

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
"A R A G O N"



LA RESCISION DEL CONTRATO
ADMINISTRATIVO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
J. RODRIGO PANTOJA SALAZAR





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

850

Dec-67

UNIVERSITY OF MICHIGAN
SCHOOL OF LAW
"L. S. O. K."



STATE OF MICHIGAN
DEPARTMENT OF REVENUE

RECEIVED
STATE OF MICHIGAN
DEPARTMENT OF REVENUE
LANSING, MICHIGAN



1967

1967

DEDICO ESTE TRABAJO DE TESIS CON TODO MI
AGRADECIMIENTO DE HIJO, A MI MADRE ---
MA. ASUNCION SALAZAR M., YA QUE GRACIAS-
A SU GRAN ESFUERZO, COMPRENSION, APOYO -
Y DESVELOS, HE LOGRADO TERMINAR DE ESTU-
DIAR LA CARRERA DE LICENCIADO EN DERECHO

1987
+++++++

A el Director de esta tesis
Lic. Juvenal Rios A, con -
todo respeto y agradecimi--
ento.

A MI ESCUELA Y A MIS MAESTROS
Como la mas humilde muestra de
agradecimiento por la escolas-
tica impartida.

I N D I C E

LA RESCISIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

/-----/

CAPITULO I

CONCEPTO Y NATURALEZA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

	Página
CONCEPTO	1
ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO:	
a).- Elementos Esenciales Básicos	
b).- Elementos Esenciales de Presupuesto	
c).- Elementos Esenciales Complementarios	12

CAPITULO II

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL CONTRATO PRIVADO

DIFERENTES TEORIAS

a).- Teoría de Distinción	
b).- Teoría del Servicio Público	
c).- Teoría del Contrato Administrativo	
d).- Teoría del Fin de Utilidad Pública	
e).- Teoría de la Cláusula Exorbitante	27

DIFERENTES CRITERIOS

I).- Criterio Subjetivo	
II).- Criterio Jurisdiccional	
III).- Criterio Formal	33

...

CAPITULO III

RESCISION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

ALGUNAS CAUSAS DE RESCISION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

- 1).- Concepto de Rescisión
- 2).- Potestad Rescisoria
- 3).- La Sanción Rescisoria
- 4).- Rescisión por Ruptura Definitiva
de la Ecuación Económica Financiera
- 5).- Rescisión por Fuerza Mayor. 41

- LA RESCISION POR EL HECHO IMPUTABLE A LA
ADMINISTRACION PUBLICA Y POR EL HECHO -
IMPUTABLE AL PARTICULAR. 61

CAPITULO IV

REGULACIONES RESCISORIA EN NUESTRA LEGISLACION VIGENTE DEL CONTRATO - ADMINISTRATIVO

- El Procedimiento para la Aplicación de la
Sanción Rescisoria por la Administración-
Pública. 88

- Normas Generales de Adecuación de la Admi-
nistración Pública. 96

- CONCLUSIONES. 104

- BIBLIOGRAFIA. 107

" C A P I T U L O "

I

C A P I T U L O

I

CONCEPTO Y NATURALEZA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

El Estado o la Administración Pública, es de todos conocido, que no siempre procede por vía directa y unilateral, a través de actos administrativos, para la realización o satisfacción de las atribuciones que tiene a su cargo, sino que en múltiples ocasiones lo hace por conducto de personas físicas ó morales de carácter privado, celebrando con ellas contratos y a los cuales en la vida jurídica de nuestro sistema se le denominan "CONTRATOS ADMINISTRATIVOS".

Los contratos administrativos, tiene como característica principal la bilateralidad, pero antes de continuar el estudio de los mismos, es procedente mencionar que en cuanto a la existencia de dichos contratos, encontramos tres posiciones que son las siguientes:

1a. Algunos autores sostienen que en la vida jurídica no existen los contratos administrativos con particulares, ya que éstos en un momento dado sí se comprometen ha prestar -

algún servicio al Estado, en función al cumplimiento de alguna atribución del mismo, en relación con sus gobernados, lo hacen siempre mediante su consentimiento o voluntad de adhesión, puesto que no tienen facultad de discutir las reglas del juego; es decir, de las cláusulas que se pactan o que se insertan en el contrato administrativo.

2a.- Para algunos otros autores, los contratos administrativos, si bien es cierto, son actos administrativos por provenir de una autoridad, también no es menos cierto, que el ordenamiento o principios jurídicos que lo rigen son los que contienen los principios o reglas del Derecho Civil.

3a.- La tercer tendencia o corriente, es la que considera y a la cual nos adherimos nosotros, la consistente de que existen en la vida jurídica de un País (México) contratos Administrativos, en virtud de que su regulación es propia y que corresponde al Derecho Administrativo y no al Derecho Civil y si en un momento dado se usa un principio de éste es por el hecho de que el Derecho es Único.

Pues bien, partiendo del supuesto jurídico de que sí existen o se dan en la vida jurídica los contratos administrativos, a continuación pasaremos hacer mención a algunos conceptos y después de ello trataremos de determinar la naturaleza jurídica de los mismos.

1) CONCEPTO Y NATURALEZA

Al respecto Rafael Bielsa nos dice: " Es contrato de Derecho Público la convención que el Estado, obrando como sujeto de derecho público realiza con otro sujeto de derecho (público o privado) con un fin público." (1)

Por otra parte, el mismo Maestro Rafael Bielsa, no señala que: " . . . contrato administrativo es el que administración pública celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública." (2)

(1) Bielsa Rafael, Derecho Administrativo, Tomo II, Buenos Aires Argentina, 1964, pág. 142.

(2) Bielsa Rafael, idem. pág. 143

El Maestro Andrés Serra Rojas, nos dice: "El contrato Administrativo se define como un acuerdo de voluntades celebrado por una parte la Administración pública y por otras personas privadas ó públicas, con la finalidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica de interés general, o en particular relacionada con los servicios públicos, que unen a las partes en una relación de estricto derecho público, sobre las bases de un régimen exorbitante del Estado." (3)

Marcel Waline afirma: "El contrato administrativo es el negocio bilateral que el Estado realiza con una o varias personas, privadas o públicas, con propósitos de utilidad pública, - para construir, modificar o extinguir un vínculo patrimonial o económico, regulado por leyes de interés público." (4)

De los conceptos anteriores se observa que los contratos administrativos son la forma o medio a través de los cuales los particulares o entes públicos (Nacionales o Extranjeros)

(3) Serra Rojas Andrés, Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Porrúa, S.A., Décima Edición, pág. 489.

(4) Idem, pág. 489.

participan con el Estado Mexicano, en el cumplimiento de sus -
atribuciones, pues hay que recordar, como se dijo con anteriori-
dad, la Administración Pública o el Estado en sí, no solamente
satisfacen las obligaciones a su cargo a través de actos unila_
terales sino también por medio de contratos o convenios que que
celebra con personas físicas y morales.

Ahora bien hablemos a grandes rasgos de la naturaleza del contrato, toda vez de que el mismo es una de las figuras más importantes del Derecho y es también de las primeras en hacer su aparición en la vida social del hombre. Por lo mismo ha recibido, en diferentes épocas, diversos tratamientos. Así, en la Época Romana, el contrato llegó a gozar, incluso, de un sedimento divino que se traducía en el "pecado" en que incurría una de las partes cuando incumplía con su obligación.

En épocas posteriores el contrato alcanzó un paroxismo tal, que fue exhaltado hasta el grado de afirmar que era "generador" del Estado. Se vivía el "paraíso contractual" pues el Estado garantizaba una libertad absoluta para que las partes regularan su relación jurídica como convinieran.

Estaba pues, el Estado, al margen de la actividad de los particulares en cuanto a contratación se trataba. Este aislamiento por parte del Estado también existía en otros campos de relaciones jurídicas.

La corriente liberal-individualista nos legó esa serie de ideas que, presuponiendo la igualdad de los contratantes, creó el principio de la autonomía de la voluntad, el cual implica a la "libertad contractual" y a la "libertad de contratar". Dicho principio tiene como secuela un respeto absoluto a la manifestación de los contratantes, los cuales tienen frente a sí, un contrato con fuerza de ley para los mismo, y a un Estado respetuoso de la iniciativa privada y concretado a "vigilar" la actividad de los particulares.

Cuando el Estado empieza a tener injerencia en la esfera de los particulares (y por ende en el contrato mismo) buscando salvaguardar el interés general, es cuando el contrato se le empieza a poner cotos, comenzando así a perder, su radio de acción, el carácter de "ilimitado", pues en repetidas ocasiones esa falta de fronteras o escollos creaban situaciones de injusticia intolerables que perjudicaban en gran medida a los más desprotegidos. El Estado, a través del legislador quien empieza a imponer una serie de limitaciones a la libertad contractual absoluta que imperaba, comienza a regular el campo contractual tomando en consideración el interés público, los derechos de terceros y las buenas costumbres.

Es en el último cuarto del siglo XIX cuando los hombres empiezan a vislumbrar que la igualdad que reina en el contrato es puramente teórica (5), que la libertad contractual ya no responde (o mejor dicho nunca ha respondido) a la idea de que los contratantes externen su voluntad de una manera consciente y libre, pues en ocasiones media ignorancia y necesidad por el lado de uno de los contratantes; en una sola palabra, el Estado se percata de que la iniciativa individual es impotente para asegurar la producción, la circulación, y sobre todo, la distribución equitativa de la riqueza y es cuando se decide a dirigir la economía, abarcando, evidentemente, la regulación del contrato que, en general, expresa las relaciones económicas entre los hombres, reglando a aquél en base a prohibiciones o limitaciones legales que, desde su punto de vista, considera pueden favorecer al interés general.

Ahora bien, con la actualidad vemos que el contrato aparece como la sumisión de las partes a un conjunto de reglas legales obligatorias. De alguna manera el contrato se dirige por el legislador. La idea de absoluta libertad para contratar forma ya parte del pasado jurídico, aún cuando actualmente muchos juristas viven aferrados a la idea -

(5) Ripert Georges, El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno. Edit. José M. Cajica, Pue., 1951, p. 148.

del contrato sin fronteras, como lo demuestran al querer atribuir el nombre de "contrato" a muchas instituciones que no reúnen las características de tal figura: éste es el caso del contrato colectivo de trabajo, del contrato de sociedad, del matrimonio y de otras "ficciones contractuales".

Cabe aclarar que respecto al devenir histórico del contrato, el cual actualmente ha visto grandemente reducido su ámbito de aplicación por la intervención del Estado quien expide normas de orden público que necesariamente debe acatar nuestra figura para poder producir efectos, y sobre todo considerando la reducción de aplicación a que me he referido, los tratadistas, al analizar tal fenómeno, suelen hablar de la "decadencia del contrato", o bien de la "crisis del contrato". En mi opinión, deben descartarse los conceptos de "decadencia" o "crisis" en virtud de que nuestra figura no se ubica en ninguna de las dos situaciones, como en seguida trataré de demostrarlo.

En lo tocante a la "decadencia (6) del contrato", considero que nuestra figura no sufre tal fenómeno, toda vez que quien se ve afectado por tal contingencia (como el caso de la civiliza

(6) Véase el Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Tomo II, 19ava edición, Edit. Espasa Calpe, Madrid, España, 1970.

ción romana y muchas más) le sobreviene su muerte o extinción y dudo que ésto próximo a tal institución, pues aún es fuerte dentro de nuestra vida ordinaria.

