

94  
25

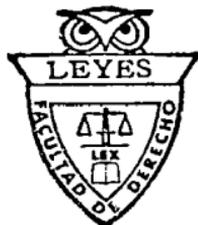


UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA RESCISION ADMINISTRATIVA DEL  
CONTRATO DE OBRA PUBLICA

TESIS PROFESIONAL  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
SERGIO BELTRAN MERINO



Ciudad de México, mayo de mil novecientos noventa y tres.

1993

TESIS CON  
FALLA DE GRADO



## **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 está 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.

## CONTENIDO

Introducción.....	10
Advertencia.....	14

### Primera Parte

## LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

I. Los contratos en general.....	17
II. Diferentes tipos de contratos.....	20
A. Civiles.....	20
B. Mercantiles.....	23
C. Bancarios.....	26
D. Bursátiles.....	28
E. Internacionales.....	30
F. Administrativos.....	31
G. Laborales.....	31
III. El contrato administrativo.....	35
A. Clases de contratos que celebra el Estado.....	35
B. Características distintivas de los contratos administrativos.....	38
1. Las cláusulas exorbitantes.....	49
2. El interés público.....	50
3. El servicio público.....	52
C. Elementos de los contratos administrativos.....	53
D. Ejecución de los contratos administrativos.....	55
E. Definición de los contratos administrativos.....	58
IV. Tipos de contratos administrativos.....	61
A. Generalidades.....	61
B. Contrato de suministro.....	61
C. Contrato de función o empleo público.....	64
D. Contrato de concesión de servicios públicos.....	66

E. Contrato de empréstito público.....	68
V. Regulación jurídica de los contratos administrativos.....	69
A. La justicia administrativa en general .....	69
B. Régimen jurídico de los contratos administrativos.....	72
1. Derecho sustantivo aplicable .....	73
2. Derecho adjetivo aplicable .....	75
3. Tribunales competentes.....	77

## Segunda Parte

### EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

I. Noción.....	82
II. Origen y desarrollo .....	84
III. Clasificación.....	89
IV. Elementos .....	91
A. Consentimiento.....	91
B. Competencia .....	93
C. Objeto.....	94
D. Forma .....	96
E. Capacidad .....	97
F. Ausencia de vicios del consentimiento.....	98
G. Causa, motivo o fin de interés público .....	98
H. Elección del contratista conforme a derecho .....	99
V. Formación .....	101
A. Preparación y aprobación del pliego de condiciones .....	107
B. Convocatoria de la licitación .....	107
C. Presentación de propuestas.....	109
D. Apertura y análisis comparativo de las ofertas.....	110
E. Adjudicación .....	110
F. Formalización y prueba del contrato.....	111
VI. Ejecución .....	112
A. Plazo de ejecución .....	112
B. Disponibilidad del inmueble.....	114
C. Anticipos.....	115
D. Garantías .....	116
E. Forma de pago.....	118
F. Ajuste de costos.....	122
G. Modificaciones al contrato.....	124
H. Dirección y supervisión .....	129
I. Suspensión y rescisión del contrato .....	131
J. Obligaciones del contratista .....	132
K. Derechos del contratista.....	135

L. Penas convencionales.....	138
M. Recepción de los trabajos.....	141
VII. Formas de terminación.....	144
A. Cumplimiento de su objeto.....	144
B. Mutuo disenso.....	145
C. Desaparición del objeto.....	145
D. Rescisión.....	146
E. Suspensión total y definitiva de los trabajos.....	147
F. Nulidad.....	148
G. Muerte o quiebra del contratista.....	151
VIII. Interpretación.....	152
IX. Jurisdicción competente.....	156

### Tercera Parte

## LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA

I. La rescisión en general.....	159
A. Antecedentes históricos.....	159
B. Terminología.....	160
C. Concepto de rescisión.....	162
D. Presupuestos de la rescisión.....	164
E. Efectos de la rescisión.....	166
F. Pacto comisorio.....	168
G. Rescisión de pleno derecho y rescisión por declaración judicial.....	170
II. La rescisión administrativa.....	176
III. La acción rescisoria.....	177

### Cuarta Parte

## LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN EL DERECHO MEXICANO

I. Régimen jurídico vigente.....	183
A. Ley de Obras Públicas.....	183
B. Reglamento de la Ley de Obras Públicas.....	184
C. Reglas Generales para la contratación y ejecución de obras públicas.....	185
D. Código Civil.....	186
E. Otras disposiciones administrativas.....	186
II. Causas de rescisión.....	187
III. Procedimiento de rescisión.....	194
IV. Efectos de la rescisión.....	196

V. Medios de defensa en contra de la rescisión .....	198
A. Inconformidad.....	198
B. Juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación.....	201
C. Juicio ordinario federal .....	204
D. Amparo indirecto.....	207
VI. El concepto de "autoridad" para los efectos de la rescisión administrativa del contrato de obra pública .....	215
VII. Criterio del Poder Judicial Federal .....	225
Conclusiones.....	235
Bibliografía.....	244

## ANEXO

Artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	250
Artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal .....	251
Artículo 43 de la Ley de Obras Públicas.....	251
Artículo 44 de la Ley de Obras Públicas.....	251
Artículo 52 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas .....	252
Artículo 53 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas .....	253
Artículo 54 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas .....	254
Regla General 3.3.16.....	254
Regla General 3.3.17.....	256
Modelo de contrato de obra pública a precios unitarios y tiempo determinado .....	256

## INTRODUCCIÓN

La presente tesis profesional lleva por título "La rescisión administrativa del contrato de obra pública".

El tema a tratar es demasiado específico: la *rescisión*, como una especie del género resolución; *administrativa*, para distinguirla de la rescisión decretada por los tribunales judiciales; de un *contrato* administrativo en particular: el *de obra pública*.

La inquietud de escribir sobre tal tema nació no de una mera especulación teórica, sino de problemas jurídicos reales que como pasante en derecho he tenido la oportunidad de enfrentar en la práctica de la profesión. Por ello, no puedo dejar de agradecer a los constructores cuyas angustias fueron origen de algunas ideas del presente trabajo.

Es evidente la importancia que la obra pública tiene en cualquier país: en lo político, pues la cantidad y calidad de obra pública realizada refleja la efectividad de determinada Administración; en lo económico, ya que la contracción o expansión de la industria de la construcción tiene siempre un efecto trascendente en la economía, y es una de las primordiales fuentes generadoras de empleo; en lo social, por la necesidad de que las obras y los servicios públicos beneficien a todos los sectores de la población, además de -¿por qué no decirlo?- el halo de corrupción que siempre envuelve a las obras públicas.

El cuerpo de la tesis se encuentra dividido en cuatro partes.

En la primera parte se realiza una breve introducción a los contratos en general, se analizan los distintos tipos de contratos que existen y se concluye con un acercamiento a los contratos administrativos, señalando sus características propias que los diferencian de los demás contratos. Una vez determinado el concepto de

contrato administrativo, se estudian brevemente distintas clases de éstos, y se realiza un análisis del régimen jurídico aplicable a los mismos.

En la segunda parte se estudia pormenorizadamente al contrato de obra pública. Para ello, se funden los conceptos doctrinales que existen del mismo -siguiendo principalmente las ideas del autor argentino Héctor Jorge Escola- con los preceptos del orden jurídico mexicano que regulan a este tipo de contratos: la Ley de Obras Públicas, su Reglamento y las disposiciones administrativas para su formación y ejecución. El estudio se encuentra enfocado a la obra pública federal, pero ello no quiere decir que se ignore que también exista obra pública estatal y municipal. La parte en comento puede parecer tediosa, pero no dudo que será de gran interés y utilidad para quien desee tener una visión pormenorizada del marco jurídico que en México regula a las obras públicas.

La tercera parte comienza con un análisis de la figura de la rescisión, distinguiéndola de la resolución y señalando sus presupuestos y efectos. A continuación, se hace una breve referencia a la rescisión administrativa en sí, para concluir con el estudio de la acción rescisoria. Importante es destacar que considero a la rescisión como una especie del género resolución, siendo ésta la terminación del contrato por cualquier causa superveniente a su realización, y aquélla la terminación por incumplimiento de uno de los contratantes.

La parte más importante de la tesis, y en la cual probablemente se realizan mayores aportaciones, es la cuarta y última, donde analizo y critico el tratamiento que de la rescisión administrativa del contrato de obra pública efectúan tanto nuestros ordenamientos jurídicos como nuestros tribunales. Especial énfasis se pone en tratar de convencer -mediante argumentos tal vez intrépidos, pero al fin y al cabo lógicos- de que la rescisión administrativa del contrato de obra pública es un verdadero acto de autoridad.

Como anexo a la presente investigación consideré pertinente incluir el texto de las normas que tienen relación con la rescisión administrativa del contrato de obra pública, así como un modelo de dicho contrato.

Por lo que respecta a las fuentes consultadas, al tratar de los contratos administrativos y del contrato de obra pública en particular los autores a quienes se sigue en la exposición son principalmente el argentino Héctor Jorge Escola y el francés Gastón Jêze, con algunas referencias de los mexicanos Gabino Fraga, Serra Rojas, Nava Negrete y Acosta Romero; así como de los extranjeros Miguel Ángel

Bercaitz (argentino), José Ignacio Monedero Gil (español) y Jaime Vidal Perdomo (colombiano).

Para el estudio de la resolución en general fue de especial utilidad el libro de Sánchez Medal sobre tal asunto. En relación a las reglas generales de los contratos preferí fundamentarme principalmente en el ya clásico libro del maestro Borja Soriano.

Finalmente, por lo que hace a nuestro tema en sí: la rescisión administrativa del contrato de obra pública, el tratamiento más sistemático que de la misma encontré fue el artículo del licenciado Gabriel Ortiz Reyes en la revista Pemex-lex.

Considero importante destacar que la doctrina nacional es sumamente pobre en relación a los temas estudiados en la presente tesis: no existe un solo tratado de derecho administrativo, ni tampoco libro alguno que analice a los contratos administrativos, mucho menos al contrato de obra pública en particular. Especialmente pobres son las referencias a la rescisión administrativa. En virtud de lo anterior, estoy seguro de que los investigadores que deseen escribir sobre un interesante aspecto del Derecho, de actualidad y poco explotado, encontrarán en los temas modestamente tratados en el presente estudio material suficiente para ello.

La presente tesis se encuentra registrada en el seminario de derecho administrativo, siendo los temas estudiados en tal materia los que predominan en el cuerpo de la investigación. Sin embargo, en el desarrollo de la exposición, se encuentran cuestiones que en principio son propias del derecho civil, tales como los contratos y la figura de la rescisión, y se desemboca en otras de derecho constitucional y de amparo.

Debo confesar que mi intención inicial al comenzar la presente tesis fue atacar ciegamente a la rescisión de los contratos de obra que en sede administrativa realizan los organismos públicos. Sin embargo, al ir penetrando en el tema, me topé con sólidos argumentos que defienden y justifican la necesidad y conveniencia de tal prerrogativa a favor de la Administración, y me convencí de su utilidad como instrumento para la consecución del bien común.

Si bien cedí en aceptar la justificación de la facultad rescisoria, no di paso alguno hacia atrás en mi postura de considerar a la misma como un acto de autoridad, y en insistir que como tal debe ser conceptualizada, en la práctica diaria, por nuestros tribunales.

Antes de terminar, considero pertinente realizar una aclaración: con excepción de la presente introducción, el resto de la investigación se encuentra redactado en primera persona del plural. Sin embargo, ello no implica que los errores que seguramente se encontrarán en la misma pertenezcan a alguien más que a mí. Asumo toda responsabilidad al respecto, y pido perdón por mi osadía al atreverme a refutar -en algunas ocasiones- a autores y maestros de prestigio mercedamente ganado, así como a los respetables criterios de nuestros tribunales federales.

Con la presente tesis no pretendo crear opinión. Lo que pretendo es crear controversia. Si al leer alguno de los verdaderos estudiosos del derecho el presente trabajo, en él se despierta una inquietud, una duda, y posteriormente expresa su parecer sobre la misma -en un ensayo, un artículo, un libro- entonces, el objetivo que persigo quedará plenamente colmado.

Ciudad de México, mayo de mil novecientos noventa y tres.

## ADVERTENCIA

Cuando a lo largo de la presente tesis simplemente se mencione el número de un artículo, sin especificar a que ordenamiento pertenece, deberá entenderse que se trata de la Ley de Obras Públicas. De la misma manera, cuando hagamos referencia al solo término de "la ley", nos referiremos a ésta, y su Reglamento será aludido con ese simple nombre.

Por "Reglas Generales", nos referiremos a las Reglas Generales para la contratación y ejecución de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal. Al citar los incisos de éstas, se mencionarán generalmente las relativas al contrato de obra pública a precios unitarios y tiempo determinado, por ser prácticamente las mismas a las que regulan a los contratos a precio alzado y de servicios relacionados con la obra pública.

En diversos puntos, se hablará de atribuciones de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Si se consultan los ordenamientos respectivos, probablemente en ellos no aparezca ésta, sino la Secretaría de Programación y Presupuesto. Sin embargo, hemos tomado en cuenta que por decreto de fecha 17 de febrero de 1992, publicado el día 21 del mismo mes y año en el Diario Oficial de la Federación, se derogó el anterior artículo 32 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, con lo cual desapareció la Secretaría de Programación y Presupuesto, y se reformó el numeral 31 del mismo ordenamiento, estableciendo que a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público correspondería establecer normas y lineamientos en materia de *obras públicas* (art. 31 fm. XXI), y ordenando el artículo quinto transitorio del mencionado decreto que las atribuciones que en otras leyes (como la de obras públicas) y en reglamentos se otorgan a las Secretarías de Programación y Presupuesto y de Hacienda y Crédito Público se tendrán por conferidas a esta última.

Las abreviaturas que se utilizan en el presente trabajo son las siguientes:

CC.....	Código Civil.
CCm.....	Código de Comercio.
CFF.....	Código Fiscal de la Federación.
CFPC.....	Código Federal de Procedimientos Civiles.
CPC.....	Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
LA.....	Ley de Amparo.
LFPC.....	Ley Federal de Protección al Consumidor.
LFT.....	Ley Federal del Trabajo.
LGSM.....	Ley General de Sociedades Mercantiles.
LGTOC.....	Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
LIMIE.....	Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.
LOP.....	Ley de Obras Públicas.
LOPJF.....	Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
LOTFF.....	Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación.
Reglas Generales.....	Reglas Generales para la contratación y ejecución de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.
SECOGEF.....	Secretaría de la Contraloría General de la Federación.
SHCP.....	Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
TFF.....	Tribunal Fiscal de la Federación.

**Primera Parte**

**LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

## I. LOS CONTRATOS EN GENERAL

El *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española define al contrato como el "pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas".<sup>1</sup>

Por su parte, en su *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Joaquín Escriche define al contrato de la siguiente manera: "Una convención por la cual una ó más personas se obligan para con otra ú otras á dar, hacer ó dejar de hacer alguna cosa..."[sic].

Colin y Capitant, citado por Manuel Borja Soriano,<sup>2</sup> define al contrato como el acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Dice que el fin de los contratantes puede ser crear, modificar o extinguir una relación jurídica. Considera que la distinción entre convenio y contrato, considerando a éste como a una especie de aquél, no tiene sino un interés terminológico, ya que se les aplican las mismas reglas generales.

Guillermo Floris Margadant define al contrato como el acto por el cual dos o más personas regulan sus respectivos intereses jurídicos, y al cual el derecho objetivo atribuye determinados efectos según la función económico-social del acto jurídico en cuestión.<sup>3</sup>

Por su parte, Gastón Jèze considera que el contrato es un acuerdo bilateral de voluntades con el propósito de crear una situación jurídica individual.<sup>4</sup>

Las definiciones que acabamos de citar son aplicables a cualquier tipo de

---

<sup>1</sup> 19ª ed, vol. II, p. 357.

<sup>2</sup> *Teoría general de las obligaciones*, p. 111.

<sup>3</sup> *El derecho privado romano...*, p. 317.

<sup>4</sup> *Principios generales del derecho administrativo*, vol. IV, p. 3.

contrato, independientemente de la naturaleza jurídica que tenga.

Monedero Gil considera que la hipótesis del contrato clásico en el sentido de que el contrato exige una plataforma de igualdad es una idea ya superada. Citando a Messineo, afirma que el contrato moderno no es más que un acuerdo de voluntades creador de obligaciones, independientemente de su contenido. Así, para caracterizar al contrato, enfatiza al acuerdo de voluntades y resta importancia a los requisitos de validez y a las exigencias intrínsecas del contrato.<sup>5</sup>

Siguiendo la idea anterior, y basándose en las de Jellinek, el citado autor español adopta la doctrina que concibe al contrato como un acuerdo de intereses contrapuestos, ordinariamente económicos.<sup>6</sup>

Como características de la contratación moderna Jellinek señala:<sup>7</sup>

- a) Su elemento definidor se centra en el acuerdo de voluntades dirigido a producir un efecto jurídico vinculante para las partes;
- b) El contrato debe establecer entre las partes un equilibrio justo y recíproco de sus intereses económicos;
- c) Cada vez cobra más fuerza la cláusula *rebus sic stantibus*, admitiéndose procedimientos tendientes a modificar las obligaciones de las partes cuando cambien sustancialmente las condiciones que prevalecían al momento de su celebración, por lo cual su ejecución se traduciría en una lesión económica injusta para una de las partes;
- d) La autonomía de la voluntad va perdiendo terreno frente al derecho taxativo fijado por el Estado para defender el interés común;
- e) La forma tiende a dejar de ser una simple prueba de las obligaciones contraídas y a convertirse en un requisito esencial de validez.<sup>8</sup>
- f) La contratación en masa cobra un gran auge, en detrimento del acuerdo de voluntades.

Por su parte, el autor argentino Héctor Jorge Escola afirma que lo que

---

<sup>5</sup> *Doctrina del contrato del estado*, p. 136.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>7</sup> Cit. por Monedero Gil, *op. cit.*, pp. 137-141.

<sup>8</sup> Al contrario de lo afirmado por el autor citado, creemos que en la contratación moderna cada vez es menos importante la forma en que se exteriorice el acuerdo de voluntades, especialmente en materia mercantil, ya que no es posible encuadrar a formalidades determinadas las necesidades de rapidez y dinamismo del comercio actual. Probablemente, la opinión del autor sea válida por lo que se refiere a contratos en que interviene el Estado.

caracteriza esencialmente al contrato es:<sup>9</sup>

- a) la existencia de un acuerdo de voluntades;
- b) que esa declaración de voluntad común esté destinada a regular los derechos de las partes.

Completa diciendo que otros caracteres que en el derecho clásico se consideraban como indispensables en el contrato, tales como la igualdad y la libertad de las partes en su formación, ejecución y disolución; la inmutabilidad de sus cláusulas y la limitación de sus efectos, actualmente no pueden considerarse como esenciales.

Las opiniones anteriormente citadas son representativas de lo que algunos juristas han denominado "la crisis del contrato".

Los contratos nacieron y se desarrollaron dentro del antiguo derecho civil, es por ello que el estudio de su naturaleza jurídica se realiza principalmente en esa rama del derecho. Posteriormente aparecieron los contratos mercantiles y después los administrativos.

No existe una teoría de las obligaciones específica para cada tipo de contrato, siendo la teoría de los contratos civiles válida para todos los demás tipos de contratos; y ésta sólo deja de aplicarse cuando debido a las especiales características y fines de una clase especial de contrato el legislador ha querido dejar de aplicar las reglas de los contratos civiles y sustituirlas por preceptos específicos para la materia de que se trate.

De acuerdo a lo anterior, en la estructura de la presente investigación analizaremos en primer lugar a los contratos civiles, y posteriormente a los demás tipos de contratos, en la inteligencia de que lo que se diga de aquéllos es aplicable para los demás, excepto cuando se exprese lo contrario.

---

<sup>9</sup> *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. I, pp. 94-95.

## II DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS

### A. Contratos civiles

Nuestro Código Civil vigente dice que el convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones (art. 1792), y que los contratos son los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos (art. 1793). De acuerdo a lo anterior, la definición legal de contrato sería la siguiente: "acuerdo de dos o más personas para producir o transferir obligaciones y derechos".

En su cátedra, el doctor Ignacio Galindo Garfias considera que a las definiciones que el Código Civil da de contrato y convenio se les debe añadir un elemento: que se trate de obligaciones pecuniarias. A su entender, uno de los elementos indispensables del contrato consiste en que las obligaciones que produce o transfiere sean valubles en dinero. Asimismo, opina que es más correcto decir que los contratos producen o transfieren derechos y deberes jurídicos (no obligaciones), ya que éstos son los dos lados (pasivo y activo) de una misma relación jurídica: la obligación *lato sensu*.<sup>10</sup>

En su artículo 1794, nuestro Código Civil establece como *elementos esenciales* del contrato los siguientes:<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Apuntes tomados por Sergio Beltrán Merino en la cátedra de derecho civil, segundo curso, impartida por el doctor Ignacio Galindo Garfias en el primer semestre del año 1989 (no revisados por el maestro). En contra de la necesidad de que las obligaciones que surgen de los contratos sean pecuniarias: Ihering Rudolf von, *3 estudios jurídicos*.

<sup>11</sup> Las consideraciones realizadas al exponer los elementos de los contratos son acordes a la obra del maestro Manuel Borja Soriano, al igual que las que se apuntan con relación a sus efectos.

a) *El consentimiento*. Es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones.

b) *El objeto*. El contrato tiene dos objetos: uno directo y otro indirecto. El directo siempre es la creación o transmisión de obligaciones. El objeto indirecto del contrato (que es el objeto de la obligación) es la prestación, positiva o negativa, que el obligado debe ejecutar. También suele considerarse como objeto del contrato a la cosa misma sobre la cual recae la obligación.

Como elementos de validez de los contratos el vigente Código Civil establece los siguientes:

a) *La capacidad de las partes*. La capacidad jurídica consiste en la aptitud para ser sujeto de derechos (capacidad de goce) y hacerlos valer (capacidad de ejercicio).

b) *La ausencia de vicios del consentimiento*. Son vicios del consentimiento el error, el dolo, la mala fe y la violencia. El error es una creencia no conforme con la verdad; para invalidar el contrato es necesario que recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan. El dolo es cualquier sugestión o artificio que se emplea para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes. La mala fe es la disimulación del error de uno de los contratantes (art. 1815 CC). La violencia existe cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado (art. 1819 CC).

c) *La licitud en su objeto, motivo o fin*. Son ilícitos los actos que van en contra de las leyes, el interés público o las buenas costumbres. El fin o motivo determinante de un contrato consiste en los móviles que inducen a los contratantes a obligarse.

d) *La forma*. Es la manifestación exterior del consentimiento. En atención a ella, los contratos pueden ser consensuales, cuando se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes, o solemnes, cuando requieren de cierta formalidad que la ley prescribe bajo pena de inexistencia del contrato.

Como efecto de quedar perfeccionado un contrato, los contratantes quedan obligados al cumplimiento de lo expresamente pactado y de sus consecuencias (art. 1796 CC), no pudiendo dejarse al arbitrio de uno de ellos su validez y cumplimiento (art. 1797 CC). Sólo un nuevo acuerdo de voluntades de las partes de un contrato puede alterar o revocar el cumplimiento de éste. Al respecto, es conveniente apuntar que nuestro código no admite la teoría de la imprevisión, la cual sostiene que los

tribunales tienen la facultad de suprimir o modificar las obligaciones contractuales cuando las condiciones al momento de la ejecución de las obligaciones sean considerablemente distintas a las que imperaban cuando se celebró el contrato, sin que las partes hayan podido razonablemente prever esta modificación.

En relación a los efectos de los contratos, en principio éstos sólo establecen relaciones obligatorias entre los contratantes, no con los terceros. Una excepción a lo anterior es la estipulación en favor de tercero que se realiza en un contrato, aunque en este caso la fuente de la obligación del contratante-promitente para con el tercero es la voluntad unilateral de aquél, que no es de carácter contractual.

El incumplimiento del contrato por una de las partes da derecho a la que sí cumplió a optar entre exigir el cumplimiento forzoso del contrato o su resolución, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos (arts. 1949, 2028, 2104 CC).

Pueden las partes de un contrato establecer en éste una cláusula penal, en la cual estipulen cierta prestación como pena convencional para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida (art. 1840 CC).

No hay responsabilidad para quien no cumplió si su incumplimiento no es imputable a él, excepto cuando ha aceptado expresamente que será responsable de los daños y perjuicios que se originen por incumplimiento aun cuando éste se deba a caso fortuito o fuerza mayor, o cuando la ley le impone esa responsabilidad (art. 2111 CC). Para que la circunstancia que da origen al incumplimiento libere al deudor, debe ser imprevisible o inevitable, general, absoluta y definitiva.

Las principales causas de terminación de los contratos civiles son las siguientes:<sup>12</sup>

a) *El agotamiento natural del contrato.* Consiste en la ejecución total de las obligaciones derivadas del contrato.

b) *El vencimiento de un término.* Cuando los contratantes establecen un plazo para la terminación del contrato.

c) *La muerte de uno de los contratantes.* En los casos en que el contrato es intuitu personae.

d) *La incapacidad sobreviniente de una de las partes.* En los mismos supuestos que la causa anterior.

e) *La voluntad unilateral de una de las partes.* Cuando, como caso

---

<sup>12</sup> Sánchez Meda, *De los contratos civiles*, pp. 126 y ss.

excepcional, la ley faculta a uno de los contratantes a desistirse unilateralmente del contrato.

f) *El mutuo consentimiento de las partes.* Las partes pueden celebrar un convenio que revoque al contrato y lo prive de efectos para lo futuro.

g) *La quiebra de una de las partes.* Entre los efectos de la declaración de quiebra, se encuentra el que una parte de un contrato puede exigir al síndico que declare si va a cumplir o rescindir el contrato, pudiendo suspender el cumplimiento de su parte hasta en tanto el síndico cumpla o garantice su cumplimiento (art. 139 Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos).

h) *La resolución del contrato.* Derivada del incumplimiento de una de las partes o de la imposibilidad superveniente de las obligaciones a cargo de una de las partes. (Nuestra legislación no acepta como causa de resolución a la excesiva onerosidad superveniente)

## B. Contratos mercantiles

Es necesario determinar cuando un contrato debe llevar el calificativo de "mercantil".

En primer lugar, tenemos que decir que los contratos mercantiles son actos mercantiles, y por tanto, se les puede aplicar a aquéllos los mismos criterios que se utilizan para definir a éstos como mercantiles.

Mantilla Molina<sup>13</sup> enseña que los actos mercantiles pueden ser absolutamente mercantiles o de mercantilidad condicionada. A su vez, los actos de mercantilidad condicionada pueden ser actos principales de comercio o actos accesorios. Finalmente, los actos principales de comercio pueden ser mercantiles atendiendo al sujeto que los celebra, a su motivo o fin, o a su objeto.

Aplicando el criterio anterior, podemos decir que *contratos absolutamente mercantiles* son aquéllos que, por disposición expresa de la ley, no pueden tener otro carácter. Dentro de éstos se encuentran los siguientes, mencionados por el artículo 75 del Código de Comercio:

- los contratos de abastecimiento y suministro (frn. V);

---

<sup>13</sup> *Derecho mercantil*, pp. 60 y ss.

- los contratos de transporte de personas o cosas (fn. VIII);
- los contratos de comercio marítimo y de navegación interior o exterior (fn. XV);
- los contratos de seguros (fn. XVI)

Consideramos que también son contratos absolutamente mercantiles las operaciones reguladas por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Al respecto, Carlos Dávalos opina que las figuras jurídicas mercantiles que la LGTOC regula en su título segundo y a las que denomina "operaciones" son en realidad contratos. Dice que la denominación "operación" debe considerarse como un medio de identificación de los contratos mercantiles regulados en la LGTOC o en sus leyes complementarias, y que al referirse a *operaciones de crédito* se hace referencia a los *contratos mercantiles de crédito*.<sup>14</sup> De acuerdo a lo anterior, también son contratos absolutamente mercantiles los siguientes:

- el reporto (art. 259 LGTOC);
- el descuento de crédito en libros (art. 288 LGTOC);
- el contrato de apertura de crédito (art. 291 LGTOC);
- el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente (art. 296 LGTOC);
- el contrato de crédito confirmado (art. 317 LGTOC);
- el contrato de cuenta corriente (arts. 302 -310 LGTOC);
- el contrato de crédito de habilitación o avío (art. 321 LGTOC);
- el contrato de crédito refaccionario (art. 323 LGTOC),
- el contrato de fideicomiso (art. 346 LGTOC)

Otros contratos absolutamente mercantiles, contemplados por diversas leyes, son los siguientes:

- los contratos por los cuales se constituyen sociedades mercantiles (art. 4° LGSM),
- los contratos relacionados con actos de la industria petrolera (art. 12 Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional);

En general, serán *contratos mercantiles en atención a su fin o motivo* aquellos que se celebren con el propósito de lucrar.<sup>15</sup>

*Contratos mercantiles por la persona que en ellos interviene* son las enajenaciones realizadas por el propietario de una finca o por el cultivador de un

<sup>14</sup> *Títulos y contratos de crédito...* p. 286.

<sup>15</sup> Mantilla Molina, p. 70. N° 78.

cultivo (fn. XXIII art. 75 CCm), los depósitos en los almacenes generales (fn XVIII art. 75 CCm), los depósitos bancarios de títulos (art. 276 LGTOC) y los contratos de fianza realizados por instituciones afianzadoras (art. 2º Ley de Instituciones de Fianzas).<sup>16</sup> Se presume que los contratos celebrados entre comerciantes son mercantiles, salvo prueba en contrario (fn XX y XXI art. 75 CCm).

Entre los *contratos mercantiles por su objeto* se encuentran las compraventas de porciones, acciones y obligaciones de sociedades mercantiles (fn. III art. 75 CCm) y los contratos relativos a los buques (fn. XV art. 75 CCm).<sup>17</sup>

Finalmente, *contratos mercantiles accesorios* son aquellos cuya existencia se encuentra necesariamente ligada a un acto mercantil.

Nuestro Código de Comercio contiene preceptos específicos que clasifican como mercantiles a ciertos contratos. De esta manera, señala en qué casos deben considerarse mercantiles los contratos de depósito (art. 332), de préstamo (art. 358), de compraventa (art. 371) y de transporte (art. 576).

Es importante señalar que existen leyes distintas a las señaladas que imponen ciertas restricciones en la celebración de contratos mercantiles. Se trata de leyes que pretenden proteger a la economía e industria nacional y a las clases económicamente débiles, y que la doctrina ha denominado "leyes económicas". Entre las más importantes tenemos a la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial, la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, y la Ley Federal de Protección al Consumidor.

Al respecto, Díaz Bravo<sup>18</sup> sostiene que no existe libertad para celebrar contratos de compraventa, arrendamiento, fideicomiso, sociedad, prenda y prestación de servicios, respecto de los bienes, derechos y actividades previstos por la LIMIE; ya que cuando se pretenda transmitir bienes o derechos a personas o unidades cuyas inversiones se consideren extranjeras de acuerdo al artículo 2º de la LIMIE, o deseen encomendarse actividades a tales personas, los contratos respectivos requieren, para su eficacia, de las previas autorización y resolución favorable de los organismos oficiales respectivos (arts. 8º, 12, 17, 18, 25 y 28 LIMIE). Asimismo, la Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial también impone restricciones a la libertad de contratación en los contratos relativos

---

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 76, Nº 85.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 77, Nº 86.

<sup>18</sup> *Contratos mercantiles*, pp. 54 y ss.

al uso de marcas, explotación de patentes, uso de modelos y dibujos industriales, transmisión de conocimientos técnicos, provisión de ingeniería, asistencia técnica, administración de empresas, explotación industrial y otros, los cuales para ser eficaces requieren someterse a las prescripciones de dicha ley. Por su parte, la Ley Federal de Protección al Consumidor (la cual es considerada inconstitucional por diversos autores, entre ellos el citado, por considerar invade esferas de competencia reservadas a las legislaturas locales) impone cláusulas forzosas y regula nulidades, ineficacias, responsabilidades y otros efectos en los contratos de producción, adquisición o distribución de bienes y prestación de servicios celebrados entre consumidores y proveedores (art. 2º LFPC, publicada en el Diario Oficial el 24 de diciembre de 1992).

### C. Contratos bancarios

Cierto es que dentro del concepto de contratos mercantiles se encuentran incluidos los bancarios y los bursátiles; sin embargo, debido a la gran importancia que tienen hoy en día, de cada uno de ellos haremos un análisis por separado.

Tal como dice Garrigues,<sup>19</sup> la enorme difusión y complejidad de la vida mercantil moderna ha ido provocando poco a poco un fenómeno de dislocación en el campo tradicional del derecho mercantil, dando lugar al nacimiento de ramas autónomas, como son el derecho de seguros, el derecho cambiario, el derecho de transportes, el derecho bursátil, el derecho de sociedades mercantiles y el derecho bancario. Así, el hecho de formar parte del derecho mercantil no impide reconocer una cierta autonomía doctrinal y didáctica al derecho contractual bancario.

Joaquín Garrigues opina que tratar al derecho bancario separadamente del derecho mercantil en general es conveniente debido a sus singulares características técnicas, las que dan lugar a la creación de nuevos tipos de relaciones, negocios jurídicos y combinaciones contractuales, que exigen un tratamiento jurídico diverso del tradicionalmente recogido en los códigos de comercio.<sup>20</sup>

Según Garrigues, la nota que separa al derecho bancario del mercantil consiste en que el bancario gira sobre la idea del crédito, la cual tiene siempre una relación

---

<sup>19</sup> *Contratos bancarios*, p. 6.

<sup>20</sup> *Id.*, p. 6.

con una persona concreta y determinada, mientras que las relaciones del derecho mercantil son objetivas y despersonalizadas.<sup>21</sup>

El autor en comento dice que contrato bancario es todo acuerdo para constituir regular o extinguir una relación que tenga por objeto una operación bancaria.<sup>22</sup> Considera que para que pueda calificarse un contrato como bancario en sentido propio tiene que participar en él una empresa bancaria.

Se dice que contrato es el acuerdo entre dos personas para otorgarse una prestación, la cual puede consistir en un dar, hacer o no hacer. Garrigues nos dice que en el contrato bancario la prestación consiste en un dar, y lo que se da es el crédito.<sup>23</sup> Así, el crédito es la materia típica del contrato bancario. Los bancos son mediadores en el crédito, negociantes de crédito entre quienes lo necesitan y los que desean colocar su dinero de manera fructífera.

Como características distintivas de los contratos bancarios Garrigues señala las siguientes:<sup>24</sup>

a) Generalmente es un contrato de adhesión. Uno de los contratantes, el banco, impone unilateralmente sus condiciones al otro contratante, quien puede aceptar o rechazar en bloque las condiciones impuestas, pero no modificarlas.

b) Existe una fácil comprobación de la ejecución de las prestaciones contractuales, por medio de los asientos de contabilidad del propio banco (haber y deber).

c) Es característico de este contrato la buena fe recíproca que se deben tener las partes. Esta se manifiesta en la práctica de exigir conocimiento de firma a los clientes que desean abrir una cuenta nueva, en el secreto bancario, en los informes y consejos que el banco da al cliente, etc. Además, siendo el crédito la materia del contrato bancario, es natural que este contrato refuerce el crédito de quien lo recibe (en el sentido de buena imagen que provoca confianza), e incluso es uso extendido el que los comerciantes tengan una lista de bancos con los cuales tienen cuentas o créditos, lo cual les da credibilidad ante sus proveedores y clientes.

Por su parte, Cervantes Alumada afirma que no puede decirse que existan jurídicamente operaciones bancarias, ya que tales operaciones consisten en un negocio jurídico de tipo general, el cual puede ser realizado por cualquier persona, y

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 6 y ss.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>24</sup> *Ibid.*, pp. 43 y ss.

que se califica de bancario sólo por el sujeto que interviene en su celebración. Y agrega: "aun las operaciones que la ley considera exclusivamente bancarias no lo han sido en otros tiempos ni los son en otros ordenamientos jurídicos."<sup>25</sup>

Nosotros consideramos que para que un contrato se denomine "bancario" es menester que en él intervenga un banco y que tenga por objeto otorgar o recibir un crédito, pero no todo contrato en que intervenga un banco será bancario, ni lo será tampoco todo aquel que tenga al crédito por objeto .

