

CAPÍTULO 4. SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS.

4.1. LA INCONFORMIDAD.

La inconformidad es un **medio de defensa** previsto en el artículo 83 de la LOPSRM, con el que cuentan los particulares cuando se sienten afectados en su derechos o intereses por **actos** que se consideran llevados a cabo por servidores públicos de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal en contravención a las disposiciones que rigen los procedimientos de contratación.

4.1.1. Ordenamientos y disposiciones legales que rigen el procedimiento administrativo de inconformidad.

4.1.1.1. Ordenamientos.

Previamente definimos lo que es **Estado y Gobierno**, recordemos que Gobierno se puede definir como **la diversidad de órganos y poderes** encaminados a la ejecución de las disposiciones legales y a la realización de las funciones del Estado, entre las que mencionamos el cumplimiento de un bien público bajo la premisa del orden y el derecho.

Entre la diversidad de órganos que conforman al Gobierno, mencionaremos a **la Secretaría de la Función Pública**¹², cuya Misión es la de consolidar un Gobierno honesto, eficiente y transparente. Fortalece su visión mediante la participación ciudadana, logrando la confianza en la Función Pública, lo anterior mediante acciones gubernamentales prioritarias, entre las cuales destacan:

- Mejorar la regulación, la gestión y los procesos de la Administración Pública Federal.
- Inhibir y sancionar las prácticas corruptas.
- Articular estructuras profesionales, eficientes y eficaces del gobierno.

Ver **ANEXO 10**. Secretaría de la Función Pública. Reglamento Interi

¹² Gobierno Federal / Presidencia de la Republica / Gabinete / Secretaría de la Función Publica

4.1.1.2. Disposiciones legales.

- Artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (D.O.F. 4 de enero 2000) y su Reglamento (D.O.F. 20 agosto 2001)
- Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (D.O.F. 4 de enero 2000) y su Reglamento D.O.F. 20 de agosto de 2001)
- Ley Federal de Procedimiento Administrativo (D.O.F, 4 agosto 1994)
- Código Federal de Procedimientos Civiles (D.O.F. 24 febrero 1943)
- Código Civil Federal (D.O.F. 26 de mayo 1928).
- Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (D.O.F. 11 junio 2002).

4.1.2. Procedimiento de conciliación en la inconformidad, por incumplimiento de lo pactado en los contratos de obra pública¹³.

4.1.2.1. ¿Qué es el procedimiento de conciliación?

Por su significado gramatical, conciliar significa **componer y ajustar los ánimos opuestos de quienes estaban opuestos entre sí.**

Desde una perspectiva jurídica, el procedimiento de conciliación:

"Es el acuerdo a que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos, que permite resulte innecesario dicho proceso. Es asimismo el acto por el cual las partes encuentran una solución a sus diferencias y la actividad que sirve para ayudar a los contendientes a encontrar el derecho que deba regular sus relaciones jurídicas."

La Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM), le otorga particular importancia a la conciliación y a su procedimiento ya que es a través de estos instrumentos como la Administración Pública Federal espera dirimir cualquier controversia o inconformidad que se suscite entre las partes que intervienen en los contratos administrativos ahí previstos, sin necesidad de tener que acudir a otras instancias, autoridades o a la aplicación de otras disposiciones jurídicas.

¹³ Dr. Daniel Ramos Torres, El Contrato de Obra Pública.

4.1.2.2. El procedimiento de conciliación en la LOPSRM.

Antes de describir los aspectos y elementos que caracterizan al procedimiento de conciliación, como parte sustantiva de la LOPSRM, es importante tener presente que los contratos administrativos vienen a ser la culminación de un proceso administrativo de selección de contratistas que efectúan las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal.

El procedimiento de conciliación entre la Administración Pública y el licitante, según lo dispuesto en el Artículo 89 de la LOPSRM, inicia con la presentación de una queja por parte del segundo ante la Secretaría de la Función Pública, por el incumplimiento a cargo de la Dependencia o Entidad contratante de los términos y condiciones pactadas en los contratos administrativos en comento. Ver **ANEXO 11**.