Tampoco considero adecuado el término de "crisis (7) del contrato", pues ésto implica una mutación o alteración de importancia que, desde mi punto de vista no está sufriendo nuestra figura, pues aún conserva su elemento esencial, su requisito sine qua non y que es el "acuerdo de voluntades". Lo que sí sucede son cambios accidentales en su confección, y ésto obedece a su dinamismo y a que tiene que estar respondiendo a nuevas exigencias sociales, respecto a las cuales no puede permanecer indiferente.

(7) Ibidem.

Nos queda la gran interrogante: ¿ a donde va -
el contrato? ¿ hacia dónde se dirige ? .

Ripert comenta que la primera idea, la más --
sencilla y la más fácil de realizar sería la de prohibir el -
contrato (8).

El doctor Debuen opina que, tal vez en un --
futuro inmediato, el contrato sea solamente una reliquia ---
historica (9).

Josserand afirma que, en adelante, el contra-
to debe ser dirigido por el Juez; las obligaciones ya no se -
basaran en el consentimiento sino en la autoridad (10)

Morin dice que la misión del Juez debe ampliar
se singularmente; ya que no habrá que respetar en todo caso las
convenciones de las partes y que deberán ponerse en armonía --
con las exigencias de la conciencia pública (11).

- (8).- Ripert Georges.- El Régimen Democrático y el Derecho Civil
Moderno; Edit. Jose Ma. Cajica; p.22; Puebla 1951
(9).- Debuen Lozano, Nestor; .- La Decadencia del Contrato; Edit.
Textos Universitarios, S.A. p.299 , México 1965
(10)- Citado por: Ripert, Georges.- Op. cit, p. 259
(11)- Idem, p. 260

2.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Ahora bien, para la existencia de los contratos administrativos y de conformidad con los conceptos de referencia, - nos encontramos que los mismos deben reunir determinados elementos y a los cuales nos referimos a continuación, siguiendo al tratadista Miguel Angel Berceitz, quien los clasifica de la manera siguiente: (13)

I.- ELEMENTOS ESENCIALES

- a).- SUJETO
- b).- COMPETENCIA
- c).- CONSENTIMIENTO
- d).- FORMA
- e).- OBJETO
- f).- CAUSA
- g).- REGIMEN JURIDICO ESPECIAL

II.- ELEMENTOS NO ESENCIALES:

- 1).- PLAZO
- 2).- CONMUTABILIDAD
- 3).- INTRANSFERIBILIDAD
- 4).- LICITACION
- 5).- GARANTIAS,
- 6).- SANCIONES

a).- BASICOS.-

A los elementos anteriores, también se les clasifica o se les conoce como elementos esenciales básicos; elementos esenciales presupuesto; y elementos esenciales complementarios, o sea, que dichas clasificaciones difieren en cuanto al punto de vista que los autores toman para llevar a cabo las mismas. Sin embargo, esa situación no cambia lo que debe entenderse por cada uno de los elementos de los contratos administrativos y así tenemos los esenciales básicos que son: el consentimiento y el objeto.

1.- CONSENTIMIENTO.

El consentimiento es una manifestación de voluntad, tanto de la Administración Pública como

(13) Bercaitz Angel Miguel, Teoría General de los Contratos Administrativos, Ediciones de Palma, Segunda Edición, Buenos Aires, 1980, pág. 3000

de los particulares (personas físicas o morales, nacionales ó extranjeras). El Estado debe otorgar ese consentimiento a través de los órganos de la Administración pública que sean competentes para ello, pues de lo contrario el contrato suscrito sería nulo o ilegal. En tanto que los particulares, si son personas físicas deben ser capaces para obligarse. Las personas morales, también deben obligarse por conducto de sus representantes que tengan facultades para ello, ya que si se controvierten estos requisitos, en un momento dado estaríamos ante operaciones nulas.

2.- OBJETO. El objeto de los contratos administrativos" es el propósito de las partes para generar los derechos y obligaciones ". (14)

Toda vez de que el motivo o fin de las partes en el contrato administrativo darle vida, interés mutuo con el propósito de producir derechos y obligaciones, misma idea que compartimos con el maestro Serra Rojas.

B).- DE PRESUPUESTO.

En relación con los Elementos Esenciales de presupuesto, tenemos los siguientes:

- 1).- SUJETO
- 2).- COMPETENCIA
- 3).- CAPACIDAD
- 4).- CAUSA
- 5).- Y FINALIDAD

Los elementos esenciales presupuesto se denominan de esa manera, en virtud de que son un antecedente inmediato y necesario de los diversos llamados elementos esenciales básicos, por ejemplo el sujeto hace posible la existencia del consentimiento; es decir, que para que éste exista o se manifieste debe haber una persona - física o moral (nacional ó extranjera) que lo exprese.

1).- SUJETO. Los sujetos son los que, como se dijo con anterioridad, a través de su voluntad generan efectos jurídicos contractuales y procedentes de conformidad con la ley. En los contratos administrativos, uno de los sujetos es al Estado, quien se debe obligar por medio de sus órganos competentes, en acatamiento del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en lo relativo expresa que todo acto de autoridad (contrato administrativo) debe ser remitido por autoridad competente.

En el otro extremo de un contrato administrativo encontramos a los particulares (Nacional ó Extranjero), quienes para poder obligarse deben tener la capacidad jurídica necesaria, en los términos del Derecho Civil, o sea, deben tener capacidad de goce y de ejercicio, pues en caso contrario, se estaría ante un acto viciado de nulidad, según lo veremos a continuación.

2.- COMPETENCIA Y CAPACIDAD. La competencia es nuestra opinión debe entenderse como la aptitud que tienen los órganos de la Administración pública para obligarse validamente dentro de los lineamientos que la Ley correspondiente les autoriza. Por competencia, es de entenderse la aptitud que se tiene para ser titular de derechos y obligaciones, así como para ejercerlos legalmente.

El Estado debe ejercer sus funciones, entre otras, emitir actos administrativos o actos de autoridad (contratos administrativos), a través de su órganos competentes, como se dijo con anterioridad, en acatamiento del artículo 16 de nuestra Carta Magna, que en lo relativo dice que todo acto de autoridad debe estar debidamente fundado; entendiendo por ello, el hecho de que tal acto se apoye en una ley que expresamente así lo establezca y de no estimarse de esta manera se daría la incompetencia y se vulneraría el artículo 16 invocado.

En relación con la competencia de los particulares, para la celebración de contratos administrativos, estimamos que es necesario que los mismos tengan o cuenten con la capacidad - de ejercicio y si por uno u otro motivo no la tienen tendrán que ejercerla a través de un representante legal.

Algunos autores o estudiosos del Derecho, consideran que entre la competencia y la capacidad existen o se dan algunas diferencias, entre ellos, podemos citar a Jéza, que al respecto nos dice:

"a).- Los agentes públicos no se hallan en libertad de ejercer o no su competencia, la ley los obliga a actuar en de terminado sentido, cualquiera que sea su opinión personal al res pecto. Tal situación no se aplica a los particulares.

"b).- Los agentes públicos deben ejercer su competencia en función de lo que sea más conveniente a las necesidades públicas. El particular en función de lo que sea más conveniente a sus propios intereses.

"c).- Es preciso establecer en cada caso si en el acto han intervenido todos los agentes públicos que constitucionalmente o legalmente deben intervenir para autorizar, celebrar o aprobar el acto de que se trate.

"d).- Los agentes públicos no pueden abdicar su competencia en forma absoluta ni sin limitantes en el tiempo. La Competencia se otorga en función, no a la persona del funcionario, en beneficio y en provecho personal. No disponiendo de nada propio, tal funcionario nada puede renunciar ni transferir". (15)

3).- CAUSA Y FINALIDAD. La causa o motivo de los contratos administrativos, no es más que el interés público a que se refieren dichos contratos. Se dice que la causa, es un concepto conexo al de Finalidad y suele confundirse con ella. Sin embargo, algunos autores, entre otros, el Maestro Garrido Falla, nos da una concepción clara de uno y otro concepto, o mejor dicho nos explica la diferenciación que existe entre uno y otro, en los términos siguientes:

La causa es la contestación al por qué, en tanto que el fin o la finalidad responde al para qué del acto administrativo.

(15) Citado por Bercaitz Miguel Angel, op. cit. pág. 265.

EJEMPLO:

Si tomamos en consideración la celebración de un contrato de OBRA-PUBLICA, se tendra por causa la construcción de una presa y la falta de agua; en tanto que la finalidad será proveer esa agua a la zona que tenga tal privación o carencia.

C).- COMPLEMENTARIOS.

Por último, citaremos a los elementos esenciales complementarios y estos son:

- 1).- FORMA
- 2).- REGIMEN JURIDICO ESPECIAL
- 3).- PLAZO
- 4).- CONMUTABILIDAD
- 5).- INTRANSFERENCIA
- 6).- LICITACION
- 7).- GARANTIA
- 8).- Y SANCIONES

1.- FORMA.

La forma en los contratos administrativos es escrita, pero al respecto, el Maestro Bercaitz, expresa que el derecho administrativo, la palabra forma se utiliza para expresar dos conceptos distintos y estos son:

"a).- UNO

RESTRINGIDO.- Referido a la forma concreto como se exterioriza la voluntad de las dos partes que celebran el contrato.

"b).- OTRO

AMPLIO.- Referido a la forma como se cumplen en la Administración pública las distintas etapas que dan origen al contrato y el modo en que se celebra el contrato" (16)

(16).- Bercaitz Miguel, op. cit. pág. 267.

También, en relación con la forma, el Licenciado - Sayaguez Laso, distingue entre formalidades y forma y nos dice: "Las primeras constituyen el procedimiento mediante el cual se llega a la contratación. La forma es el modo como se instrumenta el vínculo contractual." (17)

Por su parte el Maestro Bielsa, clasifica las formas en esenciales e integrales de la manera siguiente: "La forma esencial de existencia al acto. Si una expresión de voluntad no tiene esa forma, no hay contrato. La forma sustancial no atañe a la existencia, sino a la naturaleza del contrato. Se le exige para alguna clase de ellos, sea en razón del objeto, sea por su importancia o por su índole. La forma integral es la que completa el acto, como la autorización y la aprobación." (18)

2).- REGIMEN JURIDICO ESPECIAL.

Los contratos administrativos están sujetos o deben estar a un régimen estricto de Derecho Administrativo, así como de interpretación estricta

- (17).- Sayagués Lazero Enrique, Tratado de Derecho Administrativo Vol. II, Tercera Edición, Montevideo 1974,
 (18).- Bielsa Rafael, Derecho Administrativo, Tomo II, Sociedad Anónima, Editora e Impresora, Argentina 1964

y sólo por excepción, en caso de lagunas, se aplicará el Derecho Común y algún método de interpretación distinto al mencionado, - máxime que en nuestro País, según sostienen o blasfeman nuestros Gobernantes en turno, vivimos en un Régimen de Derecho. Además, que con dicho régimen jurídico y de interpretación propuestos se acabaría con los vicios y corrupción las que existen en la práctica de pagar o dar determinada cantidad de dinero a los servidores públicos encargados de pagar el importe de los llamados "contrarecibos", que se expiden a los particulares contratantes o prestadores de algún servicio, en la fecha que deben pagar esos servicios.

3).- PLAZO.

En los contratos administrativos el plazo se pacta en relación directa con la naturaleza del contrato o servicio que se vaya a prestar y dentro de ese plazo también, - debemos a debe quedar comprendido la fecha o época de pago.