Dentro de su título relativo a las operaciones de crédito, nuestro Código de Comercio regula los siguientes contratos bancarios: el reporto, el depósito, el descuento de crédito en libros, la apertura de crédito, la cuenta corriente, las cartas de crédito, el crédito confirmado (crédito documentario), los créditos de habilitación o avío y los refaccionarios, la prenda y el fideicomiso.

#### D. Contratos bursátiles<sup>26</sup>

Antonio Serra define a los contratos bursátiles como aquellos que se concluyen según la técnica del comercio de bolsa, y destinados normalmente a la transferencia de una determinada cantidad de títulos en ese momento no individualizados, y cuya entrega y pago son diferidos a una fecha predeterminada.<sup>27</sup>

Lo característico de los contratos bursátiles es el objeto sobre el cual recaen: títulos de crédito fungibles emitidos en masa.

Es conveniente distinguir dos tipos de contratos: el que se celebra entre el cliente y el agente de bolsa en el cual se acuerdan los términos en que éste realizará compraventas bursátiles y el que celebra el agente de bolsa durante las sesiones de remate en ejecución del contrato celebrado con su cliente.

El contrato bursátil típico es el reporto. La definición legal de reporto la da el artículo 259 de la LGTOC, el cual dice: "en virtud del reporto, el reportador

---

<sup>25</sup> *Títulos y operaciones de crédito*, p. 215.

<sup>26</sup> En relación a este tema, *Cfr.* Díaz Bravo pp. 81 y ss., Vázquez del Mercado pp. 501 y ss., y Cervantes Ahumada pp. 231 y ss., autores a los que se sigue en la exposición.

<sup>27</sup> Serra Antonio, *I contratti di borsa a premio*, Milano, 1971, p. 79. Cit. por Vázquez del Mercado, p. 505.

adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito, y se obliga a transferir al reportado la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie en el plazo convenido y contra el reembolso del mismo precio más un premio. El premio queda en beneficio del reportador, salvo pacto en contrario." Así, la operación se desarrolla en dos momentos: primero el reportador adquiere la propiedad de títulos de crédito y paga el precio de ellos, después el reportador traslada al reportado igual cantidad de títulos de la misma especie y cantidad, cubriendo éste el precio más un premio.

Puede ser que la operación antes descrita se celebre en interés más del reportador que del reportado, en este caso el premio quedaría en beneficio del reportado y el contrato se denominaría *deporto*.

De acuerdo a la Ley del Mercado de Valores, las compraventas bursátiles sólo pueden recaer sobre acciones, obligaciones y demás títulos de crédito que se emitan en serie o en masa (arts. 3º, 11, 13).

Para realizar compraventas bursátiles, es necesario acudir a una casa de bolsa, la cual debe ser una sociedad anónima inscrita en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios de la Comisión Nacional de Valores. Estas compraventas bursátiles sólo pueden celebrarse en el salón de remates de la bolsa, durante las sesiones de remate, por los agentes de bolsa y operadores de piso y respecto de los valores inscritos en el registro anteriormente mencionado.

Además de las compraventas bursátiles, las casas de bolsa celebran también contratos de comisión mercantil, por los cuales se confiere al agente o casa de bolsa facultad para que por cuenta pero no en nombre del comitente compre o venda valores; contratos de cuenta corriente, ya que cuando el cliente está facultado para hacer entregas de dinero o de valores, la casa de bolsa debe emplear éstos realizando diversas operaciones bursátiles; contratos de préstamo o crédito para la adquisición de valores; contratos de apertura de crédito, pues pueden convenir con el cliente en conceder un crédito automático cuando se satisfagan ciertas condiciones; contratos de depósito de valores, y otros tipos de contratos.

Lo mismo que sucede con los contratos bancarios pasa con los bursátiles: para que un contrato sea clasificado como bursátil se requiere que en él intervenga una casa o agente de bolsa, pero no todos los contratos en que intervienen estas personas serán necesariamente bursátiles.

La Ley del Mercado de Valores denomina contratos de intermediación

bursátil a los negocios jurídicos por medio de los cuales los clientes confieren un mandato general a la casa de bolsa para que por cuenta de aquéllos realice operaciones bursátiles (art. 90).

### E. Contratos internacionales

Debido al creciente intercambio comercial que actualmente existe entre los diversos países, los contratos llamados "internacionales" han adquirido una gran importancia.

Podemos decir que los contratos internacionales son aquellos que se celebran entre partes que tienen sus establecimientos en países diferentes, o bien los que se celebran en un país distinto a aquel en el cual deben ejecutarse.

A fin de tratar de disminuir al mínimo los inevitables conflictos de leyes que se dan en las contrataciones internacionales, se han celebrado múltiples convenciones y tratados internacionales sobre la materia, siendo los más numerosos los relativos a la compraventa internacional.

Entre los más importantes, en 1930 y 1939 el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) elaboró sendos proyectos que sirvieron de base para la Convención sobre la Compraventa Internacional de Objetos Muebles Corporales, celebrada en la Haya en 1964. En la misma Convención se aprobó la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías. Después, en 1980, las Naciones Unidas celebraron en Viena la Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Más recientemente, en 1983, el UNIDROIT aprobó un Proyecto de Convención sobre la Representación en Materia de Venta Internacional de Mercaderías.

A su vez, un organismo privado internacional, la Cámara de Comercio Internacional, elaboró en 1953 las Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales (INCOTERMS). Reformas y adiciones a los INCOTERMS fueron posteriormente realizadas en los años de 1953, 1967, 1976, 1980 y 1990, con el objeto de acoplar las reglas a los frecuentes cambios que se dan en las prácticas del comercio internacional.

## F. Contratos administrativos

Dentro de los diversos tipos de contratos se encuentran los administrativos. La rescisión de uno de ellos, el contrato de obra pública, es el objeto de la presente tesis. Debido a lo anterior, en el siguiente capítulo existe un apartado en el cual se tratará exclusivamente de los contratos administrativos, y en la parte segunda de la presente investigación, se analizará el contrato de obra pública. Por lo anterior, y con el objeto de no incurrir en repeticiones innecesarias, nos remitimos a los mencionados capítulo y parte, bastándonos por ahora con enumerarlos como una especie más del género "contratos".

## G. Contratos laborales

Actualmente, la regulación jurídica del llamado contrato de trabajo es diametralmente opuesta a la de los demás contratos. Sin embargo, esto no siempre ha sido así, sino es producto de una larga transformación en las instituciones jurídicas, la cual más que impulsada ha sido forzada por la lucha de los trabajadores por alcanzar un nivel digno de vida.

La relación de trabajo se ha considerado de distintas maneras a través del tiempo. Así, indistintamente las distintas doctrinas la han considerado como arrendamiento de servicios; como una especie de compraventa en virtud de la cual los trabajadores vendían su energía de trabajo al patrón; como un contrato de sociedad en el cual los trabajadores aportaban su energía de trabajo y el patrón el capital, compartiendo las utilidades; como una especie de mandato que el patrón daba al trabajador para la realización de ciertas actividades, etc.

En un principio, la relación entre trabajador y patrón fue regulada por los códigos civiles, teniendo su antecedente en la *locatio-conductio operarum* romana, y por ello tenían aplicación los principios de igualdad de las partes y de autonomía de la voluntad en este tipo de contratos. Así, bajo el amparo de la fórmula que dice que la voluntad de las partes es la ley de los contratos, se cometieron múltiples atropellos en contra de los más elementales derechos de los trabajadores.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Para una exposición realmente clara y amena acerca del desarrollo en la regulación de las relaciones de trabajo, Cfr. el capítulo XVII del libro del Dr. Mario de la Cueva *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, tomo I, autor a quien pertenecen las ideas que se exponen en esta sección.

El Código de Napoleón reglamentó el trabajo asalariado bajo el título de "arrendamiento". En México, el Código Civil de 1870, en su exposición de motivos, consideró que era un atentado contra la dignidad humana llamar alquiler a la prestación de servicios personales, por lo cual separó al contrato de trabajo del de arrendamiento. Sin embargo, la relación de trabajo seguía siendo considerada como el producto de un acuerdo de voluntades, lo cual constituía una falacia, en virtud de que la única voluntad que contaba al momento de acordar las condiciones de trabajo era la del patrón. El considerar la relación de trabajo como un contrato civil constituía una contradicción en virtud de que es imposible conciliar el principio del derecho civil de que sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de contratación con la idea de dignidad del trabajo humano.

Posteriormente, como resultado de las luchas revolucionarias y con el desarrollo del derecho social, se creó un estatuto laboral en el cual la ley no sólo suple la voluntad de las partes, sino que regula la situación jurídica derivada de una relación de trabajo, independientemente de la causa que haya dado origen a ésta.

De esta manera, nuestro actual derecho mexicano del trabajo es totalmente independiente del derecho civil, incluso en su nacimiento, ya que surgió como una decisión fundamental tomada por el pueblo en el congreso constituyente de 1916-1917.

Así, y en concordancia con todo lo anterior, no podemos considerar a la relación de trabajo como un contrato, entre otras, por las siguientes razones:

a) Un elemento esencial de todo contrato es el acuerdo de voluntades. En la relación de trabajo, el acuerdo previo de voluntades puede darse, pero no sólo es contingente, sino que existe una tendencia en el derecho laboral a privar de cualquier importancia a la expresión de voluntad del patrón para dar origen a la relación. Lo anterior sucede cuando en un contrato colectivo de trabajo se inserta la *cláusula sindical de ingreso*, por la cual el patrón no puede incluir como trabajadores sino a quienes sean miembros del sindicato contratante (art. 395 de la Ley Federal del Trabajo). De esta manera, la exigencia de la voluntad del patrón para la formación de la relación se suprime radicalmente.

b) En los contratos, el acuerdo de voluntades es la fuente creadora de derechos y obligaciones. Por el contrario, los derechos y obligaciones derivados de la relación de trabajo tienen su origen en la ley y en los contratos colectivos, es decir, en un estatuto objetivo, y son válidos aun en contra de la voluntad de las partes.

c) De acuerdo a lo anterior, los principios de autonomía de la voluntad y de igualdad de las partes no tienen aplicación en el ámbito del derecho del trabajo.

d) Para que se produzcan efectos de derecho, es necesario que anteriormente se haya realizado un acto que los origine. El acto que origina los derechos y obligaciones derivados de una relación de trabajo no consiste en la celebración de un contrato, sino en el hecho fáctico de que una persona comience a prestar sus servicios personales subordinados a otra.

Independientemente de lo expuesto hasta este punto en relación a los contratos de trabajo, es imposible negar que existen figuras jurídicas a las que así se denomina. De esta manera, nuestra legislación laboral menciona tres tipos de contratos de trabajo: el contrato individual de trabajo, el contrato colectivo de trabajo y el contrato-ley.

Acerca del contrato individual de trabajo, el párrafo segundo del artículo veinte de la ley de la materia lo define de la siguiente manera: "Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario." Siguiendo a Mario de la Cueva,<sup>29</sup> diremos que los elementos del contrato individual de trabajo son los siguientes: a) Dos personas: un trabajador y un patrón; b) Una prestación de trabajo; c) La subordinación, y d) El salario.<sup>30</sup>

Respecto de la subordinación, el autor citado dice: "es una relación jurídica que se descompone en dos elementos: una facultad jurídica del patrón en virtud de la cual puede dictar los lineamientos, instrucciones u órdenes que juzgue convenientes para la obtención de los fines de la empresa; y una obligación igualmente jurídica del trabajador de cumplir esas disposiciones en la prestación de su trabajo."<sup>31</sup>

Por lo que hace al contrato colectivo de trabajo, la ley de la materia lo define diciendo: "Contrato colectivo de trabajo es el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patrones, o uno o varios sindicatos de patrones, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una o más empresas o establecimientos." (art. 386 LFT).

El ordenamiento legal citado, en su artículo 404, define al contrato-ley

---

<sup>29</sup> *op. cit.*, pp. 199 y ss. Aunque el profesor emérito no habla de elementos del contrato sino de la relación de trabajo.

<sup>30</sup> Creemos más correcto decir que el salario no es un elemento del contrato de trabajo (más bien relación de trabajo), sino una consecuencia de éste.

<sup>31</sup> *Op. cit.*, p. 203.

diciendo: "Contrato-ley es el convenio celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y varios patrones, o uno o varios sindicatos de patrones, con objeto de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una rama determinada de la industria, y declarado obligatorio en una o varias Entidades Federativas, en una o varias zonas económicas que abarquen una o más de dichas Entidades, o en todo el territorio nacional."

### III. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

#### A. Clases de contratos que celebra el Estado

Para conseguir el logro de sus fines, el Estado realiza diversos actos, tanto materiales como jurídicos.

Dentro de los actos jurídicos que celebra el Estado se encuentran los contratos.

Nava Negrete<sup>32</sup> nos dice que históricamente el Estado interviene en los contratos primeramente imponiendo limitaciones y prohibiciones, y regulando como deben formarse y ejecutarse determinadas relaciones jurídicas entre particulares; y posteriormente, celebrando el mismo Estado contratos con los particulares. Lo anterior es lo que se ha denominado "dirigismo contractual".

Tal como lo afirma José Ignacio Monedero Gil,<sup>33</sup> todos los contratos del Estado tienen como finalidad el interés público. Sin embargo, éste puede conseguirse celebrando en algunos casos contratos civiles o mercantiles y en otros contratos administrativos.

Aun cuando nadie duda que el Estado celebre contratos, existen varios autores que han negado la existencia de los contratos administrativos como una categoría distinta de los contratos civiles. Héctor Jorge Escola resume estas teorías en los siguientes puntos:<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> "Contratos privados..." p. 712.

<sup>33</sup> *Doctrina del contrato del Estado*, p. 272.

<sup>34</sup> *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. I, pp. 42-43.

a) Cuando la Administración actúa frente a los particulares lo puede hacer bien en una posición de supremacía o bien en una posición de igualdad. En el primer caso no puede siquiera hablarse de la existencia de un contrato, ya que no se da un elemento indispensable en éstos: la igualdad contractual de las partes. En el segundo caso la administración actúa como si fuera un particular, así que se trata de un contrato de derecho privado.

b) Otro elemento indispensable de un contrato es la autonomía de la voluntad. En los llamados contratos administrativos ésta no existe en virtud de que la administración sólo puede actuar dentro del marco y con la orientación de las normas que la rigen, mientras que al particular no le queda más que aceptar o rechazar los términos fijados por la Administración, sin tener posibilidad de discutirlos.

c) Algunos autores que niegan la existencia de los contratos administrativos afirman que el objeto de éstos consiste en cosas que están fuera del comercio, lo cual es contrario al principio general establecido para los contratos.

d) El concepto unitario del derecho, que rechaza la división de éste en público y privado, conlleva a negar también la distinción entre contratos civiles y administrativos.

La tendencia que niega la existencia de los contratos administrativos es defendida por León Duguit, quien todavía va más lejos y dice que la expresión de contrato de derecho público "no tiene sentido, y es un sofisma peligroso que se propone nada menos que dar una base jurídica a la arbitrariedad del Estado."<sup>35</sup>

En otra obra, Duguit dice: "oponer los contratos de derecho público a los contratos de derecho privado, es dar apariencia jurídica a procedimientos más o menos hábiles para los cuales los detentadores del poder tienden frecuentemente a sustraerse a compromisos regularmente contraídos".<sup>36</sup>

Consideramos que la opinión de Duguit no es producto exclusivo de la excentricidad. Independientemente de que, como veremos, el sustento doctrinal que apoya la existencia y necesidad de los contratos administrativos es demasiado sólido, no podemos negar que las opiniones de Duguit tienen un fundamento sociológico bastante palpable en la realidad, donde al amparo de contratos

---

<sup>35</sup> Duguit León, *Las transformaciones del derecho público*, (tr. Adolfo Posada), Ed. Francisco Beltrán, Madrid, p. 230; cit. por Nava Negrete, "Contratos privados...", p. 716, autor que ataca lo sostenido por Duguit.

<sup>36</sup> Duguit, León, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, (tr. Carlos G. Posadas), Madrid, t. III, No. 80, p. 403. Cit. por Bercaitz, p. 119.

administrativos y de frases como "cláusulas exorbitantes" e "interés público" se cometen múltiples atropellos a los derechos de los gobernados.

Así como existen autores que niegan la existencia de los contratos administrativos, también hay quienes afirman que todos los contratos que celebra el Estado son de este tipo, y nunca contratos privados. Al respecto, Serra Rojas ve con recelo a los contratos civiles realizados por la administración pública, ya que en los contratos privados la voluntad de las partes es la ley de los contratos, y "en derecho público el interés general es la suprema ley de los contratos administrativos".<sup>37</sup>

Escola rechaza las teorías que niegan la existencia de los contratos administrativos, diciendo que no hay duda de que la Administración tenga capacidad de celebrar tales contratos, máxime cuando la práctica administrativa evidencia de modo innegable esa posibilidad.<sup>38</sup> Tal afirmación no es debatible.

La anterior idea es sostenida también por el maestro Alfonso Nava Negrete quien admite la existencia de contratos administrativos públicos y de contratos privados de la Administración.<sup>39</sup>

Es casi uniforme la doctrina en clasificar los contratos celebrados por el Estado en contratos privados o civiles y contratos administrativos o públicos.

En tal sentido, Gastón Jêze dice que todos los contratos celebrados por la Administración tienen por objeto asegurar el funcionamiento de un servicio público, y divide a éstos en administrativos y civiles, diciendo que los primeros están sometidos a reglas especiales consistentes en un régimen jurídico de derecho público, y los segundos se encuentran regulados por el derecho privado.<sup>40</sup>

Clasificando a los contratos de Estado atendiendo a la rama del derecho que predominantemente los regula, Monedero Gil difiere de la división tradicional, y dice que no hay dos sino tres clases de contratos de Estado:<sup>41</sup>

- a) *Contratos privados civiles y mercantiles*: regulados únicamente por derecho privado.
- b) *Contratos administrativos*: regidos principalmente por el derecho

---

<sup>37</sup> *Derecho administrativo*, p. 532.

<sup>38</sup> *op. cit.*, vol. II, p. 32.

<sup>39</sup> "Contratos privados..." p. 711.

<sup>40</sup> *Principios generales del derecho administrativo*, vol. IV, p. 5

<sup>41</sup> *op. cit.*, p. 373.

administrativo, y supletoriamente por el civil.

c) *Contratos públicos*: regulados íntegramente por el derecho administrativo. El contrato público deduce sus consecuencias jurídicas al margen del derecho privado; es una genuina elaboración del derecho administrativo.

Comentarios especiales merecen los contratos que este autor denomina públicos. En efecto, a diferencia de la mayoría de las distintas doctrinas, las cuales se limitan a clasificar a los contratos de Estado en privados y administrativos, Monedero Gil agrega una tercera clase: los contratos públicos. Dice que éstos son los convenios que celebran los administrados con los órganos de la Administración cuya generación, requisitos y efectos vienen establecidos íntegramente por normas generales de derecho administrativo.<sup>42</sup> Los efectos de estos contratos pueden ser modificados e incluso revocados en los términos autorizados por las leyes. Como ejemplos de este tipo de contratos, Monedero menciona el contrato de función pública; el de deuda pública; los de lotería y apuesta patrocinados por el Estado; los de correo y telégrafos, y los convenios fiscales, de cooperación, de colaboración y expropiatorios celebrados entre Estado y particulares.<sup>43</sup> Delimita este tipo de contratos diciendo que no son contratos privados ni tienen la estructura típica del contrato administrativo, estando sus efectos jurídicos condicionados simultáneamente por una norma de carácter general y una voluntad privada.<sup>44</sup>

Si bien no podemos dejar de opinar que efectivamente existen los contratos administrativos como una especie distinta a los contratos comunes, también tenemos que decir, junto con Escola,<sup>45</sup> que hay controversia entre la doctrina acerca de la determinación de la naturaleza y carácter de esos contratos.

## B. Características distintivas de los contratos administrativos

Recopilando las características distintivas que los diversos autores dan a los contratos administrativos para separarlos de los civiles, Monedero Gil señala las siguientes:<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 292.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pp. 294 a 300.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 301.

<sup>45</sup> *Op. cit.*, vol II, p. 32.

<sup>46</sup> *Op. cit.*, pp. 286 y ss.

a) *El servicio público*: vinculación directa del contrato con las necesidades de los servicios públicos.

b) *La cláusula exorbitante*: cláusulas que en un contrato civil serían ilícitas.

c) *Las solemnidades*: presencia de un riguroso formalismo.

d) *La jurisdicción*: fuero especial contencioso-administrativo.

e) *La desigualdad radical de las partes*: lo celebra un ente público dotado de poder.

f) *El giro o tráfico de la Administración*: que justifica el diferente esquema de los contratos administrativos respecto de los civiles.

g) *La adhesión*: la Administración impone unas condiciones de contratación y al particular sólo le queda aceptar en bloque el contrato o desistirse del mismo.

h) *El interés público*: que constituye la finalidad de los contratos administrativos.

i) *La estructura orgánica de la Administración*: consideran que la presencia de la administración en un contrato basta para darle a éste el carácter de administrativo, provocando ciertas peculiaridades en la manifestación del consentimiento.

A su vez, en el primer volumen de su *Tratado integral de los contratos administrativos*, Escola primeramente enuncia los diversos criterios por las cuales las diferentes doctrinas han caracterizado a los contratos administrativos,<sup>47</sup> y después hace un análisis de cada una de ellas,<sup>48</sup> resultando el siguiente cuadro:

a) *Criterio subjetivo*. Caracteriza al contrato administrativo por la intervención de la administración pública obrando como tal. Escola no lo acepta por considerar que no aporta elementos para precisar cuando la administración pública celebra un contrato administrativo y cuando no, y en qué ocasiones actúa como persona pública y no como particular.

b) *Criterio de la jurisdicción*. Dice que son contratos administrativos los que se someten a una jurisdicción especial contencioso-administrativa. El autor en comentario considera que este criterio no puntualiza cuándo y por qué un contrato es sustraído de la jurisdicción común y sometido a la administrativa, además de que no sirve para conceptualizar a un contrato como administrativo, sino al contrario: por ser un contrato administrativo se le somete a una jurisdicción especial.

c) *Criterio formal*. Considera que un contrato es administrativo cuando requiere de la observancia de formalidades especiales en su concertación. Escola considera que la observancia de formalidades especiales no es exclusiva de los contratos administrativos, y más aún, que estas formalidades son cada día más

---

<sup>47</sup> Pp. 60-62.

<sup>48</sup> Pp. 100-104.

utilizadas en los contratos privados. Además, tanto los contratos privados como los administrativos pueden celebrarse válidamente por procedimientos idénticos o muy parecidos.

d) *Criterio finalista*. Atiende a los fines que persigue la Administración con la celebración de un contrato. Quienes sostienen esta teoría dicen que un contrato será administrativo cuando tenga por objeto la prestación de un servicio público o la consecución de una utilidad pública. Como veremos, a este criterio nos adherimos nosotros.

e) *Criterio de la cláusula exorbitante*. Caracteriza a los contratos administrativos por la inserción en ellos de cláusulas exorbitantes del derecho privado, las cuales no se admitirían en un contrato civil o mercantil y que ponen en evidencia la existencia de un régimen especial de derecho público. Escola señala que este criterio no es convincente en virtud de que no da elementos para determinar por qué la administración en los contratos administrativos posee prerrogativas especiales y por qué no las tiene cuando celebra contratos privados. Al igual de lo que sucede con el criterio de la jurisdicción especial, las cláusulas exorbitantes aparecen como una consecuencia de que el contrato sea administrativo, y el hecho de que aparezcan en todos los contratos de este tipo no significa que un contrato adquiera el carácter de administrativo por tener incluidas cláusulas de esta naturaleza.

A su vez, Serra Rojas hace también una enumeración de los elementos que considera como característicos del contrato administrativo, y citando a Fernando Albi Cholvi, señala los siguientes:<sup>49</sup>

- a) El interés general, como causa del mismo;
- b) El servicio público, como objeto;
- c) La forma, como requisito esencial;
- d) La desigualdad de las partes;
- e) La jurisdicción especial;
- f) La especialidad legal;

y agrega:

- g) Los modos y requisitos que determinen las leyes.

Serra Rojas señala que de acuerdo a la jurisprudencia francesa los tres elementos fundamentales del contrato administrativo son:<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> *Op. Cit.*, p. 527.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 530.

- a) Participación en el contrato de una persona o entidad de derecho público,
- b) Que se celebre con ocasión del funcionamiento de un servicio público, y
- c) Que se adopte un régimen de derecho público por el cual el particular se someta voluntariamente a las condiciones unilaterales establecidas por la ley o por la Administración.

Acerca de los contratos administrativos, Nava Negrete afirma que, a diferencia de los contratos civiles, en aquéllos predomina el elemento normativo y no el consensual,<sup>51</sup> es decir, los contratos administrativos no se rigen tanto por la voluntad de las partes como por el derecho positivo que los regula.

El mismo autor, realizando una narración de los diversos criterios que se han utilizado a través del tiempo para diferenciar a los contratos administrativos de los civiles, comenta que los primeros se refirieron a determinar el tribunal competente para conocer de las controversias derivadas de la interpretación y cumplimiento de los contratos administrativos. Así, el constituyente francés de 1790 creó una justicia administrativa independiente de los tribunales judiciales, la cual conocía de los procesos en que fuera parte la Administración, y por ende, de las controversias suscitadas por contratos administrativos. De esta manera, Nava Negrete nos dice que el primer criterio de distinción atendió al *autor del contrato*: sería administrativo cualquier contrato celebrado por la Administración, independientemente de su objeto o naturaleza.<sup>52</sup>

Después -continúa exponiendo Nava Negrete- perdió importancia el autor del acto, y se clasificó administrativo a un contrato de acuerdo a su *fin*. Para que los tribunales judiciales dejaran de conocer de un contrato de la Administración, era necesario que éste tuviera como finalidad satisfacer necesidades de interés general.<sup>53</sup>

Considera Nava Negrete que más clara fue la doctrina que distinguió los contratos de acuerdo al criterio que dividía los actos de la Administración en actos de autoridad o de poder público y actos de gestión.<sup>54</sup> Tal doctrina, sostenida por Laferrère, considera que son actos de autoridad aquéllos en que el Estado actúa por vía de mando, haciendo uso de la fuerza pública y de su autoridad, y que éstos son competencia de los tribunales administrativos. Por otro lado, en los actos de gestión el Estado se despoja de su facultad de *imperium*, y actúa en las mismas condiciones que los particulares, sometiéndose a la jurisdicción de los tribunales judiciales. En

---

<sup>51</sup> "Contratos privados..." p. 712.

<sup>52</sup> *Ibid.* p. 713.

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> *Ibid.* p. 714.

concordancia con lo anterior, los *actos de autoridad* darían lugar a los contratos administrativos y los actos de gestión a los contratos privados. Sin embargo, Nava Negrete<sup>55</sup> nos señala que Lafferrière consideraba que los contratos celebrados por la Administración pertenecían a la categoría de actos de gestión.

A pesar de que esta teoría excluía del contencioso-administrativo todos los contratos celebrados por la Administración, Nava nos señala que existían varios contratos administrativos que eran remitidos por la ley a la jurisdicción administrativa.<sup>56</sup> Así, junto al contencioso-administrativo por naturaleza existía el contencioso-administrativo *por disposición de la ley*. De esta manera -continúa diciendo Nava Negrete- lo normal era que los contratos celebrados por la Administración fueran contratos privados, excepto cuando la voluntad del legislador quería que estuvieran sometidos a la jurisdicción administrativa.

La rigidez de la teoría que distinguía entre actos de autoridad y actos de gestión fue objetada, ya que excluía del contencioso-administrativo por naturaleza a los contratos administrativos, negando la porción de autoridad que éstos tenían.<sup>57</sup>

El nuevo criterio de distinción fue la noción de *servicio público*.<sup>58</sup> Se calificó de administrativos a los contratos celebrados por la Administración con objeto de organizar o asegurar el funcionamiento de un servicio público, y se sometió a tales contratos a la jurisdicción administrativa. Sin embargo, se excluyó de tal jurisdicción a los contratos en los cuales la Administración no invocara el beneficio de su situación y se colocara voluntariamente en el mismo plano que el particular. Así, la regla general se invertía: los contratos celebrados por la Administración que tengan por objeto un servicio público serían administrativos, y sólo por excepción privados. Y lo más importante: el carácter de administrativo dependía ya no de la jurisdicción a que estuvieran sometidos, sino de que tuvieran como fin la organización o funcionamiento de un servicio público.<sup>59</sup>

Después del anterior análisis, Nava Negrete señala que es indiscutible la existencia de contratos administrativos y privados celebrados por la Administración. Acerca de la distinción de éstos, señala que no hay un criterio único, siendo diversos los motivos o circunstancias por las cuales se puede clasificar a un contrato como administrativo. Los criterios que -según Nava Negrete- son aplicables al medio

---

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> *Ibid.* p. 715.

<sup>57</sup> *Ibid.* p. 716.

<sup>58</sup> *Ibid.* p. 717.

<sup>59</sup> *Ibid.* p. 718.

jurídico administrativo mexicano son los siguientes:<sup>60</sup>

- a) Por determinación de la ley;
- b) Por libre voluntad de las partes, y
- c) Por el objeto o por la naturaleza misma del contrato.

Afirma el autor citado que los anteriores criterios se deben aplicar en forma excluyente, es decir, primero estar al texto de la ley, después a la letra del contrato, y en su defecto, a la naturaleza de éste.<sup>61</sup> Dice Nava Negrete que un contrato será administrativo por su naturaleza cuando su contenido u objeto tenga relación con el servicio público.<sup>62</sup>

Es también opinión de Nava el que basta que haya una cláusula exorbitante en un contrato para que éste sea administrativo.<sup>63</sup> No estamos de acuerdo con lo anterior, ya que -como lo sostiene Escola- consideramos que las cláusulas exorbitantes son una consecuencia y no una causa de que un contrato sea administrativo. Además, aunque una cláusula exorbitante insertada en un contrato civil sería nula, ello no implica que el contrato pierda su naturaleza, sino únicamente que la cláusula respectiva sea anulable.

En otro artículo, Nava acepta que existen opiniones que sostienen que las cláusulas exorbitantes son efecto y no causa de la naturaleza administrativa de un contrato; pero afirma que de cualquier manera tales cláusulas forman un criterio indubitable para descubrir en cualquier caso la presencia de un contrato administrativo.<sup>64</sup> Esta afirmación si la consideramos correcta, aunque no podemos ignorar que el concepto de cláusula exorbitante es muy difícil de precisar.

Por su parte, Monedero Gil considera que un contrato de Estado será administrativo si se reúnen las siguientes circunstancias:<sup>65</sup>

a) *Prestación específica*: la cual dependerá de las necesidades propias de la Administración en un momento dado. El contrato administrativo exige un resultado específico, no una prestación genérica.

---

<sup>60</sup> *Ibid.* p. 719.

<sup>61</sup> *Ibid.* p. 733.

<sup>62</sup> "Contratos de " p. 561

<sup>63</sup> "Contratos privados.", p. 730

<sup>64</sup> "Contratos de.." pp. 563-564.

<sup>65</sup> *Op. cit.*, pp. 289 y ss

b) *Tracto sucesivo*: la prestación debe efectuarse en un periodo de tiempo (no dice cuánto).

c) *Vinculación con servicio público*: la prestación debe tener una correspondencia directa con las necesidades requeridas por el desenvolvimiento de un servicio público gestionado por el órgano de contratación. Existe plena correspondencia entre el objeto del contrato y el objeto del servicio público.

d) *Posición deudora del Tesoro*: la Administración adopta la posición de deudora del precio y acreedora de la prestación deseada.

Monedero Gil dice que el fin de los contratos del Estado es la consecución del interés público.<sup>66</sup>

El autor en comentario divide a los contratos administrativos en dos grupos: legales y convencionales. Dice que los legales son aquéllos que están tipificados como administrativos por la ley, y los convencionales son los que careciendo de tipificación jurídica son clasificados como tales en una cláusula del contrato respectivo. La importancia de esta separación estriba en que respecto de los segundos su naturaleza jurídica puede ser impugnada y revisada jurisdiccionalmente, lo cual no sucede con los primeros.<sup>67</sup>

Por su parte, Héctor Jorge Escola, tratando de caracterizar al contrato administrativo, dice que éste no es sino una forma de la actividad administrativa, la cual por esencia está dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines del Estado, y para ser eficaz requiere de cierto poder. Así, por ser los contratos administrativos una forma de la actividad administrativa, debe estar presente en ellos el poder o potestad administrativo.<sup>68</sup>

Asimismo, al ser los contratos administrativos una forma de la actividad administrativa -continúa diciendo Escola- deben tener la misma finalidad que ésta: la satisfacción del servicio público, es decir, del interés público o de las necesidades colectivas.<sup>69</sup>

Así, como elementos esenciales del contrato administrativo Escola señala los siguientes:

---

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 184

<sup>67</sup> *Ibid.*, pp. 282 y ss.

<sup>68</sup> *Op. cit.* vol. I, pp. 111-112.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 115.

a) Que una de las partes que lo celebre sea la *administración pública* (en contraposición a otro criterio que sostiene que un contrato puede ser administrativo por su fin, aunque no lo celebre la administración pública), y

b) Que la finalidad que se persiga con el contrato sea la satisfacción del *interés público*.

André de Laubadere afirma que las características distintivas de los contratos administrativos consisten en que se relacionan con la organización o funcionamiento de un *servicio público* y en que contienen *cláusulas exorbitantes* del derecho común.<sup>70</sup>

Miguel Ángel Bercaitz considera como caracteres distintivos de los contratos administrativos el que estén *celebrados por la administración pública* y el que tengan como finalidad la satisfacción del *interés público*. Completa diciendo que, como consecuencia necesaria de que un contrato sea administrativo, estará sometido a reglas de derecho público exorbitantes de derecho común.<sup>71</sup>

El citado autor argentino, considera que es fundamental en el contrato administrativo el establecimiento de una relación jurídica de subordinación con respecto a la administración pública, mediante un acto de propia voluntad de quien se obliga con ella, subordinación cuyo contenido no es personal sino patrimonial.<sup>72</sup> Señala que esa subordinación nace de una desigualdad entre las partes no de hecho (como en los contratos de adhesión), sino de derecho.

Respecto de la subordinación del particular en los contratos administrativos, consideramos que al momento en que un particular celebra un contrato administrativo se convierte en un colaborador sumamente importante de la Administración, ya que su actividad debe traer como consecuencia el bien común. Pero si bien los intereses del contratante deben someterse a las exigencias del bien común, también la Administración debe someterse a éste. Así, cuando se trata de contratos administrativos, no consideramos que deba hablarse de que el particular se subordina a la Administración, sino que ambos permanecen en una situación de colaboración subordinada jurídicamente a la consecución del bien común.

