

CAPÍTULO 5. ANÁLISIS DEL CASO EN ESTUDIO.

5.1. ANTECEDENTES.

5.1.1. Licitación.

Como consecuencia de la Convocatoria Pública No. 015, Licitación No. XXXXXX-XXX-XX efectuada por LA PARAESTATAL, para llevar a cabo la Construcción del Canal Principal margen derecha del Río Santiago, del Km.7+000 al Km.13+400, Mpio. De Santiago Ixcuintla, Nayarit. Componente Ampliación a Unidades de Riego. Subproyecto Río Santiago Nayarit, LA CONSTRUCTORA resultó ganadora, por lo cual celebraron el Contrato de Obra Pública No. XXX-XX-XXX-XX-XX-XX-XX, a precios unitarios y tiempo determinado con fecha 6 de noviembre del 2001, por un monto total de \$60'836,266.64, más I.V.A., con una duración 715 días, contados a partir del 16 de noviembre del 2001 al 31 de octubre del 2003, habiendo fijado un anticipo del 30% del monto total de la obra.

5.1.2. Contrato.

Ver **ANEXO 17.**

5.1.3. Problemática suscitada durante la ejecución de la obra.

a) Causa principal:

La problemática que se presenta se originó por la inconformidad de los ejidatarios debido a la falta de pago de las indemnizaciones de sus propiedades y la obtención de permisos por afectaciones, mismo que obliga a LA PARAESTATAL a modificar el trazo original del canal, esta situación vuelve obsoletos los planos ejecutivos entregados al inicio de obra para la ejecución de la misma, por lo que se solicita la adecuación a LA PARESTATAL de los proyectos de las estructuras, debido a que los proyectos originales de las estructuras ya no se pueden

construir por las modificaciones de las ubicaciones de las rasantes y los cadenamientos de las estructuras, desconociéndose sus nuevas ubicaciones (cadenamientos) y sus niveles de desplante. Por esta razón era imposible la construcción de las estructuras mencionadas hasta que LA PARAESTATAL entregara los proyectos de las mismas estructuras con las modificaciones realizadas para poderse construir.

LA PARAESTATAL entrega los proyectos ejecutivos definitivos faltantes por construir que corresponden al 48% de la totalidad del contrato, estos se entregan el 26 de agosto de 2003 a tan solo 2.17 meses (a 66 días) de la fecha de terminación del contrato 31 de octubre de 2003.

Cabe mencionar que el periodo de ejecución original contratado era de 23.5 meses con fecha de inicio del 16 de noviembre de 2001 y fecha de terminación 31 de octubre de 2003 (715 días) para su ejecución total.

- b) El retraso y disminución del pago del anticipo inicial.**
- c) Reducción de presupuesto programado anual y consecuentemente de la entrega reducida del monto de las remesas anuales del anticipo.**
- d) La realización de trabajos extraordinarios no pagados.**

Fueron entre otras, las causas por las que LA CONSTRUCTORA decidió suspender y abandonar la obra.

5.2. ESTUDIO TÉCNICO.

5.2.1. Estudio de gastos no recuperables.

Durante la ejecución de la obra los campesinos suspendieron las actividades de la misma debido a que existían demandas por parte de los ejidatarios inconformes por el incumplimiento de pago de sus terrenos por parte de LA PARAESTATAL, posteriormente la PARAESTATAL ratifica la suspensión, originando a la CONSTRUCTORA, "**GASTOS NO RECUPERABLES**".

El presente estudio está fundamentado con documentos oficiales como son: el contrato firmado por ambas partes, los oficios recibidos de las autoridades de LA PARAESTATAL., las notas de bitácora, los escritos enviados en su oportunidad a LA PARAESTATAL por parte de LA CONSTRUCTORA, mismos que validan jurídicamente la solicitud apegados al Artículo N° 60 de la Ley de Obras Publicas y Servicios Relacionados con las Mismas y el Artículo N° 114 del Reglamento de la Ley de Obras Publicas y Servicios Relacionados con las Mismas. Ver **ANEXO 18**.

5.2.1.1. Cronología documental.

1. Se anexa contrato firmado en fecha 06 de noviembre de 2001 por las partes. Ver **ANEXO 17**.
2. En nota de bitácora de fecha 22 de octubre de 2002 se asienta que el día de hoy LA CONSTRUCTORA recibió instrucciones de la Residencia General del Proyecto río Santiago, de suspender actividades comunicando además que posteriormente se girara el oficio correspondiente.
3. En notas de bitácora de fecha 24 de octubre de 2002 se suspenden totalmente las actividades y se realiza un levantamiento físico conjuntamente con la supervisión de obra de LA PARAESTATAL, de la maquinaria, equipo y personal que a partir de esta fecha quedan en espera de las indicaciones de la residencia de LA PARAESTATAL.

4. Escrito de LA CONSTRUCTORA dirigido al Gerente estatal de LA PARAESTATAL con fecha 24 de octubre de 2002 en donde se comunica que en atención a sus instrucciones verbales giradas el 23 de octubre por la Residencia General del Proyecto Río Santiago, el día de hoy se han suspendido las actividades que se venían realizando para la ejecución de la obra en referencia, procediendo a concentrar la maquinaria a la altura del Km. 9+500 de la citada obra. Así mismo le haremos llegar la mayor brevedad posible, la relación de maquinaria, equipo y personal que estará en ocio, en virtud de la instrucción recibida. Sin otro particular y en espera de sus indicaciones al respecto, quedo a sus órdenes.
5. En nota de bitácora de fecha 25 de octubre de 2002 se asienta que la supervisión de LA PARAESTATAL toma asistencia del personal en ocio y maquinaria inactiva por instrucciones del residente de construcción.
6. En nota de bitácora de fecha 28 de octubre de 2002 se asienta que la supervisión de LA PARAESTATAL pasa lista de personal y maquinaria inactiva, está en espera de indicaciones de la Residencia de Construcción.
7. En nota de bitácora de fecha 30 de octubre de 2002 se asienta que se pasa lista de personal y maquinaria en ocio por la empresa supervisora de LA PARAESTATAL, y se está en espera de indicaciones por parte de Residencia General de Construcción de LA PARAESTATAL.
8. Escrito de LA CONSTRUCTORA dirigido al Gerente estatal de LA PARAESTATAL y en atención al Residente General del Proyecto Río Santiago con fecha 31 de octubre de 2002 en donde comunicamos que los trabajos para la ejecución de la obra referida están suspendidos y se está en espera de nuevas instrucciones, lo cual no ha ocurrido, hasta la fecha esta empresa ha mantenido la plantilla de personal con la que se venía laborando así como la maquinaria y equipo de construcción. Por este conducto, de la manera más atenta, le solicitamos en apego al artículo 114 del reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, sus instrucciones al respecto.

9. En nota de bitácora de fecha 02 de noviembre de 2002 se asienta que en acato a las instrucciones recibidas de la Residencia General del Proyecto río Santiago los trabajos en la construcción del canal principal margen derecha río Santiago continúan totalmente suspendidos, LA CONSTRUCTORA mantiene la maquinaria, personal y equipo de construcción en la obra, en espera de nueva instrucción.
10. Escrito de LA CONSTRUCTORA dirigido al Gerente estatal de LA PARAESTATAL de fecha 04 de noviembre de 2002 en donde se le solicita reunión para tratar asuntos relativos a la suspensión de actividades que se le ordeno a LA CONSTRUCTORA el día 23 de octubre del presente año, por lo cual desde el día 24 de octubre a la fecha, los trabajos para la realización de la obra referida permanecen suspendidos, por lo que el personal, maquinaria y equipo de construcción se encuentra en ocio.
11. En notas de bitácora de fechas del 03 al 07 de noviembre de 2002 se asienta que los trabajos continúan suspendidos y que la empresa supervisora de LA PARAESTATAL toma asistencia del personal y maquinaria.
12. Escrito de LA CONSTRUCTORA dirigido al Gerente estatal de LA PARAESTATAL de fecha 07 de noviembre de 2002 en donde se le solicita con urgencia tener una reunión para recibir instrucciones más precisas, ya que hasta la fecha se ha mantenido en la obra la maquinaria, equipo de construcción y toda la plantilla de personal, lo cual tiene un costo diario para LA CONSTRUCTORA.
13. En nota de bitácora de fecha 08 de noviembre de 2002 se asienta que el personal y maquinaria de LA CONSTRUCTORA se encuentran inactivos, en espera de indicaciones del Residente General del Proyecto río Santiago. LA SUPERVISORA de LA PARAESTATAL toma asistencia al personal, maquinaria y equipo.
14. El Residente General del Proyecto río Santiago en llamada telefónica informa que habrá una reunión el día 12 de noviembre de 2002 a las 09.00 hrs. En la Gerencia Estatal de LA PARAESTATAL en Tepic, Nay. Para tratar asuntos de los contratos XXX-XX-XXX-XX-XX-XX-XX y XXX-XX-XXX-XX-XX-XX-XX.

15. En notas de bitácora de fechas del 09 al 11 de noviembre de 2002 se asienta que el personal y equipo de LA CONSTRUCTORA se encuentra inactiva, LA SUPERVISORA de la PARAESTATAL toma asistencia del personal y maquinaria en obra.
16. En nota de bitácora de fecha 12 de noviembre de 2002 se asienta que se asistió a una reunión en la sala de juntas de la Gerencia Estatal en la Cd. de Tepic Nayarit con autoridades de LA PARAESTATAL donde nos informaron que la obra se encuentra suspendida por problemas con los ejidatarios que han sido afectados en sus terrenos con dicha obra y que desconocen la fecha en que puedan ser reanudados, además que están en espera de tener una reunión con el C. Gobernador del Estado para ver si es posible destrabar la problemática que se tiene. También se asienta que LA CONSTRUCTORA solicita instrucciones por escrito, quedando los representantes de LA PARAESTATAL que estas se darían a la mayor brevedad.
17. En notas de bitácora de fechas del 13 de noviembre al 01 de diciembre de 2002 se asienta que el personal y equipo de LA CONSTRUCTORA se encuentra inactivo y que la empresa supervisora de LA PARAESTATAL pasa lista de personal y equipo.
18. Escrito de LA CONSTRUCTORA dirigido al Residente General del Proyecto Río Santiago con fecha 15 de noviembre de 2002 en donde se hace ver que se ordenó la suspensión temporal de la obra por parte de la Residencia mas no así las acciones que se deberían de tomar en lo relativo al personal, maquinaria y equipo de construcción tal como lo señala el artículo 114 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. Como es de su conocimiento, ya que LA CONSTRUCTORA lo ha manifestado en escritos de fechas 24 y 31 de octubre 4 y 7 de noviembre, hasta la fecha, LA CONSTRUCTORA ha mantenido en la obra maquinaria, equipo de construcción y personal en espera de sus instrucciones al respecto.
19. Escrito de LA CONSTRUCTORA dirigido Residente General del Proyecto Río Santiago con fecha 18 de noviembre de 2002 en donde enviamos la estimación

para trámite de pago por gastos no recuperables del periodo del 24 de octubre al 15 de noviembre de 2002, la relación de maquinaria, personal y equipo de construcción que se enlistan en esta estimación, es la que en conjunto con LA SUPERVISORA de LA PARAESTATAL se levantó el día 24 de octubre de 2002 y se ha mantenido en obra por falta de sus indicaciones.

20. Escrito de LA CONSTRUCTORA dirigido al Gerente estatal de LA PARAESTATAL con fecha 21 de noviembre de 2002, en donde se solicitan instrucciones respecto de los explosivos almacenados en los polvorines, si es procedente o no el pago de la fianza 6 de noviembre de 2002 al 5 de noviembre de 2003, así como también se solicita el pago correspondiente al ajuste de costos, desde el inicio de obra hasta el mes de octubre del 2002, de los puntos enumerados, que hasta la fecha no se ha recibido respuesta alguna. Por lo que se solicita de manera urgente tener reunión para tratar asuntos que derivan de la orden recibida en el sentido de suspender las actividades para la ejecución de la obra.
21. Escrito de LA CONSTRUCTORA dirigido al Residente General del Proyecto Río Santiago con fecha 02 de diciembre de 2002, en donde se envía estimación para trámite de pago de los **gastos no recuperables** del periodo del 16 al 30 de noviembre de 2002 la relación de maquinaria, personal y equipo de construcción que se enlistan en esta estimación es la que en conjunto con la Empresa supervisora de LA PARAESTATAL, se levantó el día 24 de octubre de 2002 y se ha mantenido en obra por falta de sus indicaciones.
22. En nota de bitácora de fecha 02 de diciembre de 2002, se asienta que las actividades para la construcción del canal principal margen derecha del Km. 7+000 al Km. 13+400 continúan suspendidos de acuerdo a las indicaciones giradas por LA PARAESTATAL a través de la Residencia General del Proyecto Río Santiago por lo que el personal, maquinaria y equipo de LA CONSTRUCTORA permanecen en ocio.
23. La supervisión de LA PARAESTATAL pasa lista de personal y equipo. La Residencia General del Proyecto río Santiago informa que el próximo día 3 de los

corrientes se tendrá una reunión en las oficinas de la Gerencia Estatal de Nayarit de LA PARAESTATAL para tratar asuntos relacionados con el contrato de obra pública XXX-XX-XXX-XX-XX-XX-XX.

24. Minuta de reunión de trabajo fecha 03 de diciembre de 2002, para tratar asuntos relacionados con el contrato XXX-XX-XXX-XX-XX-XX-XX-XX. a solicitud de LA CONSTRUCTORA, que fue quien promovió la reunión con las autoridades de LA PARAESTATAL, para tratar asuntos relacionados con la obra en mencionada minuta se menciona que se realizó un inventario de la maquinaria y personal de LA CONSTRUCTORA en conjunto con LA SUPERVISORA, los cuales se han anotado día con día por la supervisión, estando en espera el documento de liberación para reiniciar los trabajos. También se asienta que conjuntamente con LA SUPERVISORA de LA PARAESTATAL se hará el análisis correspondiente, considerando los recursos (personal y maquinaria) inactivos, de acuerdo al programa vigente, para contar con los elementos necesarios y suficientes para determinar el importe del pago por concepto de maquinaria, equipo inactivo y del personal en ocio. Una vez determinados, se procederá a solicitar su autorización para efectuar el pago correspondiente. La Residencia se compromete a realizar el trámite en el transcurso de las próximas dos semanas, y se prevé su pago con cargo a la asignación del próximo ejercicio, lo cual podrá ser en el transcurso del mes de enero, contando ya con el oficio de liberación de inversión para el primer trimestre del ejercicio 2003.

25. En nota de bitácora de fecha 03 de diciembre de 2002, se asienta que las actividades para la construcción del canal principal margen derecha del Km. 7+000 al Km. 13+400 continúan suspendidos en atención a la instrucción emitida por LA PARAESTATAL a través de la Residencia General del Proyecto Río Santiago, razón por la cual el personal, maquinaria y equipo de construcción de LA CONSTRUCTORA permanecen en ocio. LA SUPERVISIÓN de la PARAESTATAL pasa lista de personal y maquinaria. Se tuvo reunión en las oficinas de la Gerencia Estatal de LA PARAESTATAL se levantó minuta.

26. En nota de bitácora de fecha 04 de diciembre de 2002 se asienta que mediante oficio N°BOO.00.R04.508/202, la dependencia informa: En razón de que desaparecieron causas que dieron origen a la situación de suspensión, debido a que los quejosos se desistieron de las demandas y en consecuencia la autoridad judicial correspondiente emite la resolución de sobreseimiento de los juicios de garantía por tal conducto se notifica que deberá de iniciar de inmediato los trabajos la contratista.

5.2.1.2. Hechos.

De acuerdo al expediente se cuenta con documentos legales para demostrar que la suspensión de la obra, es resultado de una acción por parte de los campesinos afectados en sus terrenos por la ejecución de la obra y que LA PARAESTATAL a través de sus autoridades nos suspenden la ejecución de la misma, dándonos indicaciones de parar toda actividad por existir demandas interpuestas por los campesinos afectados.

Al ordenar la suspensión de las actividades las autoridades actuaron "**parcialmente**" conforme a la Ley de Obras Publicas y Servicios Relacionados con las Mismas, su Reglamento y la Normatividad vigente, ya que el Reglamento de la Ley de Obras Publicas y Servicios relacionados con las Mismas en su artículo 114. Al calce dice lo siguiente:

“Cuando ocurra la suspensión, el servidor público designado por la dependencia o entidad lo notificara al contratista, señalando las causas que la motivan, la fecha de su inicio y de la probable reanudación de los trabajos, "así como las acciones que debe considerar en lo relativo a su personal, maquinaria y equipo de construcción".