4).- CONMUTABILIDAD.

En cuanto a la conmutabilidad, - es de manifestarse que los provechos y gravámenes respectivos de las partes, son ciertos y conocidos desde el momento en que se celebran o pactan los contratos correspondientes.

5).- INTRANFERENCIA:

Este principio consiste en que el contrato administrativo, una vez celebrado, no debe transferirse a -- otro particular; es decir, el contratante no puede pasarlo a -- otra persona para que lo cumpla, salvo pacto en contrario.

No obstante este principio, el suscrito considera que debería permitirse y pactarse en todos los contratos administrativos la transferencia de los mismos, en los casos de fuerza mayor o por insolvencia del contratante original.

6).- LICITACION:

"La licitación es un procedimiento legal y técnico que permite a la administración pública conocer quienes pueden, en mejores condiciones de ideodeidad conveniencia - prestar servicios públicos o realizar obras" (19)

7).- GARANTIAS:

El particular contratante debe garantizar ante el Estado el cumplimiento de la obligación asumida y dichas garantías pueden ser las que conocemos en nuestro medio, - - -

(19).- Serra Rojas, Andres, op. cit. p.498 .

como son:

HIPOTECA

PRENDA

FIANZA

ETC.

8).- SANCIONES.

En sentido amplio la sanción es la pena que se pacta para el contratante que no cumple con lo convenido o pactado y si por alguna razón no se pacta alguna sanción, - al respecto se aplicará la Ley correspondiente o bien por otra parte se daría la rescisión de los contratos por incumplimiento de una de las partes, como veremos con posterioridad.

" C A P I T U L O "

I I

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL CONTRATO PRIVADO.

En su actividad pública, el estado se ve en la necesidad de convenir con los particulares prestaciones voluntarias de bienes o de servicios personales.

Es así como se ve al estado comprando inmuebles, arrendando bienes, encargándole a los particulares la construcción de obras públicas, obteniendo préstamos, etc.

Se ha cuestionado que si tales actividades, que se formalizan por medio de un contrato, revisten el carácter de meras operaciones de Derecho Privado o si bien son contratos de carácter público que deberán ser regidos por normas de Derecho Público.

Quiero hacer incapie en que la importancia de diferencias un contrato civil, de un Administrativo, radica en que, en base a esa distinción, sabremos que régimen legal contractual se aplicará y que consecuencia jurídica podrían sobrevenir en un momento determinado.

Cabe mencionar de que apesar de que los contratos administrativos tienen su antecedente histórico en los contratos de Derecho Privado, se ven investidos de caracteres propios que les dan una especial fisonomía, estructura y dinamismo, así como también una categoría jurídica propia del Derecho Administrativo, sin perder su conexión con los contratos de Derecho Privado.

En el presente tema, me concretare a examinar lo mencionado por el maestro Miguel Angel Bercaitz, pues considero que el tratamiento que le da a este topico es amplio y concienzudo.

Manifiesta el maestro Bercaitz: "Establecida la existencia de contratos Administrativos como especie distinta de los contratos de Derecho Privado, corresponde precisar los datos que pueden servir para diferenciar unos de otros". (1)

(1) BERCAITZ, Miguel Angel, "Teoria General de los Contratos Administrativos"; Dicciones de Palma, Buenos Aires; Segunda Edición, Argentina, 1980, pág. 189 y sigs.

1).- DIFERENTES TEORIAS.

a).- TEORIA DE DISTINCION.

"Le escuela realista

de Derecho, siguiendo la antigua trayectoria civilista y en particular la doctrina alemana, de que todos los contratos que lleva a cabo la Administración Pública están sometidos a la legislación común, niega la existencia y la sustantividad de los contratos administrativos.

Para León Duguit no hay diferencia en cuanto al fondo entre un contrato civil y un contrato administrativo por que en sus elementos intrínsecos un contrato tiene siempre los mismos caracteres y los mismos efectos, por lo que no puede aceptarse una forma de contrato administrativo.

La existencia de una jurisdicción diversa, en Francia, de los tribunales administrativos y los tribunales comunes para los contratos civiles no fija una diversidad en cuanto al fondo de dichos contratos". (2)

(2) Serra Rojas, Andres.- "Derecho Administrativo", Editorial Porrúa Hermanos y Cia, S.A.; Quinta Edición.- México 1972, pág. 491

b).- TEORIA DEL SERVICIO PUBLICO.

Los autores franceses son los defensores de esta teoría y dentro de los cuales podemos citar, entre otros, a León Duguit, Gastó Jéze, etc.

Ya que estos opinan que lo que da aún contrato el carácter de administrativo es el que tenga como fin un servicio público pero para mayor claridad al respecto, veamos lo que dice o escribe CANASI JOSE al respecto.

"Criterio del servicio público, y del interés público y . . . , que tanto se acentúa en la jurisprudencia de nuestros tribunales, . . . , evidencia que marca una etapa más evolucionada en la interpretación de los contratos administrativos y que en Francia se manifiesta en el caso "Blanco", resuelto por el tribunal de conflictos, al derimar la contienda de la competencia de jurisdicción en favor del Consejo de Estado y que se refería a una indemnización por un cuscidelito con motivo de la prestación de un servicio público . . . " (4)

(4) CANASI JOSE, op. cit., pág. 453

Al respecto estimamos que la teoría o criterio anterior si es un factor distintivo entre los contratos administrativos y civiles.

Ahora bien como se a manifestado a lo largo de este trabajo, desde el punto de vista de que el Estado cumple con sus atribuciones, entre otras, prestando servicios públicos en forma directa o a través de particulares, que previamente a ello, firman un contrato de naturaleza administrativa lo cual no sucede en la celebración de un contrato civil que tiene como fin beneficiar exclusivamente a los contratantes.

c).- TEORIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR NATURALEZA

León Blum asienta la doctrina de los contratos administrativos por su naturaleza, siendo necesario que ese contrato - por sí mismo y por naturaleza propia, sea de esos que solo puede concluir una persona pública.

Otros autores dicen, que son contratos administrativos y de competencia administrativa aquellos en los cuales el servicio esta administrado por el Estado.

d).- TEORIA DEL FIN DE UTILIDAD PUBLICA.

Algunos autores consideran que lo determinado del contrato administrativo es una prestación de utilidad pública.

Tomando en consideración sin perjuicio de otros elementos que lo integran.

Como la intervención de un sujeto de derecho público de que la Administración pueda variar unilateralmente el convenio to.

El fin de utilidad pública que se asigna al contrato administrativo permite ampliar el concepto restringido del servicio público, pero aún así no es bastante.

Por lo anterior un contrato de empréstito para enjugar un déficit de presupuesto. Por ejemplo:

No persigue un fin de utilidad pública, sino un fin público

Así también un contrato que permite la clausura de una calle para instalar un desvío ferroviario particular, a pesar de ser un contrato administrativo, no tiene un fin público ni un fin de utilidad pública.

Por ello algunos autores rechazan esta teoría y aplican las mismas críticas que se hicieron con relación a la teoría del Servicio Público.

e).- TEORIA DE LA CLAUSULA EXHORBITANTE.

Los juristas franceses han sido quienes han defendido esta teoria.

Afirman que la Diferencia entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado; estriba en la existencia de cláusulas especiales insertadas en los primeros, exorbitantes del derecho privado, que testimonien un régimen jurídico especial de derecho privado.

Según esta teoria, pues los contratos que solo contienen cláusulas conforme al derecho privado, iguales a las que existen en los que se celebran entre particulares, son contratos de derecho privado.

Tales cláusulas exorbitantes del derecho privado incluidas en un contrato entre particulares.

Mismos que carecian de valor ya que conforme al derecho privado, nadie puede hacerse justicia por propia mano, ni puede dictar reglas de conducta a terceros ajenos a los convenios que celebre con otras personas.

En mi opinión el carácter de administrativo lo -
adquiere un contrato por su propia naturaleza. Considero que es-
taremos en presencia de un contrato administrativo cuando:

- a).- Una de las partes sea la administración pública.
- b).- Se persiga un fin público
- c).- El régimen que regule a tal contrato sea un régimen de derecho público .

Cabe aclarar que pueden insertarse cláusulas exhor-
bitantes del derecho privado, pero que no necesariamente dichas
cláusulas van a determinar la naturaleza del contrato en adminis-
trativo o en civil, como ya vimos en ocasiones a pesar de la au-
sencia de estas cláusulas un contrato reviste el carácter de ad-
ministrativo.

2.- DIFERENTES CRITERIOS.-

I).- CRITERIO SUBJETIVO.

Entre sus sostenedores
tenemos la Laferriere y consiste en el hecho de que en los con-
tratos administrativos siempre será parte el Estado.

La segunda objeción es acertada. Como enseña -
Bielsa, "aún a falta de pacto, la administración pública tiene
derecho inherente a su carácter de tal. Cuando la administración
contrata como poder público, lo diga o no entonces el contrato
es público, o mejor dicho, administrativo". (6)

Cabe señalar que algunos tratadistas han sosteni-
do que la cláusula exorbitante podrá estar ausente de la letra
de un contrato, pero estará siempre presente en su esencia, cuen-
do el contrato por su misma naturaleza, sea realmente administra
tivo.

Por todo lo anteriormente expuesto, puedo afirmar
que aún subsiste la ausencia de un criterio o tesis uniforme que
convenza a la mayoría de los tratadistas. En virtud de que per-
sisten los problemas para diferenciar aún contrato administrati-
vo de un contrato de derecho privado.

(6) Citado por Bercaitz, Miguel, op. cit. pág. 214.

Dos clases de objeciones se han hecho al criterio de la cláusula exorbitante del derecho común, en primer término conforme a él, un contrato será administrativo o no, según las partes lo deseen o no y, en segundo lugar, pueden existir contratos administrativos que no contengan entre sus cláusulas ninguna que sea exorbitante del derecho privado o remita a un reglamento o a un pliego de condiciones que contenga disposiciones que excedan de la órbita del derecho común.

La primera objeción es parcialmente exacta ya que la administración, cuando necesita para el cumplimiento de sus fines recurrir a los particulares, puede optar entre celebrar con ellos contratos de derecho privado o contratos administrativos, en la inteligencia que a veces la administración forzosemente celebrará contratos administrativos incluye o no en el convenio cláusulas exorbitantes del derecho común, como sería el caso de aquellos contratos en los cuales la administración otorgue la realización de una obra pública.

U otros que estan monopolizados en los cuales los servicios públicos son administrados sin monopolio pertenecen al campo del derecho privado.

Por supuesto que este criterio que los diferentes autores mencionan, es de considerarse así por completo descartado, tomando en consideración que no se asegura ninguna base para la distinción precisa que se busca y que ha de existir.

Al respecto el Lic. Alfonso Nava opina que: "Desde luego se trata de una cláusula derogatoria del derecho común y - por lo tanto, no es posible en los contratos de derecho privado y tal imposibilidad deriva fundamentalmente que ella viene a romper con el principio esencial de la igualdad de los contratantes que priva en los contratos civiles". (5)

(5) Nava Negrete, Alfonso, "Contratos de la Administración Pública"; Revista del Tribunal Fiscal de la Federación (segundo número extraordinario), México, 1966.