Bercaitz considera que los diversos contratos pueden tener el carácter de administrativos debido a su naturaleza propia o a circunstancias distintas. Dice que contratos administrativos por su naturaleza son aquéllos celebrados por la

---

<sup>70</sup> Laubadere André, *Les contracts administratifs*, pp. 7, 46, 85, T. I. Cit. por Serra p. 491

<sup>71</sup> *Teoría general de los contratos administrativos*, p. 200.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 201.

administración pública con un fin público, o que, en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica. No por su naturaleza, pueden ser administrativos aquellos contratos que el legislador ha sometido a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica, a pesar de no celebrarse con un fin público, ni afectar en su ejecución la satisfacción de una necesidad pública colectiva.<sup>73</sup>

Señala Bercaitz que los caracteres del contrato administrativo son los siguientes:<sup>74</sup>

a) *Limitación de la libertad de las partes*. La autonomía de la voluntad no existe en los contratos administrativos. La administración pública no tiene libertad para elegir a su cocontratante, ya que debe seguir el procedimiento de licitación pública (además, no puede realizarlos si no están previstos en el presupuesto respectivo). A su vez, los particulares no tienen libertad para discutir las cláusulas del contrato, ya que generalmente se trata de un contrato de adhesión, regidos por leyes, especificaciones y pliegos de especificaciones generales y particulares.

b) *Desigualdad jurídica de las partes*. Se crea una situación de subordinación jurídica del cocontratante, derivada de la desigualdad de propósitos seguidos por las dos partes. La desigualdad jurídica se traduce en poderes de la administración para: i) adaptar el contrato a las necesidades públicas colectivas, variando dentro de ciertos límites, condiciones y circunstancias, la naturaleza y extensión de las obligaciones a cargo del cocontratante; ii) ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del cocontratante, en forma directa y unilateral y por cuenta de éste, y iii) dejar sin efectos el contrato directa y unilateralmente, en caso de incumplimiento del cocontratante o cuando las necesidades públicas colectivas así lo exijan.

c) *Mutabilidad del contrato*. La administración pública tiene la facultad de adaptar el contrato a las necesidades públicas colectivas a medida que éstas van cambiando. El interés público, que constituye la causa de los contratos administrativos, no se satisficaría si las condiciones del contrato permanecieran a pesar de que los supuestos de hecho que se tuvieron presentes al momento de celebrarlo se modificaran en tal forma que las prestaciones convenidas se tomaran inoperantes o contraproducentes para la satisfacción del interés público. Los contratos administrativos llevan implícita la cláusula *rebus sic stantibus*, que, por

---

<sup>73</sup> *Ibid.*, pp. 282 y ss.

<sup>74</sup> *Ibid.*, pp. 278-284.

integrar un régimen jurídico especial, constituye un elemento esencial de ellos, esté o no pactada expresamente.<sup>75</sup>

d) *Subordinación jurídica del cocontratante*. La administración pública tiene facultad de modificar las obligaciones a cargo de su cocontratante, de manera que se adecúen a las cambiantes necesidades públicas, satisfaciéndolas conforme a las circunstancias y condiciones que se dan en un momento determinado. Se considera que el cocontratante colabora con la Administración en la consecución del bien común, por lo cual debe aceptar las modificaciones que para el logro de dicho fin sea necesario realizar al contrato.

e) *Flexibilidad del contrato*. El contrato administrativo puede adaptar las obligaciones pactadas a las mudables necesidades públicas, mediante el pago correlativo de las indemnizaciones correspondientes al cocontratante.

f) *Extensión de los efectos del contrato*. Al contrario de lo que ocurre en el derecho privado, los contratos administrativos pueden extender sus efectos a terceros que no han sido parte de ellos.

Jéze considera como elementos característicos del contrato administrativo los siguientes:<sup>76</sup>

- a) Que haya un acuerdo de voluntades entre la Administración y un particular;
- b) que tenga por objeto la creación de una obligación jurídica de prestación de cosas materiales o de servicios personales mediante una remuneración;
- c) que la prestación del particular tenga por objeto asegurar el funcionamiento de un servicio público, y
- d) que el particular haya consentido expresamente y la Administración haya querido someterse a un régimen especial de derecho público, renunciando el particular a prevalerse de las reglas de derecho privado para la determinación de su situación jurídica.

Gabino Fraga ataca la idea de Jéze de que un elemento del contrato administrativo consiste en que el particular haya consentido someterse a un régimen de derecho público, diciendo que el hacer depender la naturaleza del contrato del hecho de que las partes hayan consentido someterse al régimen de derecho público significa que el carácter administrativo del contrato dependa de la voluntad de las partes y no de la naturaleza propia del acto.<sup>77</sup> En contra de la idea de Fraga, Nava

---

<sup>75</sup> No estamos de acuerdo con esto, ya que en virtud del principio de legalidad la Administración no puede realizar acto alguno en perjuicio del particular si no está autorizada para ello en la ley o en el contrato.

<sup>76</sup> *Principios generales del derecho administrativo*, vol. III, pp. 322-323.

<sup>77</sup> *Derecho administrativo*, p. 399.

Negrete considera que debido a que la voluntad de la Administración al contratar no es arbitraria, sino que proviene siempre de una fuente legal, la determinación del régimen jurídico del contrato sí puede depender de la voluntad de las partes.<sup>78</sup> Sin embargo, considera Nava que la libre elección de las partes por sí misma no da a un contrato el carácter de administrativo, sino que requiere externarse en la imposición de cláusulas exorbitantes de derecho común.<sup>79</sup>

Asimismo, Fraga ataca la idea que afirma que lo distintivo en los contratos administrativos es la desigualdad jurídica de las partes contratantes, pues considera que ello significa que el Estado puede imponer al particular las cláusulas del contrato, sin que éste pueda discutirlos, lo cual es contrario a la idea misma de contrato, pues no existe bilateralidad de voluntades.<sup>80</sup>

El citado administrativista mexicano opina que para considerar un contrato como administrativo no basta con que el Estado intervenga en él, ni tampoco el que se acuerden reglas especiales respecto de competencia, requisitos y solemnidades.<sup>81</sup> Afirma que la nota que da a un contrato el carácter de administrativo la constituye el que la *finalidad que persigue sea pública*, pues "así como la finalidad diferente es motivo para que dentro del mismo derecho privado se clasifiquen los contratos en civiles y mercantiles y que estos últimos queden sujetos a un régimen legal diverso del que se aplica a los primeros, así los contratos que el Estado celebra con fines especiales, distintos de los que persiguen los particulares en sus relaciones civiles o mercantiles, exigen, por la misma razón, un régimen jurídico especial."<sup>82</sup>

Después de expuesto lo anterior, adoptamos las siguientes posturas:

- a) Aceptamos los contratos administrativos como una categoría distinta a los contratos civiles.
- b) Un contrato puede ser administrativo por disposición de la ley o por su propia naturaleza.
- c) Un contrato será administrativo por disposición de la ley cuando así lo establezca expresamente el ordenamiento jurídico que lo regule.
- d) Aunque las partes celebrantes de un contrato denominen a éste como administrativo, habrá que atender a la naturaleza propia del contrato para verificar si

---

<sup>78</sup> "Contratos privados..." p. 725.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 563.

<sup>80</sup> *Op. cit.*, p. 399.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 400

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 399.

realmente tiene tal carácter. No aceptamos que un contrato pueda ser administrativo por voluntad de las partes.

e) Un contrato será administrativo por su naturaleza cuando cumpla los siguientes requisitos: i) Que lo celebre una dependencia o entidad pública, y ésta quede en posición deudora del precio y acreedora de la prestación, y ii) Que tenga por objeto la satisfacción del interés público.

f) Todos los contratos administrativos por su naturaleza incluirán cláusulas exorbitantes del derecho común, pero los contratos administrativos por disposición de la ley podrán o no tenerlas.

Un estudio aparte merecen los conceptos de cláusula exorbitante, interés público y servicio público, los cuales son los más utilizados para concebir a un contrato como administrativo. Sin embargo, su delimitación es difícil y su utilización puede llegar a ser peligrosa.

### 1. Las cláusulas exorbitantes

Consideramos que bajo el amparo de la frase "cláusulas exorbitantes del derecho civil" pueden cometerse múltiples atropellos a los derechos de quienes contratan con la administración pública, ya que cualquier modificación al contrato o cualquier carga impuesta extracontractualmente al contratista por la administración podría justificarse diciendo que, por no ser un rígido contrato civil, puede el contrato administrativo alterarse indiscriminadamente por la administración pública, argumentando que la satisfacción del interés público requiere de flexibilidad (siempre del contratista, por supuesto), menoscabando con ello la seguridad jurídica del particular.

Nava Negrete considera que las cláusulas exorbitantes del derecho común son facultades que se arroga la Administración en un contrato, las cuales en ningún caso se podrían otorgar a un particular en un contrato privado, debido a lo dispuesto por el artículo 1797 del Código Civil para el Distrito Federal en el sentido de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.<sup>83</sup> Así, al parecer de Nava Negrete, las cláusulas

---

<sup>83</sup> "Contratos privados " p. 724.

exorbitantes permiten dejar la validez y el cumplimiento de un contrato administrativo al arbitrio de la Administración.<sup>84</sup>

Según Nava Negrete, la cláusula exorbitante es una cláusula derogatoria del derecho común que rompe con el principio de igualdad de los contratantes que priva en los contratos civiles, desigualdad originada por la creación a favor de la Administración de prerrogativas de fuerza pública frente a su cocontratante. Habla Nava Negrete de "prerrogativas exorbitantes", y dice que éstas consisten en el uso de procedimientos de fuerza pública que colocan a la Administración en una situación de superioridad frente a su cocontratante, manifestado en un poder de acción unilateral reconocido a la autoridad, por el cual puede modificar unilateralmente el contrato. Son cláusulas imposibles en derecho privado, pues en tal campo serían ilícitas.<sup>85</sup>

Serra Rojas considera que la cláusula exorbitante es una imposición del poder público que la reclama por razones de interés general, consistente en la imperiosa necesidad del mantenimiento de los servicios públicos.<sup>86</sup>

Insistimos: cláusulas exorbitantes del derecho común es un concepto poco claro, que puede dar lugar a que se amplíe su interpretación indiscriminadamente, pues no resulta claro cuando una cláusula deja de ser de derecho común y se convierte en exorbitante, corriéndose el riesgo de que una cláusula llamada exorbitante del derecho común se convierta en *exorbitante de cualquier estado de derecho*.

## 2. El interés público

Situación similar a la que acontece con el concepto de cláusula exorbitante sucede respecto de la noción que indistintamente se ha denominado "bien común", "interés general", "interés público", "utilidad pública", "finalidad pública", etc., muy relacionada con la de servicio público y necesidades colectivas.

---

<sup>84</sup> No estamos completamente de acuerdo con lo anterior, pues incluso aceptando que el cumplimiento de los contratos administrativos puede quedar al arbitrio de la Administración, por causas de oportunidad y conveniencia, no creemos que se pueda decir lo mismo acerca de su validez.

<sup>85</sup> "Contratos de ..." p. 564-565.

<sup>86</sup> *Derecho administrativo*, p. 531.

Al respecto, comentando la *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, publicada en España el 27 de diciembre de 1956, José María Villar y Romero dice que tal ordenamiento "entre otras metas, tiene la de impedir que bajo el pretexto de *interés público*, se pretenda sustituir lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, por el sentimiento que del bien común tenga cada funcionario, y el imperio de la ley, por la arbitrariedad".<sup>87</sup>

Hablando del interés público, Monedero Gil dice que éste es un concepto que es necesario despojar de su generalidad y tratar de deducir de él conclusiones concretas. Dice que es necesario desmitificar el concepto de interés público, ya que si se maneja como una categoría axiomática, idealizada y sublimizada, no sirve para ser utilizado en la práctica. Y opina: "Las secuelas de un interés público convertido en dogma administrativo cuyo definidor, por supuesto, lo sería el propio Estado, impulsa a decisiones de la Administración intransigibles e irrenunciables."<sup>88</sup>

Continúa diciendo que del interés público debe darse un concepto realista, pragmático y relativo; debiendo determinarse siempre en relación a una situación jurídica determinada. Concluye diciendo que el interés público tiene dos componentes prácticos: a) la búsqueda del sistema más idóneo para la satisfacción de los distintos tipos de necesidades de los servicios públicos, y b) la defensa del interés económico del Estado en los convenios que celebra.<sup>89</sup>

Siguiendo las ideas de Gordillo,<sup>90</sup> Escola opina que el interés público no es el interés de la administración pública, ni el de un conjunto de habitantes tomados como masa, no es un bienestar general ni una felicidad imprecisable, sino la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes. Sólo hay interés público cuando de una mayoría de individuos cada uno puede escindir del mismo su interés individual, el cual debe ser personal y directo. Tal interés puede ser actual o eventual. Agrega que el interés público no debe limitarse exclusivamente a la conveniencia material o económica, sino que debe mantenerse dentro del principio de justicia.<sup>91</sup> Aparte del anterior concepto, Escola considera que el interés público es también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en

---

<sup>87</sup> Villar y Romero José María, *Comentarios a la Nueva Ley del 27 de diciembre de 1956, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1957, p. 9; Cit. por González Cosío, p. 60.

<sup>88</sup> *Doctrina del contrato del Estado*, p. 186.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>90</sup> *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1963, pp. 46-48. Cit

<sup>91</sup> Escola, vol. I, pp. 124-125.

comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen un interés propio y directo.<sup>92</sup>

### 3. El servicio público

Por lo que respecta al concepto de servicio público, Garrido Falla considera que las notas propias de éste son:<sup>93</sup>

a) Sistematiza aquella parte de la actuación administrativa que se concreta en prestaciones ofrecidas al público por la Administración a través de una organización montada por razones de interés público;

b) no comprende las explotaciones que conserva el Estado exclusivamente por motivos fiscales;

c) no prejuzga el carácter público o privado al que está sometida la actuación administrativa.

Aclara Garrido Falla que el elemento "público" del servicio se refiere no a la calidad de la persona que lo presta, sino a su destinatario.

A su vez, Miguel Acosta Romero define al servicio público de la siguiente manera: "Servicio público es una actividad técnica encaminada a satisfacer necesidades colectivas básicas o fundamentales, mediante prestaciones individualizadas, sujetas a un régimen de Derecho Público, que determina los principios de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad. Esta actividad puede ser prestada por el Estado o por los particulares (mediante concesión)."<sup>94</sup>

Gastón Jèze considera que los tres principios capitales que dominan la teoría general de los servicios públicos son:

a) *Subordinación de los intereses particulares al interés general* a que responde el servicio público, principio que se ve limitado por los siguientes dos;

b) Sólo cabe sacrificar los intereses privados en la medida *estrictamente necesaria* al interés general, y

---

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>93</sup> Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1962, t. II., p. 289. Cit. por Escola, t. I., p. 120.

<sup>94</sup> *Teoría general del derecho administrativo*, p. 137.

c) Debe pagarse una indemnización siempre que el interés general del servicio público exija de una persona un sacrificio excepcional.

### C. Elementos de los contratos administrativos

La teoría civilista de las condiciones de existencia y de validez de los contratos tiene un alcance general, adaptando las nociones de derecho civil a las exigencias propias del derecho administrativo. No obstante, principios propios de éste se utilizan separadamente dentro de la operación contractual administrativa para precisar o completar las figuras del derecho civil.<sup>95</sup>

De acuerdo a lo anterior, en general podemos sustraer de los contratos administrativos los mismos elementos que conforman a los civiles.

Escola<sup>96</sup> formula su propia clasificación de los elementos de los contratos administrativos: elementos esenciales básicos sin los cuales el contrato no puede existir de ninguna manera, y elementos esenciales presupuestos, que son aquellos que están implícitos o son necesarios para la configuración de los elementos esenciales básicos, o contribuyen a su perfeccionamiento. Entre los primeros coloca el consentimiento y el objeto. La existencia del consentimiento presupone la de los sujetos de los cuales dimana, y para que éste tenga valor y eficacia, es preciso que los sujetos hayan obrado con competencia y capacidad. La existencia del objeto, a su vez, implica la de una causa y de una finalidad. Y como elemento esencial complementario aparece la forma, de tanto relieve en el derecho administrativo.

Jéze considera como elementos esenciales para la conclusión de los contratos celebrados por la Administración, primero, que se hayan concluido entre partes capaces y agentes públicos competentes, y segundo, que se haya elegido al contratante siguiendo el procedimiento establecido por las leyes y reglamentos.<sup>97</sup>

Para los efectos del presente estudio, consideraremos elementos del contrato administrativo a los siguientes:

---

<sup>95</sup> Vidal Perdomo, *El contrato de obras públicas*, p. 28.

<sup>96</sup> Vol. I, pp. 133-161.

<sup>97</sup> Vol. IV, p. 9.

## 1. Esenciales:

a) *Consentimiento*, expresado por los sujetos que son parte del contrato: un organismo público y un particular, que puede ser persona física o colectiva.

b) *Competencia*, así como la capacidad es un elemento de cualquier contrato, tratándose de contratos administrativos debe predicarse la competencia de las personas que celebran el contrato en representación de organismos administrativos. A diferencia de la capacidad, que se rige por el derecho civil, la competencia se regula por normas de derecho público.<sup>98</sup> Jéze considera que si el contrato no es concluido por el agente público competente, la consecuencia es la inexistencia, no la nulidad, del contrato.<sup>99</sup> Por ello incluimos a la capacidad como elemento de existencia, no de simple validez.

c) *Objeto*, sobre el cual recaiga el consentimiento de las partes. Debe ser posible y lícito. En los contratos administrativos, el objeto debe tener alguna relación con el interés público.

d) *Forma*, ya que -en nuestro derecho- el contrato no puede surtir efectos sino hasta que sea otorgado por escrito. Al respecto, Sayagués distingue la "forma" propiamente dicha de las "formalidades". Estas últimas serían los requisitos que deben cumplirse para la expresión de la voluntad administrativa, y que pueden ser anteriores, concomitantes o posteriores a dicho acto, mientras que la "forma" es uno de dichos requisitos y se refiere a la manera como se documenta la voluntad administrativa.<sup>100</sup>

## 2. De validez:

a) *Capacidad*, del particular que contrata con la Administración, ya sea persona física o colectiva. En este último supuesto, su objeto social le deberá facultar a realizar el contrato de que se trate.

b) *Ausencia de vicios del consentimiento*, los vicios del consentimiento pueden ser error, dolo, mala fe y violencia.

c) *Causa, motivo o fin de interés público*,<sup>101</sup> el motivo por el cual se celebre un contrato administrativo debe ser necesariamente de interés público,

---

<sup>98</sup> Vidal Perdomo, p. 40.

<sup>99</sup> Vol. IV, p. 50

<sup>100</sup> *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, Tomo I, 1963, p. 457; cit. por Vidal Perdomo, p. 38.

<sup>101</sup> Especial dificultad estriba el diferenciar claramente entre "causa", "fin", "finalidad" y "motivo". Al respecto, consultar Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, pp. 158-175.

generalmente consistente en la satisfacción de un servicio público.

Por su parte, Bercaitz<sup>102</sup> considera que los elementos del contrato administrativo pueden ser esenciales o naturales. Dentro de los primeros señala los siguientes:

- sujeto
- competencia y capacidad
- consentimiento
- forma
- objeto
- causa
- régimen jurídico especial

Y considera que elementos naturales son:

- plazo
- conmutabilidad
- intransferibilidad
- licitación y pliego de condiciones
- garantías
- sanciones

En la segunda parte de la presente investigación, dedicada al contrato de obra pública, se hará un análisis detallado de los elementos que consideramos como propios de los contratos administrativos. Nos remitimos al capítulo correspondiente.<sup>103</sup>

#### D. Ejecución de los contratos administrativos

Las características propias de los contratos administrativos hacen que su ejecución esté regulada por reglas propias distintas a las que reglamentan a los contratos privados.

Al respecto, Jéze<sup>104</sup> opina que en los contratos administrativos -en los cuales el particular se convierte en un colaborador de la Administración para el

---

<sup>102</sup> *Op. cit.*, p. 216.

<sup>103</sup> *Vid. infra*, 2<sup>a</sup> pte, cap. I.

<sup>104</sup> Vol IV pp. 191 y ss.

funcionamiento de un servicio público- el proveedor o empresario que se obliga respecto a la Administración debe cumplir sus obligaciones siguiendo reglas más estrictas que las del derecho privado, y la interpretación de las obligaciones del contratante de la Administración debe ser más rigurosa. Afirma que es la sumisión contractual a estas reglas de derecho público lo que da a un contrato el carácter de administrativo.

Jèze considera que una regla esencial en la ejecución de los contratos administrativos consiste en que el interés general del funcionamiento regular del servicio público no debe ser comprometido por el interés privado del contratante.<sup>105</sup> Ahondando en lo anterior, dice: "La colaboración del contratante en un servicio público, consentida voluntariamente en un contrato administrativo propiamente dicho, entraña para aquél la obligación de cumplir sus compromisos en forma que no comprometa el funcionamiento continuo y regular del servicio público, sino que, por el contrario, lo facilite. No se necesita para esto una disposición legislativa expresa, ni una cláusula especial del contrato; esta obligación deriva explícita, pero fatalmente, de la noción de servicio público. El contratante no sólo debe ejecutar las obligaciones contractuales como lo haría un particular respecto a otro particular. Debe interpretarse que las obligaciones se extienden a todo lo que es absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular-y continuo del servicio público en el cual aquél ha aceptado colaborar."<sup>106</sup>

En el mismo sentido, Gabino Fraga dice que la existencia de los contratos administrativos como una categoría especial sólo puede justificarse por la circunstancia de que ellos están sujetos a un régimen jurídico exorbitante del constituido por el derecho civil.<sup>107</sup>

Afirma Fraga que si un contrato es administrativo, las reglas relativas a la ejecución, interpretación y terminación del contrato deberán necesariamente ser especiales, constituyendo éstas un régimen exorbitante al derecho civil.<sup>108</sup>

Finalmente, dice que en el contrato administrativo existe una íntima relación entre las prestaciones que en él se imponen y el cumplimiento de las atribuciones del Estado, por lo cual es necesario que la ejecución de las obligaciones contractuales quede subordinada a normas que salvaguarden dichas atribuciones, incluso en

---

<sup>105</sup> Vol II, p. 193.

<sup>106</sup> Vol. IV, p. 194.

<sup>107</sup> *Op. cit.*, p. 397.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 400.

detrimento del interés privado del particular contratante.<sup>109</sup>

Para compensar al particular de la excesiva rigurosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, Jèze señala que la Administración admite en el contrato la inclusión de la teoría de la imprevisión, por la cual se autoriza una revisión equitativa al contrato en el caso de que su ejecución cause al particular un perjuicio anormal que no podía razonablemente prever en el momento en que celebró el contrato.<sup>110</sup>

Al igual que Jèze, Monedero Gil opina que, en virtud de que en los contratos administrativos el Estado ejerce un predominio sobre el particular en la celebración y ejecución del contrato, por lo cual se rompe la igualdad entre las partes (la cual considera como esencia del contrato en general), es necesario compensar al particular por tal desigualdad.<sup>111</sup> Así, opina que las facultades extraordinarias que tiene el Estado al celebrar contratos administrativos conllevan al debilitamiento de la posición jurídica del contratante privado, por lo cual es necesario conciliar las prerrogativas del Estado con el interés económico de los contratantes privados, lo cual se logra con:

a) *El principio de legalidad*, que obliga al Estado a ejercer sus prerrogativas con arreglo a una normatividad preexistente que permite al particular conocer con exactitud su situación jurídica antes de celebrar el contrato.

b) *El derecho a la indemnización*, que tiene el particular por los daños y perjuicios que pueda originarle el Estado con el ejercicio de sus prerrogativas.

En el mismo sentido, Monedero Gil opina que la juridicidad y el respeto a la economía interna en el contrato administrativo conjugan una situación jurídica estabilizada que permite el logro de los mutuos objetivos del órgano y del particular en el negocio. Así, se logra una eficacia práctica con esta figura, no obstante las decisivas derogaciones que contiene respecto al esquema civil.<sup>112</sup>

Por su parte, Jèze formula las siguientes proposiciones respecto de las reglas especiales aplicables a los contratos administrativos:<sup>113</sup>

a) Los principio de justicia y equidad que dominan todos los contratos son

---

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 402.

<sup>110</sup> Vol. IV, p. 195, nota 8.

<sup>111</sup> *Op. cit.*, p. 142.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 281.

<sup>113</sup> Vol. IV, pp. 195 y ss.

aplicables también a los contratos de derecho público. Entre estos principios se encuentran los siguientes: debe respetarse la palabra dada; debe sancionarse a quien comete una falta en la ejecución de sus obligaciones; las cláusulas del contrato deben interpretarse y cumplirse razonablemente, atendiendo más a la intención de las partes que a la literalidad de las cláusulas; las partes quedan obligadas a cumplir no sólo lo expresado formalmente en el contrato, sino también las consecuencias que resultan de la naturaleza del contrato y de los usos admitidos para ellos.

b) Las reglas técnicas establecidas por los códigos de derecho privado para determinado contrato se aplican a los contratos privados celebrados por la Administración, pero no cabe aplicarlas, por analogía, a los contratos administrativos.

Monedero Gil afirma que lo peculiar del régimen del contrato administrativo estriba en que, bien por vía de norma o de cláusula de obligatoria aceptación por el particular contratante, la Administración se reserva facultades en la esfera del negocio, excepcionales e infrecuentes en el tráfico civil, en orden a la modificación, control, interpretación, aseguramiento y resolución del vínculo contraído. Dice que, en concordancia con lo anterior, lo característico del contrato administrativo es la derogación, legítima y sistemática, que implica de las reglas del *pacta sunt servanda* y de la *lex contractus* que constituyen el fundamento mismo del contrato civil.<sup>114</sup>

### E. Definición de los contratos administrativos

Una vez que hemos repasado las características, elementos y reglas propias de ejecución de los contratos administrativos, estamos en posibilidad de dar una definición de éstos.

Antes de hacerlo, citaremos algunas definiciones que de ellos han elaborado diversos autores de la materia.

Bercaitz define a los contratos administrativos como "aquellos celebrados por la administración pública, con un fin público, o que en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público exorbitantes del derecho privado, que colocan al contratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica."

---

<sup>114</sup> *Op. cit.*, p. 280.

Completa diciendo: "Son también contratos administrativos, aun cuando no por su naturaleza, aquellos que el legislador ha sometido a reglas de derecho público exorbitantes del derecho privado que colocan al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica, a pesar de no celebrarse con un fin público, ni afectar su ejecución la satisfacción de una necesidad colectiva."<sup>115</sup>

Escola nos da la siguiente definición de contratos administrativos: "son aquellos celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del derecho privado o que coloquen al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta."<sup>116</sup>

Serra Rojas da dos definiciones distintas de contrato administrativo. Primeramente lo define como "una obligación bilateral, sinalagmática, en la que una de las partes es la Administración pública con las prerrogativas inherentes a su condición jurídica, y la otra un particular o una entidad pública, destinada a realizar determinados fines o relaciones, sometidos a ciertas reglas particulares exorbitantes, entre ellas la forma que deben revestir y la de estar sometidos, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa."<sup>117</sup>

Más adelante, dice que el contrato administrativo es "un acuerdo de voluntades celebrado, por una parte la Administración pública y por la otra personas privadas o 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."<sup>118</sup>

Definir no sólo es difícil, sino también peligroso. Conscientes de ello, proponemos la siguiente definición de contrato administrativo:

"Acuerdo de voluntades entre un organismo público y un gobernado, celebrado con el fin de satisfacer un interés público mediante la prestación por parte del particular de un servicio público o de un hecho que sea requisito necesario para la posterior prestación de un servicio público."

En la definición que proponemos aparecen dos partes contratantes: un

---

<sup>115</sup> *Teoría general de los contratos administrativos*, p. 183..

<sup>116</sup> Vol. I, p. 127.

<sup>117</sup> *Derecho administrativo*, p. 524.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 527.

organismo público y un gobernado. Consideramos que puede celebrar un contrato administrativo cualquier organismo perteneciente a la administración pública, ya sean centralizados o paraestatales, federales, estatales o municipales, e inclusive también los órganos de los poderes legislativo y judicial de la Federación y los Estados. La otra parte será necesariamente un gobernado, el cual podrá ser persona física o colectiva. No serán contratos administrativos los convenios celebrados entre dos entidades o dependencias públicas. Tampoco lo serán los celebrados entre dos particulares, aunque tengan un fin público.

Importante es hacer notar que en la definición que proponemos el Estado tendrá que ser necesariamente el deudor del precio y la prestación estará a cargo del particular.

El fin del contrato administrativo siempre será la consecución del interés público, no sólo mediante la prestación inmediata de un servicio público, sino también mediante la ejecución de obras necesarias para la posterior prestación del servicio.

Debido a que el interés público es un concepto que cambia conforme lo hacen las necesidades de la colectividad, es necesario darle cierto grado de flexibilidad al contrato, lo cual se logra mediante la inserción en el mismo de cláusulas exorbitantes del derecho común.

## IV. TIPOS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

### A. Generalidades

Antes de realizar una enumeración de los diversos contratos administrativos que existen, es conveniente hacer una aclaración: no todos los contratos a los que comúnmente se les llama administrativos tienen este carácter. Al respecto, el maestro Serra Rojas<sup>119</sup> afirma que existen convenios inter-administrativos y convenios entre la administración y los administrados que no tienen el carácter de contratos. Así, dice que no tienen tal carácter el contrato de concesión, los convenios en materia de expropiación, los convenios en materia fiscal, los convenios entre la administración y las entidades federativas en materia electoral, los convenios de turismo, salubridad, educación pública, materia vial, consorcios forestales y otros tipos de convenios que celebra la Administración pública y a los que equivocadamente se les considera contratos administrativos.

El mismo autor, nos dice que la denominación de contratos administrativos no es un elemento que deba quedar a juicio de las partes, sino que debe corresponder a la verdadera naturaleza jurídica del contrato. De esta manera, contratos que comúnmente se denominan administrativos deben ser analizados para averiguar si realmente tienen esa naturaleza jurídica.

Es pertinente citar en este apartado a una ley española: la *Ley del Contrato del Estado*, la cual considera como contratos administrativos típicos al de obras, al de gestión de servicios públicos y al de suministros, y como contratos administrativos especiales a los que tienen tal carácter bien por

---

<sup>119</sup> *Derecho administrativo.*, pp. 525-526.

disposición administrativa bien por disposición singular de la administración en un contrato concreto.

Tanto Andrés Serra Rojas, como Héctor Jorge Escola y Miguel Ángel Bercaitz, mencionan como tipos de contratos administrativos a los siguientes:<sup>120</sup>

- a) El contrato de obra pública;
- b) El contrato de suministros;
- c) El contrato de concesión de servicios públicos;
- d) El contrato de empréstito o de deuda pública, y
- e) El contrato de la función o empleo público.

Además, cada uno de los autores citados menciona la existencia de los siguientes contratos administrativos:

Serra Rojas:

- f) La locación de cosas;
- g) El contrato de compraventa de bienes del dominio privado de la Federación;

Bercaitz:

- h) Contrato de ocupación del dominio público;
- i) Contrato de concesión de derivación de aguas públicas;

Escola:

- j) Contrato administrativo de transporte;
- k) Contrato administrativo de locación de servicios;
- l) Contrato administrativo de locación de cosas;
- m) Contrato administrativo de mandato;
- n) Contrato administrativo de depósito;
- o) Contrato administrativo de fianza;
- p) Contrato administrativo de juego, y
- q) Concesión de ocupación y uso de bienes del dominio público.

Serra Rojas considera además la existencia de contratos administrativos de adhesión, tales como la compra de un boleto de ferrocarril, el poner un telegrama o

---

<sup>120</sup> Serra, p. 547; Escola, vol. II, pp. IX a XI; Bercaitz, p. 145.

el mandar un giro postal o telegráfico. A tales contratos, Monedero Gil los denomina contratos públicos.<sup>121</sup> Por nuestra parte, consideramos que aunque en estos contratos interviene el Estado, no deben considerarse como administrativos, sino como contratos privados que celebra la Administración.

A continuación realizaremos un breve análisis de los contratos que Serra, Escola y Bercaitz coinciden en denominar como administrativos (con excepción del de obra pública, ya que éste será analizado en la parte siguiente de la presente tesis), no sin antes mencionar que cualquier lista de tipos de contratos administrativos es meramente enunciativa y nunca limitativa, y que en todo caso hay que atender a las características propias del contrato de que se trate y no a la denominación que le hayan concedido la ley o las partes.

## B. Contrato de suministros

El contrato de suministros, también llamado de abastecimientos, es aquel por el cual un particular se obliga a entregar a la administración productos necesarios para la atención de los servicios públicos, o a desarrollar un servicio destinado a la satisfacción de una necesidad colectiva, recibiendo un precio como contraprestación a cargo del Estado.

Escola lo define como "aquel contrato administrativo por el cual la administración pública obtiene la provisión de cosas muebles, mediante el pago de una remuneración en dinero."<sup>122</sup>

Añade que con él no se pretende una simple adquisición, sino tratar de prevenirse y tener disponibles, en todo momento, determinadas cosas que habrán de servir a un fin determinado. Señala que este contrato debe siempre versar sobre objetos materiales susceptibles de ser transportados de un lugar a otro.

En México, el contrato de suministro se encuentra regulado por la *Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con bienes muebles*, publicada en el Diario Oficial de la Federación el ocho de febrero de 1985.

---

<sup>121</sup> *Ibid. supra*, 1ª pte., capítulo III, sección A.

<sup>122</sup> Vol. II, p. 505.

Esta ley regula los actos y contratos que celebren las dependencias de la Administración pública en materia de adquisiciones y arrendamiento de bienes muebles y prestación de servicios relacionados con los mismos (art. 1º).<sup>123</sup>

Del artículo mencionado, las adquisiciones y la prestación de servicios encuadran dentro de la definición que dimos del contrato de suministro, las primeras en cuanto a la entrega de productos y las segundas en cuanto a la realización de un servicio. En cuanto al arrendamiento de bienes muebles, éste no es considerado por la doctrina como objeto del mencionado contrato, por lo cual lo podemos considerar un contrato autónomo.

La ley en comento, abrogó a la *Ley sobre Adquisiciones, Arrendamientos y Almacenes de la Administración Pública Federal*, publicada en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 1979, la cual en su artículo 1º decía que su objeto era regular las operaciones de las dependencias y entidades de la Administración pública federal relativas a: I. Adquisición de mercancías, materias primas y bienes muebles; II. Arrendamiento de bienes inmuebles; III. Contratación de servicios relacionados con bienes muebles, y IV. Almacenes.

Como se puede observar, la antigua ley regulaba las mismas materias que la ley que la abrogó, incluyendo además las operaciones relativas a Almacenes. El que estas operaciones no las regule la ley vigente es intrascendente para nuestro tema, ya que en los artículos en que la antigua ley trataba de los almacenes se refería únicamente al control interno que cada dependencia debía tener de los bienes muebles, materias primas y mercancías que adquirieran.

### C. Contrato de función o empleo público

Bercaitz señala que el contrato de función o empleo público es el que une al empleado o funcionario público con el Estado. Dice que por él la administración pública acepta tomar a su servicio a una persona para realizar determinada función, y a su vez el funcionario o empleado acepta entrar al servicio de la administración

---

<sup>123</sup> El artículo citado habla solamente de "dependencias", incurriendo con ello en una omisión, ya que el artículo 2º de la ley no incluye dentro de lo que debe entenderse por dicho término a las entidades paraestatales, las cuales también están sujetas a dicha ley.

pública mediante el pago de un sueldo o el otorgamiento de determinados honores o beneficios. La aceptación de ambos es voluntaria.<sup>124</sup>

A su vez, Escola dice que la relación de función o empleo público "es la que se establece cuando una persona es investida por la Administración pública, conforme a los procedimientos o modalidades legales que correspondan, para el desempeño de una función o empleo públicos, que acepta cumplir voluntariamente, con cierta permanencia y por lo general en forma remunerada."<sup>125</sup>

Como características básicas de este contrato, Escola señala las siguientes:<sup>126</sup>

- a) Es un contrato administrativo en sentido estricto;
- b) Su objeto es investir a una persona para el desempeño de una función o empleo públicos;
- c) Generalmente es de duración prolongada;
- d) Generalmente los servicios prestados son remunerados.

No podemos estar de acuerdo con Bercaitz y Escola cuando consideran a esta relación entre la Administración y los servidores públicos como un contrato administrativo, por las mismas razones por las cuales en el apartado respectivo negamos que la relación de trabajo tuviera el carácter de contrato.<sup>127</sup>

Por su parte, Jêze habla del *contrato de locación de servicios profesionales*, y realiza la siguiente distinción:<sup>128</sup>

- a) El vínculo que une a un funcionario público propiamente dicho con la Administración no es contractual;
- b) Los individuos que, sin ser funcionarios, colaboran en los servicios públicos de manera *permanente*, sí tienen un vínculo contractual con la Administración;<sup>129</sup>
- c) Los individuos que colaboran en los servicios públicos de manera ocasional, tienen un vínculo contractual, pero no de derecho administrativo sino de derecho privado.

---

<sup>124</sup> *Op. cit.*, p. 147.

<sup>125</sup> Vol. II, p. 332.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 360.

<sup>127</sup> *Vid. supra*, 1ª pte., capítulo II, sección G.

<sup>128</sup> Vol. IV, p. 447.