La Gerencia Regional en su oficio N°BOO.00R04.-1121/2002 de fecha 22 de octubre de 2003, en donde nos notifica que se deberá de suspender temporalmente los trabajos relativos al citado contrato a partir del 24 de octubre y hasta el siete de febrero de 2003, así mismo deberá de realizar ante la Residencia General del proyecto Río Santiago los trámites correspondientes para la regularización de la referida suspensión. Cabe mencionar que este escrito nos fue entregado en fecha 25 de noviembre de 2002 y se nos hizo firmar con fecha de recibido del 23 de octubre de 2003 con engaño y dolo

diciéndonos que debería de llevar esa fecha para que no se tuvieran problemas posteriores, lo que la Residencia General no tomo en cuenta es que en su escrito omitió el complemento del Artículo N°114 del Reglamento de la Ley de Obras Publicas y Servicios Relacionados con las Mismas que al calce complementa **"así como las acciones que debe considerar en lo relativo a su personal, maquinaria y equipo de construcción"** pensando que de esta manera nuestra empresa asumiera la responsabilidad del costo de nuestro personal, equipo de construcción y maquinaria, sin siquiera considerar que existe una supervisión que está al frente de la obra y que conoce los pormenores que se suscitaron en la obra, prueba de ello es que en la bitácora existen asentadas las notas de la supervisión de día con día de todo el tiempo de la suspensión de obra, registrando el equipo, la maquinaria y el personal existente durante toda la suspensión de la obra, todo esto es el resultado de que la Autoridad de LA PARAESTATAL nunca definió las acciones que se deberían de tomar con el personal equipo de construcción y maquinaria.

No obstante este hecho hacemos saber mediante escrito de fecha 24 de octubre de 2002, que se concentraba el equipo en el Km. 9+500 de la citada obra haciéndole saber que se le haría llegar la relación de maquinaria, equipo y personal que estaría en ocio, en virtud de la instrucción recibida y que quedábamos en espera de sus indicaciones al respecto, escrito que no nos fue contestado en ningún momento. Nuevamente con escrito de fecha 31 de octubre dirigido a la Residencia General le hacemos saber que sé continua en espera de sus instrucciones al respecto. Consideramos que tenemos pleno derecho al pago por los gastos no recuperables por lo que presentamos dos estimaciones por el pago de Gastos no recuperables derivados de los sucesos ocurridos durante la ejecución de la obra.

La Gerencia Estatal de LA PARAESTATAL en su oficio N° BOO.E33.6.-094 01836 de fecha 21 de abril de 2003 no quiere reconocer los gastos no recuperables, haciéndosele demasiado costo el presentado, siendo de su conocimiento como sucedieron los hechos y que se tienen todos los documentos que soportan nuestra solicitud conforme lo marca la Ley de Obras Públicas.

SEGUNDO PERIODO DE SUSPENSIÓN DE OBRA.

Ídem anterior.

Para instrumentar el cobro de gastos no recuperables seguimos el siguiente procedimiento:

5.2.1.3. Procedimiento.

De acuerdo al Artículo 116 del Reglamento de la Ley de Obras Publicas y Servicios Relacionados con las Mismas. Ver **ANEXO 19**.

5.2.1.3.1. Para equipo inactivo.

De acuerdo a los documentos presentados se procedió a calendarizar el número de días que se consideran inactivos por causas no imputables a LA CONSTRUCTORA tomando como base los equipos que aparecen asentados en notas de Bitácora y se les aplicó el número de horas que están soportadas por documentos, dentro del periodo de suspensión de la obra tomando en cuenta las actividades que deberían de estar ejecutando entre el día 23 de octubre y el día 5 de diciembre de 2002, cabe aclarar que se está cargando el costo de operador de equipo dado que permaneció en la obra debido a la falta de indicaciones por parte de LA PARAESTATAL. Ver **ANEXO 20**.

5.2.1.3.2. Para mano de obra.

De acuerdo a los documentos presentados se procedió a cuantificar el número de días que se consideran inactivos por causas no imputables a LA CONSTRUCTORA tomando como base el personal de acuerdo a las categorías que aparecen asentados en notas de Bitácora y se les aplicó el número de jornales que están soportadas por documentos, dentro del periodo de suspensión de la obra tomando en cuenta las actividades que deberían de estar ejecutando entre el día 23 de octubre y el día 5 de diciembre de 2002. Ver **ANEXO 21**.

5.2.1.3.3. Para gastos no recuperables del 2% del costo directo.

Se cuantificaron los porcentajes de obra que se debería ejecutar en el periodo del 22 de octubre al 4 de diciembre del 2002, aplicándoles el 2% al importe resultante de acuerdo al Artículo 116 del Reglamento de la Ley de Obras Publicas y Servicios Relacionadas con las Mismas. **Ver ANEXO 22.**

5.2.1.3.4. Para gastos no recuperables por cambios de proyecto de estructuras.

De los costos indirectos que representan los gastos indirectos entre otros el de inicio de obra para la construcción de las oficinas, almacenes, bodegas, traslado de maquinaria, pagos de personal, técnicos y profesionistas de campo, de oficinas centrales que no se recuperan, ya que en este caso se ejecuta en el periodo contractual el 51.75% y se deja de ejecutar el 48.25% del total debido a la falta del proyecto ejecutivo definitivo por parte de la entidad, se reclama el no poder recuperar la parte proporcional que corresponde a los indirectos pactados en el contrato durante el periodo de ejecución de la obra. **Ver ANEXO 23.**

5.2.1.3.5. Para gastos no recuperables por daños y perjuicios a la empresa constructora.

En este punto es muy difícil comprobar el daño moral ya que no se cuenta con documentos que soporte y/o avalen perjuicio hacia la constructora.

5.3. ESTUDIO JURÍDICO.

5.3.1. Proceso.

5.3.1.1. Demanda inicial.

LA CONSTRUCTORA reclama:

- I. La Declaración de Rescisión por incumplimiento por parte de la paraestatal, del contrato de Obra Pública número XXX-XX-XXX-XX-XX-XX-XX.; a base de Precios Unitarios y Tiempo determinado, celebrado entre la paraestatal y mi representada para la realización de los trabajos consistentes en la construcción del Canal Principal Margen derecho del Río Santiago del Km. 7+000 al Km. 13+400, Municipio de Santiago Ixcuintla, Nayarit. Componente Ampliación a Unidades de Riego, Subproyecto Río Santiago, Nayarit.
- II. La Declaración de haber sido amortizado el anticipo otorgado para la construcción de la obra de acuerdo a lo ordenado por el artículo 50 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.
- III. El pago de la cantidad de \$45'822,615.85 (CUARENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIDOS MIL SEISCIENTOS QUINCE PESOS 85/100 M.N.), como suerte principal que se integra, de la siguiente manera.
- IV. El pago de ajuste de costos que asciende a la cantidad de \$260,000 (DOSCIENTOS SESENTA MIL PESOS 00/100 M.N.) por el año de 2003.
- V. El pago de los gastos Financieros, respecto de las cantidades antes referidas de acuerdo al procedimiento establecido en el Código Fiscal de la Federación, como si se tratara del supuesto de prórroga para el pago de créditos fiscales en términos de lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, hasta la total resolución del presente asunto, que deberán ser cuantificadas en ejecución de sentencia.

- VI. La devolución de la retención por incumplimiento de programa por la cantidad de \$63,152.32 (SESENTA Y TRES MIL CIENTO CINCUENTA Y DOS PESOS 32/100 M.N.).
- VII. El pago de los gastos y costas que el presente juicio origine.

Ver **ANEXO 24**.

5.3.1.2. Contestación y reconvención a la demanda inicial.

LA PARAESTATAL, al contestar la demanda por el emplazamiento que se le hace el 29 de agosto del año 2003, manifiesta:

1. Que LA CONSTRUCTORA carece de acción para reclamar lo que pretende porque LA PARAESTATAL sí entregó el monto del anticipo conforme a las partidas presupuestales que se asignaron y porque todos los pagos que hizo a LA CONSTRUCTORA nunca fueron controvertidos dentro del plazo establecido por la Regla 3.3.5 de las Reglas Generales para la Contratación y Ejecución de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas.
2. En cuanto al anticipo LA PARAESTATAL afirma que entregó a LA CONSTRUCTORA hasta por un monto de \$17'916,598.27, como lo demuestra con las pólizas de cheques que aporta como pruebas su intención.
3. Además, LA PARAESTATAL señala que no es verdad que LA CONSTRUCTORA haya amortizado todo el anticipo otorgado.
4. En cuanto al monto reclamado por gastos no recuperables, LA PARAESTATAL no lo niega pero afirma que es por un monto menor al reclamado.
5. Respecto al pago del anticipo, LA PARAESTATAL precisa que el 13 de noviembre del 2001 entregó a LA CONSTRUCTORA el 30% de la asignación aprobada para

el contrato base de la acción, o sea \$574,515.04, como consta en la factura No.0963, para la realización in situ de los trabajos de construcción de oficinas, almacenes, bodegas y en su caso para los gastos de traslado de maquinaria y equipo de construcción.

6. Respecto a las suspensiones LA PARAESTATAL declara que los Jueces Primero y Segundo de Distrito en el Estado de Nayarit, mediante proveídos de fechas 11 y 18 de octubre del 2002, dictados dentro de los Juicios de Amparo Nos. 1/2002 y 864/2002, ordenaron la suspensión de los trabajos, por lo que LA CONSTRUCTORA le reclamó a LA PARAESTATAL el pago de \$5'213,507.00, por concepto de gastos no recuperables generados durante la suspensión de los trabajos, y en contestación a su petición, LA PARAESTATAL, mediante Oficio BOO.E336-102, le manifestó que el pago de gastos no recuperables solo procedía por \$323,775.69.
7. Que mediante oficio BOOOO.R04.11211-2002, LA PARAESTATAL comunicó a LA CONSTRUCTORA la suspensión total de la obra del 24 de octubre al 4 de diciembre del 2002.
8. Que los planos del proyecto ejecutivo de la obra fueron entregados a LA CONSTRUCTORA mediante Carpeta de Concurso que adquirió para efectos de elaborar su propuesta técnica y económica, tal y como lo manifestó LA CONSTRUCTORA en la Declaración 11.6 del Contrato base de la Acción.
9. Que LA PARAESTATAL sí puso a disposición de LA CONSTRUCTORA el inmueble en donde se debía de llevar a cabo la obra.
10. Que es falso que haya existido una suspensión de 293 días naturales, sino que por el contrario, tal y como lo confiesa LA CONSTRUCTORA, solo fue por un período menor.

Junto con su escrito de contestación de demanda, LA PARAESTATAL promueve su RECONVENCIÓN en contra de LA CONSTRUCTORA, reclamándole las siguientes prestaciones:

- A. El cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones pactadas en el contrato de obra pública a base de precios unitarios y tiempo determinado No. XXX-XX-XXX-XX-XX-XX-XX, respecto de la obra consistente en la construcción del canal principal margen derecha del Rio Santiago del Km. 7+000 al Km. 13+400, Municipio de Santiago Ixcuintla, Nayarit. componente ampliación a unidad de riesgo, subproyecto rio santiago, Nay.
- B. El pago de la cantidad de \$10'249,612.65 más I.V.A. por la cantidad de \$1'537,441.90, que suman \$11'797,054.55, por concepto de anticipo no amortizado del contrato de obra pública precitado, mismo que fue entregado a LA CONSTRUCTORA a través de los pagos parciales y en distintas fechas, conforme a la cláusula quinta del contrato base de la acción, el cual no fue amortizado en su totalidad, respecto de los trabajos ejecutados y presentados para su cobro a través de las estimaciones marcadas con los números 1 a la 21, toda vez que no ejecutó los trabajos que le fueron encomendados por LA PARAESTATAL, lo que hace evidente la procedencia del pago.

Al respecto LA PARAESTATAL argumentó lo siguiente:

- Que el 13 de noviembre del 2001, hizo entrega del anticipo pactado en la Cláusula Quinta del contrato base de la acción, por \$574,515.04 más I.V.A., que corresponde al 10 y 20 % de la asignación presupuestal de la suma de \$1'915,050.13.
- Que LA PARAESTATAL pagó todas y cada una de las estimaciones que LA CONSTRUCTORA le presentó.
- Que mediante oficio emitido por LA PARAESTATAL No. BOO.00.R04-1121/2002, comunicó a LA CONSTRUCTORA, la suspensión temporal de la obra, a partir del 24 de octubre del 2002, al 7 de febrero del 2003, debiendo reiniciar dicha obra el 8 de febrero del 2003.
- Que mediante oficio BOO.00.R04.-508/2002, LA PARAESTATAL le comunica a LA CONSTRUCTORA la reanudación de los trabajos.

- Que mediante oficios BOO.E.33.6-005/200, BOO.E.33.6-094 01836, BOO.E.33.6.100, BOO.00.R04.-103 3367 y BOO.E.33.6.-112, emitidos por LA PARAESTATAL solicitó a LA CONSTRUCTORA incrementara su fuerza de trabajo a fin de que se pusiera al corriente con el programa de obra convenido; que LA CONSTRUCTORA desde el inicio del contrato incurrió en incumplimientos, por lo que se le impuso una pena convencional de \$95,070.10, por el retraso en la ejecución de los trabajos.
 - Que LA CONSTRUCTORA aún le adeuda a LA PARAESTATAL por concepto de anticipo no amortizado \$10'249,612.65 más I.V.A. por \$1'537,441.90.
- C. El pago de los gastos financieros que se han generado hasta la actualidad, así como los que en lo sucesivo se sigan devengando hasta el pago total del anticipo no amortizado, conforme a la cláusula quinta del contrato base de la acción, con sujeción a una tasa que deberá ser igual a la establecida en la Ley de Ingresos de la Federación en los casos de prórroga para el pago de créditos fiscales y cuya cuantificación se realizará en su oportunidad a través del incidente de estilo.
- D. El costo de los trabajos pendientes de ejecutar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 fracción 11 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas, mismo que será cuantificado en el incidente de ejecución de sentencia.
- E. La declaración judicial de que ha operado a favor de LA PARAESTATAL, la retención hecha por concepto de pena convencional por el simple retardo en la ejecución de los trabajos de acuerdo con el programa de obra, respecto de las estimaciones número 18, 19, 20 Y 21, cuyo importe asciende a la cantidad de \$95,070.10, tal y como se pactó de común acuerdo por las partes en términos de la cláusula décimo quinta del contrato base de la presente reconvenición.
- F. El pago de la pena convencional por no concluir la obra en la fecha señalada, misma que se pactó en la cláusula décimo quinta del contrato de obra pública a precios unitarios y tiempo determinado, base de la acción, que se cuantificará en ejecución de sentencia.

- G. El pago de la pena convencional por incumplimiento al contrato de obra pública base de la acción, pactada en la cláusula décimo quinta del contrato, que será cuantificado en ejecución de sentencia.

- H. Derivado del incumplimiento manifiesto del contrato de conformidad con la cláusula décimo quinta, penúltimo párrafo del contrato base de la acción, se solicita se proceda a la afectación de las pólizas de fianzas Nos. GDLOOI.Q67788 y GDLOOI-070644, de fechas 8 de noviembre de 2001 y 7 de febrero de 2003, expedidas por la Afianzadora por \$6'083,626.66 Y \$3'690,500.18, exhibidas por LA CONSTRUCTORA para garantizar el cumplimiento del contrato base de la acción en la presente reconvencción.

- I. Asimismo la afectación de las Pólizas de Fianzas Nos. GDLOOI.Q67789.000, Folio O-C13529, de fecha 8 de noviembre del 2001, por la cantidad de \$574,515.06; la No. GDLOOI-068226-000, Folio 0-C13581 de fecha 21 de enero del 2002, por la cantidad de \$2'925,000.00; la No. 8290-5318-069555, folio GVI02463, de fecha 8 de marzo del 2002, etc.

- J. El pago de daños y perjuicios que ocasionará a LA PARAESTATAL la falta de conclusión de los trabajos objeto del contrato de obra pública base de la acción, por parte de LA CONSTRUCTORA, mismos que serán cuantificados en la ejecución de sentencia.

- K. El pago de los gastos y costas del presente juicio.

