dos iniciativas, por una costumbre constitucional, siempre las elabora el Ejecutivo Federal, es la propia autoridad administrativa contratante la que, en definitiva, fija el “supuesto” para aplicar el sistema.

Pero donde el sistema alcanza su grado máximo de libertad es en las obras a que se refiere el artículo 55, a saber: “El presidente de la República acordará la ejecución de obras, así como el gasto correspondiente, y establecerá los medios de control que estime pertinentes cuando éstas se realicen con fines exclusivamente militares o para la Armada, o sean necesarios para salvaguardar la integridad, la independencia y la soberanía de la Nación y garantizar su seguridad interior”.

b) Por concurso abierto. Consiste este segundo sistema en el deber que tienen los funcionarios públicos de llamar a concurso a todas las personas físicas o morales interesadas para escoger el mejor cocontratante de la administración. Es esta una forma de garantizar que la decisión para adjudicar un contrato de obra pública, se guíe por factores objetivos como son los señalados en el artículo 134 constitucional y no por los de índole puramente personal.

Es un procedimiento escasamente acogido por la Ley de Obras Públicas, en su artículo 57, para cuando la obra pública por realizar rebasa el monto que se fija en los presupuestos de egresos a que se refiere el propio precepto.

Si pensamos en tiempos normales, siempre será mejor cualquier sistema de concurso o de subasta, de la obra pública, que el de libre contratación. Anida en este último mucho personalismo, aun cuando se tenga plena justificación para realizar obras que no pueden esperar procedimientos administrativos que casi siempre naufragan en el burocratismo, lento e incierto.

La alternativa es difícil, o preferimos la obra oportuna ante desbordamiento de ríos, ciclones y terremotos devastadores, erupción de volcanes

e incendios forestales, explosiones de plantas de petróleo y gas, etcétera, y toleramos que los funcionarios públicos se aprovechen de tales eventos y conviertan la obra pública en negocio personal, o bien se perfecciona un procedimiento de concurso que salve los obstáculos de tiempo y seguridad y se cree en la sociedad la confianza plena de que sus contribuciones económicas, en los casos citados de desastre, serán empleadas sólo en auténticas obras públicas que se requieren para combatirlos.

c) Por concurso cerrado. Es el procedimiento ordinario y obligado que deben seguir las autoridades para contratar las obras públicas. Posee como característica peculiar, que lo diferencia del anterior concurso abierto, que aquí los convocados o invitados a participar son únicamente aquellos particulares o empresarios que previamente están inscritos en un registro o padrón de contratistas elaborado por la autoridad. En esta forma, la administración se asegura que sus contratantes sean empresarios y técnicos idóneos.

Es a través de la licitación pública que se adjudicará el contrato de la obra pública que se subasta, que recoge el artículo 134 multicitado, y que la Ley de Obras Públicas y su Reglamento regulan como vía principal.

A pesar que, desde la ley de 1965, se califica a este procedimiento de moroso y oneroso, lo primero, por los muchos meses y hasta varios años que se llevan para su desahogo y feliz término, y lo segundo, porque tanto a la administración como a los concursantes les significa invertir tiempo y recursos económicos a veces desmesurados o cuantiosos, para llegar a convencerse acerca de la factibilidad técnica, financiera y hasta política de la obra, sigue siendo el mejor camino para las dos partes contratantes.

Mucho tiempo hace onerosa a la obra pública y a su contrato, es cierto, pero tratar de reducirlo sólo por mandato de ley o por políticas de políticos metidos a contratistas por las eventualidades de un gobierno sexenal, es ignorar la dimensión y complejidad que tiene cada obra pública que es la razón de ser del tiempo, mayor o menor. Bastaría tomar nota ahora del mucho tiempo que toma a los gobiernos planear y programar su obra, para ponderar nuestros juicios acerca del procedimiento denostado de luengo y, por esto, de costoso.

Las grandes y las buenas obras públicas no se inventan de un día a otro, ni su contratación es improvisación, ni su ejecución es carrera olímpica.

D. *Procedimiento de contratación*

Contrariamente a lo que se pudiera pensar, la Ley de Obras Públicas no viste al procedimiento de contratación de las obras públicas, de concurso cerrado, de formalidades excesivas e inútiles, se diría que es más bien informal y abreviado hasta lo posible o factible.