<sup>129</sup> Ni siquiera en este supuesto, consideramos nosotros que estemos frente a un contrato administrativo.

En el primer supuesto, Jèze considera que no se crea una situación jurídica individual, ya que la situación jurídica de *funcionario público* tiene su origen en las leyes orgánicas, y es impersonal: el nombramiento ni le agrega ni le suprime nada. El puesto existe siempre, aunque no el agente.<sup>130</sup>

#### D. Contrato de concesión de servicios públicos

Jèze considera que el contrato de concesión de servicio público es el contrato administrativo que tiene por objeto el funcionamiento de un servicio público, el cual se realiza con gastos y riesgos a cargo del concesionario, a cambio de una remuneración consistente en el derecho de percibir, para su beneficio, una contribución de los usuarios, establecida por la Administración mediante una tarifa durante toda la duración de la concesión, la cual es por un largo período de tiempo.<sup>131</sup>

A su vez, Escola define este contrato diciendo que consiste en "un acto de la Administración pública por el cual ésta encomienda a un tercero la organización y el funcionamiento de un servicio público, en forma temporal, otorgándole determinados poderes y atribuciones a ese fin, asumiendo dicha persona la prestación del servicio a su propia costa y riesgo, percibiendo por ello una retribución, que puede consistir en el precio pagado por los usuarios, o en subvenciones o garantías que le fueran reconocidas, o en ambas cosas a la vez, cumpliéndose el servicio público bajo la vigilancia y control de la autoridad administrativa."<sup>132</sup>

Son características básicas del contrato de concesión de servicios públicos las siguientes:<sup>133</sup>

- a) Es un contrato administrativo en sentido estricto;
- b) su objeto es la organización y prestación de un servicio público;
- c) se otorga directa e inmediatamente para la satisfacción del interés público;
- d) la prestación del servicio se lleva a cabo por cuenta y riesgo del concesionario, siendo la remuneración que recibe éste principalmente las tarifas que

---

<sup>130</sup> Vol. IV, p. 449.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 362.

<sup>132</sup> Vol. II, p. 15.

<sup>133</sup> Escola, vol. II, p. 41.

pagan los usuarios, además de privilegios, exenciones u otras compensaciones que otorgue la administración, y

e) generalmente es un contrato de larga duración.

Respecto de la determinación de la tarifa por parte de la Administración, Jéze señala que la intervención del concesionario es "económicamente útil y jurídicamente necesaria". Económicamente útil porque si el empresario afronta los riesgos, es preciso que la tarifa sea suficiente para afrontar los gastos de explotación y remunerar convenientemente el capital invertido en la concesión. Jurídicamente necesaria debido a que la decisión administrativa que fijare la tarifa sin la intervención del concesionario sería nula.<sup>134</sup> Una vez fijada la tarifa sólo la autoridad pública puede modificarla.

Jéze considera que aunque la mayoría de las concesiones son para operar servicios de orden económico o industrial, no habría obstáculo para la concesión de otros servicios públicos: policía, justicia, impuestos.<sup>135</sup> Tal opinión no es compartida por el criterio de nuestra Suprema Corte, la cual, por conducto de su Tercera Sala, ha sostenido las siguientes tesis:<sup>136</sup>

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Cuando la materia del mismo contrato es algo que no está dentro del comercio, en virtud de que se estipulan actos propios del ejercicio de la soberanía de la autoridad, debe reputarse que ese contrato no puede producir obligaciones ni derechos. Así, si un ayuntamiento contrata en su calidad de autoridad y no de persona moral, no puede abdicar se su soberanía, transmitiendo al contratista el derecho de cobrar impuestos municipales, ni conceder facultades de recaudación, bajo el sistema de que el contratante habrá de cobrar tales derechos. Estos actos son típicos de soberanía y, por tanto, no pueden ser materia de contratación.

Quinta Época, tomo XXVIII, Pág. 1527, Uscanga Teódulo R.

Sucede frecuentemente que al contrato de concesión de servicios públicos se agregue a un contrato de obras públicas. Este conjunto recibe el nombre de *contrato de concesión de obras públicas*.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> Vol. IV, p. 375.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 367.

<sup>136</sup> *Cfr.* también Quinta Época, tomo XXVIII, Pág. 1030, Cia. de Tranvías, Luz y Fuerza de Puebla. - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE LOS AYUNTAMIENTOS.

<sup>137</sup> Jéze, vol. IV, p. 368.

Finalmente, en relación con el contrato de concesión, diremos que existe controversia entre la doctrina acerca de su naturaleza jurídica, considerando algunos autores que no es propiamente un contrato.<sup>138</sup>

### E. Contrato de empréstito público

Para asegurar el funcionamiento de un servicio público, el gobierno puede pedir prestado dinero, ya sea al público en general o a los banqueros. Esto da lugar al contrato de empréstito público.<sup>139</sup>

Escola señala que el empréstito público es "el procedimiento, sujeto a normas de derecho público, mediante el cual el Estado obtiene de los particulares un préstamo en dinero, para aplicarlo a urgencias imprevistas que no pueden atenderse de otro modo, o para solventar empresas de utilidad nacional, obligándose a pagar un interés y a reembolsarlo y cancelarlo dentro de las condiciones que hayan sido fijadas de antemano."<sup>140</sup>

Son cláusulas exorbitantes en estos contratos la inembargabilidad de rentas del estado, la inmunidad fiscal, la sujeción de las tasas de interés, la prescripción especial, la imposibilidad de ejercer oposición, etc.<sup>141</sup>

Consideramos importante resaltar que un elemento necesario de este contrato consiste en que lo celebre el gobierno con particulares, y no con otros Estados.

---

<sup>138</sup> En tal sentido, Acosta Romero, *Teoría general del derecho administrativo*, pp. 698-699; quien considera que la concesión es un acto administrativo discrecional.

<sup>139</sup> Jèze, vol. IV, p. 432.

<sup>140</sup> Vol. II, p. 558.

<sup>141</sup> Jèze, vol. IV, p. 435.

## V. REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

### A. La justicia administrativa en general

Existen dos sistemas tradicionales de justicia administrativa: el sistema francés y el sistema anglo-americano.

El sistema francés predomina en la familia jurídica romano-germánica, teniendo como principal representante a Francia, que exalta al poder público y tiende a quebrar las desigualdades económico-sociales del capitalismo liberal mediante una subordinación del derecho privado al derecho público. Este sistema se caracteriza por contar con una dualidad de jurisdicción: civil y administrativa, la primera encabezada por la Corte de Casación y la segunda formada por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos. Tiene su fundamento en dos ideas fundamentales: la especialización y separación de las funciones de los poderes del Estado y la independencia de cada uno de ellos, de tal manera que no existan interferencias que comprometan su libertad de acción, lo cual tiende a fortalecer la acción administrativa por encima de la iniciativa privada dentro de un Estado fuertemente intervencionista.<sup>142</sup>

El sistema anglo-americano predomina en el *common law*. Nacido en Gran Bretaña, donde se equipara al poder público con los particulares, y se somete a la Administración, como si fuera un particular, a una jurisdicción única. Un sistema único de tribunales dependiente del Poder Judicial, en el cual se ventilan

---

<sup>142</sup> González Cosío, *El poder público y la jurisdicción...*, pp. 57-58.

controversias tanto civiles como administrativas, es la principal característica de este sistema.<sup>143</sup>

En México, tanto la Constitución de 1824 como la de 1857, establecieron la función jurisdiccional como facultad privativa del Poder Judicial, incluyendo dentro de ella a la jurisdicción en materia administrativa; estableciendo así el sistema angloamericano de justicia administrativa. De la misma manera, al momento de ser promulgada, la Constitución de 1917 es ajena a la institución de una justicia administrativa delegada en el seno del Poder Ejecutivo.<sup>144</sup>

Un asomo de justicia administrativa al estilo francés aparece el 31 de agosto de 1936, fecha en que se expide la *Ley de Justicia Fiscal*. Después de la *Ley de Justicia Fiscal* de 1936, apareció en 1938 el primer Código Fiscal, el cual fue sustituido por otro publicado en 1967 y éste a su vez por el vigente de 1983.

El mismo año en que apareció la *Ley de Justicia Fiscal* (1936), se creó por primera vez en México un tribunal administrativo: el Tribunal Fiscal de la Federación, al cual se le concedió competencia exclusivamente en materia fiscal.

Al momento de nacer el Tribunal Fiscal de la Federación, no existía base constitucional para su creación, por lo que fue anticonstitucional hasta 1946, ya que al ser los tribunales administrativos una excepción deben ser creados y establecidos expresamente por la Constitución, la cual en 1936 no los contemplaba.<sup>145</sup>

En 1946 se adiciona un segundo párrafo a la fracción I del artículo 104 constitucional, estableciendo, en su parte conducente, que en los juicios en que la Federación esté interesada, las leyes podrán establecer recursos ante la Suprema Corte de Justicia contra las sentencias de tribunales administrativos creados por ley federal, siempre que dichos tribunales estén dotados de plena autonomía para dictar sus fallos. Con tal reforma la constitucionalidad de los tribunales administrativos quedó resulta de manera indirecta, pues al crearse constitucionalmente un recurso ante la Suprema Corte de Justicia contra las resoluciones de los tribunales administrativos, se constitucionalizó la creación de dichos tribunales.<sup>146</sup>

En 1967 se volvió a reformar la fracción I del artículo 104 constitucional, asentándose que las leyes federales podrían instituir tribunales de lo

---

<sup>143</sup> *Ibid.*, pp. 57-59.

<sup>144</sup> *Ibid.*, pp. 60-61.

<sup>145</sup> Carpizo, *Estudios constitucionales*, p. 188.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 189.

contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal o del Distrito y Territorios Federales, y los particulares. Esta reforma constituye una autorización y no indirecta sino directa para la creación de tribunales administrativos.

La reformas constitucionales se extendieron también al ámbito local, reformándose en 1987 el artículo 116, permitiendo a los Estados "instituir Tribunales de la Contencioso-Administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Estatal y los particulares".

En el mismo año, por decreto de fecha 29 de julio de 1987; se adicionó la fracción XXIX-H al artículo 73 Constitucional, facultando al Congreso de la Unión para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso administrativo, y se creó el inciso I-B del artículo 104, señalando que del recurso de revisión contra las resoluciones definitivas dictadas por los tribunales federales de lo contencioso administrativo conocerían los Tribunales Colegiados de Circuito, limitando la procedencia del recurso a los casos señalados por las leyes.

Si bien al aparecer en 1936 al Tribunal Fiscal de la Federación se le otorgó competencia exclusivamente en materia fiscal, ésta le fue ampliada en 1967, año en que se expide su primera Ley Orgánica, a otras controversias de carácter administrativo, como multas por violación a leyes administrativas, cumplimiento e interpretación de contratos de obra pública, pensiones civiles y militares, cuotas del Seguro Social e INFONAVIT, etc.

La Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación de 1967, fue abrogada por la actual, en 1978.

El Tribunal Fiscal de la Federación es un tribunal de anulación exclusivamente, sólo tiene facultad de anular el acto administrativo impugnado, pero no puede adicionarlo o reformarlo.<sup>147</sup>

Nos adherimos a la opinión de Jorge Carpizo cuando opina que es incorrecto decir -como lo hace González Cosío-<sup>148</sup> que el Tribunal Fiscal de la Federación es un tribunal de justicia delegada, ya que no imparte justicia en nombre de ninguna autoridad administrativa, tiene completa independencia para dictar sus resoluciones

---

<sup>147</sup> González Cosío, p. 94.

<sup>148</sup> *Op. cit.*, p. 94.

y, principalmente, sus funciones y atribuciones no las recibe por delegación de algún otro órgano de la administración, sino de la norma jurídica que lo crea.<sup>149</sup>

Es importante señalar que el Tribunal Fiscal de la Federación no tiene facultades para analizar la constitucionalidad de leyes y reglamentos, función que está reservada exclusivamente al Poder Judicial Federal. Tanto el fiscal de la federación, como los demás tribunales administrativos que existen en México están obligados a aplicar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, así como la de los Tribunales Colegiados que funcionen dentro de su competencia territorial.

Ni el Tribunal Fiscal de la Federación, ni los diversos tribunales administrativos que existen en el Distrito Federal y en los Estados, pueden considerarse independientes del Poder Judicial, ya que sus sentencias admiten ser revisadas por éste mediante el juicio de amparo. Así, el recurso de revisión de las resoluciones definitivas dictadas por los tribunales administrativos, impide hablar de dualidad de jurisdicciones en sentido estricto. Para la existencia de una dualidad de jurisdicciones se requeriría la creación constitucional de una "Corte Suprema de Justicia Administrativa Federal".<sup>150</sup>

Acerca de la justicia administrativa en general, Carpizo, siguiendo las ideas de Jesús González Pérez, opina que la jurisdicción de lo contencioso administrativo<sup>151</sup> no requiere de la existencia de un código para la misma, ya que le son aplicables todos los aspectos orgánicos y procesales comunes a la jurisdicción, aunque con las características propias que le señalan las leyes de lo contencioso administrativo. "El contencioso-administrativo hay que contemplarlo englobado dentro del estudio general de las instituciones procesales, aunque no hay que olvidar que parte de su contenido es de derecho sustantivo, o sea, administrativo".<sup>152</sup>

## B. Régimen jurídico de los contratos administrativos

Si el problema es difícil por lo que respecta a la justicia administrativa en general, más lo es respecto del régimen legal de los contratos administrativos; de tal

---

<sup>149</sup> Carpizo, pp. 193-195.

<sup>150</sup> González Cosío, p. 94.

<sup>151</sup> Carpizo define a lo contencioso administrativo diciendo que es el examen jurisdiccional de los actos administrativos.

<sup>152</sup> Carpizo, p. 179.

manera que, como lo sostiene el maestro Serra Rojas,<sup>153</sup> así como no contamos con una teoría acabada de los contratos administrativos, tampoco tenemos un régimen legal bien definido para regularlos; avanzando poco a poco la legislación y la jurisprudencia en su regulación.

Una vez que hemos resuelto que un contrato tiene la naturaleza de administrativo, es necesario determinar cual es su régimen jurídico. Para ello, necesitamos responder las siguientes tres preguntas: ¿cuál derecho sustantivo le es aplicable?, ¿cuáles normas procedimentales?, y ¿qué tribunales son los que se deben avocar al conocimiento de las controversias derivadas de su interpretación y cumplimiento?

### 1. Derecho sustantivo aplicable

Respecto del derecho sustantivo aplicable, es indudable que los contratos administrativos están sometidos a un régimen jurídico especial, distinto del que prevalece para los contratos del derecho común. De otra manera, su distinción de los contratos civiles no sería sino una mera especulación teórica sin aplicación práctica alguna.

Al respecto, en España el artículo 6º del *Reglamento de los Contratos del Estado* ordena que la preparación, adjudicación, efectos y extinción de los contratos administrativos típicos<sup>154</sup> se regirán por la *Ley de Contratos del Estado y su Reglamento General*.

Monedero Gil nos dice que como derecho supletorio para regular a estos contratos administrativos típicos debe aplicarse primeramente las restantes normas del derecho administrativo, y sólo después las normas de derecho privado.

Respecto de los contratos administrativos especiales, el artículo 7º del reglamento español citado menciona que se deben regular en el siguiente orden de prelación:<sup>155</sup>

- a) Primero las normas especiales a ellos aplicables;

---

<sup>153</sup> *Op. cit.*, pp. 537 y ss

<sup>154</sup> *Cfr. Vid. supra* 1º pte., capítulo III, sección A, que son contratos administrativos típicos

<sup>155</sup> Monedero Gil, pp. 281 a 285, nota al pie número 47.

- b) después, y por analogía, las disposiciones de la legislación concerniente a los contratos administrativos típicos;
- c) en su defecto, por las normas del derecho administrativo;
- d) finalmente, por las normas del derecho privado.

Independientemente de la clase de contrato que celebre el Estado, el derecho administrativo siempre es aplicable en relación con la integración y expresión de la voluntad administrativa.<sup>156</sup>

Opina Nava Negrete que los contratos celebrados por la Administración que no encuentran una regulación especial en la legislación administrativa que los individualice, deben estar regidos por las reglas generales de los contratos o por las del contrato con el cual tenga mayor semejanza, siendo aplicable el artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual dice que los contratos que no estén especialmente reglamentados deben regirse por las reglas generales de los contratos, las estipulaciones de las partes y las disposiciones del contrato con el cual tengan más analogía.

En contra de la anterior opinión, Jèze considera que en derecho público no se aplican los textos de las leyes de derecho privado, y lo correcto es solamente inspirarse en las ideas generales que justifican dichos textos, conciliándolas con las necesidades del funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos.<sup>157</sup> Por ello -dice Jèze- las reglas técnicas establecidas por los códigos de derecho privado para determinado contrato no son aplicables a los contratos administrativos que se asemejen a ciertos contratos de derecho privado, pues se trata en realidad de contratos diferentes.<sup>158</sup>

Si bien en nuestro país -a diferencia de España- no tenemos una ley general de contratos administrativos, sí existen diversas leyes que mencionan o regulan contratos de esta naturaleza, e incluso dos leyes especiales: la de Obras Públicas y la de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles.

Respecto de las normas sustantivas que deban aplicarse supletoriamente a nuestros contratos administrativos, la única norma positiva que tenemos es el recientemente adicionado artículo 10 de la Ley de Obras Públicas, que señala que en lo no previsto por la LOP serán aplicables supletoriamente el Código Civil para el

---

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 273.

<sup>157</sup> Vol. III, p. 171.

<sup>158</sup> Vol IV, pp. 196 y ss.

Distrito Federal en materia local y para toda la República en materia federal y el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Aunque el precepto nombrado es únicamente aplicable a los contratos de obra pública, creemos que, por analogía, también el Código Civil debe ser aplicado supletoriamente en los demás contratos administrativos.

Aunque no se refiere específicamente a ningún contrato administrativo, es conveniente citar el artículo 6° de la Ley General de Bienes Nacionales, que dispone que los bienes de dominio privado -y por tanto también los contratos sobre los mismos- se regirán por la misma ley, por su ley especial (legislación federal de tierras, bosques, aguas y demás), y en lo no previsto, por el Código Civil para el Distrito Federal, y por las disposiciones de carácter general, de policía y de desarrollo urbano correspondientes.

Así, podemos concluir lo siguiente en relación al derecho sustantivo aplicable a los contratos administrativos:

a) En cuanto a la formación y expresión de la voluntad de la Administración, así como respecto de las facultades de la persona que los celebra en su representación, siempre es aplicable el derecho administrativo.

b) En orden supletorio sucesivo, los contratos administrativos deben regirse:

- Por la ley especial que los regule;
- Por las cláusulas del contrato;<sup>159</sup>
- Por el Código Civil para el Distrito Federal;
- Por las reglas del contrato administrativo con el cual tengan mayor semejanza;
- Por las normas del derecho administrativo en general, y
- Por la teoría general de los contratos.

## 2. Derecho adjetivo aplicable

También respecto del derecho adjetivo que debe regular los contratos

---

<sup>159</sup> Las cláusulas del contrato no pueden derogar el cumplimiento de la ley, ya que generalmente el derecho administrativo es de orden público, y por tanto, indisponible. Por eso primero hay que atender a la ley y después al contrato.

administrativos estamos en desventaja con España, país que cuenta con la *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, la cual en su artículo 3° ordena que todos los contratos celebrados por la administración pública son de la competencia de dicha jurisdicción.

No tenemos en México un código procesal administrativo, sólo leyes que regulan determinados procedimientos, como el Código Fiscal de la Federación y las diversas leyes locales de lo contencioso administrativo.

Respecto de la integración del derecho procesal administrativo, González Pérez afirma que ante una laguna de la legislación procesal administrativa cabe acudir a la legislación procesal general recogida en los códigos del proceso civil. Sostiene el autor citado que la aplicación de las normas procesales civiles con carácter supletorio de las administrativas es una consecuencia de la unidad procesal y del carácter especial del proceso administrativo respecto del civil.<sup>160</sup>

Conforme con la opinión antes citada, y teniendo el antecedente del artículo 10 de la Ley de Obras Públicas, consideramos que el derecho procesal aplicable respecto de los contratos administrativos, debe ser, primeramente, los preceptos adjetivos que contengan las leyes que regulan dichos contratos, y después, el Código Federal de Procedimientos Civiles. De existir una laguna procesal después de aplicado dichos ordenamientos, habrá que acudir a la integración y preferentemente a los principios generales del derecho, los cuales se manifiestan especialmente en los principios constitucionales que consagran las garantías procesales. En cualquier caso, al momento de interpretar el derecho procesal administrativo deberá siempre procurarse la realización del derecho de acceso a la justicia.<sup>161</sup>

Es conveniente aclarar que consideramos que cuando en el contrato respectivo sea parte un órgano administrativo perteneciente al ámbito estatal o municipal, no federal, el ordenamiento adjetivo que deberá aplicarse será el código de procedimientos local.

---

<sup>160</sup> *Derecho procesal administrativo mexicano*, p. 56.

<sup>161</sup> *Ibid.*, pp. 56-57.

### 3. Tribunales competentes

En México, la fracción VII del artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación ordena: "Las salas regionales conocerán de los juicios que se inicien contra las resoluciones definitivas que se indican a continuación:... 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, de los contratos administrativos sólo los de obras públicas celebrados por las dependencias de la administración pública federal centralizada son de la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación. En todos los demás casos deben considerarse competentes los tribunales judiciales ordinarios.

No vemos ninguna razón jurídica por la cual no se incluye dentro del conocimiento del Tribunal Fiscal de la Federación el conocimiento de las controversias originadas por contratos celebrados por las entidades de la administración pública paraestatal. Creemos que cualquiera que fuere la razón por la cual el legislador consideró pertinente la jurisdicción especializada respecto de los contratos de obras públicas celebrados por la administración pública federal centralizada, la misma razón debe ser aplicable en relación a las entidades paraestatales. La misma opinión es sostenida por Alfonso Nava Negrete.<sup>162</sup>

De la misma manera, consideramos que el Tribunal Fiscal de la Federación debiera conocer de las controversias derivadas de los contratos regulados por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles, y en general, de todos los contratos administrativos; conforme al sistema francés de justicia administrativa.

Sin embargo, como en México no se atribuye con carácter general la jurisdicción para conocer de los litigios administrativos a los tribunales de lo contencioso administrativo, en los supuestos distintos a los contratos de obra pública celebrados por dependencias las conflictos derivados de contratos administrativos deberán someterse a los órganos de la jurisdicción ordinaria; en el entendido de que serán competentes los tribunales federales cuando en la controversia respectiva sea parte una autoridad federal, y los locales cuando la autoridad sea estatal o municipal.

Al respecto, es conveniente citar la opinión del maestro Miguel Acosta

---

<sup>162</sup> "Contratos de ..." pp. 571-572.

Romero, quien opina que al entrar en vigor la Ley de Obras Públicas (1° de enero de 1981 [art. 1° to.]) su artículo 2° transitorio, en relación con el 50, derogó a la fracción VII del artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, puesto que el artículo 50 dispone que las controversias suscitadas en relación con contratos de obra pública serán resueltas por los tribunales federales, mientras que el transitorio citado deroga todas las disposiciones que se opongan a la Ley de Obras Públicas, razón por la cual -considera Acosta Romero- se derogó la fracción VII del artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación (vigente desde 1978). La opinión de Acosta Romero se funda en considerar que cuando el artículo 50 de la Ley de Obras Públicas habla de "tribunales federales" debe entenderse por éstos a los Juzgados de Distrito, y no incluir dentro de dicho término al Tribunal Fiscal de la Federación, ya que aunque éste es un tribunal federal, tal expresión en nuestro medio debe entenderse referida exclusivamente a los Juzgados de Distrito.<sup>163</sup> El mismo criterio sostiene Andrés Serra Rojas.<sup>164</sup>

No deja de ser interesante la opinión citada, pero consideramos que la intención del legislador al redactar la Ley de Obras Públicas nunca fue derogar la competencia del Tribunal Fiscal para resolver las controversias derivadas de los contratos a que se refiere dicha ley, lo cual implicaría en sí un paso hacia atrás en el proceso de desarrollo de la justicia administrativa especializada, con una tendencia hacia el sistema francés de jurisdicción administrativa, por lo cual consideramos conveniente entender que dentro del término "tribunales federales" debe incluirse al Fiscal de la Federación.<sup>165</sup> Donde la ley no distingue no cabe distinguir.

En todo caso, consideramos que la competencia para conocer de los conflictos originados por los contratos de obra pública, acorde a nuestro derecho, sigue siendo concurrente, pudiendo corresponder tanto a los tribunales ordinarios como a los administrativos, es decir, tanto a los Juzgados de Distrito como al Tribunal Fiscal de la Federación.

No debe entenderse que la recién publicada (18 de julio de 1991) adición del artículo 10 de la LOP, al señalar como supletorio al Código Federal de Procedimientos Civiles y no al Fiscal de la Federación, excluye al TFF del conocimiento de controversias de obras públicas, ni tampoco que lo obliga, en caso de que conozca de alguna controversia de dicha clase, a aplicar el CFPC y no el CFF, que le es natural, pues es necesario distinguir entre la ejecución del contrato administrativo y la resolución de las controversias originadas del mismo, a fin de

---

<sup>163</sup> *Segundo curso...*, pp. 474-475.

<sup>164</sup> *Derecho administrativo*, p. 578.

<sup>165</sup> En el mismo sentido, Ortiz Reyes, "Algunas consideraciones...", pp. 26-27.

determinar que la supletoriedad del CFPC sólo se refiere al primer supuesto, no al segundo.

Respecto de cual es el juez competente en razón de materia para conocer de las controversias sobre la interpretación y cumplimiento de los contratos administrativos, consideramos lo siguiente:

El artículo 54 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación ordena: "Los jueces de Distrito en materia civil conocerán: ... II. De los juicios que afecten bienes de propiedad nacional; ... VI. De las controversias en que la Federación fuere parte, salvo lo dispuesto en la fracción IV del artículo 11 de esta ley, ... IX. De todos los demás asuntos de la competencia de los juzgados de Distrito, conforme a la ley, y que no estén enumerados en los tres artículos que preceden" (Los tres artículos precedentes fijan la competencia de los juzgados de Distrito en materia penal, administrativa y del trabajo, respectivamente).

No hay artículo expreso en la mencionada Ley Orgánica que mencione que tribunales deben conocer de las controversias derivadas de la interpretación o ejecución de los contratos administrativos, razón por la cual deben ser tramitados por los juzgados de Distrito en materia civil atento a lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley Orgánica. Respecto de las fracciones transcritas, es conveniente observar que la I será aplicable en todos los contratos de concesión de uso o aprovechamiento de bienes nacionales, así como en cualquier otro contrato que tenga relación con éstos; en la fracción VI por Federación debe entenderse cualquier dependencia o entidad de la administración pública federal, por lo cual las controversias derivadas de los contratos administrativos que celebren éstas son de competencia de los jueces de Distrito en materia civil. La afirmación de que las controversias derivadas de contratos de obra pública deben ser, de acuerdo a nuestra legislación, conocidas por jueces civiles, se ve robustecida por la fracción IX del artículo citado.

No obsta a lo anterior el que el artículo 52 de la ley orgánica en comento disponga que los jueces de Distrito en materia administrativa deben conocer de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de las leyes federales, cuando deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad o de un procedimiento seguido por autoridades administrativas, ya que los actos de las autoridades realizados en cumplimiento de un contrato administrativo no constituyen actos de autoridad, siendo equiparables a un acto de particular. Cosa distinta sucedería si el conflicto planteado no fuera acerca de la interpretación o cumplimiento del contrato, sino del ejercicio por parte de la Administración de un acto de autoridad dentro del mismo, tal como pueden ser las resoluciones de las

autoridades cancelando o rescindiendo un contrato, pues en tales casos el juez competente sí lo sería el especializado en materia administrativa.

Excepción para que un juicio que tenga por objeto la interpretación o ejecución de un contrato administrativo celebrado por una dependencia o entidad de la administración pública federal no sea conocido por un juez de Distrito en materia civil, la constituyen aquellas controversias en las cuales la Federación sea parte, cuando a juicio del Pleno de la Suprema Corte de Justicia se consideren de importancia trascendente para los intereses de la Nación (art. 11 frn. IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación), caso en el cual la Corte puede ejercer su facultad de atracción.

Si anteriormente consideramos que toda controversia derivada de un contrato administrativo debiera tramitarse ante el Tribunal Fiscal de la Federación, con mayor razón creemos que es incorrecto que tales controversias sean competencia de los jueces civiles, pues en todo caso de ellas debieran conocer los jueces de Distrito en materia administrativa, atento a la tendencia de especialización de la justicia que logra que ésta sea más eficaz y expedita.

Conveniente es también anotar que aunque tales juicios se tramiten ante jueces de Distrito en materia civil, en los mismos debe aplicarse preferentemente el derecho sustantivo administrativo, y sólo supletoriamente el civil.

**Segunda Parte**

**EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA**

## I. NOCIÓN DE CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Para el maestro Andrés Serra Rojas, "el contrato de obras es aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración a cambio de un precio".<sup>1</sup>

Por su parte, Gastón Jèze considera como elementos esenciales de este contrato los siguientes:<sup>2</sup>

- a) Es un contrato administrativo;<sup>3</sup>
- b) tiene por objeto la ejecución de una obra inmueble;
- c) mediante una remuneración en dinero o en cualquier otra forma;
- d) los riesgos están a cargo del empresario.

Héctor Jorge Escola define al contrato de obra pública como "el contrato administrativo que celebra la administración pública para la realización de una obra pública, mediante el pago de un precio al cocontratante particular."<sup>4</sup>

El autor citado considera que la obra pública siempre es el resultado de un trabajo público, entendiéndolo a éste en el sentido más amplio del término, por lo cual puede ser de construcción, mantenimiento, reparación, modificación, demolición,

---

<sup>1</sup> *Derecho Administrativo*, p. 551.

<sup>2</sup> *Principios generales del derecho administrativo*, t. III, p. 357.

<sup>3</sup> Importante es recordar que para Jèze lo característico de los contratos administrativos es que son acuerdos de voluntades con la Administración con el fin de crear una situación jurídica individual, para un servicio público, adoptándose voluntariamente un régimen jurídico de derecho público.

<sup>4</sup> *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. II, p. 180.

destrucción, etc., teniendo siempre por objeto la satisfacción directa e inmediata de un interés público.<sup>5</sup>

Nava Negrete dice que el contrato de obra pública "es un contrato del Estado cuyo objeto es la realización de un trabajo o la prestación de un servicio consistente en una obra material sobre bienes muebles o inmuebles, a través de procedimientos públicos, con la finalidad de satisfacer intereses o necesidades colectivos y mediante la entrega de un precio al cocontratante".<sup>6</sup>

Nuestra LOP, en su artículo 2º, señala que es obra pública "todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar los inmuebles por su naturaleza o por disposición de ley."

Por nuestra parte, consideramos que el contrato de obra pública es un acuerdo de voluntades entre un organismo de la administración pública y un particular, en virtud del cual éste se obliga a crear, construir, conservar, modificar, demoler o en general realizar cualquier trabajo relacionado con un bien inmueble, con el objeto de satisfacer un interés público.

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, pp. 169, 175, 178, 179.

<sup>6</sup> *Diccionario jurídico mexicano*, vol. I, p. 706.

## II. ORIGEN Y DESARROLLO DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Héctor Jorge Escola afirma que las obras públicas han existido desde los albores de la civilización, habiendo sido realizadas en las culturas antiguas más representativas: Mesopotamia, Egipto, Grecia, Roma. Afirma que lo anterior también sucedió en el continente americano, en los imperios inca, azteca y maya.<sup>7</sup>

Así, si definimos a la obra pública con el simple concepto de "la ejecución de un trabajo para la consecución de una utilidad pública", no podremos dejar de reconocer que en cualquier civilización, de cualquier tiempo y de cualquier lugar, se han realizado y se realizan obras públicas.

Sin embargo, no se puede equiparar la existencia de obra pública con la aparición de los contratos de obra pública, en virtud de los cuales un particular recibe del poder público una contraprestación por la ejecución de una obra pública, contratos que no necesariamente aparecen en todas las civilizaciones.

Escola, menciona que la primera manifestación de un régimen especial para las obras públicas es una ley francesa de 1800, y que la primera obra que se ocupó del tema fue *Principii fondamentali di diritti amministrativo*, de Romagnosi.<sup>8</sup>

En Argentina, la primera regulación de las obras públicas fue el decreto del 5 de mayo de 1826, por el cual se creó el Departamento de Ingenieros y Arquitectos, cuyas funciones eran proyectar, construir y conservar las obras públicas. Sin embargo, un régimen legal específico se dictó hasta 1876, año en que apareció la ley 775, que fue la primera ley nacional de obras públicas en Argentina, la cual estuvo vigente hasta la aparición en 1947 de la ley 13.064, que continuaba en vigor al

---

<sup>7</sup> *Op. cit.*, Vol. II, p. 183.

<sup>8</sup> *Ibid.*, Vol. II, p. 184.

momento en que Escola escribió el texto que nos encontramos consultando (1979).<sup>9</sup>

Por lo que respecta a México, la primera ley que reguló la materia de obras públicas fue la *Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas* de 21 de diciembre de 1965, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 4 de enero de 1966.

Actualmente rige la *Ley de Obras Públicas* de fecha 27 de diciembre de 1980, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 30 de diciembre de 1980; la cual entró en vigor el 1º de enero de 1981. Su segundo artículo transitorio abrogó la *Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas* y derogó asimismo todas las disposiciones que se opusieran a su contenido. Ha sufrido diversas reformas, las cuales han sido publicadas en el Diario Oficial de la Federación con las siguientes fechas:

- 31 de diciembre de 1981 (arts. 21 y 49 [derogado]),
- 28 de diciembre de 1983 (arts. 2, 3, 6, 7, 9, 11-14, 17, 20-23, 30, 31, 33-37, 39-42, 44-47, 51, 52, 56, 57, 59-63, 65, 66, 70),
- 31 de diciembre de 1984 (arts. 6 bis, 19, 20 bis, 21, 22, 25, 64),
- 7 de febrero de 1985 (art. 13),
- 13 de enero de 1986 (arts. 29 bis, 36),
- 7 de enero de 1988 (arts. 1, 3, 6, 6 bis, 10, 13, 14, 29, 34, 36, 38, 41, 42, 44, 47, 51, 52, 56, 58 bis, 59, 61, 65, 65 bis, 71, 73)
- 18 de julio de 1991 (arts. 10 [adicionado], 19-25 [derogados], 29 bis, 31, 32, 35, 36, 46, 47, 58 bis, 66 y 74 [derogado]).

Su Reglamento apareció publicado en el Diario Oficial de la Federación primeramente el día 11 de septiembre de 1981, el cual fue abrogado por el publicado el 13 de febrero de 1985. Este último ha sido reformado una sola vez, por el decreto publicado en el Diario Oficial el 9 de enero de 1990. Al respecto, cabe mencionar que el Reglamento no ha sido reformado para adecuarlo a las modificaciones de la Ley publicadas en el Diario Oficial del 18 de julio de 1991, contraviniendo con ello lo dispuesto por el artículo tercero transitorio del mencionado decreto, que ordenó las reformas conducentes al Reglamento en un término no mayor de 180 días.

El contenido de la Ley de Obras Públicas se encuentra distribuido de la siguiente manera:

---

<sup>9</sup> *Id.*

Título Primero.- Disposiciones Generales.

Título Segundo.- De la obra pública.

Capítulo I.- De la Planeación y de la Programación y Presupuesto de las Obras.

Capítulo II.- Derogado (Se refería al Padrón de Contratistas de Obras Públicas).

Capítulo III.- De los servicios relacionados con la Obra Pública.

Capítulo IV.- De la Ejecución de las Obras.

Capítulo V.- De la Información y Verificación.

Título Tercero.- De las Infracciones y Sanciones.

Título Cuarto.- De los Recursos Administrativos.

Transitorios.