5.3.1.3. Contestación a la reconvencción y ampliación a la demanda inicial.

Los abogados de LA CONSTRUCTORA se limitan a contestar en sólo cuatro puntos la reconvencción, a saber:

1. Que es cierto que previa licitación, LA PARAESTATAL le adjudicó el contrato base de la acción.

2. Que las cantidades del ejercicio 2002 debieron entregarse el 29 de enero del 2002, por lo que LA PARAESTATAL no dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 50 de la LOPSRM;
3. Que los anticipos fueron entregados espontáneamente y por montos inferiores a los previstos por la ley para este tipo de obras;
4. Que LA CONSTRUCTORA cumplió con todas y cada una de sus obligaciones y que quien incurrió en incumplimiento fue LA PARAESTATAL.

En LA AMPLIACIÓN a la demanda inicial, reclaman reiterativamente a nombre de LA CONSTRUCTORA las mismas prestaciones de la demanda inicial, reforzando el reclamo de declaración de rescisión del contrato base de la acción, por incumplimiento de LA PARAESTATAL, al celebrar ésta un nuevo contrato con una NUEVA EMPRESA CONSTRUCTORA, sin que hubiese sido rescindido el contrato antes celebrado con LA CONSTRUCTORA, Y el pago de la Estimación No. 22, de fecha 1 de septiembre de 2003, que cubría el período del 1 al 30 de agosto del 2003, hasta por la cantidad de \$309,360.13 más I.V.A., por los trabajos ejecutados y no pagados por LA PARAESTATAL.

5.3.1.4. Resolución a la demanda inicial.

Concluido el procedimiento con el desahogo de pruebas ofrecidas por las partes, tanto respecto de la **demand principal** de LA CONSTRUCTORA, como de la **contestación y la reconvencción** de LA PARAESTATAL, la **contestación y ampliación de demanda** por LA CONSTRUCTORA Y su **contestación** por LA PARAESTATAL, fue dictada la SENTENCIA DEFINITIVA DEL JUEZ DECIMO DE DISTRITO EN MATERIA CIVIL DEL JUICIO ORDINARIO CIVIL 134/2003, con fecha 31 de enero del 2006, que en su parte conducente se transcribe en términos de los siguientes:

PRIMERO. - Ha sido adecuada la vía Ordinaria Civil, intentada por la parte actora.

SEGUNDO.- Se absuelve a LA PARAESTATAL de las prestaciones reclamadas por LA CONSTRUCTORA. identificó con los apartados I, II, III, inciso B, subincisos 1, 2, 3, 4 Y 5, IV, V, y VI (pago de daños y perjuicios ante el incumplimiento obligacional de la demandada, pago de los costos de las fianzas que la actora obtuvo para garantizar la observancia del pacto, pago de trabajos extraordinarios, de daño moral, pago de gastos por financiamiento de obra, ajuste de costos, gastos financieros y el pago de la retención por incumplimiento al programa), del escrito inicial de demanda.

TERCERO.- Conforme a lo expuesto en el Considerando Quinto del presente fallo, se absuelve a la demandada en lo principal, LA PARAESTATAL, de todas y cada una de las prestaciones que LA CONSTRUCTORA, vertió en su escrito de ampliación de demanda.

CUARTO.- De acuerdo a lo expuesto en el Considerando Séptimo, se absuelve a la demandada en la reconvención a LA CONSTRUCTORA del pago de las prestaciones que LA PARAESTATAL le reclamó en las prestaciones que identificó con el inciso A), dado lo contradictorio de ésta frente a las restantes.

QUINTO.- En términos del Considerando Séptimo del presente fallo, se absuelve a la demandada en la reconvención LA CONSTRUCTORA del pago de las prestaciones que la reconvencionista LA PARAESTATAL le reclamó en las prestaciones que identificó en los inciso B, C, D, E, F, G, H, I y J, del escrito reconvencional.

5.3.1.5. Recurso de apelación y resolución recaída.

LA CONSTRUCTORA reitera, su posición del incumplimiento de LA PARAESTATAL con los mismos datos, argumentos y fundamentos de su demanda inicial, aduciendo en resumen que el Juez de Primera Instancia interpretó erróneamente dicha demanda.

El Tribunal modifica la Sentencia Definitiva del 31 de enero del 2006, en los siguientes términos.

PRIMERO. Ha sido adecuada la vía ordinaria civil federal intentada por la parte actora en el principal.

SEGUNDO. La demandante en el principal LA CONSTRUCTORA. Acreditó parcialmente su acción y la demandada en el principal, LA PARAESTATAL, demostró parcialmente sus excepciones y defensas; en consecuencia:

TERCERO. Se condena a la enjuiciada en el principal A LA PAESTATAL, a pagar:

- A. \$323,775.69 por concepto de gastos no recuperables generados en el primer período de suspensión de la obra, que transcurrió del 24 de octubre al 4 de diciembre del 2002.
- B. Los gastos no recuperables correspondientes al segundo período de suspensión de la obra (del 12 al 29 de mayo del 2003), los cuales se cuantificarán en el período de ejecución de sentencia.

CUARTO. Se absuelve a la demandada en el principal, LA PARAESTATAL, de las prestaciones reclamadas en los apartados I, II, III, inciso B, subincisos 1, 2, 3, 4 Y 5, así como en los apartados IV, V, y VI, de la demanda principal.

QUINTO. Se absuelve a la enjuiciada en el principal, LA PARAESTATAL, de las prestaciones reclamadas por LA CONSTRUCTORA, en su escrito de ampliación de la demanda principal.

SEXTO. Fue parcialmente procedente la acción reconvencional ejercitada por el mencionado organismo público desconcentrado, en la que éste justificó parcialmente sus prestaciones y la demandada en la reconvención, LA CONSTRUCTORA, demostró parcialmente sus excepciones; por tanto:

SEPTIMO. Se condena a la demandada en la reconvención LA CONSTRUCTORA, a pagar:

- A. \$11'787,054.55, cantidad que incluye el I.V.A., por concepto de anticipo no amortizado.

- B. Gastos financieros respecto del anticipo no amortizado, los cuales se calcularán en la etapa de ejecución de sentencia a partir del uno de enero del 2004, y hasta que se pague dicho anticipo; además, tales gastos comprenderán actualización de recargos, conforme al procedimiento establecido en los artículos 4, 17-A y 21 del Código Fiscal de la Federación, como si se tratara del supuesto de prórroga para el pago de créditos fiscales.
- C. La pena convencional a que se refiere la Cláusula Décima Quinta, inciso B), del contrato de obra pública XXX-XX-XXX-XX-XX-XX-XX-XX. Dicha sanción será cuantificada en la etapa de ejecución de sentencia conforme al mecanismo establecido en aquella cláusula en el período comprendido entre el 1 de enero y 31 de diciembre de 2004; sin embargo, la aludida pena convencional no podrá ser superior, en su conjunto, al monto de la garantía de cumplimiento del contrato.
- D. La pena convencional a que se refiere la Cláusula Décima Quinta, inciso A), del aludido contrato. Dicha sanción será cuantificada en la etapa de ejecución de sentencia conforme al mecanismo establecido en aquella cláusula en el período comprendido entre el 1 de septiembre y el 31 de diciembre de 2003; sin embargo, la aludida pena convencional no podrá ser superior, en su conjunto, al monto de la garantía de cumplimiento del contrato.

OCTAVO. Se declara judicialmente que han operado a favor de la actora en la reconvención LA PARAESTATAL, las retenciones hechas por concepto de pena convencional en las estimaciones 18 a 21 por el atraso en la ejecución de los trabajos de acuerdo con el programa de obra.

NOVENO. Se absuelve a la demandada en la reconvención LA CONSTRUCTORA de las prestaciones identificadas en los incisos A, D, H, I y J de la demanda reconvencional.

DÉCIMO...

DECIMO PRIMERO. En virtud de que en este asunto se actualizan los requisitos previstos en los artículos 2185, 2186 Y 2187 del Código Civil Federal para que opere la compensación, pero algunas de las prestaciones a las que fueron condenadas las partes

no han sido cuantificadas, se ordena que en la etapa de ejecución de sentencia se realice la compensación respectiva.

5.3.1.6. Juicio de amparo.

Los abogados, se inconforman a nombre de LA CONSTRUCTORA con la resolución recaída al recurso de apelación, en cuanto a los resolutivos dictados en su contra, el 20 de septiembre de 2006, demandó el AMPARO Y PROTECCIÓN DE LA JUSTICIA DE LA UNIÓN, conociendo de éste el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, bajo el Expediente No. D.C.663/2006, ante el cual, los abogados de LA CONSTRUCTORA expresan diversos CONCEPTOS DE VIOLACIÓN argumentando fundamentalmente, como común denominador de éstos, que la Autoridad Responsable, es decir el Primer Tribunal Unitario en Materia Civil y Administrativa del Primer Circuito, que resolvió la apelación, efectuó una incorrecta valoración de las pruebas aportadas por las partes.

5.3.1.7. Nueva demanda de cumplimiento de contrato.

LA CONSTRUCTORA reclama:

- I. El cumplimiento del contrato de Obra Pública Número XXX-XX-XXX-XX-XX-XX-XX-XX a base de precios unitarios y tiempo determinado celebrado con fecha seis de noviembre de dos mil uno para la ejecución de los trabajos consistentes en la construcción del canal principal margen derecha del Río Santiago del KM 7+000 al KM 13+400 en el Municipio de Santiago Ixcuintla Nayarit componente ampliación a unidades de riego Subproyecto Río Santiago Nayarit.
- II. En su defecto el pago de la utilidad que mi representada ha dejado de percibir por la imposibilidad de concluir la obra que asciende a la cantidad de \$1'513,932.00 (un millón quinientos trece mil novecientos treinta y dos pesos 00/100 m. n.) más los cargos financieros que se sigan generando hasta la total resolución del

presente asunto en función de lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, más el I.V.A. correspondiente.

- III. El pago de los gastos financieros durante el desarrollo de la obra ya que el anticipo no fue entregado de acuerdo a las cláusulas del contrato cuyo importe de, \$1'347,724.22 (un millón trescientos cuarenta y siete mil setecientos veinticuatro pesos 22/100 m.n.) más los cargos financieros de este importe que se sigan generando hasta la total resolución del presente asunto.
- IV. El pago de los gastos no recuperables de la primera suspensión de obra cuyo monto es de: \$4'533,484.85 (cuatro millones quinientos treinta y tres mil cuatrocientos ochenta y cuatro pesos 85/100 m.n.) más los cargos financieros que se sigan generando hasta la total resolución del presente asunto.
- V. El pago de la estimación por conceptos extraordinarios ejecutados, extracción del material producto de deslizamiento y de abatimiento de taludes, siendo solicitada la autorización del precio unitario extraordinario desde fecha 17 de diciembre de 2002, así como el concepto extraordinario de arripe de taludes siendo solicitado la autorización del precio unitario extraordinario desde fecha 11 de marzo de 2002, situación que nunca resolvió por LA PARAESTATAL, a pesar de haberse comprometido en múltiples ocasiones como se demuestra con notas de bitácora y minuta de trabajo, cuyo importe asciende a la cantidad de \$451,274.97 (cuatrocientos cincuenta y un mil doscientos setenta y cuatro pesos 97/100 m. n.) más los cargos financieros que se sigan generando hasta la total resolución del presente asunto.
- VI. El pago de los gastos no recuperables de la segunda suspensión de obra cuyo monto es de: \$1'001,992.81 (un millón un mil novecientos noventa y dos pesos 81/100 m. n.) más los cargos financieros que se sigan generando hasta la total resolución del presente asunto.
- VII. El pago de la retención hecha por incumplimiento de programa en la estimación N° 21 por un importe de \$95,070.10 (noventa y cinco mil setenta pesos 10/100 m. n.)

más los cargos financieros que se sigan generando hasta la total resolución del presente asunto.

- VIII. El pago de los ajustes de costos de los conceptos que se ejecutaron dentro de programa y que corresponden al año de 2003 y que se tiene derecho al cobro de estos acuerdo a la cláusula octava del contrato firmado por las partes y cuyo importe asciende a la cantidad de \$260,000.00 (doscientos sesenta mil pesos 00/100 m. n.) más los cargos financieros que se sigan generando hasta la total resolución del presente asunto.
- IX. El pago de la estimación número 22 de fecha 1º de septiembre de 2003 de conceptos ejecutados que corresponden al período del 1º al 30 de Agosto de 2003 por la cantidad de \$309,360.39 (trescientos nueve mil trescientos sesenta pesos 39/100 m. n.) más los cargos financieros que se sigan generando hasta la total resolución del presente asunto.
- X. El pago de la parte proporcional de los gastos no amortizados correspondientes a los indirectos de campo y oficina central que corresponden a la construcción de las oficinas, almacenes, bodegas, traslado de maquinaria, equipo de construcción y gastos de inicio de obra además de los salarios de los profesionales que se tuvieron para el desarrollo de la obra por modificaciones substanciales al proyecto original en un 48.25%, y cuyo importe asciende a la cantidad de \$2'531,662.79 (dos millones quinientos treinta y un mil seiscientos sesenta y dos pesos 79/100 m.n.) más los cargos financieros que se sigan generando hasta la total resolución del presente asunto.
- XI. El pago de la parte proporcional de los gastos indirectos de obra no amortizados por modificaciones substanciales al proyecto con el cambio del trazo original en un 48.25%, descontando la utilidad, los gastos de la construcción, de las oficinas, almacenes, bodegas, traslado de maquinaria, equipo de construcción y gastos de inicio de obra que ya se consideraron en los puntos II y VI anteriores y cuyo importe asciende a la cantidad de \$487,316.34 (cuatrocientos ochenta y siete mil trescientos diez y seis pesos 34/100 m. n.) más los cargos financieros que se sigan generando hasta la total resolución del presente asunto.

XII. El pago de los gastos y costas que el presente juicio origine.

Ver **ANEXO 25**.

5.3.1.8. Resolución a la demanda de cumplimiento de contrato.

La resolución a la demanda fue: **COSA JUZGADA**.

5.3.2. Dictamen jurídico.

De la revisión de la documentación relacionada con el litigio, es importante señalar las anomalías preliminares en que incurrieron los abogados de LA CONSTRUCTORA. Al realizar los abogados su trabajo de elaboración y presentación de la demanda, desde los primeros intentos fue sumamente defectuosa, ya que varios documentos eran ilegibles, algunas copias les faltaba el sello notarial, etc.

En virtud de la importancia cualitativa y cuantitativa de los intereses que desde el inicio de este negocio han estado en juego, no sólo por el diagnóstico de la vía ejercida de rescisión del contrato de obra pública para la solución del conflicto, que en su aspecto de fondo la consideramos equivocada, como adelante se verá, pero sorprendentemente aún en cuestiones tan elementales de forma, en el supuesto de que la acción ejercida hubiera sido la correcta, como lo señalado en el párrafo anterior, que no denotan otra cosa, sino una burda falta de profesionalismo y responsabilidad en algo tan básico, como integrar materialmente la documentación de una demanda como tal, con sus copias de traslado, que por negligencia, irresponsabilidad e impericia, motivaron su desechamiento inicial, al parecer más de una ocasión.

Se estima que fue erróneo que los abogados de LA CONSTRUCTORA, hayan recomendado, ejercer la acción por la Vía Ordinaria Civil Federal de Rescisión del Contrato de Obra Pública, y peor aún, que se abandonara la obra, ante la serie de incumplimientos en que según LA CONSTRUCTORA, había incurrido LA PARAESTATAL.

Estimando en nuestro criterio que lo que debió haber hecho era exigir primero en forma extra judicial el cumplimiento del contrato en cuestión, al haberse establecido en su clausulado y/o en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y su Reglamento, lo que procedería en el caso de que se configuraran las diversas hipótesis y las consecuencias y efectos que se darían sobre los conceptos que motivaron la demanda, como fue el caso del retraso del pago de los anticipos, las suspensiones de obra, la realización de trabajos extraordinarios, los ajustes de precios, el pago de gastos no recuperables, etc., y de no lograrse el resultado esperado, como de hecho sucedió, entonces sí, demandar por la vía judicial, en primera instancia, pero el cumplimiento del contrato, no su rescisión, y menos abandonar la obra, pues resultó contraproducente,

como se demuestra con las sentencias del juicio de primera instancia, del recurso de apelación, y del juicio de amparo, en las que los resultados han sido en su mayor parte adversos para LA CONSTRUCTORA y favorables para LA PARAESTATAL.

5.3.2.1. Demanda inicial.

"LA CONSTRUCTORA CONTRA LA PARAESTATAL".