En contraposición del criterio anterior encontramos otros diversos, expuestos por otros estudiosos del derecho, que sostienen que los contratos administrativos son diferentes a los que regula el derecho privado o civil y esos criterios son los siguientes:

- " * CRITERIOS SUBJETIVOS
- * JURISDICCIONAL
- * FORMAL
- * LAS TEORIAS DEL SERVICIO PUBLICO
- * TEORIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR NATURALEZA
- * TEORIA DEL FIN DE UTILIDAD PUBLICA
- * TEORIA DE LA CLAUSULA EXHORBITANTE "

(3)

(3) BERCAITZ MIGUEL ANGEL; op.cit; pags. 189 y sigs.

En consecuencia, en un contrato civil o privado nunca será parte el Estado, sino exclusivamente particulares. Criterio que no comparte el suscrito, pues es de todos conocido que el Estado al arrendar un inmueble a un particular, será parte en dicho contrato y no por ello se convertirá en contrato de naturaleza administrativa, ya que estará regulado por las normas del Derecho Civil o Privado.

II).- CRITERIO JURISDICCIONAL.

Este criterio toma su nombre del hecho de que los problemas que surgan respecto a los contratos administrativos, son resueltos por Tribunales Contenciosos Administrativos, pertenecientes o dependientes del Poder Judicial Federal, por así disponerlo la ley o "... bien por haberse pactado, y también porque así lo haya decidido la jurisprudencia, teniendo en cuenta las modalidades propias, como piensa Merkl, en su teoría General del Derecho Administrativo, Madrid, 1935 ... " (7)

(7) Canasi José, Derecho Administrativo, Tomo III, Editorial Deplama, pág. 448.

El criterio anterior a juicio del suscrito en - nuestro régimen jurídico es impracticable, por lo que respecta a la afirmación que se hace en el sentido de que la competencia de un Tribunal Contencioso Administrativo, para resolver problemas relacionados con los contratos administrativos, pueda pactarse por las partes o bien por ser establecida por la Jurisprudencia, toda vez que la única fuente en ese sentido en nuestro medio es la Ley.

III).- CRITERIO FORMAL.

"Este criterio, según enseña Recaredo Fernández de Velasco, significa el procedimiento empleado por la administración pública, para concertar el contrato . . . y en ese sentido agrega Gascón y Marín . . . No es únicamente los contratos administrativos de los civiles . . ." (8) Es decir, los contratos administrativos para su concertación deben acatarse ciertas formalidades concretas, especiales, previamente determinadas y que el contrato civil esta exento de dichas formalidades, previamente establecidas.

(8).- Citado por; Canasi, Jose, op.cit. p.453

Estimamos que el criterio de referencia, en nuestra legislación no es procedente ni suficiente para distinguir ó determinar que un contrato celebrado por la administración pública y los particulares es de naturaleza administrativa ó civil, - ya que de conformidad con el que establece el artículo 1833 del Código Civil para el Distrito Federal y de aplicación supletoria en materia federal, en ciertos casos se requerirá una formalidad determinada.

" C A P I T U L O "

I I I

"LA RESCISIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO".

A).- ALGUNAS CAUSAS DEL RESCISIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Antes de entrar de lleno a este tema trataremos de hablar de las diferentes discrepancias en las opiniones de los tratadistas del Derecho Público, en cuanto a las causas para rescindir el contrato administrativo, o de la caducidad y terminación del mismo.

Bercaitz llama caducidad a la terminación de un contrato administrativo teniendo como causal el incumplimiento culpable del cocontratante, reservando el término rescisión a otras causas de terminación o extinción del contrato y nos dice en estos textos:

"La caducidad se decreta como sanción por el incumplimiento del cocontratante a las obligaciones a su cargo. - Esta idea de culpa y sanción no existe en el caso de rescisión por hecho relativo al cocontratante". (1)

(1) Bercaitz, Miguel Angel, Teoría General de los Contratos Administrativos Ediciones de Palma Buenos Aires, Segunda Edición, Argentina 1980, pág. 559.

Así mismo, posteriormente nos dice Bercaitz y reafirma: "Cuando hablamos de caducidad. . . de cualquier otro contrato administrativo, queda claramente establecido que se trata de una rescisión unilateral declarado por los órganos administrativos del Estado, por un hecho imputable al cocontratante, como sanción ante el incumplimiento de las obligaciones a su cargo".

De lo anterior puedo inferir que en opinión de Miguel Angel Bercaitz, la caducidad, es una especie de rescisión con la particularidad de que tiene como móvil el incumplimiento de las obligaciones del cocontratante.

Estimo que entre rescisión y caducidad existe la misma relación.

El maestro Sayaguez Lazo, tiene otra concepción sobre este particular, y sostiene que cuando el cocontratante cumple con sus obligaciones, la administración tiene el derecho de resindir el contrato respectivo y además podrá reclamar daños y perjuicios, así como decretar la pérdida de depósito otorgado.

En efecto el maestro Sayaguez Lazo textualmente dice:
"El incumplimiento del contratista a sus obligaciones pueden dar lugar a la rescisión del contrato, con pérdida del depósito y daños y perjuicios . . . El incumplimiento puede referirse a los plazos para la ejecución de la obra o a las demás obligaciones a su cargo . . . la rescisión es resuelta unilateralmente por la administración, sin perjuicio de los Recursos Administrativos y Jurisdiccionales que pueda deducir el contratista". (2)

Cabe señalar que la causal normática anteriormente señalada no es, en opinión de este autor, la única generadora de la rescisión contractual; en su concepto existen otras causales de rescisión que extinguen el contrato administrativo.

(2) Sayaguez Lazo, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", Volumen II, Tercera Edición, Montevideo 1974, pags. 117 y 118

Para Jorge Escola, la rescisión del Contrato Administrativo debe estudiarse desde diversos ángulos:(3)bis.

- a).- Como potestad rescisoria
- b).- Como sanción en el cual se exige la -
presencia de faltas o culpa contractual
del cocontratante particular.
- c).- Como petición del propio cocontratante
particular, como ocurren en los casos-
de modificaciones irrazonables o exce-
sivas en el contrato, o por hechos im-
putables a la administración, cuando -
procede y;
- d).- Cuando desaparece el objeto del contrato

Veamos que para Escola, son varias las causales-
que nos llevan a la rescisión, pero dentro de esas dicho trata-
dista también comprende el incumplimiento culpable que como ya
vimos en nuestro derecho común es lo que estrictamente llamaremos
rescisión.

(3) bis.- Escola , Hector Jorge; Tratado General de Procedimien-
tos Administrativos; Edit. Depalma; p . 401 y 402; --
Buenos Aires Argentina, 1975.

Para Jorge Escola, la rescisión del contrato administrativo debe estudiarse desde diversos ángulos:(3)

- a).- " Como potestad rescisoria
- b).- Como sanción en el cual se exige la presencia de faltas o culpa contractual del cocontratante particular
- c).- Como petición del propio cocontratante particular, como ocurre en los casos de modificaciones irrazonables o excesivas en el contrato, o por hechos imputables a la administración, cuando procede y;
- d).- Cuando desaparece el objeto del contrato."

Veamos que para Escola, son varias las causales -- que nos llevan a la rescisión, pero dentro de esas dicho tratadista también comprende el incumplimiento culpable que, como ya vimos en nuestro derecho común es lo que estrictamente llamaremos rescisión.

(3).- Escola, Hector Jorge.- Tratado General de Procedimientos Administrativos; Edit. de Palma, pp. 401 y 402. Buenos Aires Argentina. --

1).- CONCEPTO DE RESCISION.-

Muchos y muy prestigiados autores nos han proporcionado diversas nociones de lo que en su concepto se debe entender por RESCISION o PACTO COMISORIO.

Así , Baudry-Iacantinerie y Barde; nos dicen - que: " Se llama pacto comisorio la cláusula por la cual las partes convienen en que el contrato será resuelto si una u otra de ellas no cumple con su obligación. El pacto comisorio no es sino una condición resolutoria de naturaleza particular" (4).

Para García Goyena, " La condición resolutoria va implícita y se sobre entiende en todos los contratos bilaterales por que se presume que ninguno quiere quedar obligado sino en el caso de que la otra parte cumpla su obligación" (5).

- (4).- Borja Soriano, Manuel .-Teoria General de la Obligaciones Edit. Orrua, S.A., p.476, pfo.948, Mexico.
 (5).- Idem.- pfo. 988-Bis.

Bejarano Sánchez, opina que: "La rescisión es la resolución de un contrato bilateral plenamente válido a causa - del incumplimiento culpable de una de las partes". (6)

El Lic. Gutiérrez y González ha dicho que la rescisión "Es un acto jurídico unilateral, por el cual se le pone fin, salvo que la ley lo prohíba, de pleno derecho, ipsojure, a otro acto, bilateral, plenamente válido, por incumplimiento culpable, en éste, atribuible a una de las partes". (7)

(6) Bejarano Sánchez, Manuel, op. cit. pág. 375

(7) Gutiérrez y González, Ernesto., op.cit. pág. 482

Por otra parte, textos^s legales de diferentes países - también han definido el "Pacto Comisorio" ó "Rescisión".

El artículo 1184 del Código Napoleónico dice "La condición resolutoria esta siempre sobreentendida en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que una de las partes no satisfaga su obligación."

El artículo 1349 del Código Civil Mexicano de 1884, - dice: "La condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contribuyentes no cumpliere su obligación".

El artículo 1165 del Código Civil Italiano de 1865 - dice: "La condición resolutoria está siempre sobreentendida en los contratos bilaterales, para el caso en que una de las partes no satisfaga su obligación".

El Código Civil Español, en su artículo 1124 prescribe que "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los - obligados no cumpliere lo que incumbe".

El Código Civil Mexicano, de 1928, en su artículo -
1949 dice: "La facultad de resolver las obligaciones se en-
tiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno
de los obligados no cumpliera lo que le incumbe".

Del párrafo anterior salta a la vista que en los últi
mos dos artículos transcritos no se utilizan las palabras -
"Condición resolutoria", que sí existen en los anteriores a
éstos, y cabe decir a que la doctrina moderna consideró impropio
el uso de estos términos, toda vez que la condición es un ele
mento accidental del negocio jurídico impuesto por la volun-
tad de los sujetos del negocio y no impuesta por ministerio
de Ley.

En síntesis, puedo afirmar que el (pacto comisorio)
ó "rescisión" tiene dos caracteres importantes:

- 1).- Tiene como fundamento la reciprocidad
de las obligaciones contractuales
- 2).- Nace como facultad en el momento en que
uno de los obligados incumpla; culpableme
mente lo que le incumbe.

En otro orden de ideas he considerado conveniente - atender algunas generalidades del pacto comisorio ó rescisión, a fin de que tengamos algunos conocimientos previos.

En opinión de Gutiérrez y González, el "Pacto Comisorio" se puede manifestar en dos formas:

- a).- TACITAMENTE
- b).- EXPRESAMENTE

El pacto comisorio tácito, va implícito en todos los contratos bilaterales, pues el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El pacto comisorio expreso, es una cláusula en un contrato en la cual se plasma de manera expresa el texto del artículo 1949 que se comenta, o se inserta una cláusula que sin transcribirlo en su literalidad determina el contenido de esa norma.

Por otro lado, el "Pacto comisorio" ó "Rescisión", - opera ipso jure en derecho mexicano. Así lo sostuvo el Dr. - Raúl Ortiz Urquidí, con la condición de que aquél fuese expreso y pactado.