El maestro Eduardo Andrade Sánchez<sup>10</sup> considera a la Ley de Obras Públicas como reglamentaria del artículo 134 Constitucional; el cual originalmente señalaba que los contratos de obra pública debían ser adjudicados en subasta mediante convocatoria, y después de ser reformado el 28 de diciembre de 1982, ordena que el manejo de los recursos económicos federales debe realizarse con eficiencia, eficacia, honradez e idoneidad. Consideramos que si bien la LOP reglamenta lo preceptuado por el 134 Constitucional, excede por mucho lo contemplado por dicho artículo, pues no se limita a regular la adjudicación de obras públicas, sino que su objeto es bastante más amplio: regular el gasto y las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, ejecución, conservación, mantenimiento, demolición y control de la obra pública. (art. 1º LOP)

Además del mencionado artículo 134, el tercer párrafo del artículo 27 constitucional también contempla a la obra pública, diciendo que "La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público... En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias... a efecto de ejecutar obras públicas..."

La LOP es federal, emitida por el Congreso de la Unión. Ello da lugar necesariamente a una pregunta: ¿La competencia constitucional en materia de obra pública es federal?

Al respecto, debemos señalar que dentro de las facultades explícitas que el artículo 73 de nuestra Carta Magna concede al Congreso de la Unión no se

---

<sup>10</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, p. 336, art. 134.

encuentra incluida ninguna relativa a legislar en materia de obra pública.<sup>11</sup> Por ello, pudiera fundadamente pensarse que tal facultad es de competencia local y no federal, pues de acuerdo al artículo 124 de la Constitución las facultades no expresamente concedidas a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados. Un razonamiento como el anterior, llevaría a concluir que la LOP es contraria a la Constitución.

Creemos que el argumento anterior no se puede salvar considerando que la facultad de expedir leyes relativas a la ejecución de obra pública es una de las facultades implícitas que de acuerdo a la fracción XXX del mencionado artículo 73 tiene el Congreso de la Unión; ya que son facultades implícitas aquellas que es indispensable ejercitar para lograr la ejecución de una facultad explícita, es decir, no se trata propiamente de una facultad nueva, sino de un medio para hacer efectivas las demás atribuciones consignadas en las primeras 29 fracciones del artículo 73 Constitucional al Congreso de la Unión,<sup>12</sup> y no consideramos que alguna de ellas requiera de la legislación de obras públicas para poder realizarse.

En todo caso, para defender la constitucionalidad de la LOP, consideramos más correcto argumentar que la facultad de legislar en materia de obra pública es de aquellas que Carpizo denomina "coincidentes", y que pueden realizarse tanto por la federación como por las entidades federativas.<sup>13</sup>

Finalmente, consideramos pertinente comentar que por decreto de fecha dos de febrero de 1983, ya estando vigente la LOP, se modificó el artículo 25 Constitucional, el cual desde entonces menciona que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional, y al efecto, deberá planear, conducir y orientar la actividad económica nacional, y llevará a cabo la *regulación* y fomento de las actividades que demande el interés general; entre las cuales deben entenderse incluidas las relativas a la ejecución de obras públicas. En el mismo decreto, se modificó el artículo 26 de la Constitución, el cual desde entonces ordena la

---

<sup>11</sup> Utilizando un criterio amplio, se podría considerar como fundamento para que el Congreso legislara en materia de obra pública las facultades contenidas en las fracciones XXIX-D y XXIX-E, "Para expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social" y "Para expedir leyes para la programación, promoción, concertación y ejecución de *acciones de orden económico*, especialmente las referentes al abasto y otras que tengan como fin la producción suficiente y oportuna de bienes y servicios, social y nacionalmente necesarios". Sin embargo, no pueden ser consideradas como fundamento de la LOP, ya que ambas fracciones fueron adicionadas por decreto de fecha 2 de febrero de 1983, es decir, más de dos años después de promulgada la LOP.

<sup>12</sup> Carpizo, *Estudios Constitucionales*, p. 100.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 101.

**organización de un sistema nacional de planeación democrática del desarrollo nacional, y sujeta los programas de la Administración Pública Federal al plan nacional de desarrollo.**

### III. CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

El contrato de obra pública es:

a) *Bilateral*, porque ambas partes celebrantes tienen obligaciones a su cargo: la Administración pagar el precio y el particular realizar la obra.<sup>14</sup>

2. *Oneroso*, pues las prestaciones a que tienen derecho las partes son recíprocas.<sup>15</sup>

3. *Formal*, ya que para poder surtir efectos es necesario que se otorgue por escrito, y en algunos casos, con los requisitos previstos por la Ley.<sup>16</sup>

4. *Nominado*, ya que se encuentra designado y regulado en una ley.<sup>17</sup>

5. *Commutativo*, ya que aunque la Administración pueda modificar unilateralmente las prestaciones a cargo del particular, lo cual se puede traducir en un aumento de costos para el contratista; no se puede considerar un contrato aleatorio, pues en todos los contratos existe cierto grado de álea, y en el contrato de obra pública las prestaciones de las partes están previstas legal o

---

<sup>14</sup> Escola, vol. II, p. 190. Vidal Perdomo, p. 20; este autor distingue entre bilateral y sinalagmático, opina que el contrato de obra pública es sinalagmático porque cada promesa de prestación constituye la causa de la promesa de la otra parte.

<sup>15</sup> Escola, vol. II, p. 190; Monedero, p. 286.

<sup>16</sup> La opinión que citamos es sostenida por Monedero Gil (p. 269) y Serra Rojas (p. 535), quienes opinan que los contratos del Estado, en términos generales, no se perfeccionan nunca por el mero consentimiento, siendo el requisito de la forma una característica típica de estos contratos. Sin embargo, esta opinión no es compartida por todos. En contra de ella, y al contrario de la mayoría de los autores, Escola (vol. II, pp. 191 y 228) opina que el contrato de obra pública queda perfeccionado desde el momento en que las partes manifiestan su consentimiento, y la exigencia de la forma escrita atañe sólo a la prueba del contrato, por lo cual considera que el contrato de obra pública es consensual y no formal, y se perfecciona en el momento en que se produce el acuerdo de voluntades entre la Administración y el particular. La anterior opinión, amén de ser debatible, traslada sin solucionar el problema fundamental: ¿en qué momento se produce tal acuerdo de voluntades?

<sup>17</sup> Escola, vol. II, p. 191.

convencionalmente, además de que el hecho de que el contrato pueda ser modificado por la Administración es el resultado de una prerrogativa exorbitante de la Administración que el particular conoce de antemano y cuyos efectos se encuentran contractualmente determinados. Además, la potestad modificatoria de la Administración se ve compensada con el resarcimiento de daños y el pago de gastos.<sup>18</sup>

6. *Principal*, pues su existencia no depende de ningún otro.<sup>19</sup>

7. *Simple*, pues constituye una unidad en sí mismo.<sup>20</sup>

8. *De tracto sucesivo*, debido a que el particular debe realizar la ejecución de la obra de manera continuada y a lo largo de un periodo de tiempo generalmente largo.<sup>21</sup>

9. *Intuitu personae*, ya que la Administración lo celebra tomando en cuenta calidades especiales de solvencia, técnicas, económicas y morales de su cocontratante,<sup>22</sup> y éste lo debe ejecutar por sí mismo, sin poder ceder las obligaciones y derechos de él derivados a personas distintas.<sup>23</sup>

10. *Causal*, en contravención a abstracto, ya que en este contrato la Administración está obligada a explicar el por qué inmediato de su intervención, y por ende, la causa de las obligaciones que contrae, la cual siempre tiene que estar en función del interés público.<sup>24</sup>

11. *De adhesión*, pues la Administración redacta las cláusulas y el contratista no hace más que someterse a ellas en su integridad o renunciar a la posibilidad de contratar, sin intervenir en el proceso de formación del contrato, limitándose a aceptarlo o rechazarlo en su integridad.<sup>25</sup>

12. *De derecho público*, según lo enseña la doctrina y lo establece expresamente el artículo 50 de nuestra Ley de Obras Públicas.

---

<sup>18</sup> *Ibid*, p. 192. Manuel María Díez, *Manual de derecho administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1977, Tomo I, p.390; Cit. por Vidal Perdomo, p. 20.

<sup>19</sup> Escola, vol. II, p. 192.

<sup>20</sup> *Id*.

<sup>21</sup> *Id*.

<sup>22</sup> *Ibid*, p. 193.

<sup>23</sup> *Cfr* art. 38, 4º pfo. LOP, y 41 del Reglamento.

<sup>24</sup> Monedero, p. 268.

<sup>25</sup> Vidal Perdomo, pp. 21-22.

## IV. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Anteriormente,<sup>26</sup> mencionamos como elementos esenciales de los contratos administrativos a los siguientes: *consentimiento; competencia; objeto, y forma; y como elementos de validez: capacidad; ausencia de vicios del consentimiento, y causa, motivo o fin de interés público.*

Como elementos del contrato de obra pública estudiaremos los antes nombrados, adicionando como elemento de validez la *elección del contratista conforme a derecho.*

### A. Consentimiento

El consentimiento es la coincidencia de dos o más voluntades. Por ello, necesariamente presupone la existencia de las personas de quienes emana.

En el contrato de obra pública una de las partes necesariamente debe ser una entidad estatal, pudiendo pertenecer a la esfera federal, estatal o municipal, o bien ser parte de la administración pública paraestatal.<sup>27</sup>

Al respecto, Escola considera que no pueden considerarse como contratos de obra pública los celebrados por personas jurídicas que, aún siendo públicas, no sean

---

<sup>26</sup> *Vid. supra*, 1ª pte, cap. III, sección C.

<sup>27</sup> Consideramos importante señalar que no sólo pueden celebrar contratos de obra pública las entidades pertenecientes al Poder Ejecutivo, sino que lo pueden hacer también las pertenecientes a los Poderes Legislativo y Judicial, siempre y cuando dentro de su marco legal se encuentren facultadas para ello.

estatales; debiéndose entender que los contratos que éstas celebren para la construcción de una obra estarán sometidos al derecho privado.<sup>28</sup>

Marienhoff,<sup>29</sup> opina que una persona jurídica pública debe considerarse como estatal cuando reúna los siguientes caracteres:

- a) Potestad de imperio, ejercida a nombre propio para el cumplimiento de su actividad;
- b) creación directa del ente por el Estado;
- c) obligación del ente de cumplir sus fines propios;
- d) control del ente por el Estado, y
- e) satisfacer fines propios y específicos del Estado.

Acerca de si las empresas del Estado, las sociedades de economía mixta, las sociedades del Estado y las sociedades anónimas con capital estatal mayoritario pueden celebrar contratos de obra pública, Escola considera que no pueden hacerlo, debido a que no integran la estructura estatal y no cumplen funciones del Estado ni fines propios y específicos de éste, siendo personas jurídicas que, aunque públicas, no son estatales.<sup>30</sup> Sin embargo, el autor argentino reconoce que el régimen legal de su país es confuso y complejo en cuanto a la superposición y proliferación de entes públicos, permitiendo que las personas jurídicas mencionadas al comienzo del presente párrafo realicen fines propios y específicos del Estado, con lo cual la situación se ha tornado difícil de esclarecer,<sup>31</sup> opinión que también es válida tratándose de la normatividad mexicana. Debido a lo anterior "en cada caso particular deberá efectuarse un prolijo análisis del ente de que se trate, a fin de precisar su verdadera naturaleza jurídica y la de las funciones que cumple, por encima de apariencias o invocaciones legales, que no pueden ser calificantes para determinar la índole del ente."<sup>32</sup>

En relación con los entes públicos estatales que pueden celebrar contratos de obra pública, el artículo 1º de la LOP señala que pueden realizar obra pública:

- I. Las unidades de la Presidencia de la República;
- II. Las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos.

---

<sup>28</sup> Vol. II, p. 200.

<sup>29</sup> *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1970, t. I, pp. 348 y ss. Cit. por Escola, vol. II, p. 200.

<sup>30</sup> Vol. II, p. 201.

<sup>31</sup> *Id.*

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 202.

III. Las Procuradurías Generales de la República y de Justicia del Distrito Federal.

IV. El Departamento del Distrito Federal.

V. Los organismos descentralizados.

VI. Las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos que de conformidad con las disposiciones legales aplicables sean considerados entidades paraestatales.<sup>33</sup>

Es importante señalar que no sólo los entes públicos antes señalados pueden realizar obra pública, ya que, en el ámbito de su competencia, también la pueden realizar los correlativos entes públicos estatales y municipales. Incluso, las obras públicas que éstos realicen con fondos federales de acuerdo a convenios celebrados entre el ejecutivo federal y las entidades federativas, deberán sujetarse a la LOP (artículo 7º).

Respecto de la otra parte del contrato, el contratista particular, puede serlo cualquier persona física o colectiva, aunque lo común es que se trate de sociedades especialmente dedicadas a la realización de obras públicas.

En México, para celebrar contratos de obra pública o de servicios relacionados con la misma, anteriormente se requería estar inscrito en el Padrón de Contratistas de Obras Públicas. Sin embargo, dicho requisito fue suprimido al derogarse el 18 de julio de 1991 el capítulo II de la Ley de Obras Públicas, referente al Padrón de Contratistas.

## B. Competencia

En lo que concierne a la celebración de contratos administrativos hay que atender tanto a la teoría de la competencia, por lo que se refiere a la Administración, como a la teoría de la capacidad, en lo que se refiere al contratista particular.

Así, es necesario que estos contratos sean concluidos por un agente público

---

<sup>33</sup> El artículo 40 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales ordena que serán considerados entidades paraestatales los fideicomisos públicos que se establezcan por la administración pública federal, que se organicen de manera análoga a los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria y que tengan como propósito auxiliar al Ejecutivo mediante la realización de actividades prioritarias.

que ejerza su competencia de acuerdo a las leyes y reglamentos vigentes en el momento y lugar de celebración del contrato.<sup>34</sup> Las normas que rigen la competencia, a diferencia de las que regulan la capacidad, no son de orden común, sino de derecho constitucional y administrativo.

Para saber cual es el órgano de la Administración facultado para celebrar un contrato de obra pública, es necesario atenerse a las disposiciones normativas propias de cada dependencia. Es común que tales facultades sean delegadas en órganos inferiores, mediante acuerdos de delegación de facultades. Generalmente, tales acuerdos son publicados en el Diario Oficial.<sup>35</sup>

Importante es destacar que la consecuencia de celebrar un contrato de obra pública ante un agente público que carezca de la competencia necesaria para hacerlo es la *inexistencia* del contrato. Así, la competencia es un elemento indispensable para la existencia del contrato. Si no hay competencia, no hay contrato.<sup>36</sup>

El contratante debe verificar la competencia de los agentes públicos que celebran un contrato en nombre del Estado. Si no lo hace, el error que pueda originarse le es oponible, sin poder reclamar daños ni intereses al Estado.<sup>37</sup>

### C. Objeto

Al igual de lo que sucede en derecho común, el objeto del contrato de obra pública debe ser posible y lícito.<sup>38</sup>

Ateniéndonos a la Ley de Obra Pública, debemos decir que el objeto de este contrato necesariamente debe ser "crear, construir, conservar o modificar los

---

<sup>34</sup> Jéze, t. IV, pp. 5-6.

<sup>35</sup> Por ejemplo: Delegación de facultades para llevar a cabo la adjudicación, firma y ejecución de los contratos de obra pública...; Secretaría de Hacienda y Crédito Público; Diario Oficial del 21 de diciembre de 1989. Delegación de facultades para celebrar, otorgar y firmar contratos y convenios de obras públicas... Departamento del Distrito Federal; Diario Oficial del 22 de junio de 1990.

<sup>36</sup> Jéze, vol. IV, p. 50.

<sup>37</sup> *Ibid.*, vol. IV, p. 54.

<sup>38</sup> *Ibid.*, vol. IV, p. 8.

inmuebles por su naturaleza o por disposición de ley", pudiendo ser objeto de dicho contrato (art. 2º LOP):

"I. La construcción, instalación, conservación, mantenimiento reparación y demolición de los bienes a que se refiere este artículo [2º LOP], incluidos los que tiendan a mejorar y utilizar los recursos agropecuarios del país, así como los trabajos de exploración, localización, perforación, extracción y aquellos similares que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentren en el suelo o en el subsuelo;

II. La construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes inmuebles destinados a un servicio público o al uso común;

III. Todos aquellos de naturaleza análoga."

"En todo contrato de obra pública deberá indicarse con claridad y precisión la materia del mismo (su objeto indirecto), describiendo los trabajos a realizar, el plazo señalado para su ejecución, su ubicación y en su caso el nombre de la obra" (Regla General 3.1.7).

Existe discrepancia entre la doctrina acerca de si el objeto del contrato de obra pública puede ser un bien mueble, o si únicamente lo pueden ser bienes inmuebles.

Acerca del objeto de la obra pública, a diferencia de lo opinado por Serra Rojas,<sup>39</sup> Escola admite que éste pueda ser un bien mueble, y no necesariamente un inmueble, e incluso dice que el objeto puede ser inmaterial (aunque no da una explicación de esto último).<sup>40</sup>

Opina Escola que no existe ninguna razón jurídica que impida lo anterior, y que el contrato de obra pública cuyo objeto sea un bien mueble se distinguirá del contrato de suministro debido a que en éste la iniciativa y elección de los medios para llevar adelante la ejecución del contrato corresponde al proveedor, mientras que la obra pública debe realizarse ajustándose a los planos y especificaciones determinados por la Administración, y bajo la dirección y control de ésta.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Cfr su definición de contrato de obra pública, 2º pte., capítulo I.

<sup>40</sup> Escola, Vol. II, p. 177.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p.205. El razonamiento que hace Escola es en el sentido de afirmar que todo contrato en el cual la Administración encargue a un particular la realización de cualquier clase de bien con arreglo a las direcciones, planos, especificaciones, instrucciones y control de la Administración será un contrato de obra pública. Sin embargo, diferimos de la opinión de Escola, pues su razonamiento lleva a afirmar que tales prerrogativas de dirección que tiene la

Por lo que respecta a la posibilidad de que un bien mueble sea objeto del contrato de obra pública, en nuestro sistema jurídico la instalación, montaje, colocación o aplicación de bienes muebles que deban incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble, incluso cuando su contratación incluya la adquisición o fabricación de los mismos, así como su conservación, mantenimiento y restauración, se sujetan a la normatividad en materia de obra pública (arts. 2º *in fine* LOP y 5º Regl.)

Siguiendo las ideas de Serra Rojas -quien en su definición de contrato de obra pública señala que su objeto debe ser necesariamente un bien inmueble- y adhiriéndonos al criterio de nuestra legislación, consideramos que el contrato de obra pública no puede tener por objeto un bien mueble, aunque, por accesión, trabajos relacionados con éstos deban ser regulados por las disposiciones aplicables a las obras públicas.

#### D. Forma

Escola acepta que los contratos administrativos deben adoptar la forma escrita, aunque considera que ello no obsta para considerarlo un contrato consensual, que se perfecciona desde que las partes manifiestan su consentimiento, lo cual generalmente ocurre al momento de notificarse la adjudicación al contratante que haya ganado el concurso.<sup>42</sup>

Respecto a ello, cita al artículo 42 *in fine* de la *Ley de Contratos del Estado* de España (del 8 de abril de 1965), que impone la formalización del contrato de obra pública mediante escritura pública o documento administrativo, a pesar de lo cual la ejecución del contrato no queda condicionada al cumplimiento de dicho requisito.

Nuestra LOP menciona que una vez adjudicado un contrato, la dependencia o entidad y el contratista particular deberán *formalizar* el documento relativo dentro

---

Administración únicamente existen en este contrato. Diferimos también cuando menciona que sostener que los contratos de obra pública no pueden tener por objeto bienes muebles equivale a concluir que la Administración está impedida a obtener la realización de cosas muebles bajo su dirección y control, pues consideramos que ello puede realizarse mediante la celebración de otros tipos de contratos administrativos.

<sup>42</sup> Vol. II, p.211-212.

de los veinte días hábiles siguientes al de la adjudicación (art. 38, 1er. pfo.). De acuerdo a lo anterior, parecería que para nuestra legislación el contrato de obra pública se perfecciona en el momento en que se comunica al particular la adjudicación del contrato, siendo el otorgamiento por escrito del mismo una mera formalidad. Sin embargo, creemos que no es así, pues si el contrato no es formalizado por escrito no puede surtir efectos. En efecto, si el particular no firma el contrato en el término antes señalado, perderá en favor de la Administración la garantía que hubiere otorgado, y ésta podrá adjudicarlo a otro concursante (art. 38, 2º pfo.).<sup>43</sup>

En caso de que sea la dependencia o entidad convocante quien se niegue a firmar el contrato, el contratista podrá determinar no ejecutar la obra, sin incurrir con ello en responsabilidad, además, se le deberán regresar las garantías otorgadas e indemnizársele de los gastos no recuperables en que hubiere incurrido para preparar y elaborar su propuesta (art. 38 Regl.).<sup>44</sup>

Por las razones anteriores, consideramos que la forma del contrato de obra pública no es un simple medio probatorio de éste, sino un verdadero elemento de existencia del contrato de obra pública, el cual, por lo mismo, es un contrato formal y no consensual.

### E. Capacidad

Correlativamente a la competencia del agente público que celebre el contrato en nombre de la Administración, se encuentra la capacidad, tanto de goce como de ejercicio, de que debe gozar el contratista particular al momento de contratar.

Tal capacidad se regula en los términos del derecho común.

En caso de que el contratista sea una persona jurídica colectiva, es necesario atender a su objeto social para determinar si está facultado o no para celebrar el contrato.

---

<sup>43</sup> Más todavía: el 4º párrafo del inciso 3.3.11. de las Reglas Generales señala que mientras que el contratista no entregue la póliza de fianza que garantice el cumplimiento del contrato, éste no surtirá efectos.

<sup>44</sup> Estimamos que en este caso el particular puede interponer recurso de inconformidad ante la Contraloría.

A diferencia de la competencia, que es un elemento esencial, la capacidad es un elemento de validez que puede ser subsanable.

#### F. Ausencia de vicios del consentimiento

Los vicios del consentimiento son el error, la violencia, el dolo y la mala fe.

Las reglas de derecho civil que regulan los vicios del consentimiento son también aplicables al derecho administrativo.

Respecto del error, Borja Soriano<sup>45</sup> distingue entre el *error obstáculo*, que recae sobre la naturaleza del contrato o la identidad del objeto, e impide que se forme el consentimiento; el *error nulidad*, que debe recaer sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, el *error indiferente* y el *error de derecho*.

Es raro que en la práctica de los contratos administrativos aparezca algún vicio del consentimiento; sin embargo, puede suceder.<sup>46</sup>

#### G. Causa, motivo o fin de interés público

En derecho público, la teoría de la causa, fin o motivo determinante ocupa un lugar muy importante. De acuerdo con esto, ningún contrato puede concluirse válidamente si no tiene en cuenta el interés general.<sup>47</sup>

Serra Rojas dice que la causa es "el fin en vista del cual una persona se obliga frente a otra".<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> *Teoría general de las obligaciones*, pp. 121, 215-220.

<sup>46</sup> *Cfr Jèze*, vol. IV, p. 6, nota 7, que cita un caso de dolo cometido por comerciantes en granos en contra del Estado francés.

<sup>47</sup> *Jèze*, t. IV, p. 8.

<sup>48</sup> *Derecho administrativo*, p. 535.

Escola opina que todo contrato de obra pública debe tener como finalidad directa e inmediata la satisfacción de un interés público, y la satisfacción sólo indirecta o mediata de ese interés da lugar a obras de la Administración que no pueden ser consideradas públicas.<sup>49</sup>

Por su parte, Jèze<sup>50</sup> opina que el motivo es una consideración personal, subjetiva. En general, un motivo puede influir sobre el valor jurídico de un contrato si ha sido determinante de la voluntad de realizar un acto jurídico. En derecho público -continúa Jèze- la teoría de los motivos determinantes desempeña, en la práctica, un papel mucho más importante que en derecho privado. La idea fundamental del derecho público es que la actividad de los agentes públicos y el ejercicio de su competencia sólo pueden tener por motivo determinante el buen funcionamiento de los servicios públicos.

Acerca de la invalidez proveniente de la ausencia de un motivo de interés público en los contratos administrativos, Jèze opina que, en principio, el juez no puede examinar de oficio los motivos determinantes, a menos que se le solicite.<sup>51</sup> Además, considera que el juez no puede apreciar la oportunidad de las medidas adoptadas por los agentes administrativos, es decir, no puede decir si, dado el motivo determinante, la medida adoptada era la realmente necesaria.<sup>52</sup>

#### H. Elección del contratista conforme a derecho

Dentro del capítulo I de la primera parte de su Teoría General de los Contratos de la Administración, en la sección II, *Los elementos esenciales para la conclusión de los contratos celebrados por la Administración*, Jèze cita como requisito para que el contrato sea válido el que se haya elegido al cocontratante siguiendo el procedimiento establecido por las leyes y reglamentos.<sup>53</sup>

Consideramos que el anterior es un requisito de validez de los contratos de obra pública, pero de ninguna manera un elemento esencial del mismo.

---

<sup>49</sup> Vol. II, p.208.

<sup>50</sup> Vol. III, pp. 223-226 y 231.

<sup>51</sup> Vol. IV, p. 279.

<sup>52</sup> *Ibid.*, pp. 279-280.

<sup>53</sup> Vol. IV, p. 9

Al respecto, Vidal Perdomo<sup>54</sup> habla de los *actos separables*: actos que entran dentro del torrente contractual pero que pueden ser tratados independientemente del contrato en sí, y que buscan proteger derechos de personas que pueden no entrar, finalmente, en la relación contractual. Como ejemplo de éstos cita el llamamiento a licitación, y nosotros podemos añadir la adjudicación del contrato a determinado concursante.

Respecto de los efectos de la anulación de un acto separable, mientras que en el derecho francés, como consecuencia de una decisión judicial anulatoria de un acto de esta naturaleza, se suele mantener en pie el contrato; la doctrina española apunta hacia una nulidad consiguiente a la anulación del acto que le servía de soporte. También en Colombia se ha tomado partido a favor de la segunda alternativa.<sup>55</sup>

Como particularidad de este elemento, debemos citar que la invalidez derivada del mismo puede ser invocada por terceros ajenos al contrato, que participaron en la licitación del mismo pero no obtuvieron la adjudicación.

---

<sup>54</sup> *El contrato de obras públicas*, p. 110.

<sup>55</sup> *Ibid.*, pp. 110-111. La solución española proviene del texto del Reglamento General de Contratación del Estado de 28 de diciembre de 1967: los contratos serán invalidados cuando lo sean los actos administrativos que les sirvan de soporte o alguno de ellos o cuando la invalidez deriva de su propio clausulado.

## V. FORMACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

La contratación por parte de la Administración para realizar obra pública debe ajustarse a los principios constitucionales para la administración de recursos de la Federación, principios que se encuentran contenidos en el artículo 134 de nuestra Constitución.<sup>56</sup>

Los principios constitucionales para la administración de recursos federales, que deben cumplirse en la contratación de obras públicas, son los siguientes:<sup>57</sup>

a) *Eficiencia*. Virtud administrativa consistente en alcanzar los fines propuestos con el uso más racional posible de los medios existentes: obtener el fin al menor costo posible.

b) *Eficacia*. Obtención del resultado práctico deseado.

c) *Honradez*. Manera de obrar del que no roba, estafa, defrauda o engaña; forma de comportarse de quien cumple escrupulosamente sus deberes profesionales; comportamiento responsable del administrador público consistente en el cumplimiento puntual de sus obligaciones y el servicio oportuno y debido a los administrados.

d) *Idoneidad del gasto*. Relación de adecuación que debe existir entre el empleo de los recursos económicos que se administran y los objetivos que se persiguen.

El artículo 134 Constitucional se limita a mencionar que los principios señalados deben cumplirse respecto de los recursos económicos de que dispongan la Federación y el Distrito Federal, cuando lo correcto hubiera sido sujetar a tales principios también a los Estados y Municipios. De cualquier manera, debe

---

<sup>56</sup> El texto de dicho artículo puede ser consultado en el anexo de la presente tesis.

<sup>57</sup> Andrade Sánchez Eduardo, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, pp. 335-336.- Artículo 134.

entenderse que cuando los gobiernos estatales y municipales manejen recursos económicos federales, deben aplicarse los principios constitucionales comentados.<sup>58</sup>

Teniendo presentes los principios a que debe sujetarse la formación y ejecución de los contratos de obra pública, a continuación procederemos a estudiar la etapa de formación de éstos.

Escola considera que antes de proceder a la ejecución de una obra pública, la Administración debe realizar lo siguiente:<sup>59</sup>

Primero, debe determinar la necesidad, conveniencia y oportunidad de la obra respectiva, así como la consecución de fines de interés público con su ejecución; "nada más reprochable que la realización de obras públicas que una vez concluidas se demuestra que no eran necesarias o que no llenan convenientemente su objeto, que no son adecuadas a su finalidad, o son excesivamente onerosas o técnicamente inadecuadas, y habrían podido ser suplidas por otras mejores, más aptas y más baratas. Cuando ello ocurre, se está frente a una grave responsabilidad de la administración pública, que ha faltado a una de las condiciones que debe presidir todo su accionar: la eficiencia."<sup>60</sup>

Al respecto, el artículo 12 de la LOP ordena a las dependencias y entidades a ajustarse, en la realización de obras públicas, a los objetivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo y de los programas sectoriales, institucionales, regionales y especiales.

A su vez, el artículo 13 enumera diversas previsiones y consideraciones que las dependencias y entidades deben tomar en cuenta en la planeación de las obras públicas. Entre éstas, cabe destacar la contenida en la fracción V., que ordena se tomen las providencias necesarias para preservar o restaurar las condiciones ambientales.

Cada dependencia y entidad debe elaborar su propio programa y su presupuesto en relación a la construcción de obras públicas, siempre en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo. Las dependencias y entidades cuyo presupuesto se encuentre incluido en el de la Federación o en el del Departamento del Distrito Federal, o que reciban transferencias con cargo a dichos presupuestos, deberán enviar sus programas y presupuestos de obra pública a la

---

<sup>58</sup> *Id.*

<sup>59</sup> Vol. II, pp. 214-215.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 214.

Secretaría de Hacienda, para su examen, aprobación e inclusión en el Presupuesto de Egresos correspondiente (art. 14 LOP).

Forman parte de la programación de obra pública:

- a) Los objetivos y metas a corto, mediano y largo plazo;
- b) Las acciones que se han de realizar y los resultados previsibles;
- c) Los recursos necesarios para su ejecución y la calendarización física y financiera de los mismos, así como los gastos de operación;
- d) Las unidades responsables de su ejecución;
- e) Las investigaciones, asesorías y consultorías especializadas, así como los estudios técnicos y de preinversión;
- f) Los estudios y proyectos arquitectónicos y de ingeniería que se requieran, y las normas y especificaciones de ejecución aplicables;
- g) Las fechas previstas de iniciación y terminación de todas sus fases, considerando las acciones previas a su iniciación y las características ambientales, climáticas y geográficas de la región donde deba realizarse.

Antes de proceder a la realización de la obra pública, las dependencias y entidades deben tramitar y obtener de las autoridades competentes los dictámenes, permisos, licencias y demás autorizaciones que se requieran para su realización (art. 14 Regl.).

Hecho lo anterior, la Administración debe optar entre realizar la obra pública mediante administración directa o celebrar un contrato con un tercero (art. 51 LOP). También en este caso, la eficiencia de la actividad administrativa debe orientar la decisión que se tome.

Sólo después de realizadas éstas etapas, y en el supuesto de que la Administración haya optado por realizar la obra pública mediante la colaboración de un tercero, comienza propiamente la formación del contrato de obra pública.

La primera etapa en la formación del contrato de obra pública es de información y asesoramiento general, y permite efectuar los planos de la obra que se ejecutará. A continuación, se realizan los pliegos de condiciones generales y las especificaciones técnicas, así como un presupuesto de la obra, el que permitirá efectuar un análisis económico-financiero que determine los recursos que deban destinarse, el plan de inversiones, amortizaciones, garantías, etc.<sup>61</sup> Todos los actos antes enunciados son realizados por la Administración.

---

<sup>61</sup> Escola, vol. II, pp. 216-217.

Es necesario también que la Administración realice diversos actos de índole jurídico, como son la determinación de la competencia administrativa y del órgano que debe contratar, la fijación de garantías y fianzas, etc.

De acuerdo al artículo 29 de la LOP, para que las dependencias o entidades puedan realizar obras públicas se requiere:

- I. Que las obras estén incluidas en el programa de inversiones autorizado;
- II. Que se cuente con los estudios y proyectos, las normas y especificaciones de construcción, el presupuesto, el programa de ejecución y, en su caso, el programa de suministro, y
- III. Que se cumplan los trámites o gestiones complementarios que se relacionen con la obra y los que deban realizarse conforme a las disposiciones estatales y municipales.

Una vez que la Administración ha realizado lo anterior, comenzará la etapa de selección de la persona con la cual celebrará el contrato.

En las legislaciones modernas, esta selección se encuentra orientada por principios que eviten injusticias, favoritismos, peculados y enriquecimientos ilícitos, vicios que de alguna u otra manera siempre han existido en la celebración de este tipo de contratos.

De acuerdo a lo anterior, el procedimiento generalmente adoptado para adjudicar las obras públicas es el de convocatoria pública, aceptándose en algunos casos, y únicamente como excepción al principio general, la licitación privada o adjudicación directa. Tal sistema es seguido por la *Ley Nacional de Obras Públicas 13.064* de Argentina (art. 9º), por la ley española de contratos del Estado y por nuestra *Ley de Obras Públicas*.

El segundo párrafo del artículo 134 constitucional, así como el 30 de la LOP, ordenan que los contratos de obra pública se deberán adjudicar a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

El principio anterior admite excepciones, permitidas por el tercer párrafo del artículo 134 constitucional, siendo contempladas por la ley las siguientes:

a) Cuando el contrato sólo pueda celebrarse con una persona por ser el titular de la o las patentes necesarias para realizar la obra (art. 30, 2º pfo.);

b) Cuando las obras respectivas tengan fines exclusivamente militares o para la Armada, o sean necesarias para salvaguardar la integridad, la independencia y la soberanía de la Nación y garantizar su seguridad interior (art. 55);

c) Cuando peligre o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país (art. 56 frn I.);<sup>62</sup>

d) Cuando se hubiere rescindido el contrato respectivo (art. 56 frn II.);

e) Cuando se trate de trabajos cuya ejecución requiera de la aplicación de sistemas y procedimientos de tecnología avanzada (art. 56 frn III.);

f) Cuando se trate de trabajos de conservación, mantenimiento, restauración, reparación y demolición, en los que no sea posible precisar su alcance, establecer el catálogo de conceptos y cantidades de trabajo, determinar las especificaciones correspondientes o elaborar el programa de ejecución (art. 56 frn IV.);

g) Cuando se trate de trabajos que requieran de mano de obra campesina o urbana marginada y la dependencia o entidad contrate directamente con los habitantes beneficiarios de la localidad o del lugar donde deba ejecutarse la obra (art. 56 frn V.);

h) Cuando por ser el monto de la obra demasiado bajo, resulte inconveniente llevar a cabo el procedimiento de licitación pública, por el costo que éste representa (art. 57, pfo. 1º).

i) Cuando el monto de la obra supere los montos máximos previstos por los Presupuestos, pero no exceda los límites que igualmente se establecen en ellos (art. 57, pfo 3º). En relación con el presente y el anterior supuesto, en los Presupuestos de Egresos de la Federación y del Departamento del Distrito Federal se establecen los montos máximos de las obras que se pueden contratar directamente.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Cfr en el Diario Oficial del 28 de septiembre de 1988, página 64, el acuerdo de excepción de licitación pública de las obras que se realizaran en la ejecución de las acciones de emergencias provocadas por el ciclón Gilberto.

<sup>63</sup> El Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal de 1993, en su artículo 35, señala que los montos máximos de contratación directa y de licitación privada son los siguientes (en miles de nuevos pesos, sin incluir importe del IVA):

En los casos mencionados en los incisos a) al h) el sistema que se sigue es el de contratación directa, que consiste en convocar a quien cuente con la capacidad de respuesta inmediata y los recursos técnicos, financieros y demás que sean necesarios. En tales supuestos, la dependencia o entidad responsable deberá informar de la contratación en los términos antes mencionados a las Secretarías de Hacienda y de la Contraloría General de la Federación. Tal como afirma Escola, este sistema requiere de un especial cuidado en la elección del contratante por parte de la Administración, pues de otra manera puede dar lugar a injusticias y favoritismos.<sup>64</sup>

En el caso mencionado por el inciso i), el contrato podrá adjudicarse a quien reúna las condiciones necesarias para la realización de la obra, previa invitación a cuando menos tres personas, siendo indispensable que todas ellas presenten propuesta (art. 29 Regl). Este sistema se conoce con el nombre de licitación privada.