Iterando que la acción de Rescisión de Contrato no fue la correcta, pero suponiendo sin conceder que lo fuera, se observa que su redacción adolece de contradicciones, redundancias, imprecisiones y ambigüedades al mencionar datos sin precisar su fuente, causa u origen, y en general carecer de la técnica jurídica establecida tanto en la doctrina del Derecho Procesal Civil, como en el Código de Procedimientos Civiles, lo que se observa desde el enunciado de las prestaciones, el desarrollo de los hechos que adolecen de una pobre redacción lógica y cronológica, hasta el enunciado y enumeración de las pruebas, como se indica a continuación:

Primera prestación:

LA CONSTRUCTORA reclama: “La declaración de Rescisión del Contrato de Obra Pública No. XXX-XX-XXX-XX-XX-XX-XX-XX. por incumplimiento de LA PARAESTATAL”

Sobre esta prestación, en el capítulo de hechos, en lugar de que los abogados, hicieran los señalamientos precisos, cronológica y ordenadamente de los puntos en que a su juicio LA PARAESTATAL incurrió en incumplimiento, en el primer hecho, hace una serie de señalamientos centrados en el pago del anticipo inicial, afirmando que fue menor al que LA PARAESTATAL se había obligado a proporcionar, y agregando que entonces LA CONSTRUCTORA tuvo que financiar por cuatro meses los gastos de los trabajos de construcción de las oficinas, etc. **Concluyéndose** que en el texto de esta primera prestación faltó precisar que un supuesto primer incumplimiento de LA PARAESTATAL fue entregar un anticipo por una cantidad menor a la que desde las Bases de Licitación se había precisado, caso en el cual desde este punto debió haberse referido a dichas Bases

de Licitación, y al acta de Junta de Aclaraciones, donde se precisó este concepto, mencionando a los funcionarios de LA PARAESTATAL que suscribieron tales documentos, y ofreciendo como pruebas, tanto los documentos citados como la testimonial de los funcionarios involucrados para demostrar su dicho. No lo hizo, sólo se sobreentiende. Esto, sin perjuicio de que estimamos que en cualquier caso hubiera resultado débil este planteamiento, toda vez que lo que realmente obliga a las partes en un contrato es lo que expresamente se contiene en el mismo, y si LA CONSTRUCTORA no objetó el Contrato en cuestión, al firmarlo se entiende su previo conocimiento y consentimiento de su contenido, así como los efectos jurídicos que produzca para ambas partes.

En su segunda prestación:

“LA CONSTRUCTORA demanda: La declaración de haber sido amortizado el anticipo otorgado para la construcción de la obra de acuerdo a lo ordenado por el Art. 50 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.”

Respecto de esta prestación, en el punto 1 del capítulo de Hechos, los abogados, solo precisan que se pactó un anticipo del 30% del monto total de la obra y sólo se recibió de anticipo \$574,515.04, por lo que LA CONSTRUCTORA tuvo que financiar por cuatro meses los gastos de los trabajos de construcción de sus oficinas, almacenes bodegas, sueldos y demás instalaciones así como traslado de maquinaria y equipo de construcción. Y transcribe una tabla de **ASIGNACIONES PROGRAMADAS PARA LA EJECUCIÓN DE LA OBRA DE ACUERDO AL CONTRATO**, sobre entendiéndose, porque no lo dice, que son tanto las mencionadas en las Bases de Licitación, como las "reales", deduciéndose por tanto que hubo una diferencia entre las cantidades indicadas en las Bases de Licitación, respecto de las asignaciones anuales que se destinarían a la ejecución de la obra, contra las que finalmente se plasmaron en el Contrato de Obra Pública, situación que los abogados solo las dan a entender, afirmando, que LA PARAESTATAL incumplió al entregarle un menor anticipo y designar una Asignación presupuestal menor para el primer año del 2001, situación ésta, que ni explica en el Hecho en cita, ni menos hace referencia a la información y documentación relativa a estas cantidades y conceptos que les presentaron en la etapa del concurso, y tampoco ofrece como pruebas documentales

las Bases de Licitación ni el Acta de la Junta de Aclaraciones, donde se precisaron las correspondientes cantidades y conceptos que según LA CONSTRUCTORA eran los correctos, esto es \$2'915,050.76 de asignación presupuestal para el año 2001, y consecuentemente \$874,515.09 por concepto de anticipo inicial, y no \$1'915,050.13 de la primera asignación presupuestal, ni \$574,515.04, del primer anticipo como de hecho quedaron éstas cantidades por los referidos conceptos en el contrato que se firmó; ni ofrece la testimonial de los funcionarios públicos que suscribieron tales documentos, ni se refiere a los anexos del Contrato de Obra Pública que contienen la información cuestionada para probar su dicho. En cambio, aparece textualmente y con toda precisión en el segundo párrafo de la Cláusula Segunda del Contrato de Obra Pública precitado, que: "LA ASIGNACIÓN APROBADA PARA EL PRESENTE EJERCICIO (DE 2001) ES DE \$1'915,050.13", y que en el primer párrafo de la Cláusula Quinta se estableció que: **"LA PARAESTATAL" otorgará a "LA CONSTRUCTORA" por concepto de anticipo el 30% de la asignación presupuestal aprobada al contrato en el ejercicio de que se trate (primer ejercicio) que importa la cantidad de \$574,515.04, más el I.V.A. para que "el contratista" realice en el sitio de los trabajos la construcción de sus oficinas, almacenes" etc.**, concluyéndose que hubo el conocimiento y consentimiento previos por parte de LA CONSTRUCTORA, al firmar el acuerdo de voluntades.

No obstante lo anterior, **la cuestión de fondo en esta segunda prestación que reclaman los abogados, es extraño en su planteamiento y denota un criterio jurídico superficial, por decir lo menos. Porque no es posible legalmente pedir al Juez de la causa, que declare la amortización de un anticipo en los términos solicitados, cuando esta acción de amortización está perfectamente regulada en el Contrato de Obra Pública que nos ocupa, específica mente en el cuarto párrafo de la Cláusula Quinta que establece: "El anticipo deberá ser amortizado proporcionalmente con cargo a cada una de las estimaciones por los trabajos ejecutados que se formulen, debiéndose liquidar el faltante por amortizar en la estimación final".** El referido contrato no contempla otra forma de amortización, ni en el capítulo de hechos, los abogados de LA CONSTRUCTORA justifican una forma diversa, por la que podría proceder la amortización del anticipo recibido, porque no la hay, ni podría haberla, excepto que se negociara entre las partes una compensación extraordinaria, que no sería amortización.

Es pertinente señalar en este espacio, que de las pruebas aportadas por LA CONSTRUCTORA, relativas a los comprobantes de pago de los anticipos y a las Estimaciones de Obra, con los que pretendía demostrarse el supuesto incumplimiento de LA PARAESTATAL sobre el pago menor del anticipo y supuestamente la amortización del mismo, tuvieron precisamente el efecto contrario, ya que los juzgadores, en las instancias intentadas, han sido coincidentes en afirmar que LA PARAESTATAL sí cumplió en la entrega de los anticipos, lo que quedó demostrado con las propias documentales antes aludidas, ofrecidas como pruebas por LA CONSTRUCTORA misma, y peor aún, no solo no se le reconoce a LA CONSTRUCTORA que se declare haber sido amortizado el anticipo otorgado a su favor por LA PARAESTATAL, sino que de los comprobantes de pago de anticipos y las estimaciones ofrecidas por LA CONSTRUCTORA, quedó demostrado la cantidad global que efectivamente recibió por el citado concepto de anticipo, sumó la cantidad de \$17'616,597.00, así como el anticipo amortizado según sus propias Estimaciones ofrecidas como prueba, que suman escasamente la cantidad de \$5'829,543.00, resultando por tanto un saldo por amortizar de \$11'787054.55, a lo que LA CONSTRUCTORA es condenada a pagar por parte del Primer Tribunal Unitario en Materia Civil y Administrativa del Primer Circuito, que resolvió el recurso de apelación a la Sentencia de primera instancia, que promovió LA CONSTRUCTORA. Situación ésta, que los abogados de LA CONSTRUCTORA no podían desconocer o no explicó en el capítulo de hechos en qué forma diferente a la establecida en el Contrato de Obra Pública o a lo establecido en el Artículo 50 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, podía amortizarse el anticipo recibido.

Asimismo, es oportuno precisar que contra lo afirmado por los abogados de LA CONSTRUCTORA en el tercer párrafo del capítulo de hechos de la demanda inicial, en el sentido de que al recibir LA CONSTRUCTORA únicamente \$574,515.04 del primer anticipo al 13 de noviembre del 2001, tal situación provocó que LA CONSTRUCTORA tuviera que financiar por cuatro meses los gastos de los trabajos de construcción de sus oficinas, bodegas, almacenes, etc. Sin embargo, de sus propias pruebas documentales identificadas como Anexo 3, se constata que el segundo anticipo lo recibe LA CONSTRUCTORA el 22 de enero del 2002, por la cantidad de \$2'543,478.26 más I.V.A., y el tercer anticipo lo recibe el 7 de marzo del 2002, por la cantidad de \$4'331,814.26, más I.V.A., es decir, a los dos meses y nueve días del primer anticipo, recibe el segundo, y a los tres meses y 22 días, recibe el tercer anticipo, hechos éstos que contradicen lo

afirmado por el los abogados de LA CONSTRUCTORA o no explica con claridad y en qué sentido, LA CONSTRUCTORA tuvo que financiar las obras mencionadas por cuatro meses, si con sus propias pruebas se demuestra lo contrario.

En su tercera prestación:

LA CONSTRUCTORA demanda: El pago de \$45'822,615.85, como suerte principal, que es la suma del importe de diversos conceptos que por su importancia cuantitativa y naturaleza jurídica, debieron enunciarse, detallarse, desglosarse y fundamentarse jurídicamente y de manera independiente, así como demostrarse con las pruebas idóneas que sustentaran su procedencia como justa demanda.

Sin embargo los abogados de LA CONSTRUCTORA se limitaron a enunciar en esta prestación ocho conceptos y una cuantificación de éstos que aparenta ser solo subjetiva, al no sustentar para cada uno su base de cálculo, que tenía que haber sido estricta e ineludiblemente derivadas del Contrato de Obra Pública o con base en la Ley de la materia y su Reglamento, como adelante se precisa.

Así, al desglosar dicha suerte principal, haciéndolo en dos incisos:

A. Que incluye el pago de los gastos no recuperables, en virtud de las suspensiones de obra imputable a la entidad, de la falta de proyecto ejecutivo en estructuras, terracerías y trazo del canal y del recorte en asignaciones presupuestales en los periodos contratados en términos del concurso y contrato correspondientes y que asciende a la cantidad de \$33'430,945.46, y que los abogados de LA CONSTRUCTORA integraron con los siguientes conceptos:

- "Para inicio de obra \$6'000,000.00", se observa que sobre este punto no se precisa en el capítulo de hechos, en qué se fundamente ni la fórmula matemática en que se basó para obtener este resultado, ni las pruebas que demuestren su derecho a esta cantidad.
- "Financiamiento \$1'347,724.22", igualmente, debió señalarse en el capítulo de hechos la base legal que se utilizó para considerar esta cantidad, y la

fórmula matemática aplicada para sacar este resultado y las pruebas que respaldaran su reclamo.

- "Por suspensión de Obra \$5'535,477.66", más "Cargos financieros de la suspensión de obra... \$45,509.89". Sobre estas prestaciones, la Cláusula Décima Sexta del Contrato de Obra Pública base de la acción, establece que LA PARAESTATAL", podrá suspender temporalmente en todo o en parte y en cualquier momento, los trabajos contratados por causa justificada, sin que ello implique su terminación definitiva". Aunque en dicha cláusula no se indica la obligación de LA PARAESTATAL de pagar los gastos no recuperables que se causan cuando se ordena una suspensión temporal, en efecto como precisamente lo señalan los abogados de LA CONSTRUCTORA, en el punto 2 del capítulo de hechos, es con fundamento en el Artículo 114 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, que se prevé esta obligación a cargo de LA PARAESTATAL y el derecho a favor de LA CONSTRUCTORA, de que al suspenderse los trabajos por cualquier circunstancia justificada por parte de LA PARAESTATAL, ésta indique las acciones que debe considerar (LA CONSTRUCTORA) en lo relativo a su personal, maquinaria y equipo de construcción.

El problema en el desarrollo del hecho 2, con el que se supone que debería argumentarse, motivarse y fundarse el derecho a esta prestación de pago de \$5'535,477.66 es que los abogados de LA CONSTRUCTORA, si bien hacen mención al oficio E-33.6.-026/2002 (sin señalar su fecha, quién lo suscribe, a quién se dirige, ni se ofrece como prueba en este espacio, ni en el capítulo de pruebas se relaciona, y por tanto se entiende que no se anexó ni se hizo valer como prueba), por el que LA PARAESTATAL notificó a LA CONSTRUCTORA, que debía suspender el revestimiento de la cubeta de Canal en el Km. 9+680 al 9+860; igualmente que las actividades de afine de terreno por temporada de lluvias, suspensión que fue levantada hasta el 21 de abril del 2003, es decir 293 días naturales de suspensión en estos trabajos y enseguida menciona que a causa de que LA PARAESTATAL no había pagado la expropiación de los terrenos ejidales,

los ejidatarios hicieron valer sendos juicios de amparo ante los Juzgados Primero y Segundo de Distrito del Estado de Nayarit, bajo los expedientes 842/02 y 864/02, ordenándose en el primero la suspensión temporal el 11 de octubre, y en el segundo el 18 de octubre, respectivamente, y que la PARAESTATAL por oficio BOO.00.R04-1121/2002(4724), de fecha 22 de octubre del 2002, ordenó la suspensión temporal de los trabajos relativos al contrato base de la acción, haciendo en este punto un señalamiento acusatorio en el sentido de que dicho oficio le fue notificado hasta el 14 de noviembre del 2002, pero que con engaños, se le obligó a firmar de recibido con fecha 23 de octubre del 2002, **"para que no hubiera problemas posteriores para el pago de gastos no recuperables"** (sin precisar el nombre del funcionario de LA PARAESTATAL que entregó el oficio y pidió que se recibiera con fecha anterior a la que en realidad entregaba el oficio, ni quién del personal de LA CONSTRUCTORA recibió dicho oficio, ni los ofreció como testigos de este incidente, careciendo por tanto de valor probatorio esta acusación), agregando enseguida y concluyendo este hecho 2 con la mención de que LA PARAESTATAL no señaló las acciones que debían considerarse, en lo relativo al personal, maquinaria y equipo de construcción; a pesar de diversas misivas (que podrían ser las señaladas como Anexo 6, consistentes en diversas cartas de las que sólo menciona las fechas, sin precisar quién las suscribe, a quién se dirigen, ni cómo las relaciona con qué hechos y prestaciones; así como escrito de LA PARAESTATAL, estudio de gastos no recuperables del segundo período y minutas de trabajo), por las que LA CONSTRUCTORA solicitó a LA PARAESTATAL las instrucciones correspondientes, sin lograr ninguna respuesta, no obstante que LA SUPERVISION de obra de LA PARAESTATAL pasó lista del personal y del equipo que se encontraba en obra en ocio y quedando asentado en bitácora del 23 de octubre al 4 de diciembre del 2002 (no se precisa en la relación de pruebas Anexo 2, de qué folio a qué folio son las bitácoras que respaldan esta afirmación, que por razón de contundencia debía precisarse esta prueba), no siendo sino hasta el 4 de diciembre del 2002 que se ordenó la reanudación de los trabajos, mediante oficio BOO.00.R04-508/2002 (5061) de la misma fecha (sin señalar quién lo suscribe, a quién se dirige, ni se ofrece como prueba

en este espacio, ni en el capítulo de pruebas se relaciona, y por tanto se entiende que no se anexó ni se hizo valer como prueba), una vez reanudados los trabajos, aún se presentó una suspensión más por parte de los ejidatario, en ésta ocasión del 12 al 29 de mayo del 2003, es decir 17 días de suspensión (tampoco se precisa en ésta afirmación, con qué oficio y en qué fecha se notificó esta segunda suspensión, quién lo suscribió, a quién lo dirigió, menos se ofrece la testimonial de las personas involucradas, ni se relaciona en el capítulo de pruebas, deduciéndose que tampoco se anexa)."