Al respecto Gutiérrez y González, opina que no hay - razón lógica para que si se pacta expresamente la rescisión ipso jure, ésta opere, y en cambio si no se dice nada, aun - que exista el pacto tácito, no opere de pleno derecho, el - artículo 1949, como norma supletoria, opera siempre que las partes no digan otra cosa en contrario.

De la redacción del artículo 1949, del Código Civil pa - ra el Distrito Federal se deduce que el pacto comisorio ó - rescisión no opera en los contratos unilaterales, pues en és - tos las obligaciones son para una de las partes y los benefi - cios para la otra, y la rescisión opera en las obligaciones recíprocas.

Ahora bien, si una obligación consignada en un contra - to bilateral no se cumple por caso fortuito o fuerza mayor, no es posible que el pacto comisorio opere, pues éste reposa sobre la idea de culpa, sobre la idea de un hecho ilícito y, en el incumplimiento por fuerza mayor, si bien sus resultados son objetivamente iguales, la sanción no puede aplicarse, to - da vez que como se nota, en un caso hay culpa y en otro no.

La opinión predominante sobre el modo de ejercer la rescisión es la de que debe demandarse jurídicamente, pues - no basta la declaración del acreedor insatisfecho. Considero que esto es congruente con el artículo 17 Constitucional que dispone que nadie puede hacerse justicia por sí mismo.

En lo tocante a los efectos de la rescisión, está destruye el contrato de que se trate, privándolo de sus consecuencias jurídicas, tal destrucción opera retroactivamente hasta borrar en lo posible todo los efectos contractuales.

No obstante en ocasiones no puede producirse esa extinción retroactiva del contrato y ello sucede en dos casos:

- a).- Cuando la resolución pudiere causar perjuicios a terceros de buena fé, cuyos derechos deben ser respetados.
- b).- Cuando el contrato hubiere engendrado efectos no restituibles

Por lo anterior sólo me resta hacer referencia en forma concreta a las actividades diversas causales que la materia administrativa contempla para declarar la rescisión de un contrato administrativo. Al efecto propongo estudiar dichas causales de la siguiente manera:

- a).- Cuando la puede ejercer la administración pública.
- b).- Cuando la puede ejercer el cocontratante particular
- c).- Cuando la puede ejercer conjuntamente las partes.

Cabe preguntarse: ¿En qué casos puede la administración pública ejercitar la rescisión en contra del cocontratante particular? Veamos posteriormente.

2.- PROTESTAD RESCISORIA.

Veremos desde este punto de vista en cuanto que la Administración Pública, tiene la prerrogativa de disponer de manera unilateral, la rescisión de los contratos administrativos, fúndandose en razones de oportunidad, mérito ó conveniencia, o sea cuando se vea afectado en forma directa el interés general.

Resulta evidente que dicha potestad constituye una cláusula exorbitante de derecho privado.

Hablemos aquí no ya de un derecho de la Administración, sino de un verdadero poder, de una potestad administrativa que no requiere, para tener aplicación, estar expresamente inserta en cada uno de los contratos administrativos de que se trate, sino que siendo virtual podrá ejercerse aún a falta de toda referencia en el contrato, sin que el órgano jurisdiccional competente tenga que declarar la rescisión y sin que tal declaración hecha directamente por la administración pública sea cosa juzgada, ya que puede ser impugnada por el cocontratante ante el órgano judicial.

3).- LA SANCION RESCISORIA.

También constituye una potestad y se deriva del poder de control y dirección que tienen la administración en la ejecución del contrato y del estado de subordinación en que se encuentra el cocontratante.

Existen tres clases de sanciones:

- * PECUNIARIA
- * COERCITIVAS
- * RESCISORIAS

I).- PECUNIARIAS:

Que pueden consistir en sanciones -
fijas y predeterminadas o bien en indemnización de daños y -
perjuicios.

II).- COERCITIVAS:

Que son aquellas que teniendo como
finalidad, no ya alcanzar, de algún modo, cierta reparación
de los perjuicios causados por faltas contractuales o la pu-
nición económica del cocontratante, sino lograr el inmediato
y efectivo cumplimiento de las prestaciones asumidas por -

aquel, dan lugar a que la administración se sustituya al -
cocontratante particular, llevando a cabo por si misma el -
cumplimiento de tales prestaciones o haciéndolas cumplir por
un tercero. Por eso, estas sanciones también pueden llamarse
SUSTITUTIVAS.

III).- RESCISORIAS:

Dicha sanción procede ante
faltas contractuales especialmente graves y la administración
recurre a ellas cuando no existe otro medio para lograr la -
ejecución del contrato en forma regular, quedándole al cocon-
tratante el derecho de impugnarla.

Los efectos que produce esta sanción consiste en
extinguir el contrato y, por ende, dar por concluidos los -
vínculos que existían.

El particular uedará constreñido al pago de da-
ños y perjuicios que hubiese causado, o bien al pago de las
prestaciones que contrayere la administración al formalizar
un nuevo contrato con otro cocontratante o al realizar ella
directamente las obligaciones contractuales del particular
renuente.

Esto último sin perjuicio de la imposición de sanciones pecuniarias que correspondan y del pago indemnizatorio por daños y perjuicios causados a la administración.

4).- RESCISION POR RUPTURA DEFINITIVA
DE LA ECUACION ECONOMICA FINANCIERA.

Considerando en el momento de llevar a cabo la celebración de un contrato administrativo, tanto el contratante como la administración pública toman en consideración el equilibrio económico-financiero que media en dichos momentos y que les permite pensar que sus intereses económicos pueden verse satisfechos.

Pero es el caso que ese equilibrio puede verse afectado con posterioridad, por causas imputables a la administración o por causas no imputables a ésta, sobrevinientes e imprevisibles, lo que puede traducirse en una disminución del beneficio razonablemente esperado por el cocontratante.

En tales casos, el particular tiene el derecho a -
exigir que la ecuación económica financiera del contrato se
restablezca y que los perjuicios sufridos sean resarcidos.

Pero puede suceder que la ruptura del equilibrio sea
definitiva durante el período de liquidación y este criterio
opera en el caso en que se produzca la quiebra del cocontra-
tante por lo que el particular podrá oponerse a que la Admi-
nistración declare la rescisión del vínculo contractual; pero
en el caso de la quiebra, habrá que tener en cuenta la cali-
ficación de la conducta del quebrado.

Así, si la quiebra es culpable o fraudulenta, deberá
considerarse que la conclusión del contrato se ha producido
por una conducta imputable al cocontratante.

La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, respecto a
lo inmediatamente anterior, prescribe en su artículo 139 que
"Los contratos bilaterales pendientes de ejecución, total -
o parcialmente podrán ser cumplidos por el síndico, previa
la autorización del juez, oída la intervención", y en el ter-
cer párrafo agrega: "El contratante no quebrado podrá suspen

dar la ejecución del contrato hasta que el síndico cumpla o garantice el cumplimiento de su prestación".

5).- RESCISION POR FUERZA MAYOR.

Antes de iniciar el tema quiero aclarar que en este caso la rescisión puede ser declarada por la administración de oficio o a requerimiento del cocontratante, o por la autoridad judicial a petición del particular.

En este caso trataré el tema desde el punto de vista de que la Administración Pública sea la que declaré la rescisión del contrato de que se trate.

Entendemos por FUERZA MAYOR todo acontecimiento independiente de la voluntad de los contratantes, - imprevisible e inevitable; que impide la ejecución de las - obligaciones contractuales o el cumplimiento del contrato.

Constituye así mismo una eximente de responsabilidad y la configuran cuatro elementos, a saber:

- 1.- LA ENTERICIDAD
- 2.- LA IMPREVISIBILIDAD
- 3.- LA IRRESISTIBILIDAD
- 4.- LA ACTUALIDAD DEL EVENTO QUE SE PRETENDE CALIFICAR DE ESE MODO

Cuando la administración le otorgue el evento el carácter de fuerza mayor podrá, directamente, declarar la rescisión - del contrato, sin quedar compelida a ninguna indemnización - o compensación en favor del cocontratante particular.

Así, estaremos en presencia de un acto ejecutorio unilateral.

Ahora bien, y el cocontratante ¿Cuándo puede reclamar la rescisión del contrato en contra de la Administración Pública?,. Veamos:

La rescisión por fuerza mayor, al respecto es aplicable, en lo conducente, lo dicho con anterioridad referente a la - Administración Pública. Ahora analizaré este causal pero desde el punto de vista que el cocontratante sea quien reclame la rescisión del contrato de que se trate.

El cocontratante podrá solicitar a la Administración Pública la rescisión cuando se este en presencia de la fuerza mayor, o bien podrá requerirla a la autoridad judicial correspondiente, que deberá pronunciarse también sobre la existencia del caso de fuerza mayor, si la administración le hubiese negado ese carácter.

B).- RESCISION POR EL HECHO IMPUTABLE A LA ADMINISTRACION PUBLICA Y POR EL HECHO IMPUTABLE AL CONTRATISTA

Como a quedado manifestado durante este trabajo, la breve explicación y con robación de la figura de la rescisión ahora trataré de transcribir de acuerdo a las imputaciones resisorias de la administración pública como del cocontratante.

Por el hecho de la administración entendemos aquella conducta o comportamiento de la administración que torne imposible para el cocontratante particular, la ejecución del contrato administrativo.

Tal conducta, en cuanto puede llegar a impedir la ejecución del contrato, es siempre una conducta contractual que genera una responsabilidad para la administración pública.

Si en un momento dado resurge la participación de un sujeto, y se acusa de este no se efectúa el cumplimiento de la obligación contraída y el mismo es un servidor, entonces este será merecedor de sanciones, de conformidad con la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos mismas que se aplicará, cuando sean procedentes, la Secretaría de la Contraloría General de la Federación.

Finalmente y por lo que hace el particular-contratista afectado, surge para éste el derecho a una indemnización integral, única y definitiva.

Por otro lado, la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación prescribe en su artículo 23 que "Las Salas Regionales conocerán de los juicios que se inicien contra las resoluciones definitivas que se indican a continuación: Frac VII;

Las que se dicten sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias de la Administración Pública Federal centralizada". Así a través del Juicio de Nulidad, podrá impugnarse la resolución administrativa que decreta la rescisión de un contrato administrativo.

Tocante a este punto y en mi opinión la garantía de audiencia consagrada en nuestra Carta Magna es salvaguardar por las disposiciones que otorga al contratante particular medios de defensa contra la Administración Pública.

Veamos ahora las diversas jurisprudencias y tesis que se relacionan con la rescisión de los contratos administrativos.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado la siguiente jurisprudencia:

"Sólo los tribunales de Justicia pueden, mediante el juicio correspondiente, declararlos rescindidos".

QUINTA EPOCA:

- Tomo VII, pág. 583. Montiel Musebio
 Tomo VII, pág. 700. Ferrelta Feliciano
 Tomo XI, pág. 553. Federico Zorrilla, S en C.
 Tomo XII, pág. 222. Muñoz Anonio
 Tomo XIV, pág. 1085 Compañía de Trancas, Luz
 y Fuerza.
 Tesis 366, Apéndice al Semanario Judicial de
 la Federación, 1975, pág. 607.

Entre alguna de las tesis más importantes relacionadas con los contratos administrativos tenemos:

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

"Los actos de las autoridades negándose a cumplir los contratos administrativos que hayan celebrado, no constituyen propiamente actos de autoridad, sino de una persona moral que se niega a cumplir con su obligación; y contra tales actos, no procede dar entrada al amparo, que sólo contra actos de autoridad".

