

***** (1).

VS.

SÍNDICA PROCURADORA DEL

AYUNTAMIENTO DE TIJUANA.

EXPEDIENTE 43/2019 S.E.

Mexicali, Baja California, a veintiséis de febrero de dos mil veintiuno.

SENTENCIA DEFINITIVA que declara la nulidad de la resolución impugnada con fundamento en el artículo 83, fracción IV, de la Ley del Tribunal Estatal de Justicia Administrativa del Estado de Baja California, en razón que no se actualizan las faltas administrativas atribuidas a la parte actora.

GLOSARIO: Se invocan autoridades y normas conforme a las siguientes denominaciones:

Ley del Tribunal	Ley del Tribunal Estatal de Justicia Administrativa del Estado de Baja California.
Tribunal	Tribunal Estatal de Justicia Administrativa de Baja California.
Dirección de Obras	Dirección de Obras e Infraestructura Urbana Municipal del Ayuntamiento de Tijuana.
Síndica Procuradora	Síndica Procuradora del Ayuntamiento de Tijuana.
Código Civil Adjetivo	Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California.
Ley de Obras Públicas	Ley de Obras Públicas, Equipamientos, Suministros y Servicios Relacionados con la Misma del Estado De Baja California.
Sala Especializada	Sala Especializada en materia de Responsabilidades Administrativas y Combate a la Corrupción.

Enseguida se procede a emitir sentencia en el juicio, y

R E S U L T A N D O:

I.- Que el veintiuno de octubre de dos mil diecinueve la parte actora interpuso ante la Sala Auxiliar de este Tribunal, demanda de nulidad contra la resolución de veintitrés de septiembre de dos mil diecinueve emitida por la Síndica Procuradora en el procedimiento de responsabilidad administrativa ***** (2), mediante la cual se le impuso sanciones consistentes en inhabilitación por un año para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, así como sanción económica por la cantidad de \$704,930.84 pesos (setecientos

cuatro mil novecientos treinta 84/100 moneda nacional), radicándose bajo número de expediente 3392/2019 S.A.

II.- Que en proveído de veintiocho de octubre de dos mil diecinueve, la Sala Auxiliar de este órgano jurisdiccional ordenó remitir a esta Sala Especializada los autos del presente juicio, en cumplimiento al acuerdo de Pleno de veintidós de octubre de la citada anualidad.

III.- Que en auto de seis de noviembre de dos mil diecinueve, se tuvieron por recibidos los autos del presente juicio por parte de esta Sala Especializada, radicándose bajo número de expediente 43/2019 S.E.; asimismo, se previno a la actora para que aclarara su demanda.

IV.- Que mediante acuerdo emitido el veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve se admitió la demanda, teniéndose como autoridad demandada a la Síndica Procuradora, quien al contestar la demanda sostuvo la validez de la resolución impugnada.

V.- Que el veintiocho de agosto de dos mil veinte se citó a las partes para oír sentencia de primera instancia, quedando cerrada la instrucción del presente juicio, por lo que se está en condiciones de resolver la controversia planteada en el juicio; y

C O N S I D E R A N D O :

PRIMERO. Competencia. Esta Sala Especializada es competente para resolver el presente juicio, con fundamento en el acuerdo de Pleno de este Tribunal de fecha veintidós de octubre de dos mil diecinueve, publicado en el Periódico Oficial del Estado el cuatro de noviembre del mismo año, por el cual se ordena a las Salas Ordinarias y Auxiliar remitir a la Sala Especializada los expedientes radicados en dichas Salas desde el primero de enero de dos mil dieciocho al veintitrés de octubre de dos mil diecinueve, fecha de instalación de la Sala Especializada, en los que los actos o resoluciones impugnados correspondan a la competencia exclusiva de la Sala Especializada.

Es así que, con fundamento en los artículos 1 y 23, fracción II, inciso c, de la Ley del Tribunal Estatal de Justicia Administrativa del Estado de Baja California, se surte la competencia de esta Sala Especializada para resolver el presente juicio, tomando en consideración que la resolución impugnada emana de una autoridad municipal y es de las que se dictan en

materia administrativa respecto a la imposición de sanciones a los servidores públicos.

SEGUNDO. Existencia de la resolución impugnada.

La existencia de la resolución impugnada quedó debidamente acreditada en autos con la copia certificada que exhibió la autoridad (visible a fojas 1247 a la 1326 de autos), lo cual hace prueba plena de su existencia con fundamento en los artículos 285, fracción III, 322, fracción V, 323, y 405 del Código Civil Adjetivo, de aplicación supletoria en materia contencioso administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30, tercer párrafo, de la Ley del Tribunal.

TERCERO. Causales de Improcedencia. Al no haberse hecho valer por las partes alguna causa de improcedencia, ni advertirse de oficio la existencia de estas, el juicio contencioso resulta procedente en contra de la autoridad demandada.

CUARTO. Motivos de inconformidad. Por cuestión de técnica jurídica, se procede a reseñar lo expuesto en el **hecho 15** y **motivos de inconformidad primero y quinto**, hechos valer por la parte actora en su escrito de demanda, los cuales, de resultar fundados, le deparan un mayor beneficio, ya que pueden conducir a la nulidad lisa y llana del acto impugnado.

Sirve de apoyo a lo anterior, lo pronunciado por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Sexto Circuito, en la tesis de jurisprudencia XVI.1o.A.T. J/9, cuyo contenido es el siguiente:

CONCEPTOS DE ANULACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. ES PREFERENTE EL ESTUDIO DE AQUELLOS QUE CONDUZCAN A DECLARAR LA NULIDAD LISA Y LLANA DEL ACTO IMPUGNADO POR REPRESENTAR UN MAYOR BENEFICIO PARA EL ACTOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO). El artículo 17 constitucional consagra la garantía de acceso a la impartición de justicia, la cual se encuentra encaminada a asegurar que las autoridades -órganos judiciales o materialmente jurisdiccionales- lo hagan de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, por lo que uno de los principios que consagra dicha garantía es el de exhaustividad, entendiéndose por tal la obligación de los tribunales de resolver todas las cuestiones sometidas a su conocimiento, sin que les sea lícito dejar de pronunciarse sobre alguna. Por su parte, los numerales 87 y 89, fracción I, de la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Guanajuato, establecen la existencia de dos requisitos que deben observarse en el dictado de las resoluciones: el de congruencia y el de exhaustividad. Ahora, si bien es cierto que en la citada ley no existe una disposición expresa que establezca el orden en que deben analizarse los conceptos de anulación, también lo es que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado se encuentra constreñido a ocuparse de todos los motivos de impugnación en que descansa la pretensión anulatoria del actor, y preferentemente de los orientados a declarar la nulidad lisa y llana del acto impugnado, ya que de resultar fundados

se producirá un mayor beneficio jurídico para el actor, pues se eliminarán en su totalidad los efectos del acto administrativo, con lo que se respeta la garantía de acceso efectivo a la justicia y, en particular, el principio de completitud que ésta encierra.

Época: Novena Época; Registro: 166717; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XXX, Agosto de 2009; Materia(s): Administrativa; Tesis: XVI.1o.A.T. J/9; Página: 1275.

Alega la parte actora en el referido hecho y motivos de inconformidad, en esencia, lo siguiente:

- Que la resolución resulta carente de una debida fundamentación y motivación al no analizar los hechos como ocurrieron y violenta los principios de exhaustividad y congruencia al no haber tomado en cuenta los argumentos que esgrimió en su declaración.

- Que la resolución es arbitraria, desproporcionada e injusta porque se le pretende sancionar sin que existan medios probatorios que la sustenten y sin que se haya evidenciado nexo causal entre las presuntas irregularidades y su responsabilidad en su comisión, ya que no se invocó manual alguno en el que se le exigiere que estaba dentro de sus atribuciones y en cambio se desatendieron las normas del Reglamento de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología Municipal de Tijuana.

- Que de su declaración en el procedimiento administrativo se advertía que no era responsable sobre los hechos que se le investigaban dado que no estaba en el ámbito de su competencia atender ese tipo de procedimiento de obra.

- Que al haberse aplicado la Ley de Obras Públicas, son los residentes de obra y los supervisores quienes le dan seguimiento a los contratos y la propia dependencia o contratante, es quien únicamente está facultado para imponer las penalizaciones y rescindir el contrato.

- Que el acuerdo de inicio partió de premisas falsas ya que se refirió que el Consejero Jurídico validó que se dio inicio al procedimiento de rescisión del contrato administrativo, pero que el mismo no se ha concluido por no haberse podido notificar a la contratista.

- Que si bien en la declaración de ***** (1) mencionó que se evaluó junto con ella el estatus de la obra, significa que simplemente auxilió a tal servidora pública en su evaluación emitiendo su opinión, pero ello no tiene como efecto

que haya sido de su competencia las omisiones que se le imputan y que reglamentariamente correspondían a otras áreas.

- Que nunca se dijo como es que las penas convencionales de un contrato, las fianzas y la rescisión o terminación de un contrato de obra, puede entenderse como una medida de apremio que salvaguarde los intereses del Ayuntamiento, dado que los contratos provienen de fondos federales y los atendía una Subdirección y Jefatura diversa a la suya.

- Que en el acuerdo de inicio no se dijo como es que no se cumplió con la diligencia el servicio que le fue encomendado, si las demandadas nunca invocaron el oficio delegatorio debidamente notificado en el que la dependencia o contratante le hubiese delegado facultades para actuar como pretende.

- Que la demandada le hizo imputaciones sin razón legal alguna, ya que la autoridad pasó de alto que los contratos los llevaba otra área y no era de su competencia, dado que le correspondía al Departamento de Supervisión de Control de Obra Comunitaria.

- Que no hay una imputación precisa en su contra sino una mera afirmación genérica sobre responsabilidad que no se actualiza.

- Que la autoridad en la resolución impugnada efectuó un mero listado de pruebas obrantes en el expediente, sin referir en cada caso particular, cuales acreditaban la responsabilidad en específico de cada una de las incoadas.

- Que la autoridad no señaló el alcance probatorio de las pruebas que ofreció.

- Que no existió responsabilidad, dado que nunca estuvo en aptitud de incumplir obligaciones que le correspondían a otras áreas y que para poderlas incumplir, debió existir un oficio delegatorio de la contratante o dependencia competente, para que pudiese actuar en facultades delegadas.

- Que el acuerdo de inicio y la resolución definitiva son nulas de pleno derecho al haberse iniciado y documentado en base a normas que regulan contratos de fondos federales que no era de su competencia vigilar, dado que existía otra Subdirección y Jefatura y las imputaciones fueron vagas y por ende, la totalidad

del procedimiento es nulo, por insuficiencia probatoria de las imputaciones genéricas, respecto su responsabilidad.

- Que se debe declarar la nulidad de los actos impugnados, dado que fueron diversos servidores quienes tenían poder de decisión sobre la obra y quienes inclusive suscribieron el convenio y los actos de ejecución de dicho contrato.