Fue la ley vigente la que antepuso al “procedimiento” fraguado por la ley de 1965, tres pasos previos: planeación, programación y presupuestación. Es posible que de hecho la administración los diera, por su elemental y hasta necesaria presencia, pero se formalizaron a partir de 1980, año como se sabe de la ley (artículos 12 a 18).

Tres grandes partes integran el procedimiento: 1) la génesis política y económica de la obra, o sea, la planeación, la programación y la presupuestación; 2) la secuela de adjudicación del contrato y 3) la celebración o adjudicación del contrato.

1) Génesis de la obra. No es retórica decir génesis política y económica de la obra pública. Idear una obra pública es inseparable como respuesta a la necesidad que de la misma tiene la colectividad o la sociedad. No se idea la obra *per se*, sin vincularla a los requerimientos del pueblo.

Cuando se planea una obra pública, primero, se piensa en su necesidad, en los beneficios que reportará o en los daños o perjuicios que evitará a la colectividad. Para qué la obra, para quiénes, qué utilidad pública resultará. Qué obstáculos es necesarios vencer, políticos o económicos, para hacerla viable; qué apoyos materiales, geográficos y humanos se pueden aprovechar y beneficiar a la vez. En fin, planear una obra pública es hacerla viable en todos los sentidos, pero con resultados positivos para la colectividad y no sólo para el gobierno que construye, en sí mismo considerado.

Cuando se programa una obra pública, se busca esencialmente su factibilidad material y técnica. Cómo realizarla; con qué elementos físicos y técnicos; tiempo de realización; sitio, zona, región, lugar para su ejecución; maquinaria y equipo idóneos; tecnologías preferibles; etcétera.

Cuando se presupuesta una obra pública, se pesa su costo económico, ya no político ni técnico. Con qué recursos económicos se cubre la obra, fuente de su obtención, manejo adecuado u óptimo de los recursos disponibles, aplicación justa, financiamientos internos o externos o su combinación, etcétera.

Aunque la ley en su artículo 1o. dice categóricamente que su objeto es regular el “gasto” de la obra pública, esto no se hace. Aquí es aplicable la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público,³³ como para lo relativo a la planeación de la obra es de aplicarse la Ley de Planeación,³⁴ que es ley reglamentaria del artículo 25 de la Constitución.

3. *Secuela de contratación*

Agotadas las tres fases previas que proporcionan la base segura a la administración para tomar la decisión de contratar la obra, la misma Secretaría de Estado o el organismo público que las desahogó y que es el interesado en la realización de la obra, es el encargado de instruir el expediente relativo en la escuela a seguir.

El primer acto es la convocatoria. Se licita o invita públicamente a los contratistas o empresarios, previamente registrados, a participar en el concurso, cuyo objeto es la subasta y contratación de la obra pública. La publicidad de la convocatoria se hace publicándola en uno de los diarios o periódicos de mayor circulación en el territorio nacional (digamos *Excelsior*, *Universal*, *Novedades*), y en otro de circulación en el territorio donde se va a ejecutar la obra. Y así se cumple en la práctica.

Los contenidos de la convocatoria se precisan en el artículo 30 de la ley, que sumariamente son los siguientes: *a)* el nombre de la secretaría u organismo público convocante; *b)* descripción técnica de la obra; *c)* lugar de ejecución de la obra; *d)* plazo y lugar de inscripción; *e)* los requisitos que deberán de cumplir los concursantes; *f)* lugar, fecha y hora en que se llevará a cabo la junta o acto de apertura de inscripciones; *g)* criterios conforme a los cuales se decidirá la adjudicación (tiempo, calidad de los materiales, costo de la obra, etcétera), *h)* fijar los anticipos que se otorgarán al ganador del concurso.

Un requisito que merece referencia aparte es la garantía que los participantes deben otorgar, a fin de asegurar que continuarán en todo el trámite del concurso pues de lo contrario, si lo abandonan o se desisten, aquella garantía se hace efectiva a favor del gobierno. La razón de esta garantía es que la autoridad invierte tiempo y recursos (técnicos, pruebas, etcétera) y éstos se perderán sin ningún resultado útil si el participante en forma indolente o desinteresada se retira. El monto de la garantía estará en relación

³³ Publicada en el *Diario Oficial* del 31 de diciembre de 1976.

³⁴ Publicada en el *Diario Oficial* del 5 de enero de 1983.

con el tipo de obra pública y así lo fija discrecionalmente la autoridad convocante.