QUINTA EPOCA; Tomo XVII, pág. 274 en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

"Cuando en ellos la autoridad no interviene como órgano político, sino como entidad jurídica contratante, contra el cobro que haga obrando como autoridad y por virtud de las estipulaciones del contrato, procede conceder la suspensión previa fianza".

QUINTA EPOCA: Tomo XVIII, pág. 329 en el Apéndice el Semanario Judicial de la Federación.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

"Las autoridades contratantes no pueden violar los contratos administrativos por medio de acuerdos gubernamentales, pues esto importa una violación de los artículos 14 y 16 constitucionales".

QUINTA EPOCA: Tomo XIV, pág. 1085 en el Apéndice el Semanario Judicial de la Federación.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

"Es verdad que la jurisprudencia de la Corte ha establecido, el Estado no puede por sí sólo declarar la caducidad de un contrato administrativo; pero tales ejecutorias se refieren al caso en que las autoridades contratantes no se han arrogado la facultad de declarar la caducidad del contrato y han querido sujetarse a las condiciones propias de todo individuo en sus relaciones civiles; pero cuando no ha sido así, es evidente que el contratante no puede invocar lesión de sus derechos porque la autoridad rescinde el contrato sin forma de juicio y se deja de observar el principio de derecho civil de que antes se habló. Si la autoridad contratante, sin forma de juicio, declara rescindido el contrato, no puede alegarse como improcedencia del amparo, que el contratante puede ocurrir ante los tribunales para exigir el cumplimiento del contrato o su rescisión, porque en el amparo lo que se pretende es obtener la renovación del acuerdo que declara insubsistente el contrato".

QUINTA EPOCA: Tomo XXVIII, pág. 1187 en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación.

Después de haber citado dichas jurisprudencias tocaremos también el punto de vista del principio de mutabilidad inherente a la contratación administrativa.

Toda vez que la Administración pública tiene la prerrogativa de modificar unilateralmente los términos del contrato administrativo, afectando de ese modo su ejecución y variando las prestaciones debidas por el contratante particular.

Ese poder tiene como fundamento la necesaria atención del interés público confiado a la gestión de la Administración, es limitado y está sujeto a principios de razonabilidad.

Cuando la administración pasa tales límites y altera la existencia y configuración del contrato celebrado, ello

da derecho al cocontratante a solicitar su rescisión, lo -
que podrá hacerse ante la misma autoridad administrativa o -
ante la autoridad jurisdiccional competente.

La conclusión del contrato administrativo por dicha
causal, da lugar a que el cocontratante sea íntegramente in-
demnizado, incluyéndose en esa indemnización tanto al daño
emergente como el lucro cesante.

En forma sintética puedo decir que la Administración
Pública puede rescindir un contrato en 5 casos:

- 1).- Por uso de la potestad rescisoria
- 2).- Por aplicación de una sanción rescisoria
- 3).- Por ruptura definitiva de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo
- 4).- Por muerte o quiebra del cocontratante y
- 5).- Por fuerza mayor

En lo que toca al cocontratante particular, este puede
rescindir el contrato en 3 casos:

I.- POR FUERZA MAYOR

II.- POR HECHO DE LA ADMINISTRACION O HECHO DEL PRINCIPLE

III.- POR MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL CONTRATO POR PARTE DE LA ADMINISTRACION

Con respecto a lo aludido anteriormente quiero hacer mención al caso en que la rescisión puede ser ejercida conjuntamente por la Administración y por el contratante particular.

A tal situación se le conoce como renuncia o rescisión convencional o de mutuo acuerdo y se presenta cuando las partes que concertaron su voluntad para dar nacimiento al contrato ahora se ponen de acuerdo para darle fin, quedando excluidas las indemnizaciones o compensaciones al contratante particular.

Pasando a las diferencias entre la rescisión en materia civil y la rescisión en materia administrativa encuentro dignos de hacer notar los siguientes seis puntos, en virtud de considerarlos importantes a tratarlos en este punto como sigue:

1).-Para que la rescisión civil pueda tener lugar, es menester que uno de los obligados incumpla lo que le incumbe (art. 1949 del Código Civil); para que la rescisión administrativa opere, no necesariamente una de las partes deberán incumplir con su obligación y tal es el caso entre otros, de la rescisión como resultante del ejercicio de la potestad rescisoria que tiene la Administración.

2).- En Derecho Civil, en algunos casos la rescisión tiene que estar expresamente pactada y debidamente inscrita en el Registro Público para que opere contra tercero de buena fé con el caso que contempla el artículo 1959 del Código Civil para el Distrito Federal. En materia administrativa no existe ninguna disposición similar.

3).- En materia administrativa, en ocasiones la rescisión es consecuencia del poder o potestad que tiene la administración pública.

En materia civil, en ningún caso la rescisión, es consecuencia de algún poder o potestad de alguna de las par-

tes; ambos contratantes, frente a la posibilidad de rescindir un contrato, están en un plano de igualdad.

4).- En materia administrativa, el interés público, directa ó indirectamente, está involucrado en la rescisión de un contrato administrativo.

En materia civil en la rescisión de un contrato privado únicamente está inmerso el interés particular de la parte perjudicada.

5).- En materia civil es opinión predominante que para ejercer la rescisión es necesario demandar judicialmente, excepto cuando la rescisión se pactó expresamente, pues aquí opera automáticamente.

En materia administrativa existe lo que se conoce como rescisión administrativa por virtud de la cual la administración, ante sí y para sí rescinde unilateralmente el contrato, teniendo el particular, en todo momento el derecho de impugnar judicialmente la resolución que declare la res-

ción del contrato administrativo de que se trate.

6).- Los causales de rescisión, en materia civil, se -
concentran en el incumplimiento culpable de una de las partes.

En materia administrativa la gama de causales de rescisión es más amplia, teniendo la administración más posibilidades de rescindir un contrato que el cocontratante particular.

Siguiendo los lineamientos planteados ya citados con -
respecto a la idea del maestro "Cercasitz", sobre su opinión
tratada a lo largo de esta tesis, tomaremos en cuenta los efectos
entre las partes de la imputación rescisoria del contrato
administrativo.

Cuando los contratos administrativos producen tres clases distintas de efectos y que son:

- a).- Entre la administración pública y el cocontratante;
- b).- Entre el cocontratante y los terceros cuya situaciones particulares regula

c).- Entre la administración pública y los administrados.

Cuando a los efectos del contrato entre la administración pública y el cocontratante, se puede decir que el contrato administrativo produce efectos distintos de los que origina entre las partes al contrato de derecho privado.

Los efectos del contrato administrativo, son consecuencia del estado de subordinación jurídica en que está colocado el cocontratante y de la desigualdad de propósitos perseguido por las dos partes en dicho contrato.

Tales efectos se concretan en el poder de control y dirección del contrato por partes de la administración pública con su correlativa facultad de aplicar sanciones a su cocontratante, y en el uso diferente que pueden hacer las partes de la *non adimpleti contractus*.

En lo referente al control y dirección del contrato por parte de la Administración Pública, puedo decir que ésto

obedece a que el Estado no puede desentenderse de la ejecución del objeto del contrato, pues sigue siendo, frente a la universalidad de los ciudadanos, el responsable de la prestación de tal o cual servicio o de la realización de tal o cual obra, por lo que la Administración Pública tiene el derecho de imponer órdenes al cocontratante relativos al modo en que ejecutará las prestaciones que el contrato impone.

Asume pues, el Estado la ejecución del contrato para salvaguardar el interés público comprometido.

Tal poder de control y dirección desborda límites dentro de los cuales, en derecho privado, cada parte puede vigilar la forma en que la contraria cumple o ejecuta las prestaciones a su cargo.

Tal poder de control y dirección existe, aún en caso de silencio del contrato y aún a pesar de cualquier cláusula que establezca lo contrario.

Este poder abarca cuatro aspectos de la gestión del cocontratante que analizaremos sucintamente en lo siguiente:

- a).- Un aspecto material: es con el objeto de determinar si el cocontratante cumple los actos o ejecuta los hechos que el contrato le impone;
- b).- Un aspecto técnico: es con el fin de determinar si esos actos o hechos se cumplen conforme a las prescripciones especiales del contrato
- c).- Un aspecto financiero: es con el propósito de determinar si el cocontratante cumple las cláusulas relativas al pago de los subcontratistas que hayan sido autorizados, de los materiales, de la mano de obra, de los impuestos de las cargas sociales, etc., o referente a las tarifas aprobadas, a los elementos que inciden sobre ellas y las hacen variar, a las inversiones que integran el capital, a la libre disponibilidad de los bienes afectados, etc.
- d).- Un aspecto legal: es para ver si el cocontratante cumple con las normas jurídicas que regulan el funcionamiento del servicio, la ejecución de la obra, etc., contenidas en el contrato o fuera de él, en cuanto puedan ser aplicables.

Como es de observarse, comprenden dichos aspectos desde la simple inspección ocular hasta el examen de libros de contabilidad.

En cuanto a la "exceptio non adimpleti contractus" considero que es otra consecuencia de la subordinación jurídica en que se haya el cocontratante, y que se traduce en la imposibilidad, por parte de este, de ampararse en el incumplimiento de las obligaciones de la administración para dejar de cumplir con las suyas.

Valga señalar que en principio el cocontratante únicamente tiene el derecho para reclamar jurisdiccionalmente el pago de las obligaciones de que le sea deudora la administración, más los daños y perjuicios que el incumplimiento de esta le haya erogado.

La razón de tal disposición es que siempre estará en juego un interés público, superior a cualquier interés económico privado.

Ese interés público es el que importa satisfacer, y el cocontratante que ha aceptado colaborar con la Administración Pública, debe cumplir con ese deber a su cargo.

Cabe manifestar que este principio o máxima no es del todo absoluto y por ende, tiene sus limitaciones.

El cumplimiento de un contrato administrativo por parte del cocontratante debe ser razonable y real, pues en el caso en que exista una falta de entrega del terreno donde debe ejecutarse una obra pública, o la de los planos, elementos o materiales que la administración se obligó a suministrar, el particular podrá pedir la rescisión del contrato.

Ahora bien, cuando tal principio es invocado por la administración pública, opera con todas sus consecuencias.

Tal incumplimiento por parte de la administración argumentando el principio referido, vendrá a funcionar más que como una verdadera exceptio non adimpleti contractus, como una sanción para obligar al cocontratante a cumplir con sus obli-

gaciones contractuales.

En lo referente a los efectos del contrato entre -
el contratante y los terceros, se han considerado que este
es un rasgo de diferenciación entre los contratos administra-
tivos y los de derecho privado los cuales, en casos excepcio-
nales producen efectos con relación a terceros pero para bene-
ficio de estos, nunca en su perjuicio y tal es el caso de la
"Estipulación a favor de terceros".

El contrato administrativo, al tener un fin público -
debe producir efectos respecto de todos y cada uno de los ad-
ministrados a quienes beneficia o perjudique.

Por ejemplo, en el contrato de obra pública el conve-
nio establece la forma en que el contratadista ha de hacerse
cargo de la explotación de la obra construida mediante las -
tarifas que cobrará a los usuarios de ella, o a los beneficia-
dos con las mejoras, como en el caso de la construcción de ca-
lles públicas.

Como tercer y último efecto de los contratos administrativos, tenemos los que se dan entre la administración pública y los administradores.