- Que las imputaciones genéricas previstas en las fracciones I, II y XXV de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos son normas que para que se concrete su aplicación es necesario vincularlas con otros dispositivos legales, reglamentarios o de carácter administrativo; en esas condiciones, la demandada invocó un artículo de un reglamento estatal inaplicable porque nunca dijo con que medios de prueba se cercioro que era la titular de la residencia de supervisión de obra a que alude el artículo 60 de la Ley de Obras Públicas, en un asunto con fondos federales del ramo 33 y como que fue presuntamente incumplió con observar los artículos imputados.

- Que al no existir normas municipales y reglamentarias de la Ley de Obras Públicas, ni pruebas que la vinculen como supervisor o autoridad facultada mediante oficio delegatorio, para imputarle directamente el incumplimiento a los preceptos de la ley, se está ante un procedimiento viciado de nulidad por pretender sancionársele por imputaciones vagas de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado.

- Que no le es imputable que a la fecha no se hayan hecho efectivas las garantías que las partes pactaron en los procedimientos de obra, porque no podía notificar a la empresa y porque ya existía un procedimiento de rescisión, dado que, como la propia demandada lo reconoce, se dio la entrega recepción de la obra en el área de la Subdirección de Obra Comunitaria y por ende, nunca pudo dársele la entrega recepción de los contratos a su jefatura, al no ser de su competencia atender contratos del ramo 33.

- Que no existe ni quedó acreditada su responsabilidad, por indebida fundamentación y motivación derivada de la insuficiencia probatoria y del indebido encuadramiento de las presuntas conductas en las causas de responsabilidad imputadas.

QUINTO.- Estudio de los motivos de inconformidad primero y quinto.

Es **fundado y suficiente para declarar la nulidad de la resolución impugnada** lo alegado por la actora, respecto a que se le pretende sancionar sin que se haya evidenciado nexo causal entre las presuntas irregularidades y su responsabilidad en su comisión; que no estaba facultada para imponer las penas convencionales y rescindir el contrato; que la autoridad no señaló porque las penas convencionales de un contrato, las fianzas y la rescisión o terminación de un contrato de obra, puede entenderse como una medida de apremio que salvaguarde los intereses del Ayuntamiento, y; que no existió responsabilidad, atendiendo a que no estaba en aptitud de incumplir obligaciones que no le correspondían, como se expone enseguida.

Responsabilidad administrativa:

En primer orden, se precisa la responsabilidad administrativa atribuida a la parte actora, la cual conforme al contenido de la copia certificada de la resolución de veintitrés de septiembre de dos mil diecinueve dictada por la Síndica Procuradora (visible a fojas 1247 a la 1326 de autos), de eficacia demostrativa plena, conforme a lo dispuesto por los artículos 285, fracción III, 322, fracción V, 323 y 405 del Código Civil Adjetivo, de aplicación supletoria, con fundamento en el artículo 30, tercer párrafo, de la Ley del Tribunal, consistió en lo siguiente:

Incumplimiento a las obligaciones previstas en el artículo 46, primer párrafo, fracciones I, II y XXV, de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de Baja California, en relación con el artículo 48, fracción III, del Reglamento Interno de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología.

El artículo aludido establece lo siguiente:

LEY DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

"ARTÍCULO 46.- *Todo servidor público debe desempeñar su función, empleo, cargo o comisión observando siempre los principios de Legalidad, Honradez, Lealtad, Imparcialidad y Eficiencia, actuando dentro del orden jurídico, respetando en todo momento la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California y las Leyes, Decretos y Acuerdos que de una y otra emanen.*

En tal virtud, los servidores públicos tienen las siguientes obligaciones:

I. Cumplir con la diligencia requerida el servicio que le sea encomendado;

II. Abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión;

(...)

XXV. Las demás que establezcan las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas."

REGLAMENTO INTERNO DE LA SECRETARÍA DE DESARROLLO URBANO Y ECOLOGÍA

"ARTÍCULO 48.-El Departamento de Gestión y Coordinación Legal, tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

(...)

III.- Implementar las medidas de apremio necesarias a contratistas de obras y servicios, con el objeto de salvaguardar los intereses del Ayuntamiento, pudiendo coordinarse para tales efectos con la Consejería Jurídica Municipal de Tijuana, Baja California.

(...)"

Conducta:

La autoridad administrativa determinó que se incumplieron los citados preceptos legales en razón de que la parte actora, en su carácter de Jefe del Departamento de Gestión y Coordinación Legal de la Dirección de Obras, durante el periodo de cinco de abril de dos mil ocho al siete de julio de dos mil diecisiete, realizó lo siguiente (fojas 1272, 1273, 1274, 1275, 1276, 1279, 1280, 1281, 1284 y 1285 de autos):

"La responsabilidad imputada a la **C. ***** (1)**, quien fungió como Encargada del Departamento de Gestión y Coordinación Legal, realizando funciones de Jefe del Departamento de Gestión y Coordinación Legal, durante el periodo Comprendido del cinco de abril del dos mil ocho al siete de julio del dos mil diecisiete y por la que se le instruyó el procedimiento administrativo disciplinario de manera concreta es la siguiente:

Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de Baja California.

ARTÍCULO 46.- Todo servidor público debe desempeñar su función, empleo, cargo o comisión observando siempre los principios de Legalidad, Honradez, Lealtad, Imparcialidad y Eficiencia, actuando dentro del orden jurídico, respetando en todo momento la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California y las Leyes, Decretos y Acuerdos que de una y otra emanen.

Obligaciones que presuntamente no fueron debidamente ejercidas, en virtud de que la ahora responsable al desempeñarse como Encargada del Departamento de Gestión y Coordinación adscrita a la Dirección de Obras e Infraestructura Urbana Municipal del H. XXII Ayuntamiento de Baja California, incumplió con la debida diligencia que requería el servicio público encomendado, toda vez que debió de haberse abstenido de cualquier conducta que implicara el ejercicio indebido de su cargo o comisión, al no haberse apegado a los procedimientos y lineamientos establecidos que se necesitaban con la finalidad de llevar a cabo las diligencias requeridas; de igual forma se advierte que no acató sus

funciones como Encargada del de Gestión y Coordinación Legal de la Dirección de Obras e Infraestructura Urbana Municipal de este Ayuntamiento de Tijuana, Baja California, **toda vez que le correspondía llevar a cabo el Procedimiento de Rescisión del Contrato de Obra, por motivo del incumplimiento** del citado instrumento número ***** (3), identificadas como "***** (3)" y "***** (3)", celebrado entre el Ayuntamiento de Tijuana, Baja California y la empresa contratista ***** (4), asimismo debía implementar las medidas de apremio, las cuales consistían en el pago de penalidades a las que la empresa contratista fue acreedor, cantidad equivalente al 5% del importe de trabajos no realizados, la devolución total del anticipo más intereses, así como hacer efectivas las Pólizas de Fianzas favor del Ayuntamiento, con motivo del incumplimiento al programa de obra, ya que el mismo no inicio ni concluyó en el tiempo estipulado por las partes al haberse detectado un 0.00% de avance en la obra contratada, incumpliendo con el contenido de la Cláusula Tercera del Contrato de Obra señalado líneas arriba de lo que se advierte que en atención a ello debió haber dado inicio a la rescisión de contrato; conforme a lo previsto por el artículo 48 fracción III del Reglamento Interno de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, Municipal de Tijuana Baja California, que establece:

(...)

No siendo suficiente el hecho de que si bien es cierto, que con fecha veintinueve de diciembre del dos mil dieciséis, se giró oficio número ***** (5), suscrito por la Directora de Obras e Infraestructura Urbana Municipal del Ayuntamiento de Tijuana, Baja California, por el cual se notificó a la empresa contratista, conforme a la Cláusula Sexta del instrumento jurídico en cuestión, por lo que en acatamiento a la cláusula en mención y debido al incumplimiento detectado a la empresa, se le solicitó al Representante Legal de esta, realizará el pago de las penalidades a la que fue acreedora su representada, así como la devolución del anticipo pactado, trayendo como consecuencia que la Autoridad competente, en este caso la Dirección Obras e Infraestructura Urbana, determinara requerir, con todas las implicaciones jurídicas que eso conlleva a la contratista; por un monto de \$98,463.24 m.n. (noventa y ocho mil cuatrocientos sesenta y tres pesos con veinticuatro centavos moneda nacional 24/100), así como la devolución inmediata del anticipo otorgado más los intereses que se generaran a la fecha del reintegro correspondiente, la cual al momento de la emisión de dicho oficio, el monto ascendía a \$613,489.33 m.n. (seiscientos trece mil cuatrocientos ochenta y nueve pesos con treinta y tres centavos moneda nacional 33/100), arrojando un monto total a pagar de \$711,952.57 m.n. (setecientos once mil novecientos cincuenta y dos pesos con cincuenta y siete centavos moneda nacional 57/100), por ambas obras, ello apegado a la Cláusula Sexta, así como la Cláusula Décima Quinta del Contrato de Obra celebrado entre el Ayuntamiento de Tijuana y ***** (4); sin que de lo antes descrito se advierta el inicio del procedimiento de rescisión del contrato de obra de fecha cinco de septiembre del año dos mil dieciséis el cual obra en autos, dentro de la Carpeta identificada como ANEXO I, así como de seguimiento y gestión del procedimiento legal alguno por virtud del cual se solicitara la ejecución en favor del Ayuntamiento de la Pólizas de Fianza referidas en el citado documento, a raíz del incumplimiento en que incurrió la empresa contratada, de lo que se concluye que su actuar no fue el adecuado, ya que al asumir un cargo como servidor público acepta su compromiso y vocación para atender los asuntos que interesan y afectan a la sociedad, adquiriendo al mismo tiempo una responsabilidad por sus actos que se refleja en la satisfacción de las necesidades colectivas, advirtiendo en consecuencia que su actuar violentó el principio de Legalidad previsto en el artículo 46 párrafo primero de la Ley de Responsabilidades servidores Públicos del Estado de Baja California, al haber omitido la presunta responsable, el procedimiento y lineamientos

establecidos por la normatividad aplicable al caso, los cuales han quedado debidamente referidos líneas arriba, mismos que se tiene por reproducidos aquí conforme a su letra, por economía procesal, los cuales se demuestran con los elementos de pruebas siguientes:

(...)

La responsabilidad imputada a la **C. ***** (1)**, quien fungió como Encargada del Departamento de Gestión y Coordinación Legal, realizando funciones de Jefe del Departamento de Gestión y Coordinación Legal, durante el periodo comprendido del cinco de abril del dos mil ocho al siete de julio del dos mil diecisiete y por la que se le instruyó el procedimiento administrativo disciplinario de manera concreta es la siguiente:

(...)