Cada una de las proposiciones que se hagan se harán en sobre cerrado, como lo ordena el mismo precepto constitucional (artículo 34).

El segundo acto es la junta o acto de apertura de proposiciones. Su objeto es descubrir a los ojos de todos los participantes el sentido de cada proposición, por decir algo: precio, calidad, tiempo de realización de la obra. En este acto la ley es omisa en señalar si alguno de los presentes puede pujar o mejorar su proposición, y en caso de ser posible, si goza de algún tiempo razonable para hacerlo. Un cambio mayor o menor en una postura no se puede hacer en ese mismo acto, por la naturaleza de la obra, en todos sus aspectos se requieren estudios que demandan tiempo extra.

El tercer acto es la junta pública en que se da a conocer el fallo. Después de todos los estudios, verificaciones, análisis, etcétera, que hace la autoridad para cerciorarse de la exactitud y seriedad de las posturas, emite un dictamen en el cual, calificando o evaluando las proposiciones, se deciden a por una o por ninguna declarando desierto el concurso.

En este acto se adjudica el contrato. Termina en consecuencia la secuela de la contratación, y se cancelan las garantías de los concursantes perdedores y del mismo ganador, que, como se dijo, aseguran su participación hasta el final.

4. La adjudicación del contrato

El cumplimiento formal con los requisitos de la ley y de la convocatoria no asegura fatalmente el triunfo a nadie. Por principio, se puede dar el caso que dos o tres de los concursantes los cumplan, y entonces la autoridad resolverá como lo ordena la ley, en favor de la postura “más baja” (artículo 36). Pero, además, no puede ocultarse a nadie la amplia discrecionalidad con que la administración toma sus fallos al respecto, sin pensar por ahora que lo haga para fin diverso que el bien mismo de la obra pública.

Encerrar a la administración en requisitos estrictamente formales como lo puede ser en un momento dado ese precio bajo, es impedirle que escoja al contratista que tiene mayor experiencia en el tipo de obra, que tiene maquinaria o equipo más moderno y adecuado, que cuenta con asistentes técnicos más calificados, etcétera. Es una discrecionalidad administrativa

que exige la naturaleza misma de las obras públicas y que además no se sale de todo control jurisdiccional.

Contra el fallo que dicta la autoridad, adjudicatorio de contrato, dice la ley, no procede recurso alguno (artículo 36), pero enseguida dispone que los interesados podrán inconformarse ante la contraloría en los términos del artículo 58 bis de la ley. En el texto original —no reformado— del artículo 36 la prohibición era categórica y escueta. A simple vista, este precepto resulta anticonstitucional, pues estaba prohibiendo en el fondo que se pudiera interponer el juicio de amparo que regula la Constitución, la que no prevé semejante excepción.

Reformado el artículo 36 y adicionado el artículo 58 bis de la ley, ahora sí existe la posibilidad de la inconformidad administrativa, que podrá interponerse ante la misma autoridad convocante o ante la Contraloría, dentro de los diez días naturales siguientes al fallo del concurso. Si bien el propio precepto previene que si transcurre dicho plazo sin que se presente la inconformidad “precluye” el derecho de los participantes para poder hacerlo, esto no prohíbe ni niega la posibilidad constitucional de la interposición del juicio de amparo.

La razón o motivación legal de la inconformidad, o en su caso del amparo, es que la autoridad no hubiese cumplido con los requisitos que la ley le impone para dictar su fallo adjudicatorio. Este es nulo de pleno derecho (párrafo penúltimo del artículo 36) si así se dicta.

Sólo si no hubiere concursante idóneo, por no cumplir con las condiciones de la ley, el concurso se declarará desierto, y la administración se verá obligada a lanzar nueva convocatoria.

El contrato debe formalizarse por escrito dentro de los veinte días siguientes al de la adjudicación. Es posible que el ganador no desee firmar el contrato, y entonces pierde su garantía a favor de la administración y ésta queda en libertad para escoger al segundo o subsecuentes concursantes.

Ejecución del contrato

Firmado el contrato, el ahora cocontratante de la administración deberá otorgar una nueva garantía que asegurará el cumplimiento del contrato y cuyo monto se fijará por la autoridad convocante.