En resumen, se observa en este Hecho 2, una cantidad de datos, acontecimientos y referencias documentales que sólo se mencionan pero que no se ofrecen como pruebas, carentes además del señalamiento pormenorizado, la secuencia lógica y cronológica, así como su relación precisa y contundente, que demostrara sin lugar a dudas el derecho a la prestación reclamada de los \$5'535,477.66, por concepto de gastos no recuperables del primer período de suspensión de obras, así como por los "Cargos financieros de la suspensión de obra \$45,509.89", en cuanto que la suerte de lo accesorio sigue la suerte de lo principal, además de que los abogados de LA CONSTRUCTORA, vuelven a ser gravemente omisos sobre el reclamo de ésta prestación al no señalar la fórmula matemática que debió utilizar, en base al procedimiento establecido por los artículos 115, 116 y 119 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, para determinar ésta cantidad, dejando así al Juez de la causa, sin elementos para reconocer el derecho a favor de LA CONSTRUCTORA sobre ésta prestación, y a LA PARAESTATAL oponerse cómodamente al monto reclamado de la misma, reconociéndola solo en una mínima parte, respecto de la primera suspensión, por la cantidad de \$343,775.69, resultando sorprendente que los abogados de LA CONSTRUCTORA, al apelar la sentencia, no haya objetado dicha cantidad y menos demostrado en términos de los artículos antes señalados, con las documentales correspondientes y las fórmulas matemáticas aplicables, el derecho de LA CONSTRUCTORA al total reclamado de los \$5'535,477.00 por el referido concepto, dando por consentido escasamente el 6.2% a que equivale la citada cantidad de \$343,775.69, contra la suma reclamada.

- Son aplicables los razonamientos de los dos párrafos anteriores a los siguientes conceptos señalados como subincisos del inciso A), concretamente: "Suspensión de revestimiento de taludes \$4'560,223.22"; "Suspensión de construcción de estructuras por falta de proyecto \$9'615,136.00"; "Suspensión de terracerías por falta de proyecto \$6'043,168.87"; Y "Por mano de obra inactiva en habilitación y colocación de acero \$283,705.60", con los que se suma el total reclamado en el citado inciso A), del Punto III de la demanda inicial, por la cantidad de \$33'430,945.46, al no señalar los abogados de LA CONSTRUCTORA, la fórmula matemática que debió utilizar en base al Catálogo de Conceptos convenido por las partes y al procedimiento establecido por los artículos 62, fracción 1, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y los artículos 115, 116 y 119 de su Reglamento.
- B. Respecto al inciso III. y sus cinco subincisos, relativos al reclamo que hacen los abogados de LA CONSTRUCTORA sobre daños y perjuicios que la supuesta rescisión del contrato en cuestión le ocasionaría, se observa lo siguiente:
- Del subinciso 1), por el que se reclama la cantidad de \$1'239,091.28, se afirma que es por concepto de utilidad que LA CONSTRUCTORA dejó de percibir por el supuesto incumplimiento en que incurrió LA PARAESTATAL y que imposibilitó la terminación de poco menos del 50% de la obra. Al respecto, los abogados de LA CONSTRUCTORA, reinciden en omitir la base y fundamento de su cuantificación, resultando así, un cálculo subjetivo y objetable, ya que ni en el capítulo de hechos, ni en la relación de pruebas sustenta esta reclamación.
 - El subinciso 2), por el que LA CONSTRUCTORA reclama el pago de \$378,151.41 por concepto de los derechos y demás accesorios invertidos en la adquisición de las fianzas de garantía de cumplimiento y de inversión de anticipo a favor de LA PARAESTATAL, que relaciona en éste punto, por lo antes expuesto se estima que si en primera instancia hubiera agotado los procedimientos contenidos en el propio contrato para resolver extrajudicialmente las incidencias acontecidas y que al no tener respuesta favorable, le hicieron decidir por la demanda judicial, si hubiera promovido

la acción correcta inicialmente, esto es, la demanda de cumplimiento de contrato, sin abandonar la obra, y hubiera demostrando contundentemente los incumplimientos resultantes por parte de LA PARAESTATAL, probablemente hubiera, logrado un resultado favorable. Sin embargo con las propias pruebas aportadas por los abogados de LA CONSTRUCTORA, tanto en la demanda principal, como en la apelación y hasta en el recurso de amparo, el resultado ha sido negativo, porque no ha demostrado el incumplimiento de LA PARAESTATAL, y por tanto la prestación reclamada en este punto tampoco ha procedido.

- El subinciso 3), relativo al pago de la ejecución de obra por conceptos extraordinarios ejecutados de arroje de taludes y abatimiento de taludes, por la cantidad de \$451,275.38. Aunque indudablemente se pueda contar con las instrucciones por escrito para la ejecución de estos trabajos y en Bitácora se pueda constatar su realización, sorprende nuevamente que los abogados de LA CONSTRUCTORA, omitieran en el capítulo de hechos una mención mínima por lo menos sobre éstos trabajos, así como en la relación de pruebas tampoco existe referencia alguna, salvándose relativamente este punto por la propia PARAESTATAL, la que en la contestación de la demanda a pesar de negar este derecho, sin embargo no lo niega de fondo, sino que objeta su cuantificación en cuanto a su elaboración unilateral por LA CONSTRUCTORA, sin aportar documentos con los cuales soporte su reclamo, reconociendo, sin embargo, que sí se ejecutaron los trabajos y que lo que faltó fue concluir la conciliación entre LA CONSTRUCTORA Y la empresa supervisora designada por LA PARAESTATAL, misma que quedó inconclusa supuestamente por el abandono de las obras que decidió LA CONSTRUCTORA, encontrándose pendiente el pago respectivo, se entiende que con los ajustes que procedan hasta una vez que se termine la conciliación iniciada.
- El subinciso 4), relativo al pago de \$10'000,000.00 por concepto de daño moral. Sobre este concepto, la única observación que se puede hacer es que lo importante aquí no es tanto en base a qué se cuantificó esta cantidad por daño moral, ya que si en los anteriores conceptos en que se

establecieron bases claras en el Contrato de Obra Pública para determinar gastos no recuperables, ajuste de costos, importe de trabajos extraordinarios, aparentemente no se tomaron en cuenta tales bases, o al menos las pruebas ofrecidas para esos propósitos no se calificaron como sólidas en las tres instancias ya intentadas, se concluye que no sea factible precisar una base concreta para determinar la cantidad reclamada por este concepto, por tanto, aquí la cuestión de fondo es ¿quién causó realmente el daño moral a LA CONSTRUCTORA, LA PARAESTATAL al negarse a pagar las prestaciones reclamadas tal y como se le demandaron, o los abogados de LA CONSTRUCTORA, al haber ejercido una acción incorrecta, pero que aún las acciones jurídicas ejercidas adolecen de tantas deficiencias?

- El subinciso 5), relativo al pago de la cantidad de \$1'347,724.22 por concepto de gastos por financiamiento de obra, realizados por LA CONSTRUCTORA, como resultado de la falta de pago oportuno del anticipo acordado. Aunque este concepto se repite, por haberse ya señalado como el segundo subinciso de los mencionados en el inciso A), además se agrega que la Cláusula Segunda, párrafo segundo del Contrato de Obra Pública que nos ocupa, establece que el presupuesto autorizado para el año 2001 es de \$ 1'915,050.13, y en la Cláusula Quinta, primer párrafo, se estipula que: "LA PARAESTATAL" otorgará a "LA CONSTRUCTORA por concepto de anticipo el 30% de la Asignación Presupuestal aprobada al Contrato en el Ejercicio de que se trate (Primer Ejercicio), que importa la cantidad de \$574,515.04, más el I.V.A., para que "LA CONSTRUCTORA" realice en el sitio de los trabajos la construcción de sus oficinas, almacenes, bodegas e instalaciones, etc.". Por tanto si LA CONSTRUCTORA firmó el Contrato base de la Acción, en el que expresamente se indica el presupuesto autorizado para 2001 y el anticipo, por las cantidades antes indicadas, considerando que en las Bases de licitación se indicó que el presupuesto del programa para 2001 era de \$2'915,050.13, Y por tanto el anticipo se fijó en la cantidad de \$874,515.09, LA CONSTRUCTORA estuvo libremente en la alternativa, bien de exigir que las cantidades por dichos conceptos se corrigieran, para que quedaran

como se informó en las Bases de Licitación y en el Acta de la Junta Aclaratoria y no firmar el contrato hasta que se hiciera la corrección, o si como de hecho firmó, con las cantidades que hasta la demanda impugno, esto es un año diez meses después, con los avances de obra alcanzados, estimaciones pagadas, y tiempo en exceso para haberse inconformado e incluso no plasmado en las facturas pagadas los conceptos desglosados con los anticipos recibidos y las cantidades amortizadas en función de las remesas que se le proporcionaron en cada ejercicio, por tanto, lo que se puede concluir es que estuvo consciente de esas diferencias de importe de programa y anticipo iniciales, así como de los subsecuentes lo que implicó desde la firma del contrato su conformidad con las cantidades que por dichos conceptos fue recibiendo posteriormente, lo que permite afirmar que no hubo engaño ni incumplimiento por parte de LA PARAESTATAL, ante la aceptación tácita de LA CONSTRUCTORA.

En su cuarta prestación:

LA CONSTRUCTORA demandó: El pago de Ajuste de Costos por la cantidad de \$260,000.00, por el año de 2003.

Sobre este concepto, igualmente se omite en el capítulo de hechos de la demanda inicial justificar el derecho a esta prestación con el desglose detallado de cómo se determinó esta cantidad, ni en el capítulo de pruebas se indica ninguna documental que respalde el reclamo de dicha prestación. Aun así, nuevamente es LA PARAESTATAL la que en la página 14, tercer párrafo de su contestación a la demanda principal, manifiesta en relación a este reclamo que: "La empresa actora solicitó a LA PARAESTATAL, la autorización respectiva, presentando para ello el estudio correspondiente, el cual a la fecha de la contestación de la presente demanda SE ENCUENTRA EN REVISIÓN PARA SU CONTESTACIÓN", por tanto, si no hubo negativa de pago, habrá que requerir a LA PARAESTATAL el resultado de la revisión, para ver qué cantidad reconoce para su pago, y en su oportunidad llegar a una conciliación.

En su quinta prestación:

LA CONSTRUCTORA demandó: El pago de los gastos financieros, respecto de las cantidades antes referidas de acuerdo al procedimiento establecido en el Código Fiscal de la Federación.

Como si se tratara del supuesto de prórroga para el pago de créditos fiscales. Sin embargo, sobre este punto, los abogados de LA CONSTRUCTORA no precisan en el capítulo de hechos su justificación desglosada, detallada y precisando a qué cantidades se refiere; así como tampoco en el capítulo de pruebas señala alguna con la que respalde este reclamo, por lo que esta prestación resulta superficial e inconsistente.

En su sexta prestación:

LA CONSTRUCTORA demandó: La devolución de la retención por incumplimiento de programa por la cantidad de \$63,152.32.

También en este punto, los abogados de LA CONSTRUCTORA, omiten en el capítulo de hechos la justificación y sustento de dicho reclamo, así como en el capítulo de pruebas tampoco señala ninguna que respalde el derecho a ésta prestación.

HECHOS.

Este capítulo que de acuerdo a la doctrina del Derecho Procesal Civil y al Código de Procedimientos Civiles debe consistir en una narración detallada de los acontecimientos en que el actor funde su petición, siguiendo un orden lógico y cronológico de los acontecimientos que dan lugar a la demanda, así como contener los argumentos jurídicamente convincentes y contundentes con los que se pretenda demostrar el derecho a las prestaciones que se reclamen en el caso que nos ocupa, a pesar de ser seis las prestaciones reclamadas, y la tercera desglosarse en los incisos A) y B), y ésta a su vez comprender cinco subincisos, extrañamente los abogados de LA CONSTRUCTORA, **únicamente desarrollan en tres hechos todo lo sucedido**, resultando así, indebida y lamentablemente una especie de resumen que si bien da una idea de los acontecimientos

que motivaron la demanda, sin embargo, como inicialmente se señaló, adolece de graves deficiencias, como ideas solamente insinuadas, omisiones, imprecisiones, ambigüedades, redundancias y contradicciones, así como señalamientos de situaciones, acciones o decisiones, sin mencionar nombres de las personas que intervinieron en estas, lugares y horas en que sucedieron, por qué causas, con qué efectos, no sustentando cada punto con los fundamentos jurídicos aplicables, etc. Así como afirmar una serie de presuntos incumplimientos de LA PARAESTATAL, sin sustentadas como se debía en el Clausulado correspondiente del Contrato de Obra Pública, base de la acción y sus anexos, ni en la LOPSRM, ni en las Reglas Generales para la Contratación y Ejecución de las Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, ni en los documentos de las Propuestas Técnicas y Económicas, el Programa de Ejecución de los Trabajos detallados por conceptos, ni el Catalogo de Conceptos, desaprovechando así y echando a perder los elementos de derecho y los aspectos en que sí le asistía a LA CONSTRUCTORA la razón y el derecho si se hubieran hecho valer correctamente y en el tiempo oportuno por parte de los abogados de LA CONSTRUCTORA.

Un juicio se gana con pruebas, siempre y cuando éstas sean consistentes, bien presentadas y debidamente relacionadas con toda claridad y precisión con los hechos y prestaciones que se demandan.

Las pruebas básicamente son: la confesional (considerada como la reina de las pruebas), las testimoniales, las documentales públicas, las documentales privadas, las periciales, la inspección, principalmente, entre otras.

En el caso que nos ocupa, resulta inexplicable por qué los abogados de LA CONSTRUCTORA únicamente ofrecieron pruebas documentales y mal ofrecidas como ya se indicó con anterioridad, y no ofreció desde la demanda inicial, todas las demás pruebas de que disponía y era posible, necesario, conveniente y oportuno ofrecer, como son las siguientes, que se señalan en forma enunciativa mas no limitativa:

1. La confesional a cargo del Gerente Regional Pacífico Norte, quién suscribió el Contrato de Obra Pública, a quien con un pliego de posiciones bien elaborado, pudo habersele hecho confesar, entre otras cuestiones, el supuesto incumplimiento entre las cantidades que en las bases de licitación se informaron a

los concursantes, relativas a la inversión anual del Programa de Obra y el monto de los Anticipos, y su diferencia, en menor cantidad a las que se señalaron en el contrato, y de hecho se entregaron durante la ejecución del mismo, etc.

2. La testimonial del, Subgerente Regional de Operación y el Gerente Estatal en Nayarit , quienes firman precisamente como testigos el referido contrato de obra pública, base de la acción, y que con un interrogatorio bien elaborado, podrían haber testificado los mismos puntos antes mencionados y posiblemente varios otros que generaron el conflicto, durante la ejecución del contrato.
3. La testimonial de quien representó a LA PARAESTATAL en la Junta de Aclaraciones, e informó que el monto de la Asignación para el Ejercicio del 2001, sería de \$2'915,050.30, entre otros datos.
4. La testimonial del Residente General del Proyecto Rio Santiago de LA PARAESTATAL, quien conoció todos los incidentes que se fueron dando desde el inicio de las obras hasta que se decidió suspenderlas y por qué.
5. La testimonial del Superintendente de Obra, quien por su presencia personal permanente, intervención, participación, seguimiento, conocimiento cotidiano del avance e incidentes que se dieron en el desarrollo de las obras, pudo por parte de LA CONSTRUCTORA haber dado un testimonio fiel de las acciones o efectos perjudiciales a LA CONSTRUCTORA, por causas imputables a LA PARAESTATAL
6. La testimonial del Supervisor de LA PARAESTATAL quien igualmente estuvo al tanto de los acontecimientos relacionados con los avances de obra, las suspensiones, la maquinaria y el equipo, el personal, etc., que se ocuparon y a la vez quedaron en ocio en los periodos de suspensión, la ejecución de los trabajos extraordinarios, etc.

Y cualquier otra testimonial de personas distintas a las antes mencionadas que estuvieron involucradas en los acontecimientos que afectaron los intereses de LA CONSTRUCTORA, indistintamente que fueran colaboradores de ésta, o de LA

PARAESTATAL o inclusive, terceras personas que por cualquier circunstancia hayan tenido alguna intervención en dichos acontecimientos, como el presidente del Comisariado Ejidal, y demás líderes, en su caso, que obligaron a LA CONSTRUCTORA a suspender los trabajos, al haber problemas de pago de indemnización por las tierras que se les expropiaron para la realización de las obras que fueron el objeto del contrato base de la acción que nos ocupa.

Sin embargo, en el escrito inicial de demanda, únicamente se limitó a ofrecer una relación de dieciséis pruebas exclusivamente documentales y mal ofrecidas, toda vez que indica sólo en las dos primeras, la relativa al Contrato de Obra Pública base de la acción, la Bitácora de Obra y de manera ambigua por mencionar de forma general, que se relacionan con todos y cada uno de los hechos de la demanda.

Como ya se señaló, suponiendo que la acción de rescisión del contrato hubiera sido la correcta, fue una omisión grave el ofrecer la bitácora de obra, tal cual, que consistió en 367 folios, sin precisar propiamente en el escrito de ofrecimiento de pruebas, en cada caso, con qué folios de ésta se demostraba las suspensiones de obra, con cuáles los trabajos extraordinarios, con cuáles la modificación del proyecto original, etc., siendo esta una obligación de la parte que ofrece la prueba, no del Juez, buscar con qué documentos se comprobaba cada concepto reclamado.