De conformidad con el artículo 25, fracción XIII, del Reglamento Interior de la Secretaría de la Función Pública (SFP) Ver **ANEXO 12**, la Unidad de Normatividad de Adquisiciones, Obras Públicas, Servicios y Patrimonio Federal, y los Órganos Internos de Control (OIC), de la Administración Pública Federal, tienen atribuciones para tramitar los procedimientos de conciliación a que se refieren los artículos 89, 90, 91, de la LOPSRM.

La SFP, o el OIC, en su papel de conciliadores, dentro del marco de la ley, solicitarán a las partes los documentos que considere conveniente para lograr la conciliación, de conformidad a lo establecido en el artículo 224 del Reglamento de la LOPSRM.

El **escrito de queja** que presente el licitador o contratado en su caso, para que proceda la conciliación, debe contener los elementos previstos en el artículo 15 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA) Ver **ANEXO 13**, una vez que se satisfagan los requisitos del caso, correrá el plazo previsto en el segundo párrafo del artículo 89 de la LOPSRM, al igual que el artículo 223 primer párrafo del Reglamento de la LOPSRM.

De conformidad con el segundo párrafo del artículo 223 del Reglamento de la LOPSRM, ante la posibilidad de que el escrito de queja que presente el promovente no reúna los requisitos establecidos, la S.F.P. se sujetara a lo dispuesto en el artículo 17-A de la LFPA, Ver **ANEXO 14.**, si el organismo demuestra que el escrito de queja no reúne los

requisitos indicados en el mencionado artículo 17-A, deberá prevenir al quejoso y este subsanar las omisiones, de lo contrario transcurrido el plazo sin desahogar la prevención se desechara el tramite solicitado.

Una vez recibida la queja respectiva, la SFP, o el OIC, señalaran día y hora para que tenga verificativo la audiencia de conciliación y citara a las partes.

Dicha audiencia se deberá celebrar dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la queja, por disposición del artículo 89, segundo párrafo de LOPSRM., en dicho artículo menciona que la asistencia a la audiencia de conciliación es obligatoria para ambas partes, por lo que la inasistencia por parte del contratista trae como consecuencia el tenerlo por **desistido de su queja**. El Ing. Carlos Suárez Salazar¹⁴ realiza el siguiente comentario al respecto:

“Se sugiere que la inasistencia por parte de la contratante tenga como consecuencia la aprobación de la queja del contratista”

A este respecto, los servidores públicos que fueron facultados por la SFP, para representar a las dependencias y entidades que, sin causa justificada, omitan dar contestación a la queja o no asistan a la audiencia de conciliación, serán sujetos de las sanciones que en los términos del artículo 80 de la LOPSRM procedan. Ver **ANEXO 15**. La SFP deberá citar a una siguiente audiencia de conciliación.

La SFP, o el OIC, con base a los hechos manifestado en la queja y de acuerdo a los argumentos que presenta y aduzca la Dependencia o Entidad contratante, determinara los elementos comunes y los puntos de controversia, así exhortara a las partes para conciliar sus intereses conforme a las disposiciones de LOPSRM, el artículo 90 párrafo cuarto, ordena que en el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo respecto de la controversia, podrán designar a su costa, ante la presencia de la propia SFP, a un tercero o perito que emita su opinión sobre los puntos controvertidos, a efecto de lograr que las partes concilien sus intereses.

¹⁴ Ley y Reglamento Federal de Obras Públicas y sus Servicios 2007.

Sin prejuzgar sobre el conflicto planteado, en caso de ser necesario, la audiencia se podrá realizar en varias sesiones, para ello la SFP deberá citar a una siguiente audiencia y determinara hora y día para que tenga verificativo.

Es de fundamental importancia dentro del procedimiento de conciliación y de conformidad con el artículo 227 del Reglamento de la LOPSRM, Ver **ANEXO 16**, se presente una interrupción de la conciliación.