Siguiendo a Escola<sup>65</sup>, estudiaremos las etapas de la licitación pública de acuerdo al siguiente orden: A. Preparación y aprobación del pliego de condiciones, B. Convocatoria de la licitación, C. Presentación de las propuestas, D. Apertura y análisis comparativo de las ofertas, E. Adjudicación, y F. Formalización y perfeccionamiento del contrato.

Inversión total autorizada:		Monto máximo de cada obra que podrá contratarse directamente:	Monto máximo de cada obra que podrá adjudicarse mediante licitación privada:
Mayor de:	Hasta:		
	4,000	15	134
4,000	10,000	19	167
10,000	17,500	23	207
17,500	25,000	28	256
25,000	35,000	35	317
35,000	50,000	41	374
50,000	125,000	49	444
125,000	210,000	57	507
210,000	300,000	66	593
300,000	450,000	75	679
450,000	625,000	90	811
625,000	800,000	100	896
800,000	1'000,000	110	988
1'000,000		123	1,100

<sup>64</sup> Vol. II, p. 226.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 221.

## A. Preparación y aprobación del pliego de condiciones

El artículo 30 del reglamento de la LOP menciona que la información y documentación mínima que se proporcionará a los interesados para presentar su proposición será la siguiente:

I. Origen de los fondos para realizar los trabajos y el importe estimado para el primer ejercicio;

II. Porcentajes, formas y términos del o los anticipos que se concedan;

III. Lugar, fecha y hora para la visita al sitio de realización de los trabajos;

IV. Fecha de inicio de los trabajos y fecha estimada de terminación;

V. Proyectos arquitectónicos y de ingeniería; normas de calidad de los materiales y especificaciones de construcción; catálogo de conceptos, cantidades y unidades de trabajo, y relación de conceptos de trabajo y análisis y relación de los costos básicos de materiales, mano de obra y maquinaria de construcción que intervienen en éstos;

VI. Relación de materiales y equipos de instalación permanente, que en su caso, proporcione la convocante;

VII. Modelo de contrato;

VIII. Los criterios detallados para la adjudicación.

## B. Convocatoria de la licitación

La convocatoria a licitación necesariamente tiene que ser pública "para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de *asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.*" (art. 134, 2º pfo, Const.)

Las convocatorias a licitaciones públicas deberán publicarse en uno de los diarios de mayor circulación en el país, y en uno de los de la entidad federativa donde se ejecutarán las obras, y de acuerdo al artículo 31 de la LOP contendrán:

I. El nombre de la dependencia o entidad convocante;

II. El lugar y descripción general de la obra que se desee ejecutar;

III. Los requisitos que deberán cumplir los interesados;

IV. Información sobre los anticipos;

V. El plazo para la inscripción en el proceso de adjudicación, que no podrá ser menor de diez días hábiles contados a partir de la fecha de la publicación de la convocatoria;

VI. El lugar, fecha y hora en que se celebrará el acto de la apertura de proposiciones;

VII. La experiencia o capacidad técnica que se requiera para participar en el concurso, de acuerdo con las características de la obra, y

VIII. Los criterios conforme a los cuales se decidirá la adjudicación.

Todo interesado que satisfaga los términos de la convocatoria tendrá derecho a presentar proposiciones, sin poderse exigir requisitos adicionales a los anteriores y a los previstos en el reglamento de la LOP (art. 32). En relación con lo anterior, el artículo 28 del Reglamento de la LOP contempla los siguientes requisitos:

I. Capital contable mínimo requerido con base en los últimos estados financieros auditados o en la última declaración fiscal;

III.<sup>66</sup> Testimonio del acta constitutiva y sus modificaciones;

IV. Registro en la Cámara que le corresponda;

V. Relación de los contratos de obra en vigor que tengan celebrados, tanto con la administración pública como con los particulares, señalando el importe total contratado y el importe por ejercer;

VI. Capacidad técnica, y

VII. Declaración bajo protesta de decir verdad de no encontrarse en ninguno de los supuestos de prohibición para presentar propuestas y celebrar contratos previstos por el artículo 37 de la LOP.

El artículo 37 de la LOP prohíbe presentar propuestas o celebrar contratos de obra pública, o de servicios relacionados con ésta, a las personas siguientes:

I. Aquellas en cuya empresa participe el funcionario que deba decidir directamente, o los que le hayan delegado tal facultad, sobre la adjudicación del contrato, o su cónyuge o sus parientes consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado;

II. Los contratistas que por causas imputables a ellos mismos se encuentren en situación de mora respecto de la ejecución de otra obra pública que tengan contratada;

---

<sup>66</sup> La fracción II. se refiere al Registro en el Padrón de Contratistas, requisito que en la Ley se encuentra derogado.

III. Las demás que por cualquier causa se encuentren impedidas para ello por disposición de la ley.

Habiendo satisfecho los requisitos señalados en la convocatoria, y pagado el costo de la documentación e información necesaria para preparar su proposición, el interesado quedará inscrito y tendrá derecho a presentarla.

### C. Presentación de las propuestas

Las proposiciones se entregarán el día que se haya señalado para el acto de presentación y apertura, y contendrán: (art. 31 Regl.)

I. Garantía de seriedad, la cual consistirá en cheque cruzado o fianza por el cinco por ciento del importe de la proposición (art. 24 Regl.), y carta de compromiso de la proposición;

II. Manifestación escrita de conocer el sitio de los trabajos;

III. Catálogo de conceptos, unidades de medición, cantidades de trabajo, precios unitarios propuestos e importes parciales y el total de la proposición;

IV. Datos básicos de costos de materiales puestos en el sitio de los trabajos, de la mano de obra y del uso de la maquinaria de construcción;

V. Análisis de precios unitarios, estructurados con costos directos, costos indirectos, costos de financiamiento y cargo por utilidad.<sup>67</sup> El procedimiento de análisis de los precios unitarios podrá ser por asignación de recursos calendarizados o por el rendimiento por hora o turno.

VI. Programas de ejecución de los trabajos, utilización de la maquinaria y equipo de construcción, adquisición de materiales y equipos de instalación permanente, utilización de personal técnico, administrativo y de servicios encargado de la dirección, supervisión y administración de los trabajos, y

VII. Relación de maquinaria y equipo de construcción.

---

<sup>67</sup> Los costos directos incluyen los cargos por materiales, mano de obra, herramientas, maquinaria y equipo de construcción. Los costos indirectos se representan como un porcentaje de los directos, y corresponden a gastos de administración y de seguros y fianzas. El costo de financiamiento se representa por un porcentaje de la suma de los costos directos e indirectos, y para determinarlo deben considerarse los gastos que se realizarán en la ejecución de los trabajos, los pagos por anticipos y estimaciones que se recibirán, y las tasas de interés aplicables. El cargo por utilidad será fijado por el contratista mediante un porcentaje de la suma de los tres anteriores.

#### D. Apertura y análisis comparativo de las ofertas

Del acto de presentación y apertura de proposiciones se levantará un acta circunstanciada en la que se hará constar las proposiciones recibidas, sus importes, las que hubieren sido rechazadas y las causas que motivaron el rechazo, y en su caso, el que se declaró desierto el concurso por no haberse recibido proposiciones o porque todas las presentadas fueron desechadas. Esta acta será firmada por todos los participantes y se les entregará una copia de la misma. En el mismo acto, se dará a conocer la fecha, hora y lugar en que se emitirá el fallo correspondiente. (art. 33 fms. VI y VII del Regl.)

Antes de proceder al análisis comparativo de las distintas propuestas presentadas, deberá determinarse cuáles de éstas son solventes, y desecharse las que no lo sean.

Para que una propuesta pueda considerarse solvente, deberá incluir toda la información, documentos y requisitos solicitados en las bases de licitación, además de contemplar todos los aspectos legales, técnicos y económicos necesarios para la realización de la obra. (art. 34, inciso A, Regl.)

La convocante, con base en el análisis comparativo de las proposiciones admitidas y en su propio presupuesto de obra, emitirá un dictamen que servirá de fundamento para el fallo. (art. 36 LOP)

El dictamen antes mencionado, señalará los criterios utilizados para la evaluación de las proposiciones; los lugares correspondientes a los participantes cuyas propuestas sean solventes, indicando el monto de cada una de ellas y las proposiciones desechadas con las causas que originaron su exclusión (art. 34, inciso B, Regl.).

#### E. Adjudicación

La obra deberá adjudicarse a la persona que cumpla con los requisitos siguientes:

a) Reúna las condiciones legales, así como las técnicas y económicas requeridas por la convocante;

b) Garantice satisfactoriamente el cumplimiento del contrato;

c) Cuento con la experiencia requerida para la ejecución de los trabajos;

d) Si dos o más propuestas satisfacen los requisitos anteriores, el contrato deberá adjudicarse a quien presente la proposición solvente más baja.

El 5° párrafo del artículo 36 de la LOP menciona que el fallo dictado en contravención a los anteriores requisitos será nulo de pleno derecho.

Contra la resolución que contenga el fallo, procede el recurso de inconformidad ante la Secretaría de la Contraloría General de la Federación o la Contraloría Interna de la dependencia o entidad convocante, indistintamente (art. 58 bis).

En caso de que ninguna de las posturas presentadas fueren aceptables, no se adjudicará el contrato y se procederá a expedir una nueva convocatoria.

#### F. Formalización y prueba del contrato

Una vez adjudicado el contrato, la dependencia o entidad convocante y la persona a quien se le hubiere adjudicado quedan obligadas a formalizar el documento relativo, dentro de los veinte días hábiles siguientes al de su adjudicación (art. 38 LOP).

Forman parte del contrato la descripción pormenorizada de la obra a ejecutar, los proyectos, planos, especificaciones, programas y presupuestos correspondientes, así como toda la demás documentación tenida en cuenta para la adjudicación (art. 39 *in fine* LOP).

Existen modelos de contratos de obra pública a los cuales deben sujetarse las dependencias y entidades de la administración pública federal. Los últimos modelos fueron dados a conocer por el oficio circular 1889 emitido por la entonces Secretaría de Programación y Presupuesto, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 21 de abril de 1986, conteniendo modelos de contratos de obra pública a base de precios unitarios, a precio alzado y de servicios.

## **VI. EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA**

Para estudiar la ejecución del contrato de obra pública, seguiremos el siguiente esquema: A. Plazo de ejecución, B. Disponibilidad del inmueble, C. Anticipos, D. Garantías, E. Forma de pago, F. Ajuste de costos, G. Modificaciones al contrato, H. Dirección y supervisión, I. Suspensión y rescisión del contrato, J. Obligaciones del contratista, K. Derechos del contratista, L. Penas Convencionales, y M. Recepción de los trabajos.

### **A. Plazo de ejecución**

Una vez adjudicado el contrato de obra pública, el contratista debe presentar un programa de obra, donde se prevea el desarrollo de las distintas etapas de ésta, concebido para que los trabajos se terminen íntegramente dentro del término previsto por el contrato. Tal programa de obra debe ser aprobado por la Administración. (art. 36 fm. II Regl.)

El contratista debe cumplir los plazos de ejecución del contrato. Sin embargo, puede solicitar la ampliación del plazo en caso fortuito o de fuerza mayor, o cuando por cualquier otra causa no imputable a él le fuera imposible cumplir con el programa de obra. A fin de conseguir la prórroga necesaria, el contratista debe solicitarla por escrito, expresando los motivos en que apoye su solicitud. La dependencia o entidad contratante debe resolver sobre la procedencia de la prórroga en un plazo de 30 días, y en caso de que se otorgue, deben realizarse las modificaciones correspondientes al programa. (inciso 3.3.8 de las Reglas Generales)

Consideramos que si la prórroga solicitada es originada por caso fortuito, fuerza mayor, o cualquier otra causa no imputable al contratista, la dependencia o

entidad contratante debe conceder forzosamente la prórroga que sea conveniente, sin poderse negar a ello. Lo anterior se desprende del segundo párrafo del inciso 3.3.8 de las Reglas Generales, que señala que cuando el contratista se vea imposibilitado a terminar los trabajos dentro del plazo contractual, por causas imputables a él, podrá de cualquier manera solicitar una prórroga, pero en este caso será optativo para la dependencia o entidad concederla o negarla (independientemente de lo cual podrá imponer sanciones). Así, al tratar la solicitud de prórroga por causas imputables al contratista, las Reglas Generales señalan que dicha prórroga podrá o no ser concedida, a juicio de la dependencia o entidad, señalamiento que no se realiza cuando se trata de la prórroga por causas no imputables al contratista, y por tanto, debe entenderse que en este último caso la prórroga no es optativa sino forzosa, debiendo concederse necesariamente.

Escola dice que en el contrato de obra pública tiene aplicación el principio de continuidad en la ejecución, por el cual la administración pública tiene derecho a exigir de su cocontratante la ejecución sin interrupción del contrato, principio que -según Escola- tiene su fundamento en el fin de interés público que tiene este contrato y en la posición de subordinación en que se encuentra el cocontratante en relación con la Administración.<sup>68</sup> Opina Escola que el cocontratante únicamente puede suspender la obra en casos de fuerza mayor o en virtud de actos de la Administración que impidan la ejecución del contrato o afecten la existencia de la relación contractual, o bien por la aparición de hechos que se hayan previsto en el contrato como causas de dicho efecto. Fuera de estos casos, el contratista debe cumplir el contrato en todo momento, incluso -dice Escola- cuando no recibe de la Administración los pagos respectivos o cuando se encuentran en trámite procedimientos judiciales relativos al mismo.<sup>69</sup>

La Administración puede hacer uso de prerrogativas especiales a fin de lograr el cumplimiento del contrato dentro del plazo pactado, pudiendo llegar incluso a la rescisión, "medida que sólo habrá de adoptarse en casos extremos, ya que por lo común perjudica el interés general, pues lo que debe buscarse es el cumplimiento de los contratos administrativos, y no su rescisión."<sup>70</sup>

Escola considera que en el contrato de obra pública el contratista no puede suspender la ejecución de los trabajos mediante la interposición de la *exceptio non adimpleti contractus*, argumentando lo siguiente:<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> Vol. II, p. 233.

<sup>69</sup> *Ibid.*, 233-234.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 234.

<sup>71</sup> *Ibid.*, pp. 279-280.

a) El contrato administrativo persigue un fin de interés público, por lo que en él deben reconocerse principios exorbitantes del derecho privado que no pueden ser afectados, y dentro de éstos se encuentra el principio de continuidad en la ejecución.

b) Al celebrar un contrato administrativo, el contratista adquiere el rol de colaborador de la Administración en el logro de un fin de interés público, por lo que debe hacer todo lo que esté a su alcance para lograr éste.

c) La *exceptio non adimpleti contractus* se funda en principios y fundamentos de derecho civil, inaplicables en derecho administrativo.

Debido a las tres anteriores razones, Escola concluye que, ante el incumplimiento de la Administración, el contratista particular está imposibilitado a dejar de ejecutar el contrato, debiendo continuar la ejecución de éste, sin perjuicio de las acciones que tenga para obtener el resarcimiento de daños y perjuicios.

Nos permitimos diferir de la opinión de Escola, ya que si bien es cierto que el ejercicio de la figura en estudio por parte del particular podría obstaculizar la consecución del interés público, también lo es que un principio general del derecho consiste en que nadie está obligado a lo imposible, y en el caso que nos ocupa, la falta de cumplimiento de la Administración a sus obligaciones, principalmente a la de pago, puede traer como consecuencia que el contratista se vea imposibilitado a continuar la obra por falta de recursos económicos para ello, razón por la cual consideramos razonable permitir al contratista suspender la ejecución del contrato cuando dicha suspensión es consecuencia de un previo incumplimiento por parte de la Administración, siempre y cuando éste sea grave. Además, sería contrario a la justicia el obligar a un particular a ejecutar las prestaciones a su cargo sin recibir nada a cambio, lo cual sería también contrario al principio de equidad en las cargas públicas.

## B. Disponibilidad del inmueble

Para estar en posibilidad de iniciar los trabajos de la obra, el contratista requiere que previamente la administración pública le haga entrega del terreno sobre el cual se construirá la obra, pudiendo verificar que el lugar sea el mismo previsto en el contrato y cuente con las condiciones y requisitos debidos. La entrega de la obra y el inicio de los trabajos debe hacerse constar en un acta especial, suscrita por la

Administración y el contratista, donde éste podrá asentar todas las deficiencias e inconvenientes que haya advertido.

La obligación de la dependencia o entidad contratante de poner oportunamente a disposición del contratista el inmueble en que deba llevarse a cabo la obra se encuentra contemplada por el artículo 40 de la LOP.

Comúnmente, en el lugar de la obra el contratista cuenta con una bodega para guardar materiales, maquinaria y herramientas, así como con una oficina administrativa. Cuenta también con un representante permanente en la obra, quien debe ser un profesional capacitado para afrontar las labores propias de la construcción. A su vez, la Administración cuenta con un inspector de obra que representa sus intereses.

### C. Anticipos

A fin de dar inicio a la ejecución de los trabajos, el contratista se ve forzado a realizar diversos gastos que son indispensables para el arranque de obra.

En virtud de lo anterior, la dependencia o entidad contratante debe necesariamente otorgar una cantidad de dinero por concepto de anticipo, cuyo monto deberá pactarse en cada contrato.

El anticipo concedido deberá entregarse al contratista con anterioridad a la fecha de inicio de obra, y el atraso en su entrega será motivo para diferir, sin modificar el plazo, el programa de obra, debiéndose formalizar mediante convenio la nueva fecha de iniciación de los trabajos (art. 27 Regl.).

El anticipo debe ser invertido en dos conceptos: inicio de trabajos y compra de materiales.

El artículo 27 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas regula los anticipos de la siguiente manera:

"Para que el contratista realice en el sitio de los trabajos la construcción de sus oficinas, almacenes, bodegas e instalaciones y, en su caso, para los gastos de traslado de la maquinaria y equipo de construcción, e inicie los trabajos, la

contratante deberá otorgar hasta un diez por ciento del importe de la asignación presupuestal aprobada en el primer ejercicio para el contrato.

"Cuando los trabajos se inicien en el último trimestre del primer ejercicio y el anticipo resulte insuficiente, la dependencia o entidad podrá por única vez y bajo su responsabilidad, complementar en el segundo ejercicio los gastos para el inicio de los trabajos, hasta por el diez por ciento del importe de la asignación aprobada para dicho ejercicio...

"Para la compra y producción de materiales de construcción, la adquisición de equipos que se instalen permanentemente y demás insumos, se deberá otorgar, además del anticipo para inicio de los trabajos, hasta un veinte por ciento de la asignación aprobada al contrato en el ejercicio de que se trate; cuando las condiciones de obra lo requieran, el porcentaje podrá ser mayor, en cuyo caso será necesaria la autorización escrita del titular de la dependencia o entidad..."

El anticipo que se otorgue al contratista deberá ser amortizado proporcionalmente con cargo a cada una de las estimaciones por trabajos ejecutados que se formulen, debiéndose liquidar el faltante por amortizar en la estimación final.

El porcentaje inicial de amortización será el resultado de dividir la o las cantidades recibidas por concepto de anticipos entre el importe de la obra. En caso de que el anticipo para compra de materiales se entregue en varias exhibiciones, para la amortización de exhibiciones subsecuentes deberá adicionarse al porcentaje anterior el que resulte de dividir el monto de la obra aun no ejecutada, en la fecha en que las mismas sean entregadas al contratista.

#### D. Garantías

El contratista debe garantizar a la Administración pública dos cosas: el cumplimiento del contrato y la inversión del anticipo.

Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato, el contratista, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la firma de éste, deberá presentar una póliza de fianza por el diez por ciento del importe total del contrato (inciso 3.3.11, 1er. pfo. Reglas Generales).

Sin embargo, si la ejecución de los trabajos rebasa un ejercicio presupuestal, la fianza será del diez por ciento del monto autorizado para el primer ejercicio, y en los ejercicios subsecuentes, deberá ajustarse en relación al monto realmente ejercido, e incrementarse con el diez por ciento del monto de la inversión autorizada para los trabajos en el ejercicio de que se trate (inciso 3.3.11, 2º pfo. Reglas Generales).

La entrega de la póliza de fianza por parte del contratista es de trascendental importancia, hasta el punto de que el contrato queda sujeto a la condición suspensiva consistente en la entrega de dicha póliza con los requisitos señalados por las Reglas Generales, por lo cual mientras la misma no se entregue, el contrato no surtirá efecto alguno (inciso 3.3.11, 4º pfo. Reglas Generales).

La fianza estará vigente hasta un año después de la recepción total de los trabajos, a fin de responder de los defectos de construcción o de cualquier responsabilidad a cargo del contratista derivada del contrato, y deberá quedar automáticamente prorrogada cuando lo sea el contrato (inciso 3.3.11, pfos. 6º y 8º b Reglas Generales).

Sólo cuando el contratista haya cumplido con todas sus obligaciones derivadas del contrato, la fianza podrá ser cancelada, siendo requisito indispensable para ello la solicitud expresa y por escrito de la Tesorería de la Federación, o en su caso, de la Tesorería del organismo descentralizado o empresa de participación estatal mayoritaria contratante (inciso 3.3.11, pfos. 9º y 8º d Reglas Generales).

Además, por lo que respecta al anticipo, para garantizar su correcta inversión, el contratista deberá entregar una fianza por el importe total de éste (inciso 3.3.11 último pfo. Reglas Generales).

Adicionalmente a las fianzas otorgadas por el contratista, el inciso 3.3.12 de las Reglas Generales prevé la formación de un depósito de garantía, formado por el cinco por ciento del importe de los pagos que reciba por concepto de estimaciones y liquidaciones, montos que serán retenidos por la dependencia o entidad contratante para cubrir cualquier diferencia, responsabilidad o reclamación a cargo del contratista.

## E. Forma de pago

Existen diversos sistemas para determinar la forma en que debe pagarse el precio de una obra pública. Escola reconoce tres sistemas tradicionales: ajuste alzado, unidad de medida y coste y costas.

En el sistema de ajusta alzado el contratista se obliga a realizar una obra única, perfectamente determinada, invariable, y a cambio de ello recibe un precio único y total, global, fijo e inmodificable.<sup>72</sup> Este sistema no es del todo recomendable, ya que su extrema rigidez lo hace riesgoso tanto para la Administración como para el particular.

El sistema de unidad de medida, conocido en nuestro medio como "de precios unitarios", se caracteriza en que el precio a pagarse al contratista se establece sobre la base de un precio unitario establecido en el contrato a cada parte, unidad o pieza de la obra a ejecutarse.<sup>73</sup>

Escola dice que el sistema de unidad de medida puede ser simple o de unidad en el conjunto. Simple cuando el contratista se obliga a ir ejecutando partes que se le pagarán conforme al precio unitario establecido, pero sin que se encuentre previamente fijado el número de partes a realizar, el cual es indeterminado, constituyendo cada parte una obra independiente que debe entregar completa, sin que pueda limitarse a ejecutar porciones de ella. En cambio, el sistema de unidad en el conjunto parte de la existencia de una obra predeterminada en conjunto, la cual a su vez se compone de diversas partes, fijándose en el contrato el precio de cada una de ellas, sin ser cada una de las partes independiente de las otras, por lo cual el contratista queda obligado a entregar la obra completa, con todas sus partes, pagándose el precio a medida que se van entregando éstas y de acuerdo al valor acordado para cada una de ellas.<sup>74</sup>

En el sistema de coste y costas la Administración debe pagar el valor de los materiales y de la mano de obra utilizados e incorporados a la obra (coste), además de un porcentaje sobre dichos valores, el cual constituye el beneficio del contratista (costas).<sup>75</sup> Este sistema no es conveniente, debido a que obliga a llevar una minuciosa contabilidad, además de que se presta a que el contratista integre a la obra

---

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 271.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 273.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 274.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 275.

mayores valores de los que realmente se necesitan, y a que no vigile el correcto rendimiento de los materiales ni el desempeño de sus trabajadores.

Por lo que hace a nuestra legislación, el artículo 39 de la LOP dispone que los contratos de obra pueden celebrarse bajo dos modalidades: a precio alzado o sobre la base de precios unitarios.

Por precio unitario se entiende "el importe de la remuneración o pago total que debe cubrirse al contratista por unidad de concepto de trabajo terminado; ejecutado conforme al proyecto, especificaciones de construcción y normas de calidad" (Art. 42 fn. 1 Regl.), o bien "importe total por unidad de medida de cada concepto de trabajo" (Reglas Generales 4.3.1.6).

En el pago de los precios unitarios, se incluyen todos los gastos directos e indirectos que originen los trabajos, la utilidad y el costo de las obligaciones acordadas en el contrato a cargo del contratista (Reglas Generales 3.3.2).<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> De acuerdo a los incisos 5.3. a 5.8. de las Reglas Generales, los cargos que integran un precio unitario son los siguientes:

1. Cargos Directos:

- 1.1. Por mano de obra
- 1.2. Por materiales
- 1.3. Por maquinaria:
  - 1.3.1. Cargos Fijos:
    - 1.3.1.1. Por depreciación
    - 1.3.1.2. Por inversión
    - 1.3.1.3. Por seguros
    - 1.3.1.4. Por mantenimiento mayor o menor
  - 1.3.2. Por consumos
    - 1.3.2.1. Por combustible
    - 1.3.2.2. Por otras fuentes de energía
    - 1.3.2.3. Por lubricantes
    - 1.3.2.4. Por llantas
  - 1.3.3. Por salarios para la operación
  - 1.3.4. Por transporte extraordinario de maquinaria
- 1.4. Por herramienta
  - 1.4.1. Por herramienta de mano
  - 1.4.2. Por máquinas-herramientas
- 1.5. Por equipo de seguridad
- 1.6. Por instalaciones
- 1.7. Por patentes, en su caso

2. Cargos Indirectos

Precio alzado es "el importe de la remuneración o pago total que debe cubrirse al contratista por la obra totalmente terminada y ejecutada en el plazo establecido conforme al proyecto, especificaciones y normas de calidad requeridas, y cuando sea el caso, probada y operando sus instalaciones" (Art. 42 fm. II Regl.), o "importe total que se paga por una obra, o parte de la misma, totalmente terminada" (Reglas Generales 4.3.1.7).

Los contratos que se celebren bajo la modalidad de precio alzado no podrán modificarse en monto o plazo, ni estarán sujetos a ajustes de costos (Art. 42 in fine Regl.).

En cada contrato de obra pública, deberá indicarse el importe total del mismo y la forma prevista para su pago (Reglas Generales 3.1.5).

Generalmente, en el desarrollo del contrato de obra pública se efectúan pagos parciales con arreglo al avance de los trabajos, los cuales al terminar la obra son finalmente ajustados. Tal modalidad de pago reviste gran importancia para el contratista, ya que en obras públicas de gran envergadura y cuya ejecución demanda largo tiempo, los pagos parciales permiten al contratista efectuar reinversiones, "eximiéndolo de la pesada y a veces imposible carga de tener que financiar por sí solo todos los trabajos."<sup>77</sup>

Consideramos pertinente subrayar lo anterior, ya que los comunes retrasos en el pago de estimaciones provocan a los contratistas graves mermas financieras y gastos no recuperables, de los cuales en muchas ocasiones es difícil reponerse, pues no debe olvidarse que el carácter de las empresas contratistas es técnico y no financiero.

Al respecto, cabe recordar el clásico concepto de empresa que define a ésta

- 
- 2.1. Honorarios, sueldos y prestaciones
  - 2.2. Depreciación, mantenimiento y rentas
  - 2.3. Servicios
  - 2.4. Fletes y acarreos
  - 2.5. Gastos de oficina
  - 2.6. Seguros, fianzas y financiamientos
  - 2.7. Depreciación, mantenimiento y renta de campamentos
  - 2.8. Trabajos previos y auxiliares
3. Cargos por utilidad
  4. Cargos adicionales
- <sup>77</sup> Escola, vol. II, p. 266.

como la conjunción de capital y trabajo para el logro de un fin. *Grosso modo*, haciendo una analogía, podríamos decir que para la consecución del fin perseguido por una obra pública es necesario el trabajo, aportado por el contratista, y el capital, suministrado por la Administración, y sólo cuando ambos cumplen estricta y puntualmente con sus obligaciones será posible la consecución del fin buscado por la obra pública.

Para realizar pagos parciales, es necesario elaborar periódicamente constancias relativas a los trabajos ejecutados por el contratista en un tiempo determinado. Tales constancias, en nuestro medio se conocen como "estimaciones".

Por estimación, se entiende la "valuación de los trabajos ejecutados en determinado periodo, aplicando los precios unitarios de los conceptos de trabajo pactados durante dicho periodo o el porcentaje del precio alzado pactado correspondiente al avance de cada unidad de obra. Por extensión, el documento en el que se consignan las valuaciones antes mencionadas, para efecto de pago." (Reglas Generales 4.3.1.8)

Las estimaciones de los trabajos ejecutados se deberán formular con una periodicidad no mayor de un mes. Para ello, dentro de los cuatro días hábiles siguientes a la fecha de corte, el contratista deberá entregar a la residencia de supervisión la estimación acompañada de la documentación de soporte correspondiente (números generadores), y ésta, dentro de los ocho días hábiles siguientes, deberá revisar, y en su caso autorizar, la estimación. En caso de que surjan diferencias técnicas o numéricas, se tendrán dos días hábiles contados a partir del vencimiento del plazo señalado para la revisión, para conciliar diferencias. Las diferencias que no sea posible conciliar, quedarán pendientes para resolverse e incorporarse a la siguiente estimación. (art. 45 Regl.).

Una vez satisfechos los requisitos establecidos para su trámite, las estimaciones deberán pagarse en un plazo que no exceda de noventa días a partir de su formulación en obra. Dentro de ese plazo la dependencia o entidad contratante deberá enviar las estimaciones debidamente requisitadas a la Tesorería u Oficina Pagadora correspondiente, a más tardar treinta días antes del vencimiento del plazo señalado para su pago. (Reglas Generales 3.3.5, 3er. pfo.)

Ni la elaboración ni el pago de las estimaciones de obra implican la conformidad de la Administración con las obras ejecutadas, reservándose la Administración su derecho para reclamar por trabajos faltantes o mal ejecutados o por pago de lo indebido. (Reglas Generales 3.3.5, 5º pfo.)

A partir de que se haya efectuado la estimación o liquidación correspondiente, el contratista tendrá un plazo de treinta días para inconformarse con ésta, debiendo realizar su reclamación por escrito. Transcurrido dicho plazo sin reclamación, se considerará que la estimación o liquidación queda definitivamente aceptada por el contratista, sin derecho a ulterior reclamación. (Reglas Generales 3.3.5, 6º pfo.)

Consideramos importante destacar que el tercer párrafo del inciso 3.3.5 de las Reglas Generales señala que la falta de pago de estimaciones dentro del plazo antes señalado no causará intereses moratorios. Lo anterior es inaplicable, ya que contraría lo ordenado por el artículo 44 del Reglamento, que justamente, menciona que en caso de incumplimiento en los pagos la dependencia o entidad, a solicitud del contratista, deberá pagar gastos financieros conforme a una tasa igual a la establecida por la Ley de Ingresos de la Federación en los casos de prórroga para el pago de crédito fiscal.

A su vez, el segundo párrafo del artículo arriba citado, señala que tratándose de pagos en exceso el contratista deberá reintegrarlos, con los intereses correspondientes a la tasa antes señalada.

#### F. Ajuste de costos

La teoría de la imprevisión en los contratos aparece reflejada en el artículo 46 de la LOP, el cual menciona que cuando durante la vigencia de un contrato ocurran circunstancias de orden económico 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 de los costos de los trabajos aún no ejecutados, dichos costos podrán ser revisados, conforme lo determinen las partes en el respectivo contrato.

El inciso 3.3.3 de las Reglas Generales menciona que para que proceda la revisión de precios es necesario que las variaciones de éstos impliquen un aumento superior al cinco por ciento de los trabajos no ejecutados. Lo anterior se encontraba contemplado también por el artículo 46 de la LOP. Sin embargo, dicha mención quedó suprimida de este artículo al ser reformado por el decreto publicado en el Diario Oficial el 18 de julio de 1991, razón por la cual consideramos que desde tal fecha la revisión es procedente incluso cuando las variaciones impliquen un aumento inferior al porcentaje antes señalado.

De acuerdo al artículo 50 del Reglamento, la revisión de costos puede realizarse mediante cualquiera de los siguientes dos procedimientos:

- a) Revisar cada uno de los precios de cada contrato para obtener el ajuste, o
- b) Revisar un grupo de precios, que multiplicado por sus correspondientes cantidades de trabajo por ejecutar, representen cuando menos el 80% del importe total faltante del contrato.

La solicitud de revisión de precios, deberá presentarse por el contratista dentro de los veinte días hábiles siguientes a la fecha de publicación de los relativos de precios aplicables al ajuste de costos que solicite, y deberá acompañarse de la documentación comprobatoria necesaria.

Cuando se trate de obras en las cuales se tenga establecida la proporción en que intervienen los insumos en el total del costo directo de la obra, la Administración podrá optar por determinar el ajuste de precios mediante la actualización de los costos de los insumos que intervienen en dichas proporciones, oyendo a la Cámara Nacional de la Industria que corresponda. En este supuesto, no se requerirá que el contratista presente la documentación justificatoria correspondiente. (Art. 50, frn. II, Regl.)

El procedimiento de revisión aplicable deberá pactarse en cada contrato, y se sujetará a lo siguiente: (art. 91 Regl.)

a) Los ajustes se calcularán a partir de la fecha en que se haya producido el incremento o decremento en el costo de los insumos, respecto de la obra faltante por ejecutar conforme al programa que se encuentre en vigor.

b) Los incrementos o decrementos en el costo de los insumos serán calculados con base en los índices que determine la Secretaría de Hacienda, y en caso de que no se encuentren dentro de los publicados por ésta, conforme a los precios que se investiguen utilizando los lineamientos y metodología que expida la misma Secretaría.

c) El ajuste se aplicará a los costos directos, conservando constantes los porcentajes de indirectos y utilidad originales durante el ejercicio del contrato. El costo de financiamiento estará sujeto a las variaciones de la tasa de interés propuesta al momento de fijar dicho costo.

d) La formalización del ajuste de costos se efectuará mediante el oficio de resolución que acuerde el aumento o reducción correspondiente, sin requerirse de convenio alguno.<sup>78</sup>

Con relación al ajuste de precios unitarios, el inciso 3.3.3 de las Reglas Generales señala que la solicitud de revisión que presente el contratista sólo será considerada cuando el contratista no se encuentre en mora respecto del programa de trabajo. Asimismo, señala que en caso de que los costos sufran variaciones originadas por disminución de precios, el contratista "acepta" que la dependencia o entidad, oyéndolo, ajuste los precios como corresponda. Consideramos que lo anterior es una aberración, ya que las Reglas Generales son una norma jurídica unilateral en cuya formulación no interviene su destinatario, es decir, el contratista, y por tanto, en ellas éste no puede convenir ni aceptar nada.

Los lineamientos para el procedimiento de ajuste de los precios unitarios se encuentran descritos en el inciso 5.9 de las Reglas Generales.

Respecto del ajuste de costos, Escola distingue entre "revisión del precio" y "variación del precio".<sup>79</sup> Dice que la revisión del precio se refiere a una posible realización de trabajos que signifiquen una alteración en la cantidad o el volumen de los originalmente previstos, pero permaneciendo inalteradas las bases para fijar el pago del precio. En cambio, en la variación del precio, la cantidad o el volumen de los trabajos permanece inalterada, pero se modifican las bases para fijar el precio. Las variaciones del precio se formulan por aplicación de la teoría del hecho del príncipe o de la teoría de la imprevisión.