Ninguna de las 14 pruebas restantes, hace mención con qué hechos y prestaciones se relacionan, además de que algunas de estas pruebas también se ofrecieron indebidamente en paquete, como es el caso de las marcadas como Anexos 4, 6, 8, 10 y 16, que por su importancia y contenido, debieron haberse ofrecido de manera más detallada e individualizada y relacionando cada documento, con el hecho y prestación correspondientes, reiterando que es obligación del abogado patrono y por conveniencia de su cliente y propia, ofrecer las pruebas correctas, diversas, completas y precisas, relacionándolas con el o los hechos que correspondan en función de las prestaciones que se reclaman, y no es trabajo del Juez, quien por la naturaleza de su función debe ser imparcial, o en los casos precisos indicados en la propia ley, suplir ciertas deficiencias o señalar las mismas para que en un plazo determinado se subsanen, no siendo el asunto que nos ocupa, que el Juez tuviera que hacer tales señalamientos, que por lógica

profesional correspondían a los abogados de LA CONSTRUCTORA por el valor y la importancia que ameritaba este negocio.

5.3.2.2. Contestación y reconvención a la demanda inicial.

LA PARAESTATAL, al contestar la demanda manifiesta:

- I. Que LA CONSTRUCTORA carece de acción para reclamar lo que pretende porque LA PARAESTATAL sí entregó el monto del anticipo conforme a las partidas presupuestales que se asignaron y porque todos los pagos que hizo a LA CONSTRUCTORA nunca fueron controvertidos dentro del plazo establecido por la Regla 3.3.5 de las Reglas Generales para la Contratación y Ejecución de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

OBSERVACIÓN: De acuerdo a la documentación analizada y ofrecida como prueba en el juicio de mérito por LA CONSTRUCTORA misma, es cierto que LA PARAESTATAL le entregó el monto del anticipo conforme a las partidas presupuestales que se asignaron, como es cierto también que LA CONSTRUCTORA nunca objetó nada al respecto, dentro del plazo establecido en las citadas Reglas.

- II. En cuanto al anticipo LA PARAESTATAL afirma que entregó a LA CONSTRUCTORA hasta por un monto de \$17'916,598.27, como lo demuestra con las pólizas de cheques que aporta como pruebas.

OBSERVACION: Es cierto, como consta en las mismas pruebas que también los abogados a nombre de LA CONSTRUCTORA aportó, contradiciendo su reclamo.

- III. Además, LA PARAESTATAL señala que no es verdad que LA CONSTRUCTORA haya amortizado todo el anticipo otorgado.

OBSERVACION: Es cierto, como consta en las pruebas que ambas partes aportaron al respecto.

- IV. En cuanto al monto reclamado por gastos no recuperables, LA PARAESTATAL no lo niega pero afirma que es por un monto menor al reclamado.

OBSERVACIÓN: Es entonces uno de los conceptos que habrá que acordar para su finiquito, en su oportunidad.

- V. Respecto al pago del anticipo, LA PARAESTATAL precisa que el 13 de noviembre del 2001 entregó a LA CONSTRUCTORA el 30% de la asignación aprobada para el contrato base de la acción, o sean \$574,515.04, como consta en la factura No. 0963, para la realización in situ de los trabajos de construcción de oficinas, almacenes, bodegas y en su caso para los gastos de traslado de maquinaria y equipo de construcción.

OBSERVACION: Ya se comentó este punto, que siendo cierto, al firmar el Contrato base de la acción, LA CONSTRUCTORA firmo, previo conocimiento y por tanto de conformidad, aunque haya sido teórica, pero jurídicamente válida para los efectos legales del contrato de referencia.

- VI. Respecto a las suspensiones LA PARAESTATAL declara que los Jueces Primero y Segundo de Distrito en el Estado de Nayarit, mediante proveídos de fechas 11 y 18 de octubre del 2002, dictados dentro de los Juicios de Amparo Nos. 1/2002 y 864/2002, ordenaron la suspensión de los trabajos, por lo que LA CONSTRUCTORA le reclamó a LA PARAESTATAL el pago de \$5'213,507.00 por concepto de gastos no recuperables generados durante la suspensión de los trabajos, y en contestación a su petición, LA PARAESTATAL, mediante Oficio BOO.E336-102, le manifestó que el pago de gastos no recuperables solo procedía por \$323, 775.69.

OBSERVACIÓN: Como ya se señaló con anterioridad, LA CONSTRUCTORA no demostró adecuadamente, las bases de cálculo para determinar la cantidad reclamada, en tanto que LA PARAESTATAL, al reconocer este concepto solo por la cantidad antes señalada de \$323,775.69, imponiéndole el tribunal de apelación su obligación de pagarla a LA CONSTRUCTORA, y principalmente al no haberla

ésta objetado de manera expresa y en su oportunidad, se entiende que se da por satisfecha, a pesar de significar escasamente el 6.2% de la suma reclamada.

- VII. Que mediante oficio BOOOO.R04.11211-2002, LA PARAESTATAL comunicó a LA CONSTRUCTORA la suspensión total de la obra del 24 de octubre al 4 de diciembre del 2002.
- VIII. Que los planos del proyecto ejecutivo de la obra fueron entregados a LA CONSTRUCTORA mediante Carpeta de Concurso que adquirió para efectos de elaborar su propuesta técnica y económica, tal y como lo manifestó LA CONSTRUCTORA en la Declaración 11.6 del Contrato base de la Acción.
- IX. Que LA PARAESTATAL sí puso a disposición de LA CONSTRUCTORA el inmueble en donde se debía de llevar a cabo la obra.

OBSERVACIÓN: Con las propias pruebas aportadas por LA CONSTRUCTORA consistentes en la bitácora, las estimaciones facturadas y pagadas, la declaración que hace de que se logró un avance de poco más del 50% de los trabajos proyectados, etc., esto no hubiera sido posible si no se hubiera puesto a disposición el inmueble donde se realizarían los trabajos. Ni siquiera hubiera sido posible su inicio.

- X. Que es falso que haya existido una suspensión de 293 días naturales, sino que por el contrario, tal y como lo confiesa LA CONSTRUCTORA, solo fue por un período menor.

OBSERVACIÓN: En efecto, esta afirmación de los abogados, que plantearon a nombre de LA CONSTRUCTORA, de entrada da la impresión de que se trató de una suspensión total de 293 días, siendo que después por su propia explicación resulta que fueron dos suspensiones totales menores, una a partir del 24 de octubre al 4 de diciembre del 2002, y otra del 12 al 29 de mayo del 2003, es decir 42 días en el primer período y 17 días en el segundo período de suspensiones totales, y que fue exclusivamente la suspensión de las obras de revestimiento del concreto hidráulico de la cubeta de canal y por las actividades de afine de taludes

en el km 9+660 al 9+860, y afine de terreno, a partir del 3 de julio del 2002 al 21 de abril del 2003, aquí sí, de 293 días naturales de suspensión en estos trabajos, por temporada de lluvias.

5.3.2.3. Contestación a la reconvención y ampliación a la demanda inicial.

La contestación de los abogados de LA CONSTRUCTORA a la Reconvención de LA PARAESTATAL, la hacen en términos por demás simplistas y escuetos, no obstante la cantidad de prestaciones que le contrademandan a LA CONSTRUCTORA, LA PARAESTATAL ésta enumerada de manera precisa y con todo detalle, así como respaldando su dicho con los fundamentos legales y las pruebas documentales idóneas, sin embargo los abogados de LA CONSTRUCTORA se limitan a contestar en sólo cuatro puntos la reconvención, a saber:

1. Que es cierto que previa licitación, LA PARAESTATAL le adjudicó el contrato base de la acción.
2. Que las cantidades del ejercicio 2002 debieron entregarse el 29 de enero del 2002, por lo que LA PARAESTATAL no dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 50 de la LOPSRM;
3. Que los anticipos fueron entregados espontáneamente y por montos inferiores a los previstos por la ley para este tipo de obras;
4. Que LA CONSTRUCTORA cumplió con todas y cada una de sus obligaciones y que quien incurrió en incumplimiento fue LA PARAESTATAL.

En este escrito LA CONSTRUCTORA opuso las excepciones de falta de acción y derecho, y la de oscuridad de la demanda y la de pago, sin respaldar sus excepciones con argumentos sólidos, consistentes y convincentes.

Además de dar respuesta a la reconvención, posteriormente los abogados de LA CONSTRUCTORA promovieron una AMPLIACIÓN a la demanda inicial, reclamando reiterativamente las mismas prestaciones de la demanda inicial, reforzando el reclamo de declaración de rescisión del contrato, base de la acción, por incumplimiento de LA PARAESTATAL, al celebrar ésta un nuevo contrato con una **NUEVA EMPRESA CONSTRUCTORA**, sin que hubiese sido rescindido el contrato antes celebrado con LA CONSTRUCTORA, y el pago de la Estimación No. 22, de fecha 1 de septiembre de 2003, que cubría el período del 1 al 30 de agosto del 2003, hasta por la cantidad de \$309,360.13 más I.V.A., por los trabajos ejecutados y no pagados por LA PARAESTATAL, adoleciendo el texto en su conjunto de esta ampliación de demanda, de las mismas deficiencias que la demanda inicial.

5.3.2.4. Resolución a la demanda inicial.

RESOLUCIÓN AL JUICIO DE PRIMERA INSTANCIA.

Concluido el procedimiento con el desahogo de pruebas ofrecidas por las partes, tanto respecto de la demanda principal de LA CONSTRUCTORA, como de la contestación y la reconvención de LA PARAESTATAL y su contestación y ampliación de demanda por LA CONSTRUCTORA, y su contestación por LA PARAESTATAL, fue dictada la SENTENCIA DEFINITIVA DEL JUEZ DECIMO DE DISTRITO EN MATERIA CIVIL DEL JUICIO ORDINARIO CIVIL 134/2003, con fecha 31 de enero del 2006, que en su parte conducente se transcribe en términos de los siguientes:

RESOLUTIVOS

"PRIMERO. - Ha sido adecuada la vía Ordinaria Civil, intentada por la parte actora.

SEGUNDO.- Se absuelve a LA PARAESTATAL de las prestaciones reclamadas por LA CONSTRUCTORA. identificó con los apartados I, II, III, inciso B, subincisos 1, 2, 3, 4 y 5, IV, V, y VI (pago de daños y perjuicios ante el incumplimiento obligacional de la demandada, pago de los costos de las fianzas que la actora obtuvo para garantizar la observancia del pacto, pago de trabajos extraordinarios, de daño moral, pago de gastos

por financiamiento de obra, ajuste de costos, gastos financieros y el pago de la retención por incumplimiento al programa), del escrito inicial de demanda.

TERCERO.- Conforme a lo expuesto en el Considerando Quinto del presente fallo, se absuelve a la demandada en lo principal, LA PARAESTATAL, de todas y cada una de las prestaciones que LA CONSTRUCTORA, vertió en su escrito de ampliación de demanda...

CUARTO.- De acuerdo a lo expuesto en el Considerando Séptimo, se absuelve a la demandada en la reconvención LA CONSTRUCTORA del pago de las prestaciones que LA PARAESTATAL le reclamó en las prestaciones que identificó con el inciso A), dado lo contradictorio de ésta frente a las restantes.

QUINTO. - En términos del Considerando Séptimo del presente fallo, se absuelve a la demandada en la reconvención LA CONSTRUCTORA del pago de las prestaciones que la reconvencionista LA PARAESTATAL le reclamó en las prestaciones que identificó en los inciso B, C, D, E, F, G, H, I y J, del escrito reconvencional.

De esta resolución de primera instancia, en resumen y como consecuencia de todas las observaciones sobre la acción ejercida y las anomalías de que adoleció tanto la demanda inicial, como la ampliación a la misma por parte de LA CONSTRUCTORA antes anotadas, y a pesar de la contestación y reconvención que hace LA PARAESTATAL, se aprecia por lógica jurídica, aunque con cierta extrañeza, que el Juez Décimo de Distrito en Materia Civil, haya resuelto absolver a ambas partes de las prestaciones que se demandan entre sí, en su totalidad, lo que motivó que se inconformaran mediante el recurso procedente.

5.3.2.5. Recurso de apelación y resolución recaída.

El recurso de apelación interpuesto por LA CONSTRUCTORA reitera, su posición del supuesto incumplimiento de LA PARAESTATAL con los mismos datos, argumentos y fundamentos de su demanda inicial, aduciendo en resumen que el Juez de Primera Instancia interpretó erróneamente dicha demanda, pero sin demostrarlo, sino insistiendo en sus afirmaciones sin la consistencia, congruencia, fundamentación y sin adicionar, elementos, argumentos o fundamentos novedosos, que con un enfoque jurídico diferente

pero congruente con lo primeramente demandado, hubieran permitido al Primer Tribunal Unitario en Materia Civil y Administrativa del Primer Circuito que emitió su Resolución el 22 de Agosto del 2006, concederle la razón en todos los conceptos de agravio.

El Tribunal modificó la Sentencia Definitiva del 31 de enero del 2006, que resultaron parcialmente benéficos pero contraproducentes en su mayor parte para LA CONSTRUCTORA.

5.3.2.6. Juicio de amparo.

Nuevamente, los abogados, se inconforman a nombre de LA CONSTRUCTORA con la resolución recaída al recurso de apelación, en cuanto a los resolutivos dictados en su contra, el 20 de septiembre de 2006, demandó el AMPARO Y PROTECCIÓN DE LA JUSTICIA DE LA UNIÓN, conociendo de éste el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, bajo el Expediente No. D.C.663/2006, ante el cual, los abogados de LA CONSTRUCTORA expresan diversos CONCEPTOS DE VIOLACIÓN argumentando fundamentalmente, como común denominador de éstos, que la Autoridad Responsable, es decir el Primer Tribunal Unitario en Materia Civil y Administrativa del Primer Circuito, que resolvió la apelación, efectuó una incorrecta valoración de las pruebas aportadas por las partes. Sin embargo, el Tribunal precitado niega otorgar el amparo y protección de la Justicia de la Unión a LA CONSTRUCTORA, por los diversos argumentos fundados y motivados que se contienen en el Considerando Quinto de dicha resolución y que a continuación se reproduce en su parte conducente y relevante, en lo que interesa, con el análisis correspondiente:

- **Pago menor y con retraso del anticipo.-** El Cuarto Tribunal Colegiado considera infundado el argumento de LA CONSTRUCTORA, al afirmar ésta que el anticipo otorgado por LA PARAESTATAL no fue del 30% del monto total del contrato base de la acción, pues existe una diferencia de \$2'671,229.00 que debió entregar y no lo hizo. Al respecto, el citado Tribunal se remite a la Cláusula Quinta del Contrato de Obra Pública, que establece que LA PARAESTATAL otorgaría a la contratista por concepto de anticipo el 30% de la asignación presupuestal aprobada en el ejercicio correspondiente, es decir que éste no se pactó para pagarse en una sola

exhibición sobre el monto total del contrato, sino sobre las asignaciones presupuestales de cada ejercicio fiscal, resultando por tanto infundada la inconformidad. También considera infundada la parte en la cual LA CONSTRUCTORA manifiesta que la cantidad de \$2'217,407.11 correspondiente a la Factura 1012, del 15 de julio del 2002 por concepto de anticipo, fue pagada con tres meses de retraso a lo dispuesto en la Cláusula Quinta del contrato. Al respecto el Tribunal señala que tal retraso no significa un incumplimiento al contrato celebrado entre las partes, pues como se indica en la propia factura, dicha cantidad correspondió a la tercera asignación presupuestal otorgada para el ejercicio 2002, ya que anteriormente en los meses de enero y marzo del citado año se habían proporcionado \$2'925,000.00 y \$4'981,586.40, respectivamente, por lo que si las asignaciones se encontraban supeditadas a la disponibilidad presupuestal que se otorgara para cada ejercicio, el hecho de que en el mes de julio de 2002 se haya liberado otra asignación, no significaba que se debiera a causas imputables a LA PARAESTATAL, concluyendo en este punto dicho Tribunal que por tales motivos no existe incumplimiento por parte de dicha dependencia.