Finalmente, una vez llegado a un acuerdo, cualquiera que fuese, ambas partes y de conformidad con el artículo 91 de la LOPSRM, deberá de celebrarse un convenio que obligara a las partes y su cumplimiento podrá ser demandado por la vía judicial correspondiente; si no hay conciliación, los derechos de las partes quedan a salvo, para que los hagan valer ante los Tribunales Federales.

En caso contrario, el procedimiento de conciliación concluye de conformidad con el artículo 229 del Reglamento de la LOPSRM con lo siguiente¹⁵:

- I. La celebración del convenio respectivo
- II. La determinación de cualquiera de las partes de no conciliar
- III. El desistimiento de la quejosa.

¹⁵ Ing. Carlos Suarez Salazar, Ley y Reglamento Federal de Obras Públicas y sus Servicios 2007.

4.2. ARBITRAJE.

Como se mencionó en párrafos anteriores, si no hay conciliación, los derechos de las partes quedan a salvo, para que los hagan valer ante otras instancias federales. Cabría la posibilidad de un arbitraje en la Obra Pública, una vez agotadas las instancias del proceso de conciliación, la LOPSRM, en su artículo 15 primer párrafo:

"Las controversias que se susciten con motivo de la Interpretación o aplicación de la Ley o de los contratos celebrados con base en ella, serán resueltas por los Tribunales Federales".

En su segundo párrafo textualmente aclara,

"Solo podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que determine la SFP, mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) y de la Secretaría de Economía (SE), ya sea en cláusula compromisoria incluida en el contrato de obra, o en convenio independiente"

4.2.1. ¿Qué es el arbitraje?

Por su origen, etimológico, el concepto arbitraje proviene del latín *arbitratus*, del adjetivo *arbitrator* que significa árbitro, que es la persona que arbitra en un conflicto de intereses entre partes.

Desde una perspectiva jurídica, el arbitraje es una forma de dar solución a un conflicto entre partes, dada por un tercero imparcial, un árbitro o varios, designado por las partes contendientes, o en ausencia de su consentimiento, la designación será realizada por un juez del fuero común, siguiendo un procedimiento del proceso jurisdiccional.

La resolución por la que se manifiesta el arreglo se denomina laudo, cuya eficacia depende de la voluntad de las partes o de la intervención judicial, según se convenga, si es que la legislación lo permite.

El arbitraje tiene amplia aplicación jurídica. Forma parte importante del Derecho de la Contratación Pública, del Derecho Procesal del Trabajo, pero también del Derecho Comercial y del Derecho Internacional Público, en donde ha alcanzado también categoría de instancia obligatoria.

La LOPSRM, le otorga particular importancia al arbitraje, ya que es a través de este instrumento cómo la Administración Pública Federal espera dirimir cualquier controversia que se suscite entre las partes que intervienen en los contratos ahí previstos, sin necesidad de tener que acudir a otras instancias, autoridades o a la aplicación de otras disposiciones jurídicas.

En México, la Confederación de Cámaras Industriales de los Estados Unidos Mexicanos (CONCAMIN), desde hace más de 85 años, ha fungido como una institución pública, autónoma y con personalidad jurídica propia, que agrupa conforme a la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones, a todas las Cámaras de Industria, como CNICP, CAINTRA, CMC.(Cámara Mexicana de la Industria de la Construcción), CANACEM, CANÍFARMA, CANIRAC, ANIQ y CANACINTRA entre otras; y a las Asociaciones industriales que lo soliciten.

La CONCAMIN, dentro de su estructura, existe la Comisión de Mediación y Arbitraje que procurará reunirse de manera mensual, así como en el caso de cualquier petición hecha por alguna de las integrantes de la Confederación o empresarios en general, que decidan someterse a la mediación o al arbitraje, a fin de solucionar alguna controversia.

Esta Comisión cuenta con un Reglamento De Arbitraje, así como de un Reglamento De Mediación, que serán los órganos rectores para disipar alguna controversia.

4.2.2. El arbitraje en la contratación de obra pública.

Cláusula Compromisoria.

“Es el acuerdo entre las partes, que a manera de cláusula se incluye en un Contrato de Obra Pública, o de Servicios Relacionados con las Mismas, o se anexa a éstos mediante un convenio específico, para el arreglo de controversias futuras.”