### G. Modificaciones al contrato

Si bien la obra pública debe ser ejecutada de conformidad con el contrato celebrado, la administración pública cuenta con prerrogativas especiales que le permiten modificar lo acordado, prerrogativas que merecen una especial atención.

Dentro de estas prerrogativas de la Administración, se encuentra el principio de mutabilidad, en virtud del cual la Administración tiene la posibilidad de modificar

---

<sup>78</sup> Al respecto, existe un modelo de oficio de autorización para el ajuste de precios unitarios, así como un instructivo para el llenado del mismo. *Cfr* el inciso 3.6.4. de las Reglas Generales.

<sup>79</sup> Vol. II, p. 276-277.

unilateralmente los términos de los contratos administrativos que haya celebrado, afectando su ejecución y variando las obligaciones a que estaba originalmente obligado el contratista, quien está obligado a acatar tales modificaciones.<sup>80</sup> Tal mutabilidad es una consecuencia impuesta por las finalidades de interés público de los contratos administrativos, así como por la posición de subordinación que en ellos tiene el cocontratante.

Dicho principio de mutabilidad se aplica también en el contrato de obra pública. Al respecto, las modificaciones que la Administración introduzca a la obra pueden ser respecto de los planos, especificaciones, programa o variaciones de las cantidades de trabajo.

Respecto de las variaciones del contrato ordenadas por la Administración en ejercicio del principio de mutabilidad, es importante considerar que deben estar sujetas a un límite, no pudiendo ser de un indole tal que alteren las bases del contrato, su esencia, su economía, o constituyan una obra nueva.<sup>81</sup> De acuerdo a lo anterior, el principio de mutabilidad debe reducirse a variaciones que tengan por finalidad la mejor adecuación de los trabajos a la obtención del interés público, pero siempre manteniendo la estructura y condiciones fundamentales del contrato.

Así, la Administración no puede ordenar la realización de trabajos que constituyan una obra nueva, siendo ésta aquella cuyo objeto sea extraño al de la obra prevista en el contrato. En caso de que la Administración haga lo anterior, el contratista puede pedir la rescisión del contrato.<sup>82</sup> Sin embargo, puede suceder que el contratista acepte la realización de tales obras, caso en el cual el pago de éstas se deberá efectuar sobre la base de un nuevo precio convenido entre las partes.<sup>83</sup>

Escola considera que si en virtud de las modificaciones introducidas por la Administración dentro de los límites del principio de mutabilidad se produce una disminución en los montos contratados, el cocontratante no deberá ser indemnizado por los beneficios que haya dejado de percibir por dejar de realizar los trabajos suprimidos.<sup>84</sup> Al respecto, nosotros opinamos que en este supuesto el contratista debe ser indemnizado de los gastos que haya realizado en atención a los trabajos suprimidos, y que deben revisarse los precios unitarios que se hayan concursado a un precio menor en atención al volumen que el contratista tomó en cuenta al

---

<sup>80</sup> Escola, vol. II, p. 243.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 246.

<sup>82</sup> *Ibid.*, pp. 247-248.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 248.

<sup>84</sup> Escola, vol. II, p. 247.

presentar su propuesta, pues mientras mayor sea el volumen tenderán a ser menores los precios unitarios propuestos, y si se modifica aquél también deben modificarse éstos.

Lo anterior es reconocido por los párrafos 5° y 6° del inciso 3.3.7 de las Reglas Generales, el segundo de los cuales ordena que en caso de que se realicen modificaciones a los planos, especificaciones, programas o variaciones de las cantidades de trabajo, y éstas originen variaciones en los cálculos que sirvieron de base para fijar los precios unitarios, ambas partes, de común acuerdo, determinarán los ajustes que debe hacerse a dichos precios.

El principio de mutabilidad es reconocido por nuestra Ley de Obras Públicas, la cual previene la celebración de convenios modificatorios de los contratos de obra pública.

Al efecto, el artículo 41 de la LOP, faculta a las dependencias y entidades, para que, dentro del programa de inversiones aprobado, bajo su responsabilidad y por razones fundadas y explícitas, modifiquen los contratos de obras públicas o de servicios relacionados con las mismas, siempre y cuando las modificaciones no rebasen el veinticinco por ciento del monto o del plazo pactados en el contrato, ni impliquen variaciones sustanciales al proyecto original.

Si las modificaciones exceden el porcentaje indicado o varían sustancialmente el proyecto, se deberá celebrar, por una sola vez, un convenio adicional entre las partes. Dichas modificaciones no podrán afectar las condiciones que se refieran a la naturaleza y características esenciales de la obra, ni convenirse para eludir en cualquier forma el cumplimiento de la ley. El convenio adicional deberá ser autorizado por el titular de la dependencia o entidad, quien deberá informar a las Secretarías de Hacienda y de la Contraloría General de la Federación las modificaciones realizadas, dentro de un plazo no mayor de diez días hábiles a partir de que se hubiere formalizado la modificación (art. 41 LOP).

Creemos que la ley no es clara acerca de si las modificaciones pueden ser impuestas unilateralmente por la Administración, o bien deben ser pactadas con el contratista. Al respecto, el artículo 41 de la LOP menciona que "las dependencias y entidades podrán... modificar los contratos... mediante convenios", y que si las modificaciones exceden del veinticinco por ciento o varían sustancialmente el proyecto, se deberá celebrar un convenio adicional; mientras que el inciso 3.3.7 de las Reglas Generales menciona que cuando haya modificaciones al contrato la dependencia o entidad deberá dar aviso por escrito al contratista, quien estará

obligado a acatar las ordenes correspondientes, pero que en caso de que la modificación sea superior al veinte por ciento o se modifique sustancialmente el proyecto, se procederá en todos los casos a celebrar el convenio con el contratista.

De lo anterior, parece desprenderse que la intención del legislador fue que, al tratarse de modificaciones del monto o del plazo que no rebasen el veinticinco por ciento de los originalmente pactados y que no impliquen variaciones sustanciales al proyecto original, la Administración podrá ordenar tales modificaciones y el particular tendrá que acatar necesariamente dicha orden; mientras que si las modificaciones son mayores del veinticinco por ciento o alteran sustancialmente el proyecto, deberá convenirse entre ambas partes la alteración del contrato y la fijación de nuevas condiciones.

La interpretación anterior ha sido adoptada en el ámbito administrativo, según se desprende del inciso 3.6.1 de las Reglas Generales, que indica que la Administración "podrá... modificar... los contratos mediante acuerdo escrito cuando las modificaciones no excedan... del veinte por ciento... ni impliquen modificaciones sustanciales al proyecto, o mediante convenio adicional, si las modificaciones exceden el porcentaje indicado o se varíe sustancialmente el proyecto", así como del modelo de acuerdo modificatorio que se incluye dentro de las Reglas Generales, en el cual el contratista se limita a firmar de "enterado".

Relacionado con la modificación del contrato, se encuentra el tema relativo a la ejecución de trabajos extraordinarios. Consideramos que podríamos diferenciar la modificación del contrato de la ejecución de trabajos extraordinarios diciendo que en la primera no se realizan trabajos distintos a los originalmente pactados, sino únicamente se aumenta o disminuye el monto o plazo de ejecución de éstos, mientras que los trabajos extraordinarios son aquellos que es necesario realizar y no fueron previstos por el contrato.

Respecto de los trabajos extraordinarios, del inciso 3.3.4 de las Reglas Generales se desprende que cuando a juicio de la Administración sea necesario realizar "trabajos extraordinarios que no estén comprendidos en el proyecto y en el programa", éstos se podrán encomendar al contratista, realizarlos directamente la Administración, o bien encargarlos a un tercero. El mismo inciso, señala que en caso de que la ejecución de trabajos extraordinarios se encomiende al contratista, su retribución se sujetará a lo siguiente:

a) Si en el contrato existen conceptos y precios unitarios aplicables a los trabajos de que se trate, el contratista deberá realizarlos conforme a dichos precios.

b) Si no existen conceptos y precios unitarios aplicables, los nuevos precios se determinarán con base en los elementos contenidos en los precios ya establecidos.

c) Si no fuere posible determinar los nuevos precios en los incisos anteriores, se aplicarán los precios unitarios contenidos en los tabuladores en vigor de la dependencia o entidad, o bien se tomarán en cuenta los elementos que sirvieron para formular éstos.

d) Si no fuere posible determinar los nuevos precios en ninguna de las formas antes mencionadas, el contratista someterá a consideración de la Administración los nuevos precios unitarios y sus análisis, y ambas partes deberán llegar a un acuerdo respecto a ellos.

e) En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo respecto de los precios unitarios, la Administración podrá ordenar la ejecución de los trabajos extraordinarios y aplicar a éstos los precios analizados por observación directa.

Por lo que respecta a las variaciones o adiciones que el contratista realice en la obra por propia iniciativa, Escola considera que le deberán ser retribuidas siempre y cuando haya comunicado a la Administración la necesidad de tales variaciones y adiciones y ésta las haya autorizado, o bien, cuando se trate de trabajos necesarios o útiles cuya recepción sea considerada conveniente por la Administración.<sup>85</sup>

Escola distingue entre trabajos necesarios y útiles, diciendo que los necesarios son aquéllos que aunque no figuren en el contrato son indispensables para la correcta realización de los contractualmente previstos, y los útiles son los que, sin ser necesarios, procuran un beneficio real para la Administración.<sup>86</sup> Agrega que los trabajos necesarios deben ser retribuidos sobre la base de precios ya incluidos en el contrato para trabajos similares, mientras que los trabajos útiles dan lugar a una indemnización proporcional al provecho obtenido por la Administración.<sup>87</sup>

En caso de que las adiciones o variaciones realizadas espontáneamente por el particular no sean necesarias o útiles, la Administración puede disponer su supresión o demolición por el contratante sin indemnización o retribución alguna.<sup>88</sup>

Finalmente, en relación con el presente tema, citaremos la distinción que realiza Escola entre obras imprevistas, trabajos suplementarios, trabajos complementarios y ajustes de ejecución. Dice que *obras imprevistas* son aquellas que implican la realización de trabajos distintos a los previstos originalmente, pero

---

<sup>85</sup> *Ibid.*, pp. 244-245.

<sup>86</sup> Vol. II, p. 245.

<sup>87</sup> *Id.*

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 245.

que son indispensables para la prosecución de la obra; siendo consecuencia de circunstancias que no pudieron ser razonablemente previstas al momento de celebración del contrato, y que toman más onerosas las prestaciones del cocontratante. El contratista está obligado a realizar tales obras, pero tiene derecho a ser resarcido de ellas mediante un aumento al precio del contrato. *Trabajos suplementarios* son aquellos que no obstante no estar establecidos en el contrato, su precio de ejecución suele estar incluido en el presupuesto, puesto que deben llevarse a cabo por ser necesarios y convenientes. *Trabajos complementarios* son los que tienden al perfeccionamiento de la obra, siendo también necesarios y convenientes. *Ajustes de ejecución* son meras adaptaciones en la realización de los trabajos. Tanto los trabajos suplementarios como los complementarios y los ajustes de ejecución dan derecho al contratista a ser remunerado por su cumplimiento. Como lo afirma Escola, la distinción anterior es más doctrinal que real, difícilmente de ser realizada en una obra concreta.<sup>89</sup>

#### H. Dirección y supervisión

Una de las prerrogativas exorbitantes del derecho privado con que cuenta la Administración en los contratos de obra pública la constituye la facultad de dirección y control de la obra. Por ella la Administración puede vigilar que su cocontratante cumpla con las especificaciones de la obra y se ajuste al calendario de la misma. Asimismo, le permite imponer sus decisiones, dictar normas y disposiciones, fijar criterios y métodos, y todo lo que sea conveniente al mejor desenvolvimiento y al logro del interés público.<sup>90</sup>

Escola considera que la facultad de dirección y control abarca cuatro aspectos: material, técnico, financiero y legal. Opina que tal facultad de dirección y control existe en favor de la Administración incluso cuando no ha sido expresamente prevista en el contrato respectivo.<sup>91</sup>

El artículo 46 del Reglamento de la LOP previene el establecimiento, previo a la iniciación de las obras, de la residencia de supervisión, "la que será responsable directa de la supervisión, vigilancia, control y revisión de los trabajos."

---

<sup>89</sup> Vol. II, pp. 248-251.

<sup>90</sup> Escola, vol. II, p. 235.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 236.

La facultad de dirección de la obra pública la ejerce la Administración a través de la residencia de supervisión, quien representa directamente a la dependencia o entidad ante el contratista y terceros en asuntos relacionados con la ejecución de los trabajos en el lugar donde se ejecutan las obras.

El artículo 47 del Reglamento de la LOP señala que son funciones del residente de supervisión las siguientes:

- I. Llevar la bitácora de la obra;
- II. Verificar que los trabajos se realicen conforme a lo pactado en el contrato, así como a las ordenes de servicio.
- III. Revisar las estimaciones de trabajos ejecutados, y conjuntamente con la superintendencia de construcción del contratista, aprobarlas y firmarlas para su trámite de pago;
- IV. Mantener los planos debidamente actualizados;
- V. Constatar la terminación de los trabajos; y
- VI. Rendir informes periódicos y final del cumplimiento del contratista en los aspectos legales, técnicos, económicos, financieros y administrativos.

Por su parte, el contratista debe tener en el lugar de la obra un representante "el que deberá conocer el proyecto, las normas y las especificaciones y deberá estar facultado para ejecutar los trabajos a que se refiere el contrato, así como para aceptar u objetar las estimaciones de trabajo o liquidación que se formulen, y en general para actuar a nombre y por cuenta del contratista en todo lo referente al contrato" (inciso 3.3.6 de las Reglas Generales). A este representante se le conoce con el nombre de "residente de obra".

El residente de obra deberá ser aceptado por la Administración, y ésta podrá solicitar al contratista su remoción, debiéndose en este caso designar a otra persona.

El residente de supervisión da ordenes de servicio, que son instrucciones acerca del modo en que deben realizarse los trabajos de la obra.<sup>92</sup>

Las ordenes de servicio deben ser dadas por escrito, asentándose en la bitácora de obra, que es un cuaderno foliado en el cual se asientan todos los incidentes que suceden durante el desarrollo de ésta, de manera cronológica y numerados sucesivamente, rubricado por representantes de ambas partes. Dicho cuaderno debe estar siempre en la obra.

---

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 237.

Las ordenes de servicio pueden ser objetadas por el contratista, quien también puede hacer reservas u observaciones. Lo anterior debe realizarse también por escrito, en la bitácora de obra, y dentro del plazo prefijado para ello. En caso de que la orden de servicio no se objete, o se objete fuera de tiempo, se considera como aceptada por el contratista.<sup>93</sup>

Consideramos que existe duda acerca de a quien corresponde la posible responsabilidad derivada de los trabajos realizados conforme a una orden de servicio. Por un lado, puede pensarse que la responsabilidad es de la Administración, ya que el contratista está obligado a cumplir sus ordenes, y los actos que realiza son en acatamiento de éstas. Sin embargo, también hay que tomar en cuenta que el contratista tiene derecho a formular objeciones a las ordenes que recibe, razón por la cual opinamos que cuando formula una objeción u observación y ésta es desestimada por la Administración, queda relevado de cualquier responsabilidad, asumiendo toda ella la Administración; mientras que en el caso de que no se formulen objeciones la responsabilidad deberá ser conjunta.<sup>94</sup>

Considera Escola que el poder de dirección y control abarca también a las actividades del contratista que tienen una relación sólo mediata con la obra, pudiendo vigilar la Administración toda clase de lugares, cosas y personas relacionados con la obra.<sup>95</sup>

La facultad de dirección y control debe ejercerse por la Administración dentro de ciertos límites, ya que su ejercicio irrestricto y abusivo puede originar perjuicios al contratista, quien tiene derecho a pedir la indemnización de éstos.

## I. Suspensión y rescisión del contrato

La LOP faculta a las dependencias y entidades a suspender y rescindir los contratos de obra pública que celebren.

Al respecto, el artículo 42 contempla la suspensión temporal, la cual podrá ser total o parcial, mediando siempre una causa justificada.

---

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 239.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>95</sup> Vol. II, p. 241.

Por su parte, el artículo 43 habla de la rescisión administrativa, por razones de interés general o por contravención de los términos del contrato o de las disposiciones de la LOP.

La suspensión y la rescisión son reguladas conjuntamente en los artículos 52, 53 y 54 del Reglamento.

En virtud de que en la tercera parte de la presente tesis examinaremos pomenorizadamente la rescisión, por el momento nos limitaremos a hablar de las particularidades de la suspensión, remitiéndonos a la cuarta parte del presente estudio por lo que se refiere a la rescisión administrativa del contrato de obra pública. La rescisión que puede demandar el contratista por incumplimiento de la Administración se estudiará en el capítulo VII de la presente parte, referente a las formas de terminación del contrato.

La suspensión de los trabajos puede ser temporal o definitiva, y parcial o total. En todo caso, es facultad de la Administración decretarla, dando aviso por escrito de ello al contratista.

Cuando la suspensión sea temporal, la Administración informará al contratista sobre la duración aproximada de ésta, y concederá la ampliación del plazo que sea procedente. En caso de suspensión parcial, el monto del contrato podrá ser reducido. La suspensión total y definitiva dará por terminado el contrato. (Reglas Generales, inciso 3.3.15)

Cuando la Administración ordene la suspensión por causas no imputables al contratista, pagará a éste las cantidades de trabajo que hubiere ejecutado hasta la fecha de la suspensión, además de los daños que se le causen con ésta (Reglas Generales, incisos 3.3.15 y 3.4.13, 4° y 6° pfs.).

## J. Obligaciones del contratista

Durante la ejecución de la obra, la administración pública tiene el derecho de exigir a su cocontratante el fiel y exacto cumplimiento de todas sus obligaciones previstas en el contrato, cumplimiento que no debe limitarse a lo expresamente consignado, sino debe abarcar también todo aquello que deba considerarse virtualmente comprendido en sus previsiones, y que sea necesario para una regular y

debidamente ejecución del contrato.<sup>96</sup> El contratista, debe actuar siempre con la necesaria diligencia, poniendo el cuidado y la atención que son propios de quien se desempeña como un colaborador de la Administración en el logro de un fin público.

Las obligaciones que tiene el contratista derivadas del contrato de obra pública se encuentran dispersas a lo largo de la LOP, su Reglamento, las Reglas Generales y demás disposiciones administrativas, por lo cual son innumerables; sin embargo, dentro de las principales citaremos las siguientes:<sup>97</sup>

a) Realizar las obras objeto del contrato personalmente, sin poder ceder o transferir éste, ni tampoco efectuar subcontrataciones. Sin embargo, con autorización previa de la Administración, podrá hacerlo respecto de partes de la obra o cuando adquiera materiales o equipos que incluyan su instalación en la obra (art. 38, pfo. 3°).

b) Ejecutar los trabajos de acuerdo con lo estipulado en el contrato o conforme a las ordenes de la dependencia o entidad contratante dadas por escrito.

c) Utilizar materiales y equipo que reúnan la calidad y características exigidas en el contrato. En caso contrario la Administración los puede rechazar, y si hubieren sido ya utilizados, la Administración podrá destruir las partes de la obra con ellos ejecutadas y mandarlas rehacer, todo ello con cargo al contratista.<sup>98</sup>

d) Cumplir los plazos de ejecución del contrato. Sin embargo, los plazos fijados pueden ser objeto de prórroga.<sup>99</sup> La fuerza mayor y el hecho de la Administración eximen la responsabilidad del contratista por el incumplimiento de los plazos de ejecución. En tales casos, el contratista adquiere un derecho al alargamiento del término contractualmente fijado para la realización de los trabajos.<sup>100</sup>

e) Sujetarse a todos los reglamentos y ordenamientos de las autoridades

---

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 256.

<sup>97</sup> *Cfr* incisos 3.3.10., 3.3.19., 3.4.9. y 3.4.18 de las Reglas Generales, así como los modelos de contrato.

<sup>98</sup> Escola, vol. II, p. 257. El Código Penal para el Distrito Federal, en la fracción XII de su artículo 387, considera fraude específico el emplear en la construcción de una obra cualquiera materiales en cantidad o calidad inferior a la convenida, cuando se haya recibido el precio o parte de él. La sanción respectiva puede ascender a doce años de prisión y multa de 120 salarios mínimos.

<sup>99</sup> *Id. infra*, 2° pte, capítulo VI, sección A.

<sup>100</sup> Escola, vol. II, p. 262.

competentes en materia de construcción, control ambiental, seguridad y uso de la vía pública, así como a las disposiciones establecidas al efecto por la dependencia o entidad convocante. Las responsabilidades y los daños y perjuicios que resulten por su inobservancia, serán a cargo del contratista. (art. 48 Regl.)

f) Conservar y limpiar los trabajos hasta el momento de su entrega.

g) Reparar o reponer los trabajos no realizados de acuerdo al contrato o a las ordenes de la Administración, realizando al efecto los trabajos adicionales que resulten necesarios sin tener derecho a retribución adicional alguna.

h) Responder de los defectos que resultaren en la obra, aun después de recibida ésta, así como de los vicios ocultos y de cualquier otra responsabilidad en que hubiere incurrido, en los términos señalados en el contrato y en el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal (art. 48 LOP).<sup>101</sup>

i) Reparar o reponer los trabajos realizados cuando, dentro del año siguiente a la fecha de recepción de los mismos, aparezcan defectos o vicios, sin tener derecho a retribución adicional alguna.

j) Coadyuvar en la extinción de incendios, en los bosques comprendidos en las zonas en que se ejecuten los trabajos objeto del contrato, con el personal y elementos de que disponga para ese fin, así como dar aviso a la dependencia o entidad contratante de la existencia de incendios en los bosques, su localización y magnitud.

k) Comunicar a la Secretaría de Salud la aparición de cualquier brote epidémico en la zona de los trabajos objeto del contrato, o cuando se afecten las condiciones ambientales y los procesos ecológicos de la zona.

Es pertinente destacar que las dos últimas obligaciones nombradas encuentran su fundamento únicamente en las Reglas Generales, no siendo previstas por la Ley ni por el Reglamento, razón por la cual es cuestionable su obligatoriedad, ya que una

---

<sup>101</sup> El artículo 2149 del Código Civil para el Distrito Federal dispone que la acción de saneamiento por defectos ocultos se extingue a los seis meses contados a partir de la entrega de la cosa. Sin embargo, en el caso específico del contrato de obra a precio alzado, el constructor debe responder de los vicios que aparezcan en la obra con posterioridad a la entrega durante el amplio plazo de diez años, término de la prescripción común. Al respecto, *Cfr* Sánchez Medel, *De los Contratos Civiles*, p. 345.

Secretaría de Estado no puede imponer obligaciones que excedan a las contempladas por las Leyes y Reglamentos. En todo caso, podría considerarse que la obligatoriedad de dichas normas proviene no de las Reglas en sí, sino de que estén previstas en el contrato como contenido obligacional del mismo.<sup>102</sup>

## K. Derechos del contratista

El contratista tiene derecho a exigir a la Administración el cumplimiento fiel, exacto y de buena fe de todas sus obligaciones derivadas del contrato.

No podemos dejar de estar de acuerdo con Escola cuando dice que, siendo la Administración muy rigurosa en exigir a su cocontratante el cumplimiento de sus obligaciones, "por ello mismo debe ser también muy escrupulosa en el cumplimiento de sus propias obligaciones y deberes, ya que no sólo ello es propio e inherente a todo accionar administrativo, sino que es la condición que el contratista ha tenido en cuenta como elemento indispensable para que el contrato se lleve adelante y se cumpla."<sup>103</sup>

El incumplimiento de la Administración a sus obligaciones puede dar lugar desde la justificación de demoras en el cumplimiento y ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, o aún la cancelación de ellas, hasta el pago de intereses e indemnizaciones de daños y perjuicios; pudiendo incluso ocasionar la rescisión del contrato.<sup>104</sup>

Dentro de los principales derechos del contratista, que son correlativas obligaciones de la Administración, se encuentran los siguientes:

### a) *A percibir el precio*

El principal derecho del contratista particular consiste en percibir el precio correspondiente, en la forma y tiempo correctos. El precio de la obra pública se paga generalmente en dinero, pero nada impide que se pague de otra manera, siempre y cuando así sea acordado en el contrato.

---

<sup>102</sup> Ortiz Reyes, "Algunas precisiones...", p. 17, N° 6

<sup>103</sup> Vol. II, p. 264.

<sup>104</sup> *Id.*

La Administración debe pagar el precio en la forma y el tiempo convenidos. La puntualidad es necesaria a fin de permitir al contratista efectuar las reinversiones que requieren los trabajos a su cargo, evitándole una excesiva e injustificada carga financiera.<sup>105</sup>

El retardo en el pago del precio da lugar al pago de intereses en favor del contratista. Escola opina que si tal retardo se debe a mala voluntad hacia el contratista, además de los intereses deben indemnizarse los perjuicios ocasionados.<sup>106</sup>

Consideramos particularmente importante la opinión de Escola cuando -citando a Bielsa, Marienhoff y Mó- afirma que las sumas que deben pagarse al contratista por concepto de la obra pública gozan del privilegio de estar exentas de embargos judiciales, fundándose tal privilegio en que la situación económica del contratista no puede verse afectada por terceros, ya que si así ocurriera, los embargos trabados en su contra podrían llegar a perjudicar o aun impedir la realización de la obra pública, y existiendo una razón de interés público en su ejecución, sería ese interés público el que se vería afectado.<sup>107</sup>

Creemos que es discutible lo anterior, pero de cualquier manera, la afirmación que hace Escola no encuentra eco en nuestros códigos procesales, los que no contienen disposición legal alguna que señale que son inembargables los derechos de cobro derivados de contratos de obra pública, e incluso en la práctica hemos visto casos en que se embargan derechos de cobro derivados de contratos de obra pública. Al respecto, el inciso 3.3.14 de las Reglas Generales señala que el contratista sólo podrá ceder o comprometer sus derechos de cobro con la aprobación expresa, previa y por escrito de la dependencia o entidad contratante. De lo anterior podría inferirse que el embargo de derechos de cobro derivados de contratos de obra pública sólo es válido si la dependencia o entidad contratante manifiesta su consentimiento para ello. Sin embargo, también podría considerarse que aunque la Administración no manifieste su consentimiento el embargo es válido, pero da origen a la resolución del contrato, ya que el inciso 8 de la regla 3.3.16 señala que el ceder los derechos de cobro sin la previa autorización de la Administración origina la rescisión del contrato.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 269.

<sup>106</sup> Vol. II, p. 270.

<sup>107</sup> *Id.*

<sup>108</sup> *Vid. infra*, 4° pte., cap. II.

Dentro del derecho a recibir el precio, debe incluirse el pago de anticipos, estimaciones y ajuste de costos.

b) *A la entrega de los terrenos donde debe ejecutarse la obra*

c) *A la entrega de materiales*, cuando el suministro de éstos quede a cargo de la Administración.

d) *A no ser excluido sin justa causa de la ejecución de los trabajos*

En caso de que lo sea, deberá ser indemnizado de los daños y perjuicios que se le causen.<sup>109</sup>

e) *Al mantenimiento de la ecuación económico-financiera*

Escola reconoce que el contrato de obra pública, en virtud de su prolongada duración, así como de la gran cantidad de materiales y mano de obra que requiere, puede verse afectado por diversas circunstancias que alteren gravemente la ecuación económica-financiera tenida en cuenta por las partes al celebrarlo; hasta el punto de llegar a poner en peligro la ejecución del contrato.<sup>110</sup>

Opina Escola que el contratista está obligado a soportar un riesgo normal, pero nunca un riesgo anormal, por lo cual tiene derecho a exigir el mantenimiento, por parte de la Administración, de la ecuación económico-financiera del contrato "cuyo fundamento radica en la circunstancia de que teniendo en cuenta los fines de interés público que dan lugar a la contratación administrativa, y el rol de colaboración que en ella tiene el cocontratante particular, resulta justo que entre sus derechos y obligaciones exista una equivalencia honesta, una relación razonable, de modo que no sea indebidamente sacrificado en aras de una finalidad cuya atención corresponde, prioritariamente, a la administración pública."<sup>111</sup>

Estamos de acuerdo con la anterior opinión, pero no podemos dejar de observar que en ella Escola contradice lo que antes afirma en relación con el principio de continuidad en la ejecución del contrato, y con la inaplicabilidad de la teoría de la imprevisión, así como de la *exceptio non adimpleti contractus*. Creemos además que la distinción entre lo que es un riesgo normal y uno anormal no es clara, y puede dar lugar a graves confusiones.

---

<sup>109</sup> Escola, vol. II, p. 258.

<sup>110</sup> Vol. II, p. 283.

<sup>111</sup> Vol. II, p. 284.

Así, el derecho del contratista a percibir el precio se extiende a ser indemnizado por los deterioros que sufra su situación económico-financiera derivados de áleas administrativas y económicas.

Por nuestra parte, consideramos que, con mayor razón, el contratista tiene derecho de ser indemnizado cuando sufre daños o perjuicios no por un álea, sino por un hecho concreto de la Administración.

*f) A requerir la rescisión del contrato*

El contratista tiene derecho de acudir a los tribunales judiciales para exigir la rescisión del contrato de obra pública. Es conveniente aclarar que la rescisión del contrato de obra pública por incumplimiento de la Administración debe necesariamente ser declarada por los tribunales judiciales, sin poderlo rescindir por sí el particular, quien está obligado a continuar con la ejecución del contrato hasta en tanto la rescisión se decreta; sin perjuicio de que pueda reclamar los daños y perjuicios que ello le ocasione.

*g) A ser resarcido por la extinción del contrato*

*h) A la devolución de los depósitos en garantía o de las fianzas otorgadas, una vez finiquitado el contrato.*

### L. Penas Convencionales

Pena convencional es una cláusula prevista en un contrato por la cual se acuerda una determinada prestación a cargo de la parte que no cumpla con sus obligaciones derivadas del contrato, y a favor de su contraparte, quien recibe ésta por concepto de indemnización por los daños y perjuicios que le hubiere podido causar el incumplimiento del contrato.

Es necesario distinguir entre la pena convencional, que se aplica por incumplimiento del contrato, y otras sanciones que se aplican por incumplimiento a la ley.

La LOP, en su artículo 66 faculta a la hoy Secretaría de Hacienda a imponer

multas a los contratistas que infrinjan las disposiciones de la ley. Lo anterior podrá hacerlo a petición de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, quien a su vez podrá proponer a la dependencia o entidad contratante la rescisión administrativa del contrato correspondiente.

Tales multas no constituyen penas convencionales, pues tienen su origen no en el contrato, sino en la ley, además de que su aplicación está a cargo de una autoridad (Secretaría de Hacienda), y no de una parte del contrato, y se destinan no a resarcir a la parte que pudo verse perjudicada por el incumplimiento, sino al erario público.

Para los efectos de la presente investigación no nos interesa el estudio de estas sanciones que se aplican por infracción de las disposiciones de la ley, lo cual no implica que desconozcamos que la falta de cumplimiento a la ley generalmente va de la mano de una falta de cumplimiento del contrato.

Así, nos limitaremos al estudio de las sanciones propiamente contractuales, remitiéndonos al Título Tercero de la LOP por lo que se respecta a las infracciones y sanciones de la ley.

Los modelos de contratos de obra pública, dados a conocer mediante oficio-circular publicado en el Diario Oficial el día 21 de abril de 1986, contemplan dentro de sus cláusulas una relativa a las penas convencionales (cláusula decimotercera del modelo de contrato a precios unitarios y tiempo determinado, y decimosegunda de los contratos a precio alzado y del de servicios relacionados con la obra pública). En el instructivo de llenado de los modelos de contrato, se dice que en el espacio destinado a las penas convencionales "se anotarán las penas a que se hará acreedor el contratista por el incumplimiento a los términos del presente contrato"

Tal y como se encuentra contemplada la pena convencional por los modelos de contrato de obra pública, se trata, más que de una cláusula contractual, de una expresión de la potestad sancionatoria que tiene la administración pública en todos los contratos administrativos, potestad que es exorbitante del derecho común.

Escola considera a la potestad sancionatoria como la expresión máxima del estado de subordinación en que se encuentra el contratista particular frente a la Administración cuando ambos celebran un contrato administrativo; y dice que es esta potestad la que hace eficaces a las demás potestades, poderes y derechos de la Administración en los contratos administrativos.<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> *Id.*

Las sanciones impuestas en virtud de esta potestad, son siempre aplicadas en forma directa y unilateral por la administración, sin recurrir a la jurisdicción judicial.

Escola considera que la potestad sancionatoria debe sujetarse a las siguientes condiciones y restricciones:<sup>113</sup>

a) Antes de decretar la sanción, la Administración debe intimar al contratista a cumplir sus obligaciones.

b) El contratista puede impugnar ante los órganos jurisdiccionales las sanciones impuestas directa y unilateralmente por la Administración.

c) Las sanciones deben ser razonables y admitidas por el derecho administrativo.

Las sanciones pecuniarias son las más frecuentes. Estas generan un crédito a favor de la Administración, el cual es descontado del importe de las liquidaciones parciales o definitivas de la obra, una vez que las sanciones sean ejecutoriadas o aceptadas por el contratista.

Importante es subrayar, como lo hace Escola, que "las sanciones pecuniarias no pueden ser impuestas perdiendo de vista que su objeto es preservar el cumplimiento del contrato, y no generar un crédito para la administración"<sup>114</sup> En efecto, en derecho administrativo las sanciones no están concebidas para castigar sino como apremio para obtener el cumplimiento del contrato.<sup>115</sup>

En contra de lo anterior, en la práctica nos hemos encontrado con contratos de obra pública que contienen cláusulas penales realmente exorbitantes, ¡hasta del 50% del monto del contrato!<sup>116</sup> cláusulas que consideramos son inaplicables, y en caso de que las multas que contienen pretendan ser impuestas, las mismas pueden ser impugnadas y deben ser declaradas improcedentes por los tribunales.

Para impugnar la aplicación de una pena convencional interpuesta por la Administración, procede el recurso de inconformidad ante la Secretaría de la

---

<sup>113</sup> Escola, vol. II, pp. 253-254.

<sup>114</sup> *Id.*

<sup>115</sup> Vidal Perdomo, p. 77.

<sup>116</sup> En el contrato de obra pública N° 1-87-15-01-03, celebrado entre el IMSS y "Constructora López Güitrón", S.A. de C.V. en la cláusula 14ª se pactó una pena convencional del 30% del importe del contrato para el caso de que el contratista abandone la obra o desista de su realización, y de 50% para el caso de que el contrato se rescinda administrativamente por culpa del contratista.

Contraloría General de la Federación, o bien ante la contraloría interna de la dependencia o entidad que pretenda la aplicación de la sanción; sin excluir el derecho que tiene el contratista de acudir a los tribunales competentes para impugnar el cobro de la pena mediante el juicio ordinario federal respectivo.

### M. Recepción de los trabajos

Al terminar los trabajos que le fueron encomendados, el contratista lo comunicará a la dependencia o entidad, quien, dentro del plazo pactado en el contrato, verificará que se encuentren debidamente concluidos (art. 47, 1er. pfo. LOP).

El aviso que dé el contratista haciendo del conocimiento de la Administración la terminación de los trabajos deberá acompañarse de una relación de estimaciones o gastos aprobados, monto ejercido, créditos a favor o en contra y saldos (inciso 3.3.9, 4º pfo. Reglas Generales).

Constatada la terminación de los trabajos, la dependencia o entidad procederá a su recepción, la cual deberá realizarse dentro del plazo establecido en el contrato (art. 47, 2º pfo. LOP).

En la fecha señalada, se recibirán los trabajos, levantándose al efecto el acta circunstanciada correspondiente.

La Secretaría de la Contraloría General de la Federación podrá nombrar representantes que asistan a este acto. A fin de estar en posibilidad de esto, la dependencia o entidad hará de su conocimiento la fecha en que deba levantarse el acta de recepción, con una anticipación no menor de diez días hábiles. (art. 49, 3er. pfo. Regl.)