I. Cumplir con la diligencia requerida el servicio que le sea encomendado;

Disposición que presuntamente incumplió al no dar seguimiento a las medidas de apremio a las que fue acreedor la empresa contratista, las cuales consistían en penalidades convencionales por el atraso en la ejecución de obra, de acuerdo al programa pactado, la devolución total del anticipo el cual fue del 30% por cada una de las obras, dando un total de \$594,985.29 pesos m.n. (quinientos noventa y cuatro mil novecientos ochenta y cinco pesos con veintinueve centavos moneda nacional 29/100) más intereses, haciendo un total de \$704,930.84 pesos m.n. (setecientos cuatro mil novecientos treinta pesos con ochenta y cuatro centavos moneda nacional 84/100), así como el no dar vista a la autoridad competente siendo esta la Tesorería Municipal, para llevar acabo el procedimiento para hacer efectivas las Pólizas de Fianza, que dejó en garantía la empresa ***** (4); dejando claro el incumplimiento al contrato de obra No. ***** (3), sobre las obras Identificadas como "***** (3)", no obstante de haber notificado a la empresa contratista sobre las penalidades a las que fue acreedor y al mismo tiempo el que se haya determinado por parte de la Dirección de Obras Infraestructura Urbana Municipal del H. XXII Ayuntamiento del Inicio de Procedimiento de Rescisión de Contrato de Obra, no se puede catalogar como tal, ya que no cumple con las formalidades que debe llevar dicho procedimiento, como lo es la emisión del acuerdo de inicio, el cual contendrá una relación de los hechos que configuran la causal de rescisión, señalando los medios de convicción que la acrediten, así como la determinación de rescindir el contrato; acuerdo que se notificara a la contratista para que exponga lo que en derecho corresponda, aportando las pruebas pertinentes, debidamente relacionadas con los hechos controvertidos, señalándose día y hora para la celebración de la audiencia, resolviendo de manera breve, concisa, fundada y motivada, la cual se notificara al contratista, supuestos que no se observan en actuaciones de este expediente, conforme lo previene el Reglamento de la Ley de Obras, Equipamientos, Suministro y Servicios Relacionados con la Misma del Estado de Baja California, en su numeral 62, mismo que debieron ser cumplidos por la presunta responsable, al desempeñarse como Jefe del Departamento de Gestión y Coordinación Legal adscrita a la Dirección de Obras e Infraestructura Urbana, era salvaguardar los intereses del Ayuntamiento; lo que se traduce en falta de cuidado y deficiencia, situación que no puede considerarse congruente con la diligencia que se espera del servidor público por los motivos expuestos, incumplimientos que se demuestran con los siguientes elementos de prueba:

(...)

La responsabilidad imputada a la **C. ***** (1)**, quien fungió como Encargada del Departamento de Gestión y Coordinación Legal, realizando funciones de Jefe del Departamento de Gestión y

Coordinación Legal, durante el periodo Comprendido del cinco de abril del dos mil ocho al siete de julio del dos mil diecisiete y por la que se le instruyó el procedimiento administrativo disciplinario de manera concreta es la siguiente:

(...)

II. Abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión;

De acuerdo a la fracción anterior, se puede presumir que las obligaciones y atribuciones a las que la **C. ***** (1)** estaba sujeta como servidora público, no fueron debidamente toda vez que como ha quedado puntualizado anteriormente, dentro de sus funciones se encontraba el implementar las medidas de apremio necesarias a la empresa contratista, explicación que con anterioridad fue descrita, si bien es cierto se realizó y notificaron las penalidades convencionales a las que fue acreedora la empresa contratista, sin embargo al no dar seguimiento a tal evento, ni dar vista a la autoridad competente para hacer efectivas las Pólizas de Fianza que dejó en garantía la empresa contratada, ni cumplir con el Procedimiento de Rescisión de Contrato de acuerdo a las formalidades que se encuentran establecidas en el Reglamento de Ley de Obras Públicas, Equipamientos, Suministros y Servicios Relacionados con la Misma del Estado de Baja California, insistiendo que su desempeño no se apega a sus funciones como Jefe del Departamento de Gestión y Coordinación Legal adscrita a la Dirección de Obras e Infraestructura Urbana Municipal, existiendo evidencia de ello, derivado de la testimonial que obra en autos, a cargo de la **C. ***** (1)**, en fecha tres de agosto del año dos mil dieciocho, quien fuera Auxiliar dentro del Departamento de Gestión y Coordinación Legal adscrita a la Dirección de obras e Infraestructura Urbana Municipal, en la que manifestó lo siguiente:

(...) Como parte de mis funciones, se me encomienda para llevar cabo notificaciones, ya que en el departamento en el que yo me encontraba me encuentro actualmente, siendo el área operativa de la Subdirección de Obra Comunitaria, quien nos informa alguna falta, fallas, omisiones de los contratistas que pudieran traer consecuencias administrativas o legales, ello nos hacen del conocimiento mediante actas circunstanciadas o fichas de trabajo, donde narran todos hechos que incumplió el contratista, a esa acta le anexan siempre memoria fotográfica de los trabajos, así como un estatus de obra administrativa, así como físicamente, a partir de ahí, lo evaluamos con la Titular del departamento de gestión y coordinación legal de DOIUM, quien anteriormente era la Licenciada ***** (1) (...) (sic)

Por lo tanto se puede corroborar que la encargada de evaluar lo concerniente en caso específico el incumplimiento de obra era la **C. ***** (1)**, de igual manera se puede robustecer su cargo con el Informe de Autoridad, emitido en fecha veintiocho de octubre del año dos mil dieciocho, suscrito por el Arq. ***** (1), actual Director de Obras e Infraestructura urbana Municipal del H. XXII Ayuntamiento de esta ciudad, del cual se desprende que la "Lic. ***** (1) fue Jefe del Departamento de Gestión y Coordinación Legal de la Dirección de Obras e Infraestructura Urbana Municipal desde 06 de Abril del 2008 a 09 de Julio de 2017.

Infracción que se le atribuye, en atención a que en fecha trece de octubre del año dos mil dieciséis, se hizo entrega del anticipo a la empresa contratista ***** (4), por la cantidad de \$297,687.92 m.n., (doscientos noventa y siete mil seiscientos ochenta y siete pesos con noventa y dos centavos moneda nacional 92/100) y \$297,297.37 m.n. (doscientos noventa y siete mil doscientos noventa y siete pesos con treinta y siete centavos moneda nacional 37/100), por cada una de las obras contratadas, constancias que obran en autos, con la finalidad

de que se llevara a cabo la ejecución de las obras contratadas; posteriormente a través del oficio ***** (5), se le reitero por segunda ocasión las penas convencionales a las que habían sido acreedores, derivado del Incumplimiento de Contrato de Obra Pública, solicitándole la devolución del anticipo pactado, en apego a la Cláusula Sexta del instrumento Jurídico en cuestión, notificándole que en el plazo de cinco días hábiles a partir de la notificación, se debería realizar el pago en las Cajas Generales de la Tesorería Municipal del Ayuntamiento de Tijuana, por la cantidad de \$109,945.55 pesos m.n. (ciento nueve mil novecientos cuarenta y cinco pesos con cincuenta y cinco centavos moneda nacional 55/100) por concepto de penas convencionales, debiendo reintegrar de igual manera el monto de \$594,895.29 (quinientos noventa y cuatro mil novecientos ochenta y cinco pesos con veintinueve centavos moneda nacional 29/100), correspondiente al anticipo otorgado no ejercido más los intereses al día de la emisión del mismo oficio, arrojando un monto de \$704,930.84 pesos m.n. (setecientos cuatro mil novecientos treinta pesos con ochenta y cuatro centavos moneda nacional 84/100), sin que a la fecha exista documental alguna que conste que se haya realizado el pago de las penalidades correspondientes, confirmando tal hecho a través del oficio ***** (5), de fecha veinte de noviembre del año dos mil dieciocho, suscrito por el L.A.E. ***** (1), Tesorero Municipal del H. XXII Ayuntamiento de esta ciudad, mediante el cual informa que no se localizó registro alguno de pago por concepto de Penas Convencionales, por parte de la empresa denominada ***** (4); lo que conlleva a presumir que incurren en la disposición que antecede, ya que al no dar seguimiento oportuno a tal incumplimiento, ni llevar a cabo con las formalidades que corresponden el inicio de procedimiento de rescisión de contrato, ni dar vista a la autoridad competente para hacer efectivas las multicidades pólizas de fianza que dejo en garantía la contratista, causando con ello un daño a la Hacienda Pública, por los montos ya descritos, sin que a la fecha hayan sido reintegrados a las arcas del Ayuntamiento por lo tanto al no realizarse el procedimiento, la Tesorería Municipal, a la fecha no ha tenido conocimiento de tal acontecimiento para hacer efectivas las Fianzas que se mencionan en la Cláusula Sexta, reiterando el Daño a la Hacienda Pública Municipal; de lo que se advierte que la ahora presunta responsable infringió lo previsto por el artículo 46 fracción II de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de Baja California, ya que su actuar implicó el ejercicio indebido del cargo asignado al haber omitido el Inicio del Procedimiento de Rescisión del Contrato de Obra asignada a la contratista, por incumplimiento a la Cláusula Tercera de dicho instrumento, pues de autos se aprecia que la obra no inicio ni concluyó en el tiempo convenio por las partes, Demostrándose un 0.00% de avance en esta, circunstancia de la que tuvo conocimiento la presunta responsable, según se advierte del contenido del Acta de Entrega Recepción de fecha primero de diciembre de dos mil dieciséis, 366-383, de autos, en el punto X correspondiente al Informe de Asuntos en Trámite Anexo 68 los Asuntos Relevantes por atender en los primeros noventa días, observándose de dicho anexo, en la foja 355 de autos el Reporte de Contratos de Obra Pública en proceso al treinta de noviembre del dos mil dieciséis, de la Subdirección de Obra Comunitaria, entre las que se encuentran los contratos objeto del incumplimiento señalado por parte de la contratista, números ***** (3), en el que se hizo la observación de que se realizó la minuta y se solicitó el reintegro del anticipo y pago de penalidades, documental en la que se hizo constar que la ahora presunta responsable intervino como testigo de asistencia, quien manifestó prestar sus servicios en la Subdirección de Normatividad de la Dirección de Obras e Infraestructura Urbana Municipal como Encargada del Departamento de Gestión y Coordinación Legal, identificándose con su credencial para votar vigente, misma que obra a fojas 379 de autos, de lo que resulta que la presunta responsable en atención al carácter que ostentaba como Encargada del Departamento de Gestión y Coordinación Legal en la Subdirección de

Normatividad de la Dirección de Obras e Infraestructura Urbana Municipal, sabía del estado legal en que se encontraba el incumplimiento al contrato señalado, en cuanto al reintegro del anticipo y pago de penalidades, prueba de ello lo fue que el contenido del Acta de Entrega Recepción fue suscrita por todos los participantes, conforme a las responsabilidades que a cada uno les correspondía, previa lectura de la misma, según se advierte a fojas 372, de autos, por lo que en atención a lo anterior se concluye que la presunta responsable estaba enterada del estado en que se encontraba la obra en comento, dado que en esa fecha primero de diciembre del dos mil dieciséis, fungía como encargada del Departamento de Gestión y Coordinación Legal cuyas facultades precisamente se encontraban las de implementar medidas de apremio con el objeto de salvaguardar los intereses del ayuntamiento, pudiendo coordinarse para tales efectos con la Consejería Jurídica Municipal, según lo previsto por el artículo 48 fracción III del Reglamento de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología Municipal de Tijuana, Baja California y no obstante ello omitió cumplir con dicha obligación por los motivos expuestos con anterioridad de lo que se infiere la violación al artículo 46 fracción II de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de Baja California, incumplimiento que se demostró conforme a los elementos de prueba siguientes:

(...)