Estos últimos tienen en todo tiempo el derecho de interponer contra las resoluciones que dicte la administración - todos los recursos que autorice la Ley correspondiente, para hacer valer los intereses legítimos que el contrato les conculque o les otorge.

Finalmente enfatizo el derecho de denuncia que compete a cualquier ciudadano por las transgresiones en que puedan incurrir los cocontratantes a las obligaciones contractuales a su cargo.

" C A P I T U L O "

IV

REGULACIONES RESCISORIA EN NUESTRA
LEGISLACION VIGENTE DEL CONTRATO
ADMINISTRATIVO

Al efectuar un somero estudio sobre la Teoría General de los Contratos, y de la Teoría General de los Contratos Administrativos, siendo del tema medular de la presente tesis; "Rescisión del Contrato Administrativo", toca ahora referirme a las principales disposiciones normativas que regulan la rescisión en los contratos administrativos, haciendo breves comentarios a las disposiciones que a juicio del suscrito lo requieran.

Cabe anotar de antemano que no disponemos de una Teoría acabada ni de un régimen legal bien definido para regular los contratos administrativos.

Considero de importancia destacar el precepto jurídico en el cual la administración pública toma, fundamentalmente, su actividad contractual.

Con lo preceptuado anteriormente, tal concepto lo tipifica el artículo 134 de nuestra Carta Magna Constitucional, la cual reza así:

"Los recursos económicos de que dispongan el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, administrarán con eficacia, eficiencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

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

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

condiciones para el Estado.

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

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

En mi opinión, la nueva redacción del artículo mencionado es bastante clara y precisa, pues ya no se refiere ambigualmente a los contratos que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, sino que nos detalla las especies de contratos que deberán sujetarse a licitaciones públicas.

Dicho sea de paso, esta nueva redacción enfatiza la norma de que la Administración Pública debe conducirse bajo los principios de eficiencia, eficacia y honradez.

Visto el fundamento constitucional de la actividad contractual de la Administración Pública, me avocaré a las

diversas disposiciones jurídicas que refieren concretamente a la rescisión de los contratos administrativos, tema que a lo largo de esta tesis, se ha venido dando una serie y variaciones de rescisiones que dan terminación o sanción al culpable.

Es requisito sine qua non, que para que el contratista pueda vincular contractualmente con la Administración Pública, deberá estar inscrito en el Padrón de Contratistas que lleva la Secretaría de Programación y Presupuesto (art. 19 de la Ley de Obras Públicas).

Ahora bien, la Ley de Obras Públicas faculta a la Secretaría de Programación y Presupuesto para cancelar el registro de los contratistas en los siguientes supuestos:

A).- Cuando la información que hubieren proporcionado para la inscripción o revalidación, resultare falsa o hayan actuado con dolo o mala fé en la subasta o ejecución de una obra;

B).- Cuando no cumpla en sus términos con algún contrato por causa imputable a ellos, perjudique con ello gravemente el interés de la entidad

o dependencia afectada o el interés general.

C).- Cuando se declare su quiebra fraudulenta

D).- Cuando hayan celebrado contratos en contravención con lo dispuesto por dichas ley, - por causas que les sean imputables

E).- Cuando se les declare incapacitados legalmente para contratar. (Artículo 24 de la Ley de Obras Públicas).

Cuando cualquiera de los supuestos enunciados se actualicen y por ello se cancele el registro del contratista, como consecuencia tendremos la terminación del contrato administrativo, toda vez que se habrá dejado de cumplir con un requisito de ley.

Dicho sea de paso, este requisito está íntimamente vinculado con la capacidad para contratar, por lo que hace al contratante particular.

También la Ley Sobre Adquisiciones, Arrendamientos y Almacenes de la Administración Pública Federal, contiene disposi-

ciones similares a las contenidas en los artículos 19 y 24 de la Ley de Obras Públicas.

Al efecto la Ley Sobre Adquisiciones estipula que - para que un particular pueda vincularse contractualmente con la Administración Pública, deberá estar inscrito en el Padrón de Proveedores que lleva la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (artículo 4, Fracción XI y 8, Fracción IV), inscripción que podrá también ser cancelada en los supuestos que - marca la ley (artículo 31 de la Ley sobre Adquisiciones) con la consecuente terminación de los contratos que esten vigen_- tes al momento de la cancelación.

Ahora trataremos con respecto a la Potestad Rescisoria, la cual se encuentra prevista en el artículo 43 de la - Ley de Obras Públicas, que dice:

"Las dependencias y entidades podrán rescindir ad ministrativamente los contratos de obra por razones de interés general . . . "

Estimo que los otros supuestos mencionados que contempla dicho artículo no entra dentro de la potestad rescisoria de la Administración, sin que por ello dejen de ser causales suficientes para que la Administración decrete la rescisión de un contrato administrativo.

También tiene la Administración Pública la facultad de rescindir un contrato como resultado de la sanción impuesta al contratista por infracciones a la ley o al contrato mismo.

Así estipula el artículo 66 de la Ley de Obras Públicas, en lo conducente, que:

"Cuando proceda, la Contraloría podrá proponer a la dependencia o entidad contratante la rescisión administrativa del contrato en que incida la infracción".

Por su parte, el artículo 64 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas estipula, en lo conducente que:

"Las dependencias o entidades, por sí o a petición de la Secretaría podrán rescindir los contratos cuando

no se hayan entendido las observaciones que la Secretaria o -
las dependencias coordinadoras del sector hubieran formulado-
con motivo del incumplimiento de las disposiciones de la --
ley ..."

I.- EL PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACION DE LA SANCION RESCISORIA POR LA ADMINISTRACION-PUBLICA.

Dicho procedimiento para la aplicación de la sanción rescisoria, es la que se describe a continuación de la siguiente forma:

- 1).- Se comunicara por escrito al presunto infractor los hechos constitutivos de la infracción para que dentro del término que para tal efecto se señala -- y que no podrá ser menor de diez días hábiles, exponga lo que a su derecho convenga y aporte las pruebas que -- estime pertinentes.
- 2).- Transcurrido el término a que se refiere la fracción anterior, se resolverá considerando los argumentos y pruebas que hubieren hecho valer.
- 3).- La resolución será debidamente fundada y motivada y se comunicara por --- escrito al afectado (artículo 69 de - la Ley de Obras Públicas), ocurran - circunstancias de. - - - - -

de orden económicas no previstas en el contrato, pero que de hecho y sin dolo, culpa, negligencia o ineptitud de cualquiera de las partes, determinen un aumento o reducción en un 5% ó más de los costos de los trabajos aún no ejecutados, el contrato podrá ser revisado.

En mi opinión resulta lógico, jurídicamente, que si de la revisión que se haga del contrato, la administración concluye que no le resulta beneficio a los intereses de la colectividad seguir ejecutando el contrato de que se trate, podrá validamente rescindir el vínculo contractual.

De forma similar el artículo 61 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas dispone que "Cuando ocurran circunstancias de orden económico que determinen un aumento o reducción de los costos de los trabajos aún no ejecutados, en los términos de la Ley, se podrá proceder a la revisión del contrato . . . "

Como anteriormente señalamos, la muerte o quiebre del cocontratante particular, también es causal de rescisión de

los contratos administrativos.

Al efecto manifiesto que en la Ley de Obras Públicas únicamente encontré dos disposiciones que se relacionan con la quiebra del cocontratante, y que son los artículos 23 y 24 a los que me remito.

Por otra parte el artículo 41 de la Ley de Obras Públicas, consagra el Hecho de la Administración ó Hecho del Principio que, como ha quedado manifestado, puede ser invocado por el cocontratante particular para solicitar la rescisión de un contrato administrativo.

El artículo aludido, en lo conducente, reza así:

"Las dependencias y entidades podrán modificar los contratos de obras públicas o de servicios relacionados con las mismas, mediante convenios, siempre y cuando éstos, considerados conjunta o separadamente, no rebasen el 25% del monto o del plazo pactados en el contrato, ni impliquen variaciones sustanciales al proyecto original".

Y continua diciendo:

"Si las modificaciones exceden el porcentaje indicado varfa sustancialmente el proyecto, se deberá celebrar, por una sola vez, un convenio adicional entre las partes respecto de las nuevas condiciones.

Dichas modificaciones no podrán afectar las condiciones que se refieran a la naturaleza y características esenciales de la obra objeto del contrato original, no convenirse para eludir en cualquier forma el cumplimiento de la Ley".

Como comentario a las líneas anteriormente transcritas puedo decir:

Como en su momento lo señalé, tales modificaciones no deben exceder de límites razonables y en el caso del artículo 41 comentado, salta a todas luces que nuestro legislador consideró razonable una modificación que no exceda del 25%, en las circunstancias consignadas en el mismo precepto.

Cuando el exceso ocurre, nuestra ley dispone que se deberá celebrar un convenio adicional entre las partes respec

to de las nuevas condiciones, llama la atención lo imperativo de la ley, pues taxativamente prescribe que se deberá celebrar el convenio, en cuestión y en mi opinión, tal disposición quizá se deba a que la Administración a toda costa, trata de cumplir sus funciones preservando el servicio que, con la realización de la obra, se vaya ofrecer a la colectividad.

Dentro de la Ley de Obras Públicas, la contravención de las disposiciones de dicha ley dan motivo para que la dependencia o entidad de que se trate pueda rescindir administrativamente el contrato, según dispone el artículo 43 de la misma.

Luego entonces, si el contrato administrativo de cuenta, viola alguna disposición del ordenamiento que lo regula, podrá ser rescindido.

En materia civil no sucede así; recordemos que la voluntad de las partes es ley en los contratos privados, salvo que dicha voluntad viole leyes prohibitivas o de interés público, caso en el cual de ninguna manera surgirá un derecho -

para rescindir el contrato de que se trate, sino que tal violación acarreará la nulidad del contrato, atento a lo que prescribe el artículo 8 del Código Civil para el Distrito Federal.

Tenemos entonces que en materia administrativa, el supuesto anteriormente señalado trae como consecuencia la rescisión, por parte de la Administración, del contrato administrativo de que se trate, mientras que en materia civil surgirá la nulidad del contrato.

Por cuanto a la fuerza mayor, ya dije que es causal de rescisión, con las características que también ya a quedado aludidas, y dentro de la Ley de Obras Públicas encontré un artículo que hace referencia a ella, el cual prescribe que:

"No se impondrá sanciones cuando se haya incurrido en la infracción por causa de fuerza mayor o de caso fortuito . . . "

En el mismo orden de ideas, el artículo 59 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas implícitamente habla de la

fuerza mayor al prescribir que:

"Cuando la dependencia o entidad determine la rescisión del contrato, por causa no imputable al contratista . . . "

Por otra parte, también en el Reglamento que la Ley de Obras Públicas, concretamente en el artículo 46 se prescribe que:

"La fianza para garantizar el cumplimiento de las obligaciones deberá ser prestada dentro de los 20 días hábiles siguientes, contados a partir de la fecha en que el contratista hubiere otorgado la fianza respectiva, la dependencia o entidad contratante podrá declarar la rescisión administrativa del contrato".

Considero prudente que la Administración exija una garantía al cocontratante para asegurar del debido cumplimiento de las obligaciones contraídas por éste, cuidando así el interés de la colectividad.

Es pues la fianza, una garantía que presta -- el contratista y cuando no se ha otorgado dentro del término-prescrito por el reglamento, es constitutiva de una causal -- de rescisión en favor de la Administración Pública.

Luego la fianza es un requisito complementario para el perfeccionamiento del contrato administrativo.