Puede revestir dos modalidades la ejecución del contrato: *a)* a precio alzado o *b)* a precios unitarios. La primera consiste en que el precio a pa-

gar al contratista se fija por el todo de la obra, independientemente de anticipos u otras formas de ir cubriendo el costo de la obra. La segunda divide en distintas etapas técnicas o materiales la realización de la obra y por cada una se fija un precio, que se cubrirá al contratista.

Cualquiera variación en la economía del contrato por parte de la administración podrá hacerse mediante convenio con el cocontratante. Lo mismo si se modifica el plazo pactado mediará convenio. Pero en ninguno de los dos casos el cambio debe modificar sustancialmente el proyecto original.

Admite la ley la cláusula que la doctrina y la jurisprudencia francesas llaman “hecho del príncipe”, que significa la posibilidad que tiene la administración para rescindir unilateralmente el contrato (artículo 46) por razones de interés general o por contravención de los términos del contrato o de las disposiciones de ella.

Durante la ejecución del contrato, tanto la autoridad interesada como las Secretarías de Programación y Presupuesto y de la Contraloría General de la Federación, ejercen poderes de vigilancia e inclusive pueden suspender la ejecución si tienen razones fundadas para ello.

Aun concluida, entregada la obra y admitida oficialmente por la administración, el cocontratante responde de los vicios ocultos de la misma y “de cualesquiera otra responsabilidad en que hubiere incurrido”. Este principio de responsabilidad civil es de una gran trascendencia e importancia.

La responsabilidad civil, y agregaríamos penal, del cocontratante debiera ser real, efectiva, que no se frustrara por razones políticas. Los sismos o terremotos sufridos en la ciudad de México, en el año 1985, serán inolvidables por sí mismos, ya que sus consecuencias fueron gravísimas. La pérdida de numerosas vidas y de cuantiosos bienes materiales, nunca se sabrá cuáles fueron exactamente y de estos últimos todavía se están descubriendo más, de edificios de irremediable demolición. De entre esos penosísimos desastres afloraron dos circunstancias, que impone la temática de estas líneas hacer resaltar, la ineptitud e ignorancia de las autoridades todas del Departamento del Distrito Federal para hacer frente a la situación y la vergonzante impunidad en que finalmente —transcurridos más de tres años de “investigaciones”— quedaron los constructores de obras públicas como los conjuntos habitacionales de Tlatelolco, derribados, destruidos y de incierta seguridad los que permanecen en pie.

IV. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LAS OBRAS PÚBLICAS

1. *Antecedentes*

En el lapso de 1917 a 1962 la única vía procesal existente para controvertir la legalidad de resoluciones dictadas a propósito del cumplimiento o interpretación de contratos de obras públicas fue el juicio de amparo, regulado en la Constitución, artículos 103 y 107. Después, al injertarse en la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación su conocimiento, por adición al artículo 160 del Código Fiscal de la Federación, se modificó el sistema de justicia administrativa para las obras públicas.

El texto que se agregó al artículo 160, adicionado con la fracción IX, expresó:³⁵ “Con motivo de las controversias que se susciten sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias del Poder Ejecutivo Federal”.

A partir de entonces el sistema fue híbrido. Primero, el juicio contencioso administrativo ante un tribunal administrativo, el Tribunal Fiscal de la Federación; después, contra las sentencias de éste, a los tribunales del Poder Judicial federal por medio del amparo si el inconforme es el particular o del recurso de revisión ante la sala administrativa de la Suprema Corte de Justicia si la autoridad es la inconforme.

Aquel Código de 1938 fue abrogado y sustituido por su homólogo de 1967,³⁶ pero a la vez se expidió la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación³⁷ en ese mismo año (1967). En el artículo 22, fracción VII, de este último, se conservó casi literalmente el dispositivo competencial del artículo 160, precitado. Los dos nuevos ordenamientos en nada modificaron las vías procesales descritas.

2. *Situación actual*

En 1978 se expide una nueva y hoy vigente Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación,³⁸ y el mismo mandato se reproduce en la

³⁵ Adición al artículo 160 del Código Fiscal de la Federación de 1938 (abrogado). publicada en el *Diario Oficial* del 30 de diciembre de 1961, en vigor el 1o. de enero de 1962.

³⁶ Publicado en el *Diario Oficial* del 19 de enero de 1967.

³⁷ Publicada en el *Diario Oficial* del 19 de enero de 1967.