La responsabilidad imputada a la **C. ***** (1)**, quien fungió como Encargada del Departamento de Gestión y Coordinación Legal, realizando funciones de Jefe del Departamento de Gestión y Coordinación Legal, durante el periodo Comprendido del cinco de abril del dos mil ocho al siete de julio del dos mil diecisiete y por la que se le instruyó el procedimiento administrativo disciplinario de manera concreta es la siguiente:

(...)

XXV. Las demás que establezcan las leyes, reglamentos y disposiciones administrativas.

Relacionada, con el artículo 48 fracciones III del Reglamento Interno de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, el cual a la letra dice:

ARTÍCULO 48.-El Departamento de Gestión y Coordinación Legal, tendrá las siguientes funciones y atribuciones:

III.- Implementar las medidas de apremio necesarias a contratistas de obras y servicios, con el objeto de salvaguardar los intereses del Ayuntamiento, pudiendo coordinarse para tales efectos con la Consejería Jurídica Municipal de Tijuana, Baja California.

Precepto que infringe la presunta responsable al haber omitido dar seguimiento a las medidas de apremio no obstante de que fue notificada la contratista, mediante oficio ***** **(5)**, suscrito por la arquitecta ***** **(1)**, entonces Directora de Obras e Infraestructura Urbana Municipal, de fecha catorce de diciembre del año dos mil dieciséis, del cual derivó el diverso oficio número ***** **(5)**, suscrito por la antes mencionada el día cuatro de enero del año dos mil diecisiete, en el que hace referencia al incumplimiento del programa de obras, dando origen a la exigencia del pago de las penalidades convencionales pactadas, así como a la devolución total del anticipo por ambas obras y del Inicio del Procedimiento de Rescisión de Contrato, el cual nunca se promovió, y como consecuencia el cobro de las pólizas otorgadas en garantía de cumplimiento del contrato, lo que se confirma con el oficio ***** **(5)**, con fecha de recibido el día veinte de noviembre del año dos mil dieciocho, suscrito por el L.A.E. ***** **(1)**, Tesorero Municipal H. XXII Ayuntamiento de esta ciudad, mediante el que informa que no se localizó ningún recibo de pago, por los

conceptos mencionados con anterioridad, de lo que se infiere el incumplimiento al artículo 46 fracción XXV de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de Baja California, en relación con el diverso 48 fracciones III del Reglamento Interno de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología Municipal de Tijuana, Baja California.

En conclusión, la hoy presunta responsable ***** (1), quien al momento de los hechos fungía como Jefe del Departamento de Gestión y Coordinación Legal, adscrita a la Dirección de Obras e Infraestructura Urbana Municipal del H. Ayuntamiento de esta Ciudad, dentro de sus funciones y atribuciones era la implementación de medidas de apremio, por incumplimiento a las cláusulas del contrato de obra por parte de la contratistas, siendo el caso de la empresa ***** (4), por lo que dicho departamento debió iniciar el procedimiento de rescisión del contrato de obra de fecha cinco de septiembre del año dos mil dieciséis, el cual obra en autos dentro de la carpeta identificada como **ANEXO I**, por el incumplimiento a las cláusulas Segunda, Tercera y Décimo Quinta; así como al seguimiento del procedimiento que debió instaurarse para exigir el cumplimiento de penas convencionales pactadas por omisiones contraídas por parte del contratista, toda vez que se desprende de autos que la hoy presunto responsable, incumplió la debida diligencia que requería la prestación del servicio al que estaba obligada a realizar, de manera idónea respecto de las labores que a su cargo le correspondían, lo que incluye eminentemente el llevar a cabo y procurar el respeto absoluto a las disposiciones que moderan las facultades del servicio público, situación que no ocurre en este caso, por las razones indicadas anteriormente apartándose así de la eficiencia que la ciudadanía espera. En ese sentido existe suficiente evidencia no sólo de que el contratista dejó de cumplir con lo pactado, sino que fue omisa al no presentarse ante la Tesorería Municipal, a efecto de hacer el pago de las penalidades a las que se hizo acreedora la empresa contratada para llevar acabo las multicitadas obras, así como el anticipo, sin que a la fecha exista constancia alguna de pago, causando con ello Daño a la Hacienda Pública y no obstante ello la presunta responsable omitió exigir su cumplimiento, como se ha dicho era su obligación realizarlo tomando las medidas pertinentes que el caso ameritaba, quebrantando con ello lo previsto en el artículos 46, párrafo primero, fracciones I, II y XXV de la Ley de Responsabilidades de los servidores Públicos para el Estado de Baja California, en relación con el artículo 48 fracción III del Reglamento Interno de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, vigentes al momento de los hechos, tal y como se demostró con los siguientes elementos de prueba.

(...)”

De lo anterior, se advierte que las imputaciones de la autoridad en contra de la parte actora consistieron en que, en relación al contrato de obra pública número ***** (3), celebrado entre el Ayuntamiento de Tijuana y la empresa contratista denominada ***** (4):

1) Omitió dar inicio al procedimiento de rescisión del contrato conforme a las formalidades establecidas en el Reglamento de la Ley de Obras Públicas.

2) Omitió dar seguimiento al procedimiento correspondiente para exigir el pago de las penas convencionales que fueron aplicadas a la empresa contratista, por la cantidad de

109,945.55 pesos (ciento nueve mil novecientos cuarenta y cinco 55/100 moneda nacional).

3) No implementó las medidas de apremio a la empresa contratista, a efecto de que esta devolviera el anticipo que le fue pagado más los intereses correspondientes.

4) No dio vista a la autoridad competente (Tesorería Municipal) para efecto de que hiciera efectivas las pólizas de fianza que la empresa dejó en garantía ante el incumplimiento del contrato.

Ahora bien, antes de analizar las constancias de autos, es importante señalar que para estar en aptitud de sancionar a un servidor público por el incumplimiento a sus funciones, es condición necesaria que exista certeza de sus obligaciones que le imponen las normas en el desempeño de su función.

Esto es así, pues para poder fincar responsabilidad administrativa, es necesario que el sujeto se encuentre legalmente vinculado a realizar la acción; si no existe el deber, no puede hablarse de responsabilidad administrativa, lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 92, apartado A, fracción III, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, que se transcribe:

"ARTÍCULO 92.- Los servidores públicos y particulares que incurran en responsabilidad frente al Estado, serán sancionados bajo las bases que previene esta Constitución y conforme a las reglas y procedimientos previstos por la Ley aplicable.

Los procedimientos para la aplicación de las sanciones se desarrollarán autónomamente. No podrán imponerse dos veces por una sola conducta sanciones de la misma naturaleza.

APARTADO A.- De las Sanciones.

(...)

III.- Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones. Dichas sanciones consistirán en amonestación, suspensión, destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas, y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos que, en su caso, haya obtenido el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por los actos u omisiones. La Ley establecerá los procedimientos para la investigación y sanción de dichos actos u omisiones.

(...)”

Tratándose de omisiones, estas se cometen cuando se inobserva una acción que el servidor público tenía la obligación de efectuar, conforme a las disposiciones legales, reglamentarias o normatividad interna, y que, además, podía hacer, pues el autor de una infracción administrativa debe estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión.

Sirve de apoyo a lo anterior, la tesis VI.3o.A.147 A, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, de rubro y texto siguientes:

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR OMISIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. PRINCIPIOS QUE RIGEN SU CONFIGURACIÓN.

En el terreno de la responsabilidad administrativa, la omisión, social y jurídicamente relevante, estará referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su existencia. No hay una omisión en sí, sino siempre y en todo caso, la omisión de una acción concreta. De aquí se desprende que el autor de una infracción administrativa debe estar en condiciones de poder realizar la acción; si no existe tal posibilidad, por las razones que sean, no puede hablarse de omisión. Omisión no es, pues, un simple no hacer nada, es no realizar una acción que el sujeto está en situación de poder hacer. Todas las cualidades que constituyen la acción en sentido activo (finalidad y causalidad), han de estar a disposición del sujeto para poder hablar de omisión. La omisión administrativa es, entonces, la omisión de la acción esperada. De todas las acciones posibles que un servidor puede realizar, al ordenamiento jurídico administrativo sólo le interesa aquella que la administración pública espera que el servidor haga, porque le está impuesto el deber legal de realizarla. La responsabilidad administrativa omisiva consiste, por tanto, invariablemente en la inobservancia de una acción fijada que el servidor tenía la obligación de efectuar y que, además, podía hacer; luego, ésta es, estructuralmente, la infracción de un deber jurídico. De esta suerte, lo esencial en esta responsabilidad es el incumplimiento de un deber, al omitir el servidor una acción mandada y, por tanto, esperada con base en el ordenamiento jurídico, con la puntualización de que la omisión también puede presentarse como una infracción de resultado, al vincularse el "dejar de hacer" a una consecuencia.

Época: Novena Época; Registro: 183409; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo XVIII, Agosto de 2003; Materia(s): Administrativa; Tesis: VI.3o.A.147 A; Página: 1832.

En el caso, la autoridad demandada sostuvo en la resolución impugnada que la actora en su carácter de Jefa del Departamento de Gestión y Coordinación Legal de la Dirección de Obras, durante el **periodo de cinco de abril de dos mil ocho al siete de julio de dos mil diecisiete**, tenía dentro de sus funciones el implementar las medidas de apremio correspondientes a la empresa contratista, ante el incumplimiento del contrato de obra número ***** (3), de ahí que debió haber dado inicio al procedimiento de rescisión del citado contrato, así como dar seguimiento al procedimiento correspondiente para hacer efectivas las penas convencionales que le fueron impuestas a la empresa

contratista y para que esta también devolviera la cantidad que le fue entregada por concepto de anticipo más intereses, así como dar vista a la autoridad competente para efecto de que hiciera efectivas las pólizas de fianza que la empresa dejó en garantía ante el incumplimiento del contrato.

Dichas obligaciones atribuidas a la demandante se fundaron en lo dispuesto por la fracción III del artículo 48 del Reglamento Interno del Reglamento Interno de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología Municipal de Tijuana, Baja California, transcrito previamente.

Ahora bien, como se anticipó, **son fundados los motivos de inconformidad en análisis**, en los que la actora alega que se le pretende sancionar sin que se haya evidenciado nexo causal entre las presuntas irregularidades y su responsabilidad en su comisión; que no estaba facultada para imponer las penas convencionales y rescindir el contrato; que la autoridad no señaló porque las penas convencionales de un contrato, las fianzas y la rescisión o terminación de un contrato de obra, puede entenderse como una medida de apremio que salvaguarde los intereses del Ayuntamiento, y; que no existió responsabilidad, atendiendo a que no estaba en aptitud de incumplir obligaciones que no le correspondían.

Lo anterior, ya que esta Juzgadora considera que la autoridad demandada no justificó en la resolución impugnada porque el referido artículo 48 impone a la actora, en su carácter de Jefa del Departamento de Gestión y Coordinación Legal de la Dirección de Obras, la obligación de realizar las conductas que la servidora pública actora omitió efectuar, descritas previamente.