Compromiso Arbitral:

“Es el acuerdo pactado entre las partes, en un Contrato de Obra Pública y de los Servicios Relacionados con las Mismas, una vez que ya se suscitó una controversia jurídica entre ellos, para que su lid sea dirimida en el porvenir por medio del arbitraje; es decir, el compromiso se conviene después de planteado el pleito actual.”

El segundo párrafo del artículo 15 de la LOPSRM, regula claramente el caso de que solo podrá convenirse **compromiso Arbitral** Respecto aquellas controversias que determine la SFP, mediante reglas de carácter general, previa opinión de la SHCP y de la SE.

Esta hipótesis se aplicará a los organismos descentralizados sólo cuando sus leyes no regulen de manera expresa la forma en que podrán resolver sus controversias.

El arbitraje regulado en la LOPSRM, presenta las siguientes características:

- Sólo podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que determine la SFP, mediante reglas de carácter general, previa opinión de SHCP y de la SE.
- El compromiso arbitral se pacta entre las partes en los Contratos de Obra Pública o de Servicios Relacionados con las Mismas, ya sea en cláusula compromisoria incluida en el contrato o en convenio independiente.
- El compromiso arbitral pactado en la contratación de Obra Pública y de Servicios Relacionados con las Mismas, da origen al contrato accesorio de arbitraje o

arbitral, que es el acuerdo de voluntades entre la Dependencia o Entidad y el Contratista, con el árbitro designado, en el que se consignan las obligaciones y derechos de los árbitros en relación con las partes; así como el plazo para resolver, los honorarios a cubrir, etcétera.

4.3. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS POR TRIBUNALES FEDERALES.

Siendo los Contratos de Obra Pública y Servicios Relacionados con las Mismas, de naturaleza administrativa, presentan particularidades sobre las que se pretende poner acento, respondiendo al objetivo de analizar la Jurisdicción y competencia que resuelve las controversias derivadas de su ejecución.

El sistema contencioso administrativo en nuestro país, en el ámbito federal, representa una jurisdicción, que es una medida de competencia de ciertos órganos jurisdiccionales y judiciales, sobre materias provenientes de la actividad administrativa. El contencioso representa así un sistema de competencias.

- Contencioso Administrativo de Anulación
- Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción

El primero se tramita ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA) y el segundo se tramita ante Tribunales Judiciales Federales (TJF), en este caso ante un juzgado de distrito en materia administrativa.

En el primero se alega violación de la ley y su efecto de sentencia es general, y produce efectos aun contra autoridades que no fueron señaladas como parte, en este caso el TFJFA no tiene medios para hacer cumplir sus sentencias, por lo que recomienda al actor, acudir al contencioso administrativo de plena jurisdicción para obtener del Poder Judicial el mandato o cumplimiento de dicha sentencia; en el segundo se alega la violación de una garantía constitucional y solo produce efectos contra las autoridades señaladas responsables, en este caso TFJFA, si cuenta con los medios para exigir el cumplimiento.

En México, existe como en otros países, la jurisdicción contenciosa administrativa, que conoce y resuelve las controversias derivadas de la ejecución de los Contratos de Obra Pública y los Servicios Relacionados con las Mismas.

El Artículo 15 de LOPSRM, primer párrafo, expresa que las controversias motivadas por la interpretación de la ley, serán resueltas por los "**Tribunales Federales**", en referencia a lo anterior surgen dos cuestionamientos:

- ¿A través de qué juicio se resolverán las controversias suscitadas con motivo de la celebración de los contratos previstos en la LOPSRM?
- ¿Qué Tribunales Federales serán los competentes para resolver dichas controversias?

Consideramos que la respuesta a la primera pregunta, es el juicio contencioso administrativo de anulación o conocido como juicio de nulidad y el contencioso administrativo de plena jurisdicción. La respuesta a la segunda pregunta es el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA) y los Juzgados de Distrito en Materia Administrativa.

Hoy en día el ámbito de la construcción ha ido empeorando por diversos factores, tales son: **el económico, el jurídico y el social.**