Es oportuno aquí citar lo que los abogados de LA CONSTRUCTORA, manifiestan en su demanda de amparo sobre el punto antes tratado en el sentido de que afirma que lo anterior implicaba que en términos de la misma Cláusula Quinta y del Artículo 50 fracciones III y V, párrafo segundo de la LOPSRM, **DEBIÓ AJUSTARSE EL COSTO FINANCIERO PACTADO EN EL CONTRATO y DIFERIR EL PLAZO DEL MISMO.**

(JUSTAMENTE ESTAS DOS SON PARTE DE LAS PRESTACIONES QUE DEBIÓ EL BUFETE JURÍDICO HABER DEMANDADO PERO POR LA ACCION DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO EN LA DEMANDA INCIAL, y NO SU RESCISIÓN: EL AJUSTE DE COSTO FINANCIERO POR RETRASO EN EL PAGO DEL ANTICIPO, Y EL DIFERIMIENTO DEL PLAZO DEL MISMO)

- **Retraso en la entrega del Proyecto Ejecutivo.-** El tribunal de amparo consideró infundado el argumento de los abogados de LA CONSTRUCTORA, alegan que jamás manifestó no haber recibido ésta el proyecto ejecutivo, sino que no fue entregado en tiempo el proyecto ejecutivo definitivo, en virtud de las diversas

adecuaciones efectuadas a los planos originales, pues la entrega de los planos definitivos correspondientes al 40% de los trabajos, fue el 26 de agosto del 2003, a dos meses de la terminación pactada en el contrato, sin que LA PARAESTATAL hubiera celebrado convenio de prórroga para la ejecución de las obras en los términos consignados en el artículo 69 del Reglamento de la LOSPRM.

Al respecto, el tribunal de amparo señala que de las constancias de autos se desprenden diversos escritos en los que LA CONSTRUCTORA solicitó en varias ocasiones a LA PARAESTATAL los planos necesarios para la continuación de la obra contratada, y se aprecia también la modificación del proyecto original, sin embargo, de lo anterior el citado el Tribunal concluye que tales circunstancias no significaron que LA PARAESTATAL haya incumplido con las obligaciones contraídas en el contrato base, que llevara a considerar la rescisión reclamada, **pues en este caso era necesario que LA CONSTRUCTORA hubiera demostrado que tales cambios y la entrega en las fechas mencionadas ocasionaban que LA CONSTRUCTORA se encontrara imposibilitada para cumplir con sus obligaciones pactadas en el contrato, lo cual no se desprende de las documentales mencionadas ni de ninguna otra probanza.** Y si no se celebró convenio de prórroga conforme al artículo 69 del Reglamento de la LOSPRM, no significaba que debía rescindirse el contrato base de la acción, pues tal circunstancia ni implicaba que LA PARAESTATAL hubiera incumplido con alguna obligación contraída en el contrato, **y sobre todo no hay constancia de que LA CONSTRUCTORA haya solicitado a LA PARAESTATAL la celebración del convenio respectivo, en cambio sí hay constancia de que** además del "Programa de Ejecución de los Trabajos" suscrito por las partes, **se acordó entre estas una reprogramación al 31 de diciembre del 2003, lo cual lleva a considerar que los contratantes estimaron que con la reprogramación de la fecha de terminación era suficiente, sin necesidad de celebrar convenio modificadorio,** de ahí lo infundado del concepto de violación.

- **Suspensiones de los trabajos.**- El tribunal de amparo estima también infundado el argumento en el que los abogados de LA CONSTRUCTORA, indican que el tribunal de apelación no consideró las suspensiones en los trabajos, derivadas de los juicios de amparo promovidos por los ejidatarios del lugar, así como la

suspensión notificada por LA PARAESTATAL a LA CONSTRUCTORA mediante oficio E-336.-026/2002, en el que se ordenó detener el revestimiento de cubeta de canal en el kilómetro 9+680 al kilómetro 9+860, lo que hizo un total de 293 días naturales de suspensión, toda vez que el que hayan surgido algunas suspensiones a la obra, no lleva al extremo de considerar que debía rescindirse el contrato base de la acción por causas imputables a LA PARAESTATAL, insistiéndose en que **los abogados de LA CONSTRUCTORA debieron acreditar que por causa de tales suspensiones se vio impedida para cumplir con las obligaciones contraídas, circunstancia que con ninguna de las pruebas documentales ofrecidas lo demuestra.**

- **Retenciones por el retraso en el Programa de Obra.-** Los abogados de LA CONSTRUCTORA argumentan en la demanda de amparo que de haber existido una reprogramación en la fecha de terminación de la obra pública, no existiría razón y fundamento alguno para aplicar retenciones por retraso en el programa de obra, siendo que en las primeras estimaciones LA CONSTRUCTORA tuvo que absorber con recursos propios los gastos de construcción de oficinas, almacenes e instalaciones, pues el anticipo otorgado resultó insuficiente, agregando que la autoridad responsable dejó de considerar que en las estimaciones de la 9 a la 16, LA CONSTRUCTORA ejecutó más obra de la programada y en relación a las estimaciones de la 17 a la 21, el tribunal resolutor no tomó en cuenta diversas suspensiones a la obra, así como la falta de entrega de los planos ejecutivos para la realización de los trabajos, además de que consideró en su resolución que LA CONSTRUCTORA incumplió con el programa de ejecución de obra desde su inicio, tal como se desprende de la aplicación de diversas sanciones en las estimaciones de la 2 a la 8 y de la 17 a la 21, de conformidad con la Cláusula XV del contrato base de la acción.

Sobre este particular, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito que se ocupó de la demanda de Amparo, señala que conforme a la Cláusula Quinta del contrato, el anticipo para el primer ejercicio era del 30% de la asignación presupuestal asignada, que ascendió a la suma de \$574,515.40 que tenía por objeto que LA CONSTRUCTORA realizara los trabajos de construcción de oficinas, almacenes, bodegas e instalaciones, traslado de maquinaria y equipo de construcción e inicio de obra. Sobre lo

planteado, **el Tribunal antes mencionado afirma que LA PARAESTATAL cumplió con su obligación de proporcionar el anticipo correspondiente al año 2001, en los términos pactados por las partes en el contrato base de la acción, por lo que LA CONSTRUCTORA debió sujetarse a dicha asignación presupuestal a la cual se sometió al celebrar el contrato, máxime si la finalidad de ese primer anticipo era para cubrir los gastos de oficinas, almacenes, instalaciones, etc., sin que LA CONSTRUCTORA señalara las pruebas con las que demostrara haber pagado tales conceptos con dinero de su patrimonio,** resultando por tanto infundado este argumento.

Respecto al argumento que los abogados de LA CONSTRUCTORA, de que si se hubiera reprogramado la fecha de terminación de la obra, sería incorrecta la aplicación de retenciones por retrasos; es importante considerar que se trata de dos aspectos distintos: el hecho de que existiera una reprogramación, no sería excluyente para la aplicación de la sanción establecida en el inciso A) de la Cláusula Décima Quinta del contrato básico, pues dicha pena convencional se aplicaría como consecuencia del incumplimiento por parte de LA CONSTRUCTORA en la realización de los trabajos, los Cuales se desarrollaron en una cantidad menor a la programada, por lo que el solo hecho de haberse reprogramado la fecha de terminación de obra no exime a LA CONSTRUCTORA de su responsabilidad en cuanto al desarrollo de los trabajos desempeñados a lo largo de las estimaciones programadas, máxime que **LA CONSTRUCTORA no reclamó entre las prestaciones demandadas la devolución de las referidas retenciones.**

- **Gastos no recuperables.-** El Tribunal de amparo declaró infundado el motivo de inconformidad en el cual estima LA CONSTRUCTORA como incorrecta la aseveración del tribunal de apelación al considerar ésta autoridad que la falta de pago de los gastos no recuperables no constituyen una causal eficaz de rescisión, siendo que la falta de liquidez ocasionada por la falta de pago de ese concepto conllevó a un retraso en el Programa de Obra.

Al respecto, el Tribunal de amparo coincidiendo con el Tribunal de apelación, señala que los gastos no recuperables son un concepto extraordinario, los cuales, incluso no se encuentran contemplados en el contrato base de la acción, pues derivan de circunstancias que sólo surgen por cuestiones que se originan en el curso del desarrollo

de la obra, como fueron las suspensiones en comento, es decir, necesariamente su aparición se da de manera accesoria a los trabajos contratados.

En la especie, la reclamación de los gastos no recuperables se derivó de las diversas suspensiones de la obra materia del contrato, reclamación que **si bien LA PARAESTATAL negó acción y derecho, lo cierto es que fue en relación a las sumas cuyo pago demandó LA CONSTRUCTORA, pues aceptó que no se han pagado los gastos no recuperables**, por lo que la controversia en cuanto a ese aspecto se limitó a determinar la suma a la que ascienden tales gastos no recuperables.

Sobre este mismo concepto, el Tribunal de amparo calificó igualmente de infundado el argumento de los abogados de LA CONSTRUCTORA, en el cual manifiesta que el Tribunal de apelación incorrectamente negó valor probatorio a los dictámenes rendidos por los peritos en ingeniería de parte de LA CONSTRUCTORA, y tercero en discordia para acreditar el monto de los gastos no recuperables. Al respecto, el Tribunal de amparo observa que el perito de LA CONSTRUCTORA al responder a la pregunta 23 del cuestionario presentado por ésta, en relación a la suma a la que ascienden los gastos no recuperables efectuados por LA CONSTRUCTORA, se limitó a indicar que es por la cantidad de \$4'533,484.85 por lo que hace a la primera suspensión, en tanto que por la segunda suspensión, dicho concepto es por la suma de \$ 1'001,992.81, ambas más I.V.A., además de agregar que dichos montos se incrementarían al aplicar los ajustes de costos y gastos financieros. El perito tercero en discordia al responder el mismo cuestionamiento, indicó que de las documentales técnicas que se tuvieron a la vista, no se desprende ninguna constancia en la que LA PARAESTATAL le notificara a LA CONSTRUCTORA las acciones a tomar durante la suspensión de la obra, por lo que era factible el reconocimiento de gastos no recuperables. De lo anterior se advierte, tal como lo indicó el Tribunal de apelación, que dichos dictámenes no son aptos para acreditar el monto reclamado por LA CONSTRUCTORA por el concepto de gastos no recuperables, toda vez que no expresan la forma, técnica y sustento documental a través del cual arribaron a esa conclusión, lo que era indispensable para generar la convicción y certeza en el juzgador de que efectivamente, esa era la suma adeudada a LA CONSTRUCTORA por ese concepto y estar en aptitud de otorgarle pleno valor probatorio. En tanto que el perito tercero en discordia, únicamente señaló que era procedente el reconocimiento de los gastos no recuperables, como consecuencia de la falta de instrucciones de LA

PARAESTATAL durante la suspensión de obra, por lo que ni siquiera se pronunció respecto a que la suma reclamada fuera la correcta, mucho menos expresó la forma como arribó a esa conclusión.

Por tanto consideramos recomendable negociar con LA PARAESTATAL realizar la cuantificación de manera conjunta este concepto de los gastos no recuperables.

- **Nuevo contrato de obra.-** El tribunal de amparo también considera infundado el concepto de violación hecho valer por los abogados de LA CONSTRUCTORA, en el que alega que fue incorrecto que el tribunal de apelación justificara que LA PARAESTATAL hubiera celebrado un nuevo contrato de obra pública para que se finalizaran los trabajos materia del documento base de la acción, sin antes haber rescindido el contrato celebrado entre las partes, máxime que se encontraba sub júdice el juicio natural en el que LA CONSTRUCTORA reclamó precisamente su rescisión.

Al respecto, el tribunal de amparo consideró que el razonamiento del tribunal de apelación fue correcto por lo siguiente: Dicho tribunal al resolver respecto al nuevo contrato de obra, el cual celebró LA PARAESTATAL con diversa empresa, señaló básicamente que **existe constancia de que las partes Litigantes manifestaron su intención de prorrogar el contrato original hasta el 31 de diciembre del 2003, y por decisión unilateral LA CONSTRUCTORA ésta abandonó la obra**, por lo cual LA PARAESTATAL elaboró un Acta Circunstanciada del estado que guardaban los trabajos realizados, así como los pendientes de ejecutar, sin que la dependencia haya decidido ejercer la facultad de rescindir administrativamente el contrato base de la acción, emitiendo **nueva convocatoria de licitación el 24 de junio del 2004, varios meses después de la fecha en que se pactó la terminación del contrato base de la acción**, motivos por los cuales el tribunal de apelación consideró que no existía impedimento legal para llevar a cabo un nuevo contrato para la conclusión de los trabajos faltantes materia de la obra original, **ya que era factible determinar que el contrato feneció de manera natural por el transcurso del tiempo, máxime que el abandono de la obra y la presentación de la demanda en la vía judicial por parte de LA CONSTRUCTORA, constituyeron elementos inequívocos de la falta de disposición de ésta para**

concluir los trabajos encomendados en el plazo convenido; consecuentemente, la inexistencia de la rescisión administrativa y la terminación de la vigencia del plazo contractual, justificaron que LA PARAESTATAL haya emitido la convocatoria para licitar los trabajos pendientes de la obra, además de que la celebración del nuevo contrato no es causa jurídicamente apta ni eficaz para declarar la rescisión reclamada por LA CONSTRUCTORA en el procedimiento de origen.

El tribunal de amparo determinó que dichas consideraciones se estiman correctas, pues si bien el presente asunto no ha concluido y se encuentra sub júdice la resolución del contrato base de la acción, lo cierto es que, tal como lo consideró el tribunal de apelación, **la intención de LA CONSTRUCTORA al promover el juicio de rescisión del contrato, así como, por consecuencia, dejar de realizar las obras acordadas, denota la voluntad de no terminar los trabajos encomendados, pues en caso contrario se habría reclamado el cumplimiento de dicho acuerdo de voluntades con base en las irregularidades que LA CONSTRUCTORA estimara cometidas por LA PARAESTATAL.**

(EN EFECTO, COMO LO MANIFESTAMOS DESDE EL PRINCIPIO DE ESTE DICTAMEN, LA ACCIÓN CORRECTA QUE DEBIÓ EJERCERSE NO ERA LA DE RESCISIÓN DEL CONTRATO, y MENOS EL ABANDONO DE LA OBRA, RESULTANDO ESTAS DECISIONES CONSUMADAS, EN CUANTO EQUIVOCADAS Y MAL PROCESADAS, UNAS ARMAS PODEROSAS QUE TANTO LA PARAESTATAL, COMO LOS JUECES EN LAS TRES INSTANCIAS INTENTADAS, LAS HAN REVERTIDO EN CONTRA DE LOS INTERESES DE LA CONSTRUCTORA, A CAUSA DE UN MANEJO JURÍDICO INCORRECTO ADEMÁS DE SUMAMENTE DEFICIENTE DE ESTE ASUNTO, COMO Y A SE SEÑALÓ EXHAUSTIVAMENTE.)

- **Devolución de anticipo no amortizado.-** El tribunal de amparo determinó que de igual forma es infundado el motivo de inconformidad en el cual LA CONSTRUCTORA aduce que el tribunal de apelación no tomó en consideración, al establecer la condena al pago del anticipo no amortizado, que ese concepto se entregó para que LA CONSTRUCTORA realizara en el sitio de la obra la

construcción de sus oficinas, almacenes, bodegas e instalaciones, etc., **sin embargo dichos gastos se efectuaron por LA CONSTRUCTORA con cargo al anticipo y deben ser considerados en sus indirectos** y al finalizar la obra se amortizaría para ambas partes el costo de esas instalaciones, pero como en el caso no se concluyó la obra y las instalaciones quedaron en poder de LA PARAESTATAL, debe descontarse la parte proporcional de su valor no amortizado del anticipo.

Sobre este punto, tanto el tribunal de apelación, como el tribunal de amparo, remiten a la cláusula quinta del contrato base de la acción, que establece que se otorgaría a la CONSTRUCTORA por concepto de anticipo el 30 % de la asignación presupuestal aprobada, que en el primer ejercicio ascendió a \$574,515.04, más I.V.A., que se utilizaría por LA CONSTRUCTORA para realizar en el sitio de los trabajos la construcción de sus oficinas, almacenes, etc., y en el cuarto párrafo de la citada cláusula, se indicó que el anticipo debería ser amortizado proporcionalmente con cargo a cada una de las estimaciones por los trabajos ejecutados que se formularan, debiéndose liquidar el faltante por amortizar en la estimación final.