En efecto, el precepto invocado establece que el Departamento de Gestión y Coordinación Legal tendrá la función de implementar las medidas de apremio necesarias a contratistas de obras y servicios, pudiendo coordinarse para tales efectos con la Consejería Jurídica Municipal de Tijuana, Baja California.

Sin embargo, de lo anterior no se advierte que el citado Departamento tenga la función de dar inicio al procedimiento de rescisión de los contratos de obras, dar seguimiento al procedimiento correspondiente para exigir el pago de las penas convencionales que hayan sido aplicadas a las empresas contratistas y solicitar a dichas empresas la devolución de anticipos, así como informar a la Tesorería Municipal para efectos de hacer efectivas las pólizas, respecto el contrato de obra pública número ***** (3).

Lo anterior, partiendo de la premisa que los contratos de obra pública se rigen por sus cláusulas, por la Ley de Obras Públicas y su reglamento, así como en atención al principio de legalidad que rige a los servidores públicos, el cual establece que las autoridades solo pueden hacer aquello que expresamente los faculta la ley.

Se explica.

Es menester señalar que el contrato de obra número ***** (3) es un contrato de naturaleza administrativa, en razón que es celebrado entre la Administración Pública en cumplimiento a sus atribuciones del Estado y un particular, el cual tiene por objeto la satisfacción de necesidades colectivas, relativa a la rehabilitación del alumbrado público en diversas ubicaciones de la ciudad de Tijuana, Baja California.

Uno de los principios rectores que rigen a los contratos de obra pública es el de legalidad, conforme el cual todo contrato administrativo debe sujetarse estrictamente a un régimen jurídico determinado, tomando en cuenta que las autoridades solo pueden hacer lo que la ley expresamente les autoriza; es decir, el ente público contratante debe actuar sin contradicción con el ordenamiento jurídico que regula la contratación.

En este sentido, el contrato de obra número ***** (3) se rige por la Ley de Obras Públicas y su reglamento, de conformidad con lo dispuesto en sus artículos 1 y 3, de subsecuente inserción:

"ARTÍCULO 1.- *La presente ley es de orden público e interés social y tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, gasto, ejecución, conservación, mantenimiento, demolición y control de las obras públicas, así como los servicios relacionados con las mismas, que realicen con fondos estatales o municipales:*

I.- Las Dependencias de la Administración Pública Centralizada del Estado señaladas en el Artículo 17 de su Ley Orgánica.

II.- Las Entidades Paraestatales a que hace referencia el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado.

III.- Las Dependencias de la Administración Pública Municipal Centralizada.

IV.- Las Entidades Paramunicipales a que hace referencia la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal del Estado de Baja California.

V.- Los Contratistas y Proveedores."

"ARTÍCULO 3.- Para los efectos de esta Ley se consideran obras públicas todo trabajo ejecutado con fondos públicos estatales o municipales que tengan por objeto: construir, instalar, conservar, mantener, reparar, modificar o demoler bienes que por su naturaleza o por disposición de la ley sean clasificados como inmuebles.

Quedan comprendidos:

I.- La construcción, instalación, restauración, reparación, y demolición de los bienes inmuebles. Así como la conservación y mantenimiento de estos, cuando implique la ejecución de una obra.

II.- Los trabajos de Mantenimiento, conservación o restauración de bienes muebles incorporados o adheridos a un inmueble, cuando implique modificación al propio inmueble.

III.- Los proyectos integrales los cuales comprenderán desde el diseño de la obra hasta su terminación total.

IV.- Los trabajos de exploración, localización y perforación distintos a los de extracción de petróleo y gas; mejoramiento del suelo; desmontes; extracción; y aquellos similares, que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentran en el suelo o en el subsuelo o marinas.

V.- Los trabajos de infraestructura agropecuaria.

VI.- La instalación, montaje, colocación o aplicación de bienes muebles que deban incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble, siempre y cuando dichos bienes sean proporcionados por la convocante al contratista, o bien cuando incluya la adquisición o fabricación de los mismos y que el precio de estos sea inferior al de los trabajos que se contraten.

VII.- Los demás de naturaleza análoga."

Asimismo, el contrato de obra número ***** (3) también se rige por sus cláusulas, cuya validez se encuentra sujeta a lo previsto en la Ley de Obras Públicas, en términos de lo dispuesto en el artículo 13¹ del ordenamiento invocado, el cual dispone que los contratos que se realicen en contravención a lo dispuesto por dicha ley, serán nulos de pleno derecho.

En ese orden de ideas, la facultad administrativa de imponer sanciones al contratista debe estar fundada legal y contractualmente, siendo inadmisibles que el ente público contratante pretenda imponer sanciones para las cuales no esté expresamente autorizado por la ley o el contrato.

En el caso, de las cláusulas del contrato de obra número ***** (3), así como de las disposiciones legales que lo rigen, se advierte que la autoridad demandada no justificó porque la parte actora, en su carácter de Jefa del Departamento de Gestión y Coordinación Legal, tiene atribuciones para dar inicio al

¹ **"ARTÍCULO 13.-** Los actos, acuerdos, contratos y convenios que las dependencias o entidades realicen en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos de pleno derecho."

procedimiento de rescisión del contrato, aplicar las penas convencionales impuestas a la empresa contratista y requerirle a esta la devolución del anticipo que le fue pagado, así como dar aviso a Tesorería Municipal a efecto de que hiciera efectivas las garantías.

Se arriba a tales consideraciones, toda vez que:

A) La facultad de rescindir contratos celebrados por el Ayuntamiento de Tijuana compete al Presidente Municipal del Ayuntamiento de Tijuana o al titular de la dependencia que en su caso se delegue tal atribución;

B) Las penas convencionales previstas en el contrato de obra número ***** (3) se aplican como retenciones económicas;

C) El contrato de obra número ***** (3) no prevé medidas de apremio para efectos de requerir directamente a la empresa contratista para que devuelva el anticipo que le fue pagado más sus intereses;

D) Conforme a la cláusula décima octava del contrato de obra número ***** (3), las garantías otorgadas por la empresa contratista solo se pueden hacer efectivas una vez que se rescinda el contrato.

A continuación, se procede a desarrollar estas cuestiones.

A) La facultad de rescindir contratos celebrados por el Ayuntamiento compete al Presidente Municipal del Ayuntamiento de Tijuana o al titular de la dependencia que en su caso se delegue tal atribución.

La rescisión del contrato de obra pública por causas imputables al contratista, se encuentra regulada por lo dispuesto en los artículos 67, fracción II, y 68, de la Ley de Obras Públicas, y 62 de su Reglamento, así como la cláusula décima octava del contrato (visible a fojas 1532 a la 1533 de autos), que se reproducen a continuación:

Ley de Obras Públicas, Equipamientos, Suministros y Servicios Relacionados con la Misma del Estado De Baja California

"ARTÍCULO 67.- *En la suspensión, rescisión administrativa o terminación anticipada de los contratos, deberá observarse lo siguiente:*

(...)

II.- En caso de rescisión del contrato por causas imputables al contratista, la dependencia o entidad procederá a hacer efectivas las garantías y se abstendrá de cubrir los importes resultantes de trabajos ejecutados aún no liquidados hasta que se otorgue el finiquito correspondiente, lo que deberá efectuarse dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de notificación de la rescisión. En dicho finiquito deberá preverse el sobrecosto, de los trabajos aun no ejecutados que se encuentren atrasados conforme al programa vigente, teniendo como límite de dicho sobrecosto, el importe de la garantía correspondiente, independientemente de lo relativo a la recuperación de los materiales y equipos que le hayan sido entregados.

(...)

"ARTÍCULO 68.- De ocurrir los supuestos contemplados en el artículo anterior, las dependencias o entidades en un plazo no mayor de diez días naturales, notificarán al contratista la suspensión, rescisión o terminación anticipada del contrato para que éste en un plazo similar, manifieste lo que a su derecho convenga, procediendo posteriormente a comunicarlo a la Dirección y a su órgano de control a más tardar el último día hábil del mes, mediante un informe referente a los actos realizados en el mes inmediato anterior."

REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS, EQUIPAMIENTOS, SUMINISTROS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LA MISMA DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

"ARTÍCULO 62.- En caso de incumplimiento por causa imputable al contratista, los contratos podrán ser rescindidos por las dependencias o entidades, conforme el siguiente procedimiento:

I. La dependencia o entidad, dictara un acuerdo inicial que contendrá una relación sucinta de los hechos que configuran la causal de rescisión, señalando los medios de convicción que la acreditan, así como la determinación de rescindir el contrato;

II. El acuerdo se notificará al contratista en forma personal, para que dentro de un término no mayor al de diez días hábiles exponga lo que a su derecho convenga, allanándose o impugnando la determinación y, aportando en su caso, las pruebas que estime pertinentes. La falta de impugnación hará que se tenga por aceptada la rescisión del contrato;

III. La recepción y práctica de las pruebas, se hará en forma oral en la audiencia que fije el acuerdo que tenga por interpuesta la impugnación y por presentadas y admitidas las pruebas aportadas, señalando día y hora para su celebración, teniendo en consideración el tiempo para su preparación;

IV. La audiencia será única e indiferible y deberá celebrarse en un plazo no mayor al de diez días naturales, contados a partir de que finalice el término que hace referencia la fracción II;

V. Las pruebas deben relacionarse en forma precisa con cada uno de los hechos controvertidos; además, debe expresarse claramente el o los hechos que se pretenden demostrar con las mismas, así como las razones por las que el contratista considera que las demostrará. Si las pruebas que se aportan no cumplen con las condiciones apuntadas, serán desechadas de plano. Asimismo, no se admitirán pruebas contra derecho, la moral, sobre hechos que no sean materia de la controversia, sobre hechos imposibles o notoriamente inverosímiles;

VI. Concluida la audiencia, la dependencia o entidad resolverá de manera breve y concisa, tomando en cuenta los argumentos y el resultado de las pruebas admitidas que se hayan hecho valer;

VII. La resolución debidamente fundada y motivada, se notificará al contratista dentro de los diez días hábiles, plazo que empezará a correr desde el acuerdo en que se tengan por presentadas y, en su caso, por admitidas las pruebas que se hayan aportado; y

VIII. Cuando el contratista exponga su conformidad con la determinación de rescindir el contrato o no impugne dicha determinación, la dependencia o entidad procederá a resolver y a notificar la resolución dentro de diez días hábiles, plazo que iniciará desde el acuerdo en que se tenga por manifestado el allanamiento o por no interpuesta la impugnación."

CONTRATO DE OBRA NÚMERO *** (3)**

"DÉCIMA OCTAVA.- RESCISIÓN ADMINISTRATIVAS DEL CONTRATO.- "EL AYUNTAMIENTO" podrá en cualquier momento rescindir administrativamente este contrato por razones de interés general o por contravención a las obligaciones previstas en el mismo, o de las disposiciones de Ley en los términos de los artículos 67 y 68 de la Ley de Obras Públicas, Equipamientos, Suministros y Servicios Relacionados con la Misma del Estado de Baja California, reglamento, reglas generales para la contratación y ejecución de las obras públicas y de servicios Relacionados para las mismas, para las dependencias y entidades de la administración pública estatal y demás disposiciones aplicables.

(...)