³⁸ Publicada en el *Diario Oficial* del 2 de febrero de 1978.

fracción VII del artículo 23, pero con algún cambio conceptual: “Las —resoluciones definitivas— que se dicten sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias de la administración pública federal centralizada”. Ya no se habló de dependencias del Poder Ejecutivo Federal, deliberadamente se quiso excluir sin duda alguna a las entidades de la administración pública paraestatal, pues expedida la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal dos años antes en ésta se divide la administración federal en dos partes: la centralizada y la paraestatal, y había que estar acorde con ella. Pero la ley de 1978 en nada cambió lo procesal administrativo reñado.

El Código Fiscal de la Federación de 1967 fue abrogado por el vigente de 1981³⁹ (que entró en vigor hasta 1983), pero sigue en vigor la Ley Orgánica de 1978.

Apenas el 15 de enero de 1988⁴⁰ entraron en vigor reformas a la Ley Orgánica de 1978 y al Código de 1981, que modificaron el sistema. Ahora contra las sentencias que dicten las salas regionales del Tribunal Fiscal — primera instancia— el particular podrá interponer amparo y la autoridad el recurso de revisión, pero ya no ante la Sala Superior del propio Tribunal sino ante los tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial federal (artículo 248 del Código).

La competencia en materia contenciosa administrativa de contratos de obras públicas se conserva por las salas regionales del Tribunal Fiscal de la Federación.

Paradójico resulta que en veintiséis años de estar vigente la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación, por reforma de 1961 hecha al artículo 160 del Código Fiscal de la Federación de 1938, para conocer de las controversias a que dieran origen la interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas no se hubiese presentado juicio alguno para resolver ese tipo de controversias. Es hasta 1988 que se conoce el primero, el juicio de nulidad número 8765/86, cuya sentencia fue dictada el 25 de abril de ese año por la Quinta Sala Regional Metropolitana, en que se resolvió a favor de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, la que decretó la rescisión del contrato de obra pública por retraso en la construcción de la misma en que incurrió la empresa Huarteca, S. A.

³⁹ Publicado en el *Diario Oficial* del 31 de diciembre de 1981.

⁴⁰ Publicado en el *Diario Oficial* del 5 de enero de 1988.

Sin embargo, es curioso descubrir que cuando una tesorería local requiere el pago de una fianza a una afianzadora, que garantiza el cumplimiento de un contrato de obra pública local, el Tribunal Fiscal de la Federación, para poder llegar a resolver si el cobro de la fianza procede o no, se ve en la necesidad legal de analizar si conforme al clausulado del contrato de obra pública se ha surtido el supuesto de la exigibilidad de la fianza de manera que si el contrato de obra pública local en alguna de sus cláusulas sujeta a una condición determinada la exigibilidad de la fianza, como podría ser el no cumplir con dicho contrato en un plazo o término señalado, se tendrá que enjuiciar el caso conforme a la Ley de Obras Públicas local y a un contrato administrativo celebrado entre autoridad local y particulares.

El Tribunal Fiscal de la Federación conocerá en forma indirecta de conflictos o controversias derivados de contratos de obras públicas locales, con motivo de examinar la legalidad de los requerimientos de cobros de fianza, ya que conforme a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las controversias que se deriven de la aplicación de tal ley son materia competencial del tribunal.

Pero también este tipo de controversias las ha conocido dicho tribunal, en forma indirecta, a través de la aplicación del sistema de responsabilidades en que pueden incurrir los funcionarios públicos al no cumplir con lo ordenado por la Ley de Obras Públicas como aconteció en el juicio de nulidad número 11151/ 85, revisión número 587/87, actor: Héctor Mendoza Gallegos, recurrente: Secretaría de la Contraloría General de la Federación, en que el funcionario público sin tener base en los términos de la convocatoria para la adjudicación de un contrato de obra pública, otorgó a la empresa contratante Constructora Mecánica Civil, S. A. de C. V. anticipos.

En suma, el contencioso de los contratos de obra pública no ha explorado en el Tribunal Fiscal de la Federación, pero tampoco en los tribunales del Poder Judicial de la Federación a través del juicio de amparo. El fenómeno encuentra explicación en el interés que tiene el contratante o empresario de “no pelearse” con la administración pública y conservar su crédito habilitado para otros contratos, con los cuales se verá compensado o recuperado de anteriores pérdidas.