De lo pactado por las partes en el contrato de obra, el tribunal de amparo concluye que no le asiste la razón a LA CONSTRUCTORA, pues, en primer lugar, LA PARAESTATAL otorgó el primer anticipo dentro del término acordado antes del inicio de la obra, pero además no se advierte que los contratantes hayan indicado en el contrato básico que los gastos derivados oficinas, almacenes, bodegas e instalaciones, traslado de maquinaria y equipo de construcción e inicio de los trabajos, se efectuarían por LA CONSTRUCTORA con cargo al anticipo y debían ser considerados en sus indirectos y al finalizar la obra se amortizaría para ambas partes el costo de esas instalaciones, debiéndose descontar la parte proporcional de su valor no amortizado del anticipo al no haberse concluido la obra, por lo que no es procedente estimar que la cantidad a la que se condenó a LA CONSTRUCTORA por concepto de anticipo no amortizado, deba calcularse de la forma como lo plantea LA CONSTRUCTORA, máxime que no hay precepto en la LOPSRM y su Reglamento, en el que se ordene llevar a cabo la amortización de tal manera.

- **Condena al pago de pena convencional.-** Finalmente, el tribunal de amparo considera infundada la inconformidad de LA CONSTRUCTORA en la que se indica

como incorrecta la condena que le impuso el tribunal de apelación al pago de la pena convencional, en virtud de que no se concluyó la obra en el plazo señalado, pues los abogados de LA CONSTRUCTORA, aducen que ello se debió por haberse reclamado la rescisión del contrato de obra celebrado entre las partes.

El tribunal de amparo determina que esto es así, ya que la circunstancia de haber promovido el juicio de primera instancia, reclamando como prestación principal la rescisión del contrato base de la acción y que ésta haya resultado improcedente, trae como consecuencia jurídica que el abandono de los trabajos encomendados fue injustificado y por ende, debió concluir la obra en el tiempo acordado y al no hacerla deviene aplicable la pena convencional establecida en el contrato base.

5.3.2.7. Nueva demanda de cumplimiento de contrato.

De la simple lectura de esta nueva demanda, en la que LA CONSTRUCTORA reclama ahora como primera prestación el cumplimiento del multicitado Contrato de Obra Pública No. XXX-XX-XXX-XX-XX-XX-XX, a precios unitarios y tiempo determinado con fecha 6 de noviembre del 2001, por un monto total de \$60'836,266.64, más I.V.A., por elemental lógica, en la narración de hechos que hacen los abogados de LA CONSTRUCTORA, ineludiblemente hace referencia, si bien con mayor cuidado y de manera más gráfica, completa y precisa, a los mismos planteamientos formulados tanto en la demanda de primera instancia, como en la expresión de agravios en el escrito de apelación y en la demanda de amparo.

Esta prestación se estima por demás tardía y en esencia contradictoria con las acciones anteriormente ejercidas y/o recomendadas por los abogados a LA CONSTRUCTORA, toda vez que resulta material y jurídicamente imposible demandar el cumplimiento de un contrato, cuando por el simple transcurso del tiempo venció con marcada anterioridad, por haberse pactado un plazo de terminación que originariamente había sido el 31 de octubre del 2003, y que después se reprogramó hasta el 31 de diciembre de dicho año. Y porque fue la propia CONSTRUCTORA la que, por los motivos ya conocidos, decidió unilateralmente abandonar la obra.

5.3.2.8. Resolución a la demanda de cumplimiento de contrato.

El juez da por terminada la demanda ya que las prestaciones que piden nuevamente eran casi lo mismo que la primera demanda, por lo que el juez lo da como Cosa Juzgada.

5.3.3. Conclusiones del dictamen jurídico.

PRIMERA.- Del estudio y análisis del Contrato de Obra Pública No. XXX-XX-XXX-XX-XX-XX-XX-XX, a precios unitarios y tiempo determinado con fecha 6 de noviembre del 2001, del Acta de la Junta de Aclaraciones, de los recibos de pago y facturas de los anticipos; de las estimaciones cobradas y pagadas; de los escritos de LA CONSTRUCTORA dirigidos a LA PARAESTATAL, de los oficios dirigidos por ésta a aquella y de las bitácoras de las fechas en que se hicieron constar los puntos controvertidos, se deduce, por una parte la veracidad de los hechos y los conceptos en que se basó LA CONSTRUCTORA referentes a:

1. Una fue la cantidad informada en las Bases de Licitación, sobre la asignación presupuestal del contrato y el equivalente al 30% de anticipo y otra diferente en cuanto menor, que fue la que se consignó en el contrato;
2. Por causas climatológicas y legales con los ejidatarios, se generaron retrasos en la realización de los trabajos contratados entre las partes;
3. A pesar de los requerimientos por escrito hechos por LA CONSTRUCTORA a LA PARAESTATAL, solicitando instrucciones sobre qué hacer con el personal, y el equipo de trabajo durante los períodos de suspensión total, no hubo respuesta por parte de LA PARAESTATAL, generándose, por tanto, gastos no recuperables;
4. Se realizaron trabajos extraordinarios, no pagados en su oportunidad;
5. Hubo un marcado retraso en la entrega del proyecto definitivo, etc., los cuales tomaron como base los abogados de LA CONSTRUCTORA para demandar a LA PARAESTATAL.

SEGUNDA.- La acción ejercida de rescisión del contrato, en primera instancia, y el abandono de la obra, sin embargo, con todas las deficiencias anteriormente señaladas, fueron las decisiones que consideramos erróneas, intentadas por los abogados a nombre de LA CONSTRUCTORA, Y que causaron los resultados negativos en las tres instancias judiciales arriba analizadas; y la demanda que se tiene en trámite, ahora de cumplimiento de contrato, es previsible que muy probablemente corra la misma suerte, de ser adversa a los intereses de LA CONSTRUCTORA, sobretodo porque prácticamente todas las prestaciones reclamadas ya se intentaron hacer valer en las instancias anteriores.

Habiéndose emitido las resoluciones ya por demás conocidas, adversas en su mayor parte a los intereses de LA CONSTRUCTORA, por lo que lo más probable es que se le niegue nuevamente el derecho a las prestaciones que LA CONSTRUCTORA nuevamente reclama de cumplimiento de contrato, y se absuelva a LA PARAESTATAL, o simplemente se sobresea dicha demanda, por declararse como cosa juzgada el capítulo de prestaciones y/o se ratifique la resolución del tribunal de apelación, ya avalada por el tribunal de amparo.

TERCERA.- Por lo anterior, considero que las acciones jurídicas que debieron haberse hecho valer serían las siguientes:

- A. Procedimiento administrativo previsto en la cláusula vigésima primera del contrato de obra, que establece que en caso de controversia se expondría el problema técnico y/o administrativo, dentro del término de diez días posteriores a que sucediera éste. En igual término (diez días) el Gerente General realizaría las diligencias necesarias y emitiría resolución al problema planteado.

Lo anterior está íntimamente relacionado con el artículo 124 del Reglamento de la Ley de Obras, ya que ante todo, LA PARAESTATAL y el contratista debían llevar a cabo todas las acciones necesarias para cumplimiento del contrato. Último recurso, la rescisión.

- B. Terminación anticipada del contrato. En su caso, rescisión administrativa.
- C. Demandar en su caso el cumplimiento del contrato en cuestión, haciendo valer las cláusulas en las que se establecía el procedimiento a seguir en caso de configurarse las hipótesis previstas en las mismas o el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables sobre situaciones no previstas en el contrato, pero sí en la Ley de la materia y/o su Reglamento, como fueron las siguientes, que se señalan en forma enunciativa mas no limitativa:
1. En todos casos mencionados, no abandonar la obra hasta que la autoridad administrativa y/o judicial decretara lo correspondiente.
 2. **Atraso en el pago de anticipos.-** Por el retraso en el pago de una de las remesas de anticipo inicial, la cláusula quinta, segundo párrafo del contrato de obra pública dispone que: “El atraso en la entrega del anticipo será motivo para diferir en igual plazo el programa de ejecución pactado” ,Sobre ésta previsión, no obra en la documentación analizada, que LA CONSTRUCTORA haya solicitado en el momento oportuno, ni con posterioridad, tal diferimiento en la proporción que correspondiera, pero además, en estricto derecho, más que un incumplimiento en la entrega del anticipo, como lo afirmaron los abogados de LA CONSTRUCTORA, desde la demanda inicial, propiamente se trató de un atraso, y fue parcial, además, ya que la remesa cuestionada, fue la tercera de dos previas que sí se entregaron con oportunidad, razón por la que el Juez Décimo de Distrito, primero, y el tribunal de apelación después, y finalmente el tribunal de amparo negaron que se tratara de un incumplimiento de LA PARAESTATAL, absolviéndola de este reclamo.
 3. **Suspensiones de obra.-** La cláusula décima sexta, prevé esta posibilidad y aunque no contempla la obligación de LA PARAESTATAL de que debía dar instrucciones a LA CONSTRUCTORA respecto a las acciones que

debía considerar en lo relativo a su personal, maquinaria y equipo de construcción, durante el período de suspensión, sí está expresamente señalado en el artículo 114, de la LOPSRM, precepto que en su oportunidad se hizo valer.

El problema fue que al reclamar en cantidad líquida los gastos no recuperables por las suspensiones que se dieron en este asunto, los abogados de LA CONSTRUCTORA, no justificaron correctamente el derecho de LA CONSTRUCTORA a tales prestaciones, al grado que de la cantidad reclamada en la primera suspensión por la suma de \$5'535,477.66, sólo reconoce LA PARAESTATAL \$323,775.69, misma cantidad por la que se le condena a su pago, por lo que en el mejor de los casos, es recomendable que de manera extrajudicial LA CONSTRUCTORA solicite a LA PARAESTATAL una reconsideración sobre el ajuste de esta cantidad, siendo recomendable que de manera conjunta se integre con la precisión que el caso amerita y se respalde con la documentación idónea y los cálculos correctos, basados en el catálogo de conceptos y en los reportes de bitácora precisos, el derecho a la suma reclamada o la más próxima a ésta.

Respecto al segundo periodo de suspensión, como antes se anotó, LA PARAESTATAL no lo niega, sino que quedó pendiente de determinarse en cantidad líquida, por lo que habrá que retomar la determinación de ésta prestación por parte del área competente de LA PARAESTATAL, y darle seguimiento hasta lograr el resultado.

4. **Ajuste de Costos.-** La cláusula octava del contrato de obra pública multicitado, contempla este concepto, al haberse establecido: Las partes acuerdan la revisión y ajuste de los costos que integran los precios unitarios pactados en este contrato, cuando ocurran circunstancias de orden económico no previstas que determinen un aumento o reducción de los costos de los trabajos aún no ejecutados, conforme al programa

pactado y al momento de ocurrir dicha contingencia, debiendo constar por escrito el aumento o reducción correspondiente. "La revisión y ajuste de costos se realizará mediante el procedimiento que se cita en la fracción II del artículo 57 de la LOPSRM, de acuerdo a lo establecido en los artículos 56 y 58 del citado ordenamiento legal."

5. **Trabajos extraordinarios.-** El subinciso 3), relativo al pago de la ejecución de obra por conceptos extraordinarios ejecutados de arroje de taludes y abatimiento de taludes, por la cantidad de \$ 451,275.38. Al respecto, como ya se señaló con anterioridad, LA PARAESTATAL, a pesar de negar este derecho, sin embargo no lo niega de fondo, sino que objeta la cuantificación en cuanto a su elaboración unilateral por LA CONSTRUCTORA, argumentando que no aporta documentos con los cuales soporte su reclamo, reconociendo, sin embargo, que sí se ejecutaron los trabajos y que lo que faltó fue concluir la conciliación entre LA CONSTRUCTORA y la empresa supervisora designada por LA PARAESTATAL, misma que quedó inconclusa supuestamente por el abandono de las obras que decidió LA CONSTRUCTORA, encontrándose pendiente el pago respectivo, entendiéndose que deba ser con los ajustes que procedan hasta una vez que se termine la conciliación iniciada. Etcétera.

CUARTA .- En consecuencia, dados los resultados hasta ahora obtenidos y a reserva de la resolución que esta por dictarse en el Juicio de Cumplimiento de Contrato que se está ventilando ante el Juzgado Séptimo de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal, bajo el Expediente No. 20/2008- V, en lo que hubiera que tenerse en cuenta, lo que se considera actualmente procedente es continuar por la vía judicial este asunto y agotar los medios legales existentes para el cumplimiento de las sentencias existentes respecto de aquellas partes de las mismas que sean favorables para la contratista, como son las siguientes:

1. El derecho de LA CONSTRUCTORA, contenido en su escrito inicial de demanda, en el Inciso B, subinciso 3, relativo al pago de la ejecución de obra por conceptos extraordinarios ejecutados de arrope de taludes y abatimiento de taludes, por la cantidad de \$451,275.38, en virtud de que la propia PARAESTATAL, la que en la contestación de la demanda a pesar de negar este derecho, sin embargo no lo niega de fondo, sino que objeta su cuantificación, **reconociendo, sin embargo que sí se ejecutaron los trabajos y que lo que faltó fue concluir la conciliación entre LA CONSTRUCTORA Y la empresa supervisora designada por LA PARAESTATAL, misma que quedó inconclusa supuestamente por el abandono de las obras que decidió LA CONSTRUCTORA, encontrándose pendiente el pago respectivo,**

2. En la cuarta prestación de su escrito inicial de demanda, LA CONSTRUCTORA demandó el pago de Ajuste de Costos por la cantidad de \$ 260,000.00, por el año de 2003, y LA PARAESTATAL, manifiesto en relación a este reclamo que LA CONSTRUCTORA le solicitó la autorización respectiva, presentando para ello el estudio correspondiente, el cual a la fecha de la contestación de la demanda inicial, **SE ENCONTRABA EN REVISIÓN PARA SU CONTESTACIÓN.** Por tanto, si no hubo negativa de pago, habrá que requerir a LA PARAESTATAL, el resultado de la revisión, para ver qué cantidad reconoce para su pago, y en su oportunidad llegar a una conciliación.

3. Respecto a la condena impuesta a LA PARAESTATAL, de pagar a LA CONSTRUCTORA la cantidad de \$323,775.69 por concepto de gastos no recuperables generados en el primer período de suspensión de la obra, que transcurrió del 24 de octubre al 4 de diciembre del 2002. Como antes se indicó, y dada la notoria desproporción entre la cantidad demandada de \$5'535,477.66 y la antes citada, lo recomendable es procurar una negociación con LA PARAESTATAL, incluyendo este concepto y cantidad para replantearla en base al catálogo de conceptos que formó parte del contrato base de la acción para hacer un ajuste de común acuerdo entre las partes.

Por lo que se refiere a los gastos no recuperables correspondientes al segundo período de suspensión de la obra (del 12 al 29 de mayo del 2003), se resolvió en la sentencia de apelación que cuantificarán en el período de ejecución de sentencia, por lo que igualmente se recomienda procurar una posición conciliatoria con LA PARAESTATAL para precisar la cantidad de dicha prestación a favor de LA CONSTRUCTORA.

Respecto a las prestaciones a que fue condenada LA CONSTRUCTORA a pagar a LA PARAESTATAL, consistentes en lo siguiente:

1. Pago a LA PARAESTATAL de \$ 11 '787,054.55, cantidad que incluye el I.V.A., por concepto de anticipo no amortizado y gastos financieros respecto del anticipo no amortizado, más la pena convencional a que se refiere la Cláusula Décima Quinta, inciso B), del contrato de obra pública XXX-XX-XXX-XX-XX-XX-XX-XX, los cuales se calcularán en la etapa de ejecución de sentencia a partir del uno de enero del 2004, y hasta que se pague dicho anticipo; además, tales gastos comprenderán actualización de recargos, conforme al procedimiento establecido en los artículos 4, 17-A y 21 del Código Fiscal de la Federación, como si se tratara del supuesto de prórroga para el pago de créditos fiscales.

Sobre estas prestaciones se realizarán las acciones legales que son procedentes para evitar su pago.

2. La pena convencional a que se refiere la Cláusula Décima Quinta, inciso A, del aludido contrato impuesta a LA CONSTRUCTORA. Dicha sanción será cuantificada en la etapa de ejecución de sentencia conforme al mecanismo establecido en aquella cláusula en el período comprendido entre 1° de septiembre y el 31 de diciembre de 2003; sin embargo, la aludida pena convencional no podrá ser superior, en su conjunto, al monto de la garantía de cumplimiento del contrato.

Esta sanción que consiste en que si como consecuencia de la verificación de los trabajos objeto del contrato base de la acción, éstos se ejecutan con un avance menor al que debió realizarse, LA PARAESTATAL podrá hacer las retenciones por las cantidades que resulten de multiplicar el 2% de la diferencia de dichos importes por la cantidad de meses transcurridos, desde la fecha del atraso en el programa, hasta la de revisión. **Sobre esta sanción se procedería conforme se señala en el punto anterior.**