En caso de rescisión de este contrato por causa imputable a "EL CONTRATISTA", "EL AYUNTAMIENTO", procederá a hacer efectivas las garantías, y se abstendrá de cubrir los importes resultantes de trabajos ejecutados aun no liquidados, hasta que se otorgue el finiquito correspondiente, lo que deberá efectuarse dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de la notificación de la rescisión. En dicho finiquito, de acuerdo con el artículo 64 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas, Equipamientos, Suministros y Servicios Relacionados con la Misma del Estado de Baja California, deberá preverse el sobre costo de los trabajos aún no ejecutados, así como lo relativo a la recuperación de los materiales y equipos que, en su caso se le hayan entregado a "EL CONTRATISTA", así mismo se aplicará la sanción correspondiente de acuerdo a la cláusula decimoquinta del presente instrumento. Lo anterior es sin perjuicio de las diversas responsabilidades que pudieran existir.

Son causas para la rescisión del contrato por parte de "EL AYUNTAMIENTO":

(...)

En caso de incumplimiento o violación por parte de "EL CONTRATISTA" a cualesquiera de las estipulaciones del contrato, "EL AYUNTAMIENTO", podrá optar entre exigir el cumplimiento del mismo y el de las penas convenidas en su caso, o conforme el procedimiento establecido en el artículo 62 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas, Equipamientos, Suministros y Servicios Relacionados con la Misma del Estado de Baja California declarar la rescisión administrativa del contrato, haciendo efectivas las garantías correspondientes, y quedando en libertad para contratar los trabajos pendientes de ejecutar, con la persona que considere pertinente."

De lo transcrito, se aprecia que será la dependencia o entidad quien deberá llevar a cabo el procedimiento de rescisión

del contrato; entendiéndose por dependencia y entidad, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1, fracciones I a la IV, y 4, fracciones VIII y IX, de la Ley de Obras Públicas, las dependencias de la Administración Pública del Estado y de la Administración Municipal Centralizada y las entidades paraestatales y paramunicipales, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1, fracciones I a la IV, y 4, fracciones VIII y IX, de la Ley de Obras Públicas.

Ahora bien, del contrato de obra número ***** (3), el cual obra en autos en copia certificada (visible a fojas 1522 a la 1535 de autos), de eficacia demostrativa plena, conforme a lo dispuesto por los artículos 285, fracción III, 322, fracción V, 323 y 405 del Código Civil Adjetivo, de aplicación supletoria, con fundamento en el artículo 30, tercer párrafo, de la Ley del Tribunal, se aprecia que el ente público contratante es el Ayuntamiento de Tijuana, representado por el Titular de la Dirección de Obras con motivo del acuerdo delegatorio PM-01313-2014 emitido por el Presidente Municipal del citado ayuntamiento el veintiuno de febrero de dos mil catorce, en términos de lo dispuesto por el artículo 16, fracciones II y V del Reglamento de la Administración Pública Municipal del Ayuntamiento de Tijuana, Baja California.

Debe precisarse que el referido artículo 16 del Reglamento de la Administración Pública Municipal del Ayuntamiento de Tijuana, Baja California, en sus fracciones II, V, y XIX, disponen que el Presidente Municipal del Ayuntamiento de Tijuana tiene la representación legal del Municipio; la facultad de celebrar contratos a nombre del Ayuntamiento para el ejercicio de las funciones y la eficaz prestación de los servicios públicos municipales, pudiendo delegar la facultad para la celebración de firma de contratos en los titulares de las dependencias o entidades municipales, y; declarar en forma administrativa la rescisión de contratos administrativos.

Se reproduce el precepto legal invocado:

"ARTÍCULO 16.- *Para el cumplimiento de sus funciones como órgano ejecutivo del Ayuntamiento y el despacho de los asuntos administrativos, el Presidente Municipal tendrá a su cargo el ejercicio de las siguientes atribuciones:*

(...)

IV. Ejercer la facultad de autoridad fiscal así como la representación legal del Municipio, pudiendo celebrar y ejecutar a nombre del Ayuntamiento, los actos, convenios y contratos necesarios para el ejercicio de las funciones y la eficaz prestación de los servicios públicos municipales;

V. En ejercicio de la representación legal del Municipio, el Presidente podrá otorgar poderes generales y especiales o nombrar comisionados para la atención de casos específicos; pudiendo delegar, de acuerdo con la naturaleza del asunto que se trate, la facultad para la celebración y firma de contratos, convenios y toda clase de actos, en los titulares de las dependencias o entidades municipales, informando de ello al Ayuntamiento;

(...)

*XIX. Declarar en forma administrativa la intervención, revocación o caducidad de las concesiones de servicios públicos, **la rescisión de contratos administrativos** así como la revocación de permisos, licencias y autorizaciones;*

(...)”

Entonces, si la autoridad que celebró el contrato de obra número ***** (3) fue el Ayuntamiento de Tijuana, representado por el Titular de la Dirección de Obras con motivo del acuerdo delegatorio emitido por el Presidente Municipal del citado ayuntamiento, es inconcuso que, en términos de lo dispuesto por los artículos 67, fracción II, y 68, de la Ley de Obras Públicas, y 62 de su Reglamento, así como la cláusula décima octava del contrato, **no le correspondía a la parte actora** en su carácter de Jefa del Departamento de Gestión y Coordinación Legal, **dar inicio al procedimiento de rescisión** del referido contrato de obra.

B) Las penas convencionales previstas en el contrato de obra número *** (3) se aplican como retenciones económicas.**

La autoridad demandada determinó en la resolución impugnada que la parte actora era responsable administrativamente al no haber dado seguimiento al procedimiento para hacer efectivas las penas convencionales a las que fue acreedora la empresa contratista.

Empero, de la copia certificada del contrato de obra pública número ***** (3) se aprecia que las penas convencionales pactadas por incumplimiento del contrato, se aplicaran como retenciones económicas, por lo que la autoridad demandada no justifica porque la parte actora tenía atribuciones para requerir su pago.

En efecto, se reproduce la cláusula décima quinta del contrato, que establece lo siguiente en relación a las penas convencionales por incumplimiento del contrato imputable al contratista (visible a fojas 1530 a la 1531 de autos):

"DECIMA QUINTA.- PENAS CONVENCIONALES POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. "EL AYUNTAMIENTO", tendrá la facultad de verificar periódicamente, que los trabajos objeto del presente contrato, se ejecuten por "EL CONTRATISTA", de acuerdo con el Programa de Obra aprobado. El informe que resulte de dicha revisión, quedara debidamente registrado en la bitácora de obra e incluso mediante la elaboración de actas circunstancias, en las que "EL CONTRATISTA" tendrá derecho de audiencia y podrá manifestar lo que a su derecho contenga sin que afecte su validez, el hecho de que no concurra o se niegue a firmar la nota de bitácora o el acta elaborado por tal motivo.

Si como consecuencia, de la verificación de las obras, a que se refiere el párrafo anterior, resulta que "EL CONTRATISTA", incurre en incumplimiento a él imputable, conforme a lo dispuesto en la cláusula tercera de este documento, como es incumplir con el programa de ejecución de los trabajos, ya sea por el uso de terceros o por iniciar los trabajos en que intervengan otros contratistas en la misma área de trabajo o por incumplimiento a la fecha de terminación de obra pactada en el presente contrato, "EL AYUNTAMIENTO" procederá a:

Si de la verificación aparece que el físico real es menos al avance programado, aplicara una retención equivalente al 5% (cinco por ciento) del monto total de los trabajos pendientes de ejecutar, desde el momento que no ejecuto la obra conforme al programa. El importe de la retención mensual, será el multiplicado por el número de meses transcurridos, a la fecha programada para la iniciación de los trabajos y del importe de lo que debió realizarse mensualmente se hará una retención total o la devolución que corresponda, a fin de que la retención total sea la procedente.

Si al efectuar la comparación correspondiente del programa, al avance de obra del último mes, procede hacer una retención, su importe se aplicara en favor del Erario Municipal, como PENA CONVENCIONAL, por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones contraídas a cargo de "EL CONTRATISTA", que no podrá exceder del 10% (Diez por Ciento) del importe total contratado como lo establece el Artículo 55 Fracción VII de la Ley de Obras Públicas, Equipamientos, Suministro y Servicios Relacionados con la misma del Estado de Baja California.

En el evento, de que "EL CONTRATISTA", no concluya con los trabajos en la fecha señalada en el programa, se le aplicara una pena convencional consistente en la cantidad equivalente al 5% (cinco por ciento) del importe de los trabajos que no se hayan realizado a la fecha de terminación. Los trabajos mal ejecutados, se consideraran como obra no realizada; esta pena convencional, la cubrirá "EL CONTRATISTA" mensualmente y hasta el momento en que los trabajos se encuentren concluidos y recibidos a satisfacción de "EL AYUNTAMIENTO".

Las anteriores disposiciones, no se aplicaran a "EL CONTRATISTA", cuando el incumplimiento no le sea imputable, conforme a lo previsto en el Artículo 86 de la Ley de Obras Públicas, Equipamientos, Suministros y Servicios Relacionados con la Misma del Estado de Baja California.

Para determinar la aplicación de las sanciones estipuladas, no se tomaran en cuenta las demoras motivadas por caso fortuito o fuerza mayor o por cualquier causa, que a juicio de "EL AYUNTAMIENTO" no sea imputable a "EL CONTRATISTA", independientemente de las penas convencionales señaladas anteriormente, "EL AYUNTAMIENTO" podrá optar entre: Exigir el cumplimiento del contrato o la rescisión del mismo con apego a lo establecido en los artículos 67 Fracción II, de la Ley de Obras Públicas, Equipamientos, Suministro y Servicios Relacionados con la Misma del Estado de Baja California.

En el caso de contratos con asignaciones parciales o totales, las penas convencionales se aplicaran con base al programa aprobado para las asignaciones en ejecución.

La cantidad que resultare de aplicar la pena convencional equivalente al 5 % (cinco por ciento) del importe de los trabajos que no se hayan relacionado a la fecha de terminación, que se imponga a "EL CONTRATISTA" la hará efectiva la Dependencia Municipal Ejecutora de "EL AYUNTAMIENTO", en contra de las estimaciones presentadas por trabajos realizados en plazo extemporáneo."

De lo transcrito, en relación a la aplicación de las penas convencionales, se aprecia lo siguiente:

- Que si de la verificación de las obras apareciere que el físico real es menos al avance programado, se aplicará una retención equivalente al 5% del monto total de los trabajos pendientes de ejecutar, desde el momento que no se ejecutó la obra conforme al programa.

- Que el importe de la retención mensual, será el multiplicado por el número de meses transcurridos, a la fecha programada para la iniciación de los trabajos.

- Que del importe de lo que debió realizarse mensualmente se hará una retención total o la devolución que corresponda, a fin de que la retención total sea la procedente.

- Que en caso de que proceda hacer una retención al efectuar la comparación correspondiente del programa al avance de obra del último mes, su importe se aplicara en favor del Erario Municipal, como pena convencional, por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones contraídas a cargo de la empresa contratista, que no podrá exceder del 10% del importe total contratado.