II).- NORMAS GENERALES DE ADECUACION
DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

Estas son tambien conocidas como Reglas Generales para la Contratación y Ejecución de Obras Públicas y de -- Servicios para las Dependencias y Entidades de la Administrac-- ción Pública Federal.

En ellas se contiene normas generales a las -- cualesdebera adecuarse la Administración Pública Federal en - lo que respecta a su actividad contractual.

Ahora si tomamos en consideración y viendo -- desde un punto de vista la sección numeral que á continuación - se detalla, esta permitira a la Administración Pública rescin-- dir válidamente el contrato administrativo, y tales disposi--- ciones se consignan y relacionan en estas diferentes causales?

Pero antes el suscrito cree pertinente aludir-- que dicha relación tienen como objeto el movil de incumplimi-- ento por parte del contratista particular y son:

Del incumplimiento del particular ante las --- Dependencias Gubernamentales o Entidades Federativas, debera-- sujetarse a lo dispuesto en lo conducente de.-

"Las causas que pueden dar lugar a la rescisión por parte de la Dependencia o Entidad, son las que a continuación señalo".

- 1).- Si el Contratista, no inicia los trabajos objeto del contrato en la fecha que por escrito le señale la Dependencia o Entidad.
- 2).- Si se suspenden injustificadamente los trabajos o se niega a reparar o reponer alguna parte de ellos que hubiere sido rechazada como defectuosa por la Dependencia o Entidad.
- 3).- Si no ejecuta los trabajos de conformidad con lo estipulado ó sin motivo justificado, no acata las órdenes dadas por escrito por la Dependencia o Entidad
- 4).- Si no da cumplimiento al programa de trabajo y a juicio de la Dependencia o Entidad, el atraso puede dificultar la terminación satisfactoria de los trabajos en el plazo estipulado.
- 5).- Si no cubre oportunamente los salarios de sus trabajadores y demás prestaciones de carácter laboral.
- 6).- Si es declarado en quiebre o suspensión de pagos.

- 7).- Si subcontrata partes de los trabajos objeto del contrato sin sujetarse a lo dispuesto en la regla (3.3.13 de esta sección)
- 8).- Si cede los derechos de cobro derivados del contrato, sin sujetarse a lo dispuesto en la regla (3.3.14 de esta sección).
- 9.- Si el contratadista no da a la Dependencia o Entidad y a las dependencias que tengan facultad de intervenir, las facilidades y datos necesarios para la inspección, vigilancia y supervisión de los materiales y trabajos.
- 10).- Si el Contratista cambia su nacionalidad por otra, en el caso de que haya sido establecido como requisito tener esa nacionalidad.
- 11).- Si siendo extranjero invoca la protección de su gobierno en relación con el contrato.
- 12).- En general por el incumplimiento por parte de el Contratista, a cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato y sus anexos, a las leyes y reglamentos aplicables a estas reglas, o a las órdenes de la Dependencia o Entidad.

Como comentario a las doce reglas anteriormente transcritas podemos decir que la Administración es sumamente cuidadosa de la ejecución de los contratos que encomienda a los particulares, salvaguardando en todo momento el interés general, al grado tal que en dichas reglas incorpora un principio de materia laboral que es el de que el patrón deberá cubrir oportunamente los salarios de sus trabajadores, así como las demás prestaciones de carácter laboral.

También en la sección 3 (inciso tres) de dicho Reglamento de Obras Públicas en cuestión observamos la siguiente disposición:

"La Dependencia o Entidad tiene la facultad de suspender definitivamente la ejecución total o parcial de los trabajos objeto del contrato en cualquier estado en que estos se encuentren, dando aviso por escrito a el Contratista".

Por lo que también suele encontrarnos más adelante que señala, cuando la suspensión sea total y definitiva, se dará por terminado el contrato.

Estimamos que de estas disposiciones se desprende que la administración Pública podrá, a su juicio, hacer uso de su potestad rescisoria, en la inteligencia de que cuando se ordene la suspensión por causa no imputable al cocontratante pagará a éste las cantidades de trabajo que hubiere efectuado hasta la fecha de la suspensión, según los precios unitarios fijados en el contrato, si los trabajadores o servicios prestados no fueron considerados o no pueden considerarse en los precios unitarios, pensamos que deberán pagarse como trabajos extraordinarios.

Todos estos pagos serán con independencia del resarcimiento proporcional que a el Contratista se le efectuó por concepto de los daños que se le causen.

Ahora bien, la facultad de la Administración para rescindir el contrato administrativo de que se trate, es potestativa.

Si la rescisión tuviese como móvil el incumplimiento o violación por parte del contratista a cualquiera de las esti-

pulaciones del contrato de que se trate, podrá la Administración optar entre exigir el cumplimiento del mismo, aplicando en su caso las penas convenidas, o bien declarar la rescisión del propio contrato.

Si la Dependencia opta por la rescisión, el contratista estará obligado a pagar una indemnización por concepto de daños y perjuicios.

Finalmente manifiesto que cuando la Administración Pública sea la que determine la rescisión, ésta operará de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial, mientras que si es el contratista quien decide la rescisión, necesariamente tendrá que acudir a la autoridad judicial para obtener la declaración correspondiente.

Visto las formas y fundamentos jurídicos en que la Administración Pública puede operar una rescisión contractual, toca ahora señalar los procedimientos a seguir y sus respectivos razonamientos jurídicos para tales fines.

Prescribe el artículo 44 de la Ley de Obras Públicas:

"Las dependencias y entidades comunicarán la rescisión del contrato al contratista, a la Secretaría, a la Contraloría y, en su caso, a la Dependencia coordinadora de Sector".

Y en el Reglamento se estipula:

"En todos los casos de rescisión de contrato, la dependencia o entidad contratante deberá levantar un acta circunstanciada de recepción de los trabajos, en el estado en que se encuentren, informando a la Secretaría y a la dependencia coordinadora de sector, en los términos de Ley" (Artículo 60 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas).

Por su parte, las Reglas Generales para la Contratación y Ejecución de Obras Públicas y de Servicios para las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, señalan que si la Administración Pública considera que el contratista ha incurrido en alguna de las causas de rescisión con signadas en el propio contrato, lo comunicará al contratista,

en forma fehaciente, otorgandole un plazo de 20 días, para -
que exponga lo que a su derecho convenga respecto al incumplimiento de sus obligaciones.

Si transcurrido ese plazo el contratista no manifiesta nada en su defensa, o si después de analizar las razones aducidas por éste, la Administración estima que las mismas no son satisfactorias, dictará la resolución que proceda, la que comunicará al c contratante y a la Secretaría de Programación y Presupuesto dentro de los 10 días hábiles siguientes a la fecha en que emita dicha resolución.

El cocontratante particular, ante la resolución del -
contrato decretado por la Administración Pública, tiene el re
curso de revocación que regula el artículo 73 de la Ley de -
Obras Públicas.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERO.- Los elementos complementarios del contrato administrativo, apoyan el principio de intransferencia contractual; que una vez celebrado, no debiera transferirlo a otro particular, es decir el particular no debiera pasarlo a otra persona para que lo cumpla, en caso de hacerlo --- resurgiria la figura rescisoria. En conclusión el suscrito -- considera que debiera de permitirse y pactarse en todos los -- contratos administrativos, la transferencia de los mismos a -- elección y comun de acuerdo de las partes, en los casos de -- fuerza mayor o por insolvencia del contratante original.

SEGUNDO.- Al efectuar la investigación referen-- te a las distintas opiniones que si el estado tiene injeren-- cia en los contratos civiles; el suscrito ha llegado a la con-- clusión y apoya la idea de que en ciertas ocaciones en los -- contratos privados, el estado participa, pues es de todos co-- nocido que el estado al arrendar un bien inmueble aun particu-- lar sera parte en dicho contrato y no por ello se convertira-- en contrato de naturaleza administrativa, ya que el mismo es-- tara regulado por las normas del derecho civil privado.

TERCERO.- Al hablar de la rescisión del con-- trato administrativo, y al aparecer la figura de la POTESTAD-- RESCISORIA, esta faculta a la Administración Pública a rescin-- dir el contrato de manera unilateral, fundandose en conveni--

encia o de interes general, esta teoria aplicada en la actua-
lidad resulta absoleta en virtud, de que oficialmente vivi--
mos en un régimen de derecho y en caso de que alguna de las-
partes haya dado nacimiento a una causal de rescisión, la --
otra debiera fundar, comprobar y solicitar los daños y perju-
cios imputables al mismo.

CUARTO .- En lo tocante a los efectos de la
rescisión, esta destruye por completo el contrato de que se-
trate con esto privandolo de sus consecuencias jurídicas, t-
tal destrucción opera retroactivamente hasta borrar en lo --
posible todos los efectos contractuales.

QUINTO .- Cabe señalar dentro de esta conclu-
sión, a nuestra Administración Pública; tocante a lo que --
menciona nuestro artículo 134 Constitucional y tomando un --
punto de partida especial; en cuanto a las adquisiciones, --
arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, pres-
taciones de servicios de cualquier naturaleza y la contrata-
ción de obras que realice, se adjudicaran y se llevarán a -
cabo inmediata convocatoria pública.

Es claro y preciso lo tipificado en dicho -
artículo constitucional; púes no se refiere ambiguamente a -
los contratos que el gobierno tenga que celebrar para la --

ejecución de obra pública, sino que nos detalla las especies de contratos que deben sujetarse a licitaciones públicas.

SEXTO.- Dentro de las normas generales de adecuación de la Administración Pública, en lo conducente estas — permitiran rescindir validamente el contrato administrativo, o sea cuando la Administración Pública determine la rescisión, es ta operará de pleno derecho, y sin necesidad de declaración — judicial, mientras que si el contratista quien decide la rescisión, necesariamente tendra que acudir a la autoridad judicial para obtener la declaración correspondiente.

B I B L I O G R A F I A

Bielsa, Rafael

Derecho Administrativo

T. III

México, Ed. Sociedad Anonima

Editora e Impresora, 1974

301 p.

BERCAITZ, Miguel Angel

Teoria General de los Contratos Administrativos

2a. ed.

Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980

274 p.

BORJA SORIANO, Manuel

Teoria General de las Obligaciones

6a, ed.

México, Ed. Porrúa, 1982

403 p.

CANASI, José

Derecho Administrativo

T. III

Buenos Aires, Ed. Depalma, 1978

356 p.

DEBUEN LOZANO, Nestor

La decadencia del Contrato

3a. ed.

México, Ed. Textos Universitarios, 1985

275 p.

ESCOLA, Hector José

Tratado General de Procedimientos Administrativos

3a. Ed.

México, Ed. Porrúa 1981

416 p.

NAVA NEGRETE, Alfonso

Contratos de la Administración Pública

4a Ed. Número Extraordinario II

(Revista del Tribunal Fiscal de la Federación)

México 1966

RIPERT, Georges

El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno

7a. Ed.

Puebla Puebla. Ed. José M. Casica, 1951

325 p.

SERRA ROJAS, Andres

Derecho Administrativo

T. II

Edición X

México, Ed. Porrúa Hnos. 1972

522 p.

SAYAGUEZ, Lazaro Enrique
Tratado del Derecho Administrativo
Vol. II
Edición III
Montevideo Uruguay 1974
416 p.

DICCIONARIO

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA
T. II
Edición XIX
Madrid España, Ed. Espasa Calpe 1970
640 p.