- Que la cantidad que resultare de aplicar la pena convencional equivalente al 5% del importe de los trabajos que no se hayan relacionado a la fecha de terminación, la hará efectiva la Dependencia Municipal Ejecutora del ente público contratante, en contra de las estimaciones presentadas por trabajos realizados en plazo extemporáneo.

Asimismo, en la cláusula décima octava, cuarto párrafo, transcrita previamente, del multireferido contrato, se estableció que en el finiquito se aplicarán las sanciones (penas convencionales) correspondientes de acuerdo a la cláusula decimoquinta del citado instrumento.

Entonces, si las penas convencionales pactadas en el contrato de obra pública debían aplicarse como retenciones económicas, la autoridad demandada no justificó en la resolución impugnada porque la parte actora conforme a lo dispuesto en el artículo 48, fracción III, del Reglamento Interno de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, tenía atribuciones para requerir su pago, en virtud de que, se reitera, la facultad administrativa de imponer sanciones al contratista debe estar fundada legal y contractualmente, siendo inadmisibles que el ente público contratante pretenda implementar medidas de apremio para las cuales no está expresamente autorizado por la ley o el contrato.

C) El contrato de obra número *** (3) no prevé medidas de apremio para efectos de requerir directamente a la empresa contratista para que devuelva el anticipo que le fue pagado más sus intereses.**

Como ha quedado precisado en párrafos precedentes, la autoridad demandada determinó que la actora incurrió en responsabilidad administrativa al haber omitido implementar las medidas de apremio a la empresa contratista, a efecto de que esta devolviera el anticipo que le fue pagado, correspondiente al 30% del monto total del contrato, más los intereses correspondientes.

En primer término, debe señalarse que el contrato de obra número ***** (3), así como la Ley de Obras Públicas, establecen que para garantizar la correcta inversión del anticipo o en su caso la devolución del mismo por no haber iniciado las obras, la empresa contratista deberá otorgar fianza por el valor total del anticipo a favor del Ayuntamiento, la cual se hará efectiva una vez que se notifique al contratista la rescisión del contrato.

Asimismo, respecto al pago de intereses, se aprecia que en el contrato de obra número ***** (3) únicamente se pactó que en caso que no se reintegre el saldo de los anticipos por amortizar en el plazo de veinte días naturales siguientes a la terminación de la obra, se pagarán gastos financieros conforme a lo previsto en el artículo 64 de la Ley de Obras Públicas.

Resulta pertinente transcribir las cláusulas Sexta y Decima Octava, cuarto y último párrafos, del multireferido contrato de obra (visibles a fojas 1526, 1527 y 1532 de autos):

"SEXTA.- ANTICIPOS.- Para el inicio de los trabajos objeto del presente contrato **"EL AYUNTAMIENTO"** otorgara a **"EL CONTRATISTA"**, un anticipo por el 30% (TREINTA POR CIENTO) del monto del contrato por el importe de **\$594,985.29 Pesos M.N. (Son: Quinientos Noventa y Cuatro Mil Novecientos Ochenta y Cinco Pesos 29/100 Moneda Nacional)**, obligándose **"EL CONTRATISTA"** a utilizarlo en su realización,

en la compra de equipo y materiales para instalación permanente, elaborando la relación de insumos y/o equipo adquirido, así como el programa de utilización del personal y gastos, que demuestren la correcta utilización del anticipo otorgado, en un plazo no mayor al establecido en sus programas de obra, el cual deberá de entregar a **"EL AYUNTAMIENTO"**.

El anticipo a que se refiere el párrafo anterior, se amortizara mediante la deducción mínima del mismo porcentaje, en el valor de cada estimación de obra extraordinaria; o bien, deberá liquidar el faltante por amortizar, en la estimación final o devolver en efectivo la parte que no sea amortizada.

En caso de que **"EL CONTRATISTA"**, no reintegre el saldo de los anticipos por amortizar, en el plazo de 20 días naturales siguientes a la terminación de la obra, se obliga a pagar los gastos financieros correspondientes, conforme a lo previsto en el párrafo segundo, del artículo 64 de la Ley de Obras Públicas, Equipamientos, Suministros y Servicios relacionados con la Misma del Estado de Baja California.

Los gastos financieros, se calcularan sobre el saldo no amortizado, computándose por días calendario desde que venció el plazo señalado en el párrafo que antecede, hasta que la obra se entregue formalmente a **"LA CONTRATANTE"**.

El otorgamiento y amortización del anticipo, se sujetara a los procedimientos señalados por el artículo 46, del Reglamento de la Ley de Obras Públicas, Equipamientos, Suministros y Servicios Relacionados con la Misma del Estado de Baja California y Normas complementarias.

Para garantizar la correcta inversión del anticipo o en su caso la devolución del mismo, cuando no sea totalmente amortizado o por no haber iniciado las obras, **"EL CONTRATISTA"**, deberá otorgar fianza por el valor total del anticipo a favor de **"EL AYUNTAMIENTO"** al momento de la firma del presente Contrato, que estará vigente por todo el tiempo que dure la ejecución de la obra y solo podrá cancelarse por la afianzadora, con una copia del acta de terminación y recepción; previa notificación que realizara la Dirección de Obras e Infraestructura Urbana Municipal; condicionante que, se deberá establecer en el texto de garantía."

"DÉCIMA OCTAVA.- RESCISIÓN ADMINISTRATIVAS DEL CONTRATO.- **"EL AYUNTAMIENTO"** podrá en cualquier momento rescindir administrativamente este contrato por razones de interés general o por contravención a las obligaciones previstas en el mismo, o de las disposiciones de Ley en los términos de los artículos 67 y 68 de la Ley de Obras Públicas, Equipamientos, Suministros y Servicios Relacionados con la Misma del Estado de Baja California, reglamento, reglas generales para la contratación y ejecución de las obras públicas y de servicios Relacionados para las mismas, para las dependencias y entidades de la administración pública estatal y demás disposiciones aplicables.

(...)

En caso de rescisión de este contrato por causa imputable a **"EL CONTRATISTA"**, **"EL AYUNTAMIENTO"**, procederá a hacer efectivas las garantías, y se abstendrá de cubrir los importes resultantes de trabajos ejecutados aun no liquidados, hasta que se otorgue el finiquito correspondiente, lo que deberá efectuarse dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de la notificación de la rescisión. En dicho finiquito, de acuerdo con el artículo 64 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas, Equipamientos, Suministros y Servicios Relacionados con la Misma del Estado de Baja California, deberá preverse el sobrecosto de los trabajos aún no ejecutados, así como lo relativo a la recuperación de los materiales y equipos que, en su caso se le hayan entregado a **"EL CONTRATISTA"**, así mismo se aplicará la sanción correspondiente de acuerdo a la cláusula

decimoquinta del presente instrumento. Lo anterior es sin perjuicio de las diversas responsabilidades que pudieran existir.

(...)

En caso de incumplimiento o violación por parte de "EL CONTRATISTA" a cualesquiera de las estipulaciones del contrato, "EL AYUNTAMIENTO", podrá optar entre exigir el cumplimiento del mismo y el de las penas convenidas en su caso, o conforme el procedimiento establecido en el artículo 62 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas, Equipamientos, Suministros y Servicios Relacionadas con la Misma del Estado de Baja California declarar la rescisión administrativa del contrato, haciendo efectivas las garantías correspondientes, y quedando en libertad para contratar los trabajos pendientes de ejecutar, con la persona que considere pertinente."

Lo anterior es acorde a lo dispuesto en el artículo 67, fracción II, de la Ley de Obras Públicas, reproducido previamente, que establece que en caso de rescisión del contrato por causas imputables al contratista, la dependencia o entidad procederá a hacer efectivas las garantías.

Así como lo dispuesto en el artículo 57, fracción IV, del ordenamiento legal en cita², que establece que la amortización de los anticipos en caso de rescisión del contrato, el saldo por amortizar deberá reintegrarse a la institución en un plazo no mayor de treinta días naturales contados a partir de la fecha en que se haya notificado la rescisión al contratista.

Ahora bien, de la copia certificada del procedimiento administrativo de responsabilidad ***** (2), obra póliza de fianza ***** (6) (visible a foja 1538 a la 1539 de autos), expedida por ***** (4), a favor del Ayuntamiento de Tijuana, por la cantidad de \$594,985.29 pesos (quinientos noventa y cuatro mil novecientos ochenta y cinco pesos 29/100 moneda nacional), por la cual la empresa contratista garantiza el correcto uso, aplicación o devolución del anticipo correspondiente al 30% del importe total del contrato de obra número ***** (3).

Conforme lo expuesto, la demandada en la resolución demandada no acreditó conforme a que atribuciones la parte actora estaba facultada para requerir a la empresa contratista para efectos de que devolviera el anticipo otorgado más los intereses correspondientes, atendiendo a que las cláusulas del contrato de obra número ***** (3), así como la Ley de Obras Públicas, no prevén que se requiera a la empresa contratista para efectos de que esta devuelva el anticipo más los intereses correspondientes,

² **"ARTÍCULO 57.-** El otorgamiento de los anticipos debe pactarse en los contratos de obra pública conforme a lo siguiente:

(...)

IV.- Para la amortización de los anticipos en caso de rescisión del contrato, el saldo por amortizar deberá reintegrarse a la institución en un plazo no mayor de treinta días naturales contados a partir de la fecha en que se haya notificado la rescisión al contratista."

sino que, al rescindir el contrato por causas imputables al contratista, se haga efectiva la garantía que la empresa dejó por tal concepto.

De ahí que si el ente público contratante no había rescindido el contrato de obra pública durante el periodo que la parte actora fungió como Jefa del Departamento de Gestión y Coordinación Legal (cinco de abril del dos mil ocho al siete de julio del dos mil diecisiete), es que esta juzgadora considera que la autoridad no justificó porque la actora tenía la obligación de requerir a la empresa contratista la devolución del anticipo, no obstante que la devolución del pago del anticipo es a través del cobro de la garantía correspondiente, lo cual se encontraba sujeto a que se rescindiera el contrato de obra pública y se notificara tal rescisión a la empresa contratista.

D) Conforme a la cláusula décima octava del contrato de obra número *** (3), las garantías otorgadas por la empresa contratista solo se pueden hacer efectivas una vez que se rescinda el contrato y se notifique dicha rescisión a la empresa contratista.**

En la resolución combatida se determinó que la parte actora incurrió en responsabilidad administrativa al haber **omitido hacer del conocimiento a Tesorería Municipal** con el fin de que iniciara el cobro de las pólizas de fianza que la empresa contratista otorgó en garantía.

Ahora bien, no obstante que, como quedó señalado en el presente fallo, la autoridad no justificó porque la actora en su carácter de Jefa del Departamento Gestión y Coordinación Legal tenía la obligación de dar vista a la Tesorería Municipal para efectos de que hiciera efectivas las pólizas de fianza que la empresa contratista dejó en garantía, debe precisarse que, de conformidad con la cláusula décima octava, párrafos cuarto y último, del contrato de obra número ***** (3), el ente público contratante debe primero rescindir el contrato y notificar dicha rescisión a la empresa contratista, con la finalidad de poder hacer efectivas las garantías que la citada empresa constituyó a favor del ente público contratante.

Entonces, si el ente público no había rescindido el contrato de obra número ***** (3) durante el periodo que la parte actora fungió como Jefa del Departamento de Gestión y Coordinación Legal (cinco de abril del dos mil ocho al siete de julio del dos mil diecisiete), no se justificó porque la parte actora tenía la obligación de informar a Tesorería Municipal con el fin de que

iniciara el cobro de las pólizas de fianza que la empresa contratista otorgó en garantía.

Ahora bien, **en relación al argumento de defensa en el juicio de la autoridad demandada**, respecto a los motivos de inconformidad en análisis, en el que señaló que era falso que la actora no tuviera facultades para llevar a cabo el seguimiento, control y demás de los contratos, dado que el seguimiento a los trámites relevantes y sobre todo que estén incompletos se les debe dar seguimiento puntual por quienes tengan puestos de confianza, por lo que era parte de su obligación como Jefa del Departamento que ostentaba, debe de determinarse que el argumento esgrimido **es infundado**.

Lo anterior, en virtud de que, como ha quedado precisado en el presente fallo, la autoridad no justificó en la resolución impugnada porque la actora en su carácter de Jefa del Departamento de Gestión y Coordinación Legal tenía atribuciones para realizar las conductas que señaló omitió efectuar en relación al contrato de obra pública número ***** (3).

Conclusión.

Por lo antes expuesto, se concluye que la resolución impugnada carece de legalidad, ya que no se aplicaron las disposiciones debidas, en razón que al no existir elementos objetivos de responsabilidad administrativa en contra de la parte actora, se debió haber determinado la inexistencia de responsabilidad administrativa, en términos del artículo 66, fracción VIII, de la Ley de Responsabilidades, actualizándose la causal de nulidad prevista en el artículo 83, fracción IV, de la Ley del Tribunal, lo que conlleva a declararla nula.

En las relatadas condiciones, con fundamento en el artículo 83, fracción IV, de la Ley del Tribunal, se declara la nulidad de la resolución dictada el veintitrés de septiembre de dos mil diecinueve por la Síndica Procuradora en el procedimiento administrativo de responsabilidad ***** (2), únicamente por lo que hace a ***** (1).

Es así que, al ser fundados los motivos de inconformidad examinados, resulta innecesario el estudio de los demás conceptos de nulidad expuestos por la actora, ya que de resultar fundados en nada variaría el sentido del presente fallo, sin que ello implique desatender el principio de exhaustividad.

SEXTO.- Efectos de la nulidad.

Con fundamento en el artículo 84 de la Ley del Tribunal se condena a la Síndica Procuradora del Ayuntamiento de Tijuana a lo siguiente:

1.- Dicte un proveído en el que deje sin efectos la resolución declarada nula, únicamente por lo que hace a Karina Garibay Ríos.

2.- Ordene se tilden las anotaciones en los libros correspondientes, así como en el expediente personal de la parte actora.

3.- Gire oficios al Titular de la Secretaría de Desarrollo Territorial, Urbano y Ambiental, al Tesorero Municipal y a Oficialía Mayor, todos del Ayuntamiento de Tijuana, así como a la Directora Jurídica de Responsabilidades y Situación Patrimonial de la Secretaría de la Honestidad y la Función Pública del Estado de Baja California, en los que les haga saber el sentido del presente fallo.

4.- Realice los actos necesarios a fin de que se deje sin efectos el procedimiento administrativo respecto el cobro de la sanción económica impuesta a la parte actora en la resolución declarada nula por este Tribunal.

Por lo antes expuesto y fundado, con fundamento en el artículo 82 de la Ley del Tribunal, se...

R E S U E L V E:

PRIMERO.- Son fundados los motivos de inconformidad analizados en el presente fallo, consecuentemente;

SEGUNDO.- Se declara la nulidad de la resolución dictada el veintitrés de septiembre de dos mil diecinueve por la Síndica Procuradora del Ayuntamiento de Tijuana, Baja California en el procedimiento administrativo de responsabilidad ***** (2), únicamente por lo que hace a ***** (1).

TERCERO.- Con fundamento en el artículo 84 de la Ley del Tribunal se condena a la Síndica Procuradora en los términos precisados en el Considerando Sexto de esta sentencia.

Notifíquese personalmente a la parte actora y por oficio a la autoridad demandada.

Así lo resolvió la licenciada Leticia Castro Figueroa, Primer Secretaria de Acuerdos de la Sala Especializada en materia de Responsabilidades Administrativas y Combate a la Corrupción del Tribunal Estatal de Justicia Administrativa de Baja California, quien actúa en funciones de Magistrada por ministerio de ley, según designación hecha mediante acuerdo de Pleno de este órgano jurisdiccional de treinta de diciembre de dos mil veinte y veinticinco de enero de dos mil veintiuno, en términos de lo dispuesto por los artículos 10 y 18, fracción X, de la Ley del Tribunal Estatal de Justicia Administrativa del Estado de Baja California, y firmó ante la presencia del Secretario de Acuerdos, licenciado Luis Javier González Moreno, quien da fe.

VERSIÓN PÚBLICA

LA SUSCRITA LICENCIADA CAROLINA OSUNA CERVANTES, SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA SALA ESPECIALIZADA EN MATERIA DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS Y COMBATE A LA CORRUPCIÓN DEL TRIBUNAL ESTATAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DE BAJA CALIFORNIA, HACE CONSTAR: -----

QUE LO TRANSCRITO CON ANTERIORIDAD CORRESPONDE A UNA VERSIÓN PÚBLICA DE LA SENTENCIA DEFINITIVA DICTADA POR LA LICENCIADA LETICIA CASTRO FIGUEROA, PRIMER SECRETARIA DE ACUERDOS DE LA SALA ESPECIALIZADA EN MATERIA DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS Y COMBATE A LA CORRUPCIÓN DEL TRIBUNAL ESTATAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DE BAJA CALIFORNIA, QUIEN ACTÚA EN FUNCIONES DE MAGISTRADA POR MINISTERIO DE LEY, SEGÚN DESIGNACIÓN HECHA MEDIANTE ACUERDO DE PLENO DE ESTE ÓRGANO JURISDICCIONAL DE TREINTA DE DICIEMBRE DE DOS MIL VEINTE Y VEINTICINCO DE ENERO DE DOS MIL VEINTIUNO, EN TÉRMINOS DE LO DISPUESTO POR LOS ARTÍCULOS 10 Y 18, FRACCIÓN X, DE LA LEY DEL TRIBUNAL ESTATAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA, RELATIVA AL JUICIO DE NULIDAD 43/2019 SE, EN LA QUE SE SUPRIMIERON DATOS QUE SE HAN CONSIDERADO COMO LEGALMENTE RESERVADOS O CONFIDENCIALES, CUBRIENDO EL ESPACIO CORRESPONDIENTE MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE DIEZ ASTERISCOS; VERSIÓN PÚBLICA QUE VA EN TREINTA Y TRES (33) FOJAS ÚTILES. -----

LO ANTERIOR CON APOYO DE LOS ARTÍCULOS 80, 83, FRACCIÓN VI, INCISO B, DE LA LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA. LO QUE SE HACE CONSTAR PARA LOS EFECTOS LEGALES A QUE HAYA LUGAR, EN LA CIUDAD DE MEXICALI, BAJA CALIFORNIA, A TRES DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTIDOS. DOY FE. -----

SALA ESPECIALIZADA
EN MATERIA DE RESPONSABILIDADES
ADMINISTRATIVAS Y COMBATE A LA CORRUPCIÓN
MEXICALI, B.C.



"1.- ELIMINADO: Nombre de persona física, con 18 renglones.
Fundamento legal: artículos 116, de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 4, fracción XII, 80 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Baja California, 171, párrafo primero y 172 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Baja California. La clasificación de la información como confidencial se realiza en virtud de que el presente documento contiene datos personales y/o datos personales sensibles , los cuales conciernen a una persona física identificada e identificable, por lo que no puede difundirse, publicarse o darse a conocer, sin el consentimiento de su titular, de conformidad con los principios de licitud, finalidad, lealtad, consentimiento, calidad, proporcionalidad, información y responsabilidad en el tratamiento de los datos personales."

"2.- ELIMINADO: Número de expediente, con 4 renglones.
Fundamento legal: artículos 116, de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 4, fracción XII, 80 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Baja California, 171, párrafo primero y 172 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Baja California. La clasificación de la información como confidencial se realiza en virtud de que el presente documento contiene datos personales y/o datos personales sensibles , los cuales conciernen a una persona física identificada e identificable, por lo que no puede difundirse, publicarse o darse a conocer, sin el consentimiento de su titular, de conformidad con los principios de licitud, finalidad, lealtad, consentimiento, calidad, proporcionalidad, información y responsabilidad en el tratamiento de los datos personales."

"3.- ELIMINADO: Datos de Contrato, con 30 renglones.
Fundamento legal: artículos 116, de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 4, fracción XII, 80 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Baja California, 171, párrafo primero y 172 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Baja California. La clasificación de la información como confidencial se realiza en virtud de que el presente documento contiene datos personales y/o datos personales sensibles , los cuales conciernen a una persona física identificada e identificable, por lo que no puede difundirse, publicarse o darse a conocer, sin el consentimiento de su titular, de conformidad con los principios de licitud, finalidad, lealtad, consentimiento, calidad, proporcionalidad, información y responsabilidad en el tratamiento de los datos personales."

"4.- ELIMINADO: Denominación o Razón Social, con 8 renglones. Fundamento legal: artículos 116, de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 4, fracción XII, 80 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Baja California, 171, párrafo primero y 172 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Baja California. La clasificación de la información como confidencial se realiza en virtud de que el presente documento contiene datos personales y/o datos personales sensibles , los cuales conciernen a una persona física identificada e identificable, por lo que no puede difundirse, publicarse o darse a conocer, sin el consentimiento de su titular, de conformidad con los principios de licitud, finalidad, lealtad, consentimiento, calidad, proporcionalidad, información y responsabilidad en el tratamiento de los datos personales."

"5.- ELIMINADO: Número de oficio, con 6 renglones. Fundamento legal: artículos 116, de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 4, fracción XII, 80 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Baja California, 171, párrafo primero y 172 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Baja California. La clasificación de la información como confidencial se realiza en virtud de que el presente documento contiene datos personales y/o datos personales sensibles , los cuales conciernen a una persona física identificada e identificable, por lo que no puede difundirse, publicarse o darse a conocer, sin el consentimiento de su titular, de conformidad con los principios de licitud, finalidad, lealtad, consentimiento, calidad, proporcionalidad, información y responsabilidad en el tratamiento de los datos personales."

"6.- ELIMINADO: Número de Póliza, con 1 renglón. Fundamento legal: artículos 116, de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 4, fracción XII, 80 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Baja California, 171, párrafo primero y 172 del Reglamento de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Baja California. La clasificación de la información como confidencial se realiza en virtud de que el presente documento contiene datos personales y/o datos personales sensibles , los cuales conciernen a una persona física identificada e identificable, por lo que no puede difundirse, publicarse o darse a conocer, sin el consentimiento de su titular, de conformidad con los principios de licitud, finalidad, lealtad, consentimiento, calidad,

proporcionalidad, información y responsabilidad en el tratamiento de los datos personales.”

VERSIÓN PÚBLICA