De acuerdo al artículo 49 del Reglamento, el acta donde se haga constar la recepción de los trabajos deberá contener:

- I. Nombre de los asistentes y el carácter con el cual intervengan en el acto;
- II. Nombre del técnico responsable por parte de la dependencia o entidad, y en su caso, el del contratista;
- III. Breve descripción de las obras o servicios que se reciben;

IV. Fecha real de terminación de los trabajos;

V. Relación de las estimaciones o de gastos aprobados, monto ejercido, créditos a favor o en contra y saldos; y

VI. En caso de trabajos por contratos, las garantías que continuarán vigentes y la fecha de su cancelación.

En el supuesto de que al momento de recibirse los trabajos existan responsabilidades debidamente comprobadas a cargo del contratista, el importe de éstas se deducirá de las cantidades pendientes de cubrirse por trabajos ejecutados y no pagados, y si no fueran suficientes, con cargo al depósito de garantía o haciendo efectiva la fianza otorgada (inciso 3.3.9, 7º pfo. Reglas Generales).

De la misma manera, si al recibirse los trabajos existieren reclamaciones del contratista pendientes de resolver, las mismas deberán ser decididas dentro de los treinta días siguientes a la recepción (inciso 3.3.9, 8º pfo. Reglas Generales).

En todo caso, la recepción de los trabajos se efectuará sin perjuicio de las deducciones que deban hacerse por concepto de retenciones o sanciones.

Aun después de recibida la obra, el contratista queda obligado a responder de los defectos que resultaren en la misma, de los vicios ocultos, y de cualquier otra responsabilidad en que hubiere incurrido, en los términos señalados en el contrato y en el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal (art. 48 LOP).

Concluida la obra, el contratista debe entregar el inmueble a la unidad que deba operarlo en condiciones de operación, además de los planos actualizados, las normas y especificaciones aplicadas en la ejecución y los manuales e instructivos de operación, conservación y mantenimiento (art. 53 LOP).

Además de la recepción total de la obra, es posible realizar recepciones parciales en los casos siguientes: (inciso 3.3.9., 5º pfo. Reglas Generales)

a) Cuando la Administración determine suspender los trabajos;

b) Cuando, sin estar concluida la totalidad de la obra, existan trabajos terminados identificables y susceptibles de utilizarse;

- c) Cuando la Administración y el contratista convengan en dar por terminado anticipadamente el contrato;
- d) Cuando la Administración rescinda el contrato; y
- e) Cuando la autoridad judicial declare rescindido el contrato.

En estos supuestos, se procederá en igual forma que en caso de recepción total.

## VII. FORMAS DE TERMINACIÓN

El contrato de obra pública puede concluirse por diversas causas, siendo lo normal y lo deseable que siempre termine en virtud del cumplimiento de su objeto.

Respecto de las formas de terminación del contrato de obra pública, Laubadere opina que la teoría de las causas de extinción de los contratos administrativos no es enteramente distinta de su correspondiente de los contratos civiles, y coloca la mayor diferenciación en cuanto a la rescisión unilateral del mismo: mientras que en el derecho privado la voluntad de una de las partes no puede -sino por causa excepcional- poner fin al contrato, la terminación unilateral es corriente en los contratos administrativos.<sup>117</sup>

Entre las distintas formas de terminación de este contrato se encuentran las siguientes:

### A. Cumplimiento de su objeto

Consiste en la realización completa de la obra pública; lo cual autoriza a tenerla por finiquitada y por agotadas todas las obligaciones derivadas del contrato.

Formalmente, la conclusión del contrato de obra pública se produce cuando la Administración lleva a cabo la recepción de la obra y el particular recibe la totalidad del pago que le corresponde.

---

<sup>117</sup> *Traité theorique et pratique des contrats administratif*, LGDJ, Paris, 1956. Tomo III. p 139. Cit. por Vidal Perdomo, p.104.

## B. Mutuo disenso de las partes

Siendo el contrato una conjunción de voluntades coincidentes, estas mismas voluntades pueden convenir libremente en dar por terminado el contrato.

Lo anterior constituye el mutuo disenso, mal llamado por algunos autores "rescisión convencional", ya que, como veremos en otro capítulo, la rescisión es una sanción por incumplimiento, mientras que la figura en estudio puede darse aun cuando las partes hayan cumplido con todas sus obligaciones.

Así, el consentimiento mutuo puede originar la terminación del contrato. Tal acuerdo debe ser justificado y no debe buscar simplemente liberar al contratista del cumplimiento de sus obligaciones. No causa indemnización, pero sí reembolso por trabajos cumplidos.<sup>118</sup>

## C. Desaparición del objeto del contrato

Si el terreno sobre el cual deba ejecutarse la obra pública desaparece, o bien sufre graves alteraciones, debe considerarse que el objeto del contrato se ha hecho imposible, y por ende, darse éste por terminado.

La desaparición del objeto del contrato puede originarse en un hecho exterior (guerra, cataclismo), caso en el cual procede la indemnización. Puede provenir también de hecho de la administración o de hecho del príncipe. Respecto de éste último supuesto, Laubadere distingue si la desaparición del objeto depende de medida administrativa particular (hecho del príncipe), entonces procede la indemnización de perjuicios, o si es fruto de una disposición general, caso en que no ha lugar a la indemnización.<sup>119</sup>

Al efecto, el segundo párrafo del art. 53 del Reglamento de la LOP señala que cuando por caso fortuito o fuerza mayor se imposibilite la continuación de los trabajos, el contratista podrá suspender la obra. En este supuesto, si opta por resolver el contrato lo solicitará a la dependencia o entidad, la cual decidirá dentro

---

<sup>118</sup> Vidal Perdomo, p. 108.

<sup>119</sup> *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 1956, Tomo III, p. 139. Cit. por Vidal Perdomo, p. 104.

de los veinte días hábiles siguientes al de la solicitud; en caso de negativa, será necesario que el contratista obtenga de la autoridad judicial la declaratoria correspondiente.

#### D. Rescisión del contrato

El contrato de obra pública puede ser rescindido por causas imputables a la Administración, por causas imputables al contratista, o por razones de interés general.<sup>120</sup>

En el capítulo IV del presente estudio analizaremos los dos últimos supuestos, razón por la cual, por el momento, nos limitaremos a estudiar la rescisión por incumplimiento de la Administración.

Cuando la administración pública incumple con sus obligaciones derivadas del contrato, el contratista tiene el derecho consagrado por el artículo 1949 del CC, consistente en optar entre exigir el cumplimiento forzoso del contrato o la rescisión del mismo.

Habrán casos en los cuales la ejecución forzosa del contrato redundaría en perjuicio del interés público, supuesto en el cual no será procedente obligar a la Administración a cumplir con sus obligaciones derivadas del contrato.

Sin embargo, consideramos que el derecho a obtener la rescisión del contrato de obra pública por incumplimiento de la Administración debe ser siempre respetado y concedido por los Tribunales; incluso en el supuesto señalado en el párrafo anterior, pues de acuerdo al final del mencionado artículo 1949 del CC "podrá pedirse la resolución aun después de haber optado por el incumplimiento, cuando éste resultare imposible."

Escola considera como causales para que el contratista pida la resolución las siguientes:<sup>121</sup>

- a) El que la administración pública se exceda de los límites fijados por la ley o

---

<sup>120</sup> Aunque en este último caso debe hablarse de resolución, no de rescisión.

<sup>121</sup> Vol. II, p. 281.

el contrato al ejercer su potestad modificatoria;

b) El que la Administración suspenda la ejecución de la obra por un período mayor al previsto en la ley o el contrato;

c) El que la Administración cause, con su incumplimiento, la suspensión o paralización de la obra, o una sensible disminución en el ritmo de los trabajos;

d) El que causas de fuerza mayor o hechos de la Administración tornen imposible la realización del contrato;

e) El que se produzcan supuestos de rescisión previstos en el contrato.

Importante es destacar que el incumplimiento de la Administración con sus obligaciones derivadas de la ley, pero no del contrato en sí, no da origen a que el particular pueda solicitar la rescisión de éste; sino en todo caso a la sanción por responsabilidad del servidor público infractor.<sup>122</sup>

Es conveniente aclarar que la rescisión del contrato de obra pública por incumplimiento de la Administración debe necesariamente ser declarada por los tribunales judiciales, sin poderlo rescindir por sí el particular, quien está obligado a continuar con la ejecución del contrato hasta en tanto la rescisión se decrete; sin perjuicio de que pueda reclamar los daños y perjuicios que ello le ocasione.

La acción para obtener la rescisión del contrato la deberá ejercitar el particular necesariamente ante los tribunales federales (Juez de Distrito), pues son éstos los facultados para conocer de las controversias derivadas de los contratos de obra pública, quienes, en su caso, deberán decretar tal rescisión.

#### E. Suspensión total y definitiva de los trabajos objeto del contrato

De acuerdo a la Regla General 3.3.15, si la dependencia o entidad contratante decreta la suspensión total y definitiva de la obra, se dará por terminado el contrato.

---

<sup>122</sup> Ortiz Reyes, "Algunas consideraciones...", p. 19, B). En cambio, al particular si se le puede rescindir el contrato por incumplimiento a las disposiciones legales.

## F. Nulidad del contrato

El derecho administrativo tiene su propia teoría de las nulidades, no alrededor de los contratos, sino de los actos administrativos, los cuales pueden intervenir en el proceso de formación y ejecución del contrato administrativo. Por ello, la aplicación de la teoría de la nulidad administrativa puede aplicarse a los contratos cuando puede aislarse la voluntad de la Administración.<sup>123</sup>

En México, no existe ordenamiento administrativo alguno que regule sistemáticamente las nulidades administrativas, y en cambio, la mayoría de las leyes administrativas contienen preceptos específicos al respecto, sin que exista una identidad de criterios.<sup>124</sup>

En derecho civil, la teoría clásica de las nulidades distingue entre inexistencia y nulidad, señalando que es acto inexistente aquel que no ha podido formarse en razón de la ausencia de un elemento esencial para su existencia; mientras que el acto nulo reúne las condiciones esenciales para su existencia, pero carece de alguno de sus elementos de validez. A su vez, la nulidad puede ser absoluta, cuando el acto es nulo por contravenir una ley de orden público; o relativa, que protege el interés de determinadas personas.<sup>125</sup>

El acto inexistente no puede producir efecto alguno, y su invalidez puede ser decretada por cualquier interesado, sin necesidad de acudir a los tribunales. La nulidad absoluta da lugar a un acto nulo, cuya regulación es igual a la del acto inexistente. En ambos casos, cualquier persona puede prevalerse de la invalidez a que dan origen los actos inexistentes o nulos, invalidez que no puede desaparecer ni por confirmación ni por prescripción. Un acto viciado de nulidad relativa es anulable, produce provisionalmente sus efectos, pero éstos son destruidos retroactivamente por sentencia judicial que pronuncie la nulidad; siendo necesario que ésta sea decretada por un juez. La nulidad relativa sólo puede invocarse por la persona en cuyo favor se establece, y es susceptible de desaparecer por confirmación o prescripción.<sup>126</sup>

Existe controversia acerca de quien puede decretar la nulidad de un contrato de obras públicas.

---

<sup>123</sup> Vidal Perdomo, p. 113.

<sup>124</sup> Acosta Romero, *Teoría general del derecho administrativo*, pp. 669-670.

<sup>125</sup> Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, p. 95.

<sup>126</sup> Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones*, pp. 95-97.

Vidal Perdomo considera que es el juez del contrato el que debe pronunciarse sobre la nulidad invocada, sin poder la Administración sustituir al juez para pretender anular un contrato irregular.<sup>127</sup> En cambio, en España, Garrido Falla y González Pérez admiten que la Administración puede anular por sí los contratos de que forma parte.<sup>128</sup>

Al respecto, Acosta Romero opina que las autoridades que pueden decretar la nulidad de un acto administrativo son las siguientes:<sup>129</sup>

- a) La misma autoridad que emitió el acto, que puede modificarlo o anularlo;
- b) la autoridad jerárquica superior, en ejercicio del poder de revisión;
- c) los tribunales administrativos, mediante sentencia dictada en un proceso, y
- d) los tribunales federales en materia de amparo, si el acto es violatorio de garantías individuales.

En los supuestos señalados en los incisos a) y b) la autoridad puede decretar la nulidad *motu proprio*, a petición del particular o como consecuencia de un recurso administrativo.

Respecto del inciso d), consideramos que los tribunales federales ordinarios pueden también decretar la nulidad, mediante sentencia en la cual resuelvan sobre la legalidad de un acto administrativo.

La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha sostenido los siguientes criterios:

**NULIDAD.** La capacidad legal del Presidente de la República para decretar por sí y ante sí la nulidad de un contrato que el mismo haya celebrado, depende, fundamentalmente, de la clase de nulidad de que se trate, y accidentalmente, del carácter con que la Nación hubiere intervenido en ese contrato, y del carácter también, con que el Presidente de la República, en representación de la Nación, haya hecho la declaración correspondiente. Las nulidades que pueden afectar a los contratos son de dos clases, nulidades absolutas o de pleno derecho,

---

<sup>127</sup> *El contrato de obras públicas*, p 114.

<sup>128</sup> *Id.*

<sup>129</sup> *Teoría general del derecho administrativo*, p 676. (Aunque en la p. 671 señala que siempre es necesaria una declaración judicial para determinar la anulación de un acto administrativo y destruir los efectos que se hayan producido).

llamadas también inexistencias, y nulidades relativas, que hacen a los contratos anulables. Cuando se trata de las primeras, el contrato nunca ha existido legalmente, y cuando median las segundas aunque el contrato exista, el mismo puede declararse nulo, a petición de las partes contratantes. En el primer caso, e independientemente de que los tribunales hayan o no declarado la inexistencia del contrato, éste nunca ha tenido vida legal y, como consecuencia, cuando la Nación ha sido parte en un contrato de esa naturaleza, el Ejecutivo está legalmente capacitado para decretar por sí y ante sí, la nulidad del contrato celebrado; pero no así en el segundo caso, ya que, por existir el contrato, mientras no sea decretado nulo, es a la autoridad judicial a la que corresponde establecer la nulidad.

**CONTRATOS INEXISTENTES.** Los contratos celebrados contra el tenor de los preceptos que son de derecho público, son inexistentes, y no simplemente anulables. El Ejecutivo Federal tiene facultades para declarar la nulidad de un contrato administrativo, celebrado con violación de los preceptos de derecho público, puesto que tal declaración solamente constituye el reconocimiento de una existencia *juris et de jure* de un contrato que, en tal concepto, no pudo engendrar ni transmitir derechos de ninguna especie entre las partes, y por tanto, sin posibilidad jurídica, por su inexistencia, de ser violados con la declaración de nulidad.

Quinta Época. Tomo XXXII, Pág. 721. The Colorado River Sonora Land Co. [ambas tesis].

El artículo 72 de la LOP menciona que los actos, convenios, contratos y negocios jurídicos que las dependencias y entidades realicen en contravención a lo dispuesto por la ley serán *nulos de pleno derecho*.

Tal nulidad, de acuerdo a las tesis transcritas, podrá ser decretada por el propio organismo público que haya celebrado el contrato.

En cualquier caso, el particular afectado podrá reclamar ante los tribunales la declaración de nulidad, pero si la sentencia relativa la confirma, la sentencia deberá considerarse puramente declarativa y no constitutiva.

En cambio, la invalidez de un contrato de obra pública proveniente de falta de capacidad, vicios del consentimiento o ausencia de una causa de orden público, deberá necesariamente ser decretada por el juzgador.

Tanto la declaración de nulidad como la de invalidez tendrán como

consecuencia destruir retroactivamente los efectos del acto, cuando éstos se hayan producido y sean susceptibles de destrucción. Cuando algún efecto no sea susceptible de destrucción, procederá la restitución por equivalente, que en derecho administrativo puede traducirse en la imposición de sanciones o penas.<sup>130</sup>

### G. Muerte o quiebra del contratista

En virtud de que el contrato de obra pública es *intuitu personae*, la muerte del contratista, cuando es persona física, debe considerarse causal de resolución. Por la misma razón, el *concurso* y la *incapacidad sobreviniente* pueden dar fin al contrato de obra pública.

En los caso en que el contratista sea una persona colectiva, el estado de quiebra de la misma origina la terminación del contrato, al igual que la disolución de la sociedad respectiva.

---

<sup>130</sup> Acosta Romero, p. 671.

## VIII. INTERPRETACIÓN

La interpretación de los contratos de obra pública generalmente queda a cargo de la propia Administración, interpretación que puede ser recurrida por el contratista en la vía judicial o en la administrativa, según el caso.

Escola considera que tal facultad de la Administración es necesaria, pues de otra manera la ejecución de una obra pública podría verse obstaculizada por cuestiones de interpretación argüidas por el contratista, lo cual sería contrario al interés público.<sup>131</sup>

De acuerdo a nuestra LOP, la interpretación de la misma para efectos administrativos, y por ende del contrato de obra pública, la realiza el Ejecutivo por conducto de la Secretaría de Hacienda, sin perjuicio de la intervención que se atribuya a otras dependencias del Ejecutivo (art. 6°).

La interpretación de la LOP la realiza la Secretaría de Hacienda mediante la expedición de disposiciones administrativas, las cuales está facultada a emitir conforme al tercer párrafo del artículo 6° de la LOP, oyendo siempre la opinión de la Comisión Intersecretarial Consultiva de la Obra Pública.<sup>132</sup> Los aspectos sobre los cuales la Secretaría puede ejercer tal atribución se encuentran determinados por el Reglamento de la Ley.

---

<sup>131</sup> Vol. II, p. 230.

<sup>132</sup> La Comisión Intersecretarial Consultiva de la Obra Pública es un órgano de asesoría y consulta para la aplicación de la LOP, prevista por el artículo 11 de ésta. Dicha comisión se integra por los titulares de las Secretarías de Hacienda y Crédito Público; Contraloría General de la Federación; Energía, Minas e Industria Paraestatal; Comercio y Fomento Industrial; Agricultura y Recursos Hidráulicos; Comunicaciones y Transportes; de Desarrollo Social, y del Departamento del Distrito Federal. El Reglamento Interior de esta Comisión fue publicado en el Diario Oficial el 8 de julio de 1981.

El artículo 3° del Reglamento señala que tales disposiciones deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación cuando se refieran a las condiciones que deban observarse en la contratación y ejecución de obras, y que los aspectos en relación con los cuales la Secretaría de Hacienda tiene facultad para expedir disposiciones administrativas son los siguientes:

I. Normas y reglas administrativas para que las dependencias y entidades lleven a cabo la planeación, programación y presupuestación de obras públicas que realicen, así como las acciones para efectuar los procesos de adjudicación, contratación y finiquito de las mismas;

II. Criterios para efectuar los procesos referentes a la licitación, evaluación de proposiciones, ejecución, recepción y finiquito de las obras públicas;

III. Procedimientos para el análisis, cálculo e integración de los precios unitarios de los conceptos de obra;

IV. Procedimientos para efectuar los ajustes de los costos de los insumos que intervienen en los precios unitarios;

V. Procedimientos para efectuar las modificaciones a los contratos, en monto o plazo para absorber las imprecisiones de la programación y presupuestación de las obras que se presenten durante su ejecución, y

VI. Procedimiento para la suspensión de las obras o rescisión de los contratos.

Si bien en principio estas disposiciones debieran únicamente tener la finalidad de interpretar para efectos administrativos la LOP, en realidad se trata de verdaderas normas jurídicas de carácter general, pues no se limitan a dar directrices al accionar de dependencias y entidades, sino también prevén y regulan el comportamiento de los particulares que contratan con la Administración.

Así, esta atribución concedida a la hoy Secretaría de Hacienda y Crédito Público para expedir disposiciones administrativas de carácter general, se equipara en la práctica con otorgarle a la mencionada Secretaría una facultad reglamentaria, la cual de acuerdo a la fracción I del artículo 89 Constitucional debe ser exclusiva del Presidente de la República.<sup>133</sup>

Consideramos que de acuerdo a la LOP estas disposiciones administrativas

---

<sup>133</sup> Al respecto, es conveniente citar la crítica que Acosta Romero realiza a las leyes que contienen una delegación de facultades legislativas o una atribución de facultad reglamentaria para dictar reglas generales, las cuales, considera, no son sino reglamentos administrativos de leyes. En opinión de este autor, las disposiciones administrativas emanadas de una delegación de facultades administrativas, no tienen cabida en el orden jurídico mexicano. *Cfr. Teoría General del Derecho Administrativo*, pp. 752 y ss.

deben ser meros lineamientos que las dependencias y entidades de la administración pública deben cumplir al contratar y ejecutar obras públicas, y por tanto, no pueden imponer a los particulares obligaciones distintas a las consignadas en la LOP y su Reglamento, lo cual no obsta que los contratistas puedan exigir de la Administración el cumplimiento de tales normas. En otras palabras: las disposiciones administrativas que se dicten en cumplimiento del artículo 6° de la LOP y 3° de su Reglamento obligan únicamente a las dependencias y entidades de la administración pública, pero no a los particulares, a quienes pueden beneficiar, pero nunca perjudicar.

Al investigar las disposiciones administrativas que se han expedido por la Secretaría del Ramo con base en el artículo 6° de la LOP, nos hemos encontrado con una preocupante anarquía en su expedición, ya que se emiten nuevas normas sin abrogar las anteriores que regulan los mismos supuestos, y un mismo ordenamiento que consta de distintas secciones es dado a conocer en parcialidades y sin seguir un orden para publicar su contenido.<sup>134</sup>

Así, tenemos que el 26 de enero de 1970, estando vigente la ley anterior, la entonces Secretaría del Patrimonio Nacional expidió las *Bases y normas generales para la contratación y ejecución de obras públicas, aplicables a todos los proyectos y obras que realicen las Dependencias a que se refiere la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas*. Dichas bases fueron abrogadas hasta el 9 de enero de 1990.

Posteriormente fueron expedidas las *Reglas Generales para la contratación y ejecución de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal*, de las cuales únicamente se ha publicado en el Diario Oficial las secciones 3 a 5 de dichas Reglas, pero no las 1 y 2, y las secciones e incisos publicados no han sido dados a conocer en orden, mucho menos conjuntamente.<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> Al respecto, el art. 3° transitorio del decreto de reformas a la LOP publicado el 7 de enero de 1988, dispuso que el Ejecutivo procedería a revisar las normas reglamentarias y administrativas que se hubieren expedido, a fin de realizar las adecuaciones y derogaciones que resulten pertinentes. La citada revisión, no se ha realizado.

<sup>135</sup> Al respecto, en los considerandos del acuerdo que aprobó las secciones 3 y 4 de las Reglas Generales, el Arq. Pedro Ramírez Vázquez, entonces Secretario de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, señaló que la Secretaría "se encuentra elaborando las Reglas Generales... encontrándose a la fecha aprobadas las secciones 3 y 4 de dichas Reglas... [y] ante la urgente necesidad de adecuar las disposiciones administrativas que regulan la contratación y ejecución de obras públicas, se ha estimado conveniente que entre en vigor las secciones que integran las Reglas, conforme sean aprobadas..."

Después, el 30 de enero de 1984, estando vigentes tanto las *Bases* como las *Reglas Generales*, la Secretaría de Programación y Presupuesto expidió las *Normas que deberán observarse en la ejecución de obras públicas*. A pesar de ser posteriores a las *Reglas Generales*, son éstas y no las *Normas* las que permanecen vigentes, pues junto con las *Bases* las *Normas* fueron abrogadas el 9 de enero de 1990.

Finalmente, el 21 de abril de 1986, como parte integrante de las *Reglas Generales*, se reformaron los modelos de contratos de obra pública, publicándose los nuevos formatos.<sup>136</sup>

De acuerdo a lo anterior, resulta que las disposiciones administrativas vigentes son las *Reglas Generales*, con excepción del inciso 3.7., el cual también fue abrogado el 9 de enero de 1990.

En relación con la interpretación del contrato de obra pública, es pertinente citar el inciso 3.3.21 de las *Reglas Generales*, el cual establece que para la interpretación del contrato de obra pública las partes se someten a los tribunales federales; de lo cual se desprende que si bien la Administración cuenta con facultades para interpretar las cláusulas del contrato "para efectos administrativos", en caso de que dicha interpretación sea impugnada por el contratista, serán los tribunales federales quienes decidan la validez o no de la interpretación realizada por la Administración.

Con respecto a lo anterior, González Pérez opina que la interpretación de las normas procesales administrativas corresponde a los órganos jurisdiccionales encargados de aplicarlas. Siendo éstos los que, en sus sentencias, completarán el ordenamiento jurídico con la doctrina que establezcan al interpretar las normas.<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> Los datos de publicación y abrogación de las diversas normas fueron obtenidos del *Índice de Disposiciones de Carácter General* realizado por "Datalex", Información Legislativa Mexicana, S.A. de C.V.

<sup>137</sup> *Derecho procesal administrativo mexicano*, p. 53.

## IX. JURISDICCIÓN COMPETENTE

Por lo que respecta a la jurisdicción a la que deberán someterse las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de la LOP, o de la interpretación o ejecución de los contratos celebrados con base a ella, el segundo párrafo del artículo 50 ordena que serán resueltas por los tribunales federales.

Acerca de cuáles son los tribunales federales que deben conocer de las controversias derivadas del contrato de obra pública, tal y como lo manifestamos en el título 3 de la sección B del capítulo V de la 1ª parte de presente tesis, concluimos que puede ser tanto el Tribunal Fiscal de la Federación como los Juzgados de Distrito.

Sin embargo, según nos indica Alfonso Nava Negrete,<sup>138</sup> magistrado de la Sala Superior del Tribunal Fiscal de la Federación, dicho Tribunal *no ha conocido un solo juicio de obra pública donde haya dictado sentencia*, o por lo menos no lo había hecho hasta 1986.

Es interesante citar la opinión de Escola, quien considera que las divergencias originadas por estos contratos pueden también ser resueltas por un tribunal arbitral, e incluso considera a ésta jurisdicción como la más adecuada y conveniente para resolver éste tipo de conflictos. Propone que estos tribunales se integren no sólo por abogados, sino también por arquitectos e ingenieros.<sup>139</sup>

Acerca de cual es el tribunal competente en razón de territorio para conocer de las controversias surgidas en relación con los contratos administrativos, es pertinente citar que el inciso 3.3.21. señala que será el de la ciudad de México. Sin

---

<sup>138</sup> *Diccionario jurídico mexicano*, p. 708.- Contrato de obra pública.

<sup>139</sup> Vol. II, pp. 300-301.

embargo, la última cláusula de los modelos de contratos de obra pública, relativa a su interpretación y a la jurisdicción competente, no especifica los tribunales federales de qué lugar deben conocer de las controversias en ellos originadas, dejando abierta la posibilidad de someterse a la competencia de tribunales federales ubicados fuera de la ciudad de México.

Ante este conflicto entre dos normas de igual jerarquía, debe estarse a lo señalado en los modelos de contrato, ya que la emisión de éstos es posterior a la del inciso de las Reglas Generales citado, y al final del oficio-circular que los da a conocer, se menciona que las previsiones contenidas en los apartados 3.3, 3.4 y 3.5 de la Sección 3 de las Reglas Generales sólo continuarán siendo aplicables "en lo que resulte procedente de acuerdo a los nuevos formatos".

En relación a cual es el derecho aplicable en los conflictos derivados de los contratos administrativos de obra pública, con la reciente adición del artículo 10 a la LOP (Diario Oficial del 18 de julio de 1991) se terminó la controversia -largamente sostenida- respecto de este tema, disponiendo ahora expresamente la LOP que "En lo no previsto expresamente por esta ley será aplicables, supletoriamente, el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal y el Código Federal de Procedimientos Civiles."

Finalmente, por lo que respecta a los casos en que las dependencias o entidades realicen obras públicas fuera del territorio nacional, de acuerdo al artículo 58 de la LOP, éstas se regirán por la legislación del lugar donde se encuentre el inmueble y por la LOP en lo que fuere aplicable.

## **Tercera Parte**

# **LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA**

## I. LA RESCISIÓN EN GENERAL

### A. Antecedentes históricos

La rescisión es una figura antigua, que tiene su más lejano precedente en la *lex commissoria* del derecho romano, por la cual el vendedor se reservaba el derecho de rescindir la venta si no le era pagado el precio en el plazo convenido, bastando para ello con dar aviso al comprador de su intención de rescindir para que la venta se resolviese de pleno derecho, sin necesidad de intervención de los tribunales.<sup>1</sup>

La *lex commissoria* era exclusiva de la compraventa. Por lo que respecta a los contratos innominados, en el Derecho Justiniano coexistieron las siguientes acciones:<sup>2</sup>

- a) *Actio praescriptis verbis*, para pedir el cumplimiento forzoso del contrato;
- b) *Condictio causa data causa non secuta*, para pedir la resolución del contrato, con devolución de la prestación ya cumplida, cuando el incumplimiento era por culpa de la otra parte;
- c) *Condictio ex poenitentia*, para resolver el contrato, con o sin culpa en la inejecución del otro contratante.

Finalmente, en los contratos de arrendamiento y de enfiteusis, durante el derecho romano la falta de pago de la renta daba lugar a la caducidad del contrato, la cual no producía efectos retroactivos, operando sólo para lo futuro.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Borja Soriano, p. 478; Gutiérrez y González, p. 528. Sánchez Medal, *La resolución de los contratos...*, p. 6.

<sup>2</sup> Sánchez Medal, *La resolución de ...*, p. 9.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 9 y 10.

De los antecedentes arriba nombrados, el que más claramente ejerció influencia sobre nuestra actual rescisión fue la *lex commissoria*.

Durante la Edad Media, en el Derecho Canónico, apareció el juramento promisorio, por virtud del cual las obligaciones surgidas de un contrato se asumían no sólo frente a la otra parte, sino también ante Dios, por lo cual el incumplimiento de tales obligaciones daba competencia para intervenir a los tribunales eclesiásticos.<sup>4</sup>

Los canonistas consideraron que la validez del propio juramento promisorio quedaba sujeta a una condición tácita consistente en que la otra parte cumpliera con las obligaciones a su cargo.

Así, cuando dos personas contrataban y una no cumplía con su obligación, la otra quedaba dispensada de cumplir por su parte, y podía, además de exigir la ejecución forzada, citar a su contraparte ante el tribunal eclesiástico para hacer constar la violación de la fe prometida y solicitar se le relevase de su obligación.<sup>5</sup>

Esta rescisión, que era aplicable a todos los contratos sinalagmáticos, no operaba de pleno derecho, sino que requería de una declaración judicial del tribunal eclesiástico, quien, además de declarar la rescisión del contrato, aplicaba a la parte incumplida penas eclesiásticas y la condenaba al pago de la cláusula penal.<sup>6</sup>

## B. Terminología

Existe discrepancia entre los diversos autores acerca del significado de los términos "rescisión" y "resolución".

Planiol, citado por Borja Soriano,<sup>7</sup> considera que la resolución consiste en destruir retroactivamente los efectos de un contrato por una causa distinta de una nulidad inicial. Al hablar de causas distintas, se entiende que éstas pueden ser varias,

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>5</sup> Capitán Henri, *De la causa de las obligaciones*, 7ª ed., Góngora, pp. 320 y 321; Cit. por Gutiérrez y González, p. 529.

<sup>6</sup> Sánchez Meda, *La resolución de ...*, p. 11.

<sup>7</sup> *Teoría general de las obligaciones*, p. 480.

incluyéndose la rescisión. Así, para Planiol la rescisión es una especie del género resolución.

También Gutiérrez y González considera a la rescisión como una especie del género resolución,<sup>8</sup> y define a ésta como "un acto en virtud del cual se priva de efectos, total o parcialmente para el futuro, a un acto anterior plenamente válido".<sup>9</sup>

Por su parte, Ignacio Galindo Garfias trata a la "rescisión" como el resultado de la lesión. Al efecto, dice que la rescisión consiste en privar de efectos para lo futuro a un negocio jurídico válido, por medio de una declaración de voluntad. La rescisión -continúa Galindo Garfias- tiene lugar en los negocios jurídicos bilaterales y onerosos, cuando por efecto del negocio una de las partes sufre una lesión patrimonial notoriamente desproporcionada a lo que él por su parte se obligó; requiriéndose además en nuestro derecho, que tal desproporción sea originada por la suma ignorancia, extrema miseria o notoria inexperiencia de la víctima de la lesión. (art. 17 CC).<sup>10</sup>

Distingue Galindo Garfias a la rescisión de la resolución diciendo que "ésta última se produce como consecuencia del incumplimiento de la obligación de una de las partes de un contrato, o bien por efecto de que se ha realizado la condición resolutoria prevista por el autor del acto para que éste deje de producir efectos".<sup>11</sup> Y añade que tanto nuestros tribunales como la Suprema Corte han utilizado el vocablo rescisión para referirse a casos de resolución de contratos por incumplimiento.<sup>12</sup>

En cambio, Borja Soriano considera a las palabras "resolución" y "rescisión" sinónimas, y dice que esta última ha sido utilizada impropriamente para designar ciertas nulidades, como la proveniente de la lesión y de la acción pauliana.<sup>13</sup>

Por nuestra parte, para efectos prácticos del presente estudio, hemos adoptado la doctrina que considera a la rescisión como una especie del amplio género

---

<sup>8</sup> *Derecho de las obligaciones*, p. 517.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 519.

<sup>10</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo IV, p. 2813.- Rescisión del contrato.

<sup>11</sup> *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo IV, p. 2813.- Rescisión del contrato.

<sup>12</sup> Respecto a la confusión de lenguaje, Galindo Garfias la combate abiertamente, diciendo que "no se trata sólo de una cuestión de simple terminología; el tratamiento de situaciones diferentes y de efectos jurídicos distintos exige el empleo de un vocabulario adecuado, también distinto, que servirá para marcar la diferencia sustancial de conceptos" (*Diccionario Jurídico mexicano*, p. 2814).

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 490. De la misma manera, se confunden los términos de acción de nulidad y acción rescisoria.

resolución, considerando a ésta como la privación de efectos de un contrato válido por influencia de circunstancias o de hechos supervenientes o de un comportamiento de la contraparte ocurrido con posterioridad a la formación de dicho contrato.

En relación con lo anterior, Sánchez Medal opina que el contrato es susceptible de resolverse por cuatro causas:<sup>14</sup>

a) *Por el mutuo consentimiento de las partes.* Con fundamento en el artículo 1792 del CC, que permite hacer convenios para modificar o extinguir obligaciones;

b) *Por imposibilidad superveniente.* Cuando la prestación se vuelve imposible física o jurídicamente sin culpa del deudor, es decir, por caso fortuito o fuerza mayor. En este supuesto, se requiere que el deudor no esté en mora y que no haya aceptado las consecuencias del caso fortuito o fuerza mayor;

c) *Por excesiva onerosidad.* Cuando acontecimientos extraordinarios e imprevisibles agraven considerablemente la prestación de una de las partes. La procedencia de esta causa de resolución es sumamente debatida por la doctrina, sin ser aceptada por nuestro derecho;<sup>15</sup> y

d) *Por incumplimiento de una de las partes.* Que constituye la rescisión propiamente dicha, objeto del presente estudio.

### C. Concepto de rescisión

Surgida dentro del ámbito del derecho civil, es en este campo donde la figura jurídica de la rescisión ha sido mayormente estudiada.

Manuel Bejarano Sánchez define a la rescisión como "la resolución de un contrato bilateral plenamente válido a causa del incumplimiento culpable de una de las partes."<sup>16</sup>

Manuel Borja Soriano nos enseña que la resolución es el resultado de una condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales, que tiene su fundamento en la interdependencia entre las obligaciones recíprocas que surgen de esa clase de

---

<sup>14</sup> *La resolución de los contratos...*, p. 68.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>16</sup> *Obligaciones civiles*, p. 375.

contratos;<sup>17</sup> haciendo la aclaración que en nuestro Código Civil vigente no se considera que sea el resultado de una condición resolutoria tácita.<sup>18</sup>

José Ramón Sánchez Medal opina que "la resolución del contrato por incumplimiento no es propiamente la realización de una condición resolutoria, ni supone tampoco la existencia de un pacto implícito entre las partes contratantes, sino que constituye en realidad sólo un medio de tutela al derecho del contratante acreedor que le concede directamente la ley y se traduce en un restablecimiento del equilibrio contractual, haciendo efectiva la interdependencia de las obligaciones recíprocas en los contratos sinalagmáticos durante la etapa de ejecución de los mismos, para que la falta de contraprestación haga desaparecer la prestación íntimamente ligada a aquélla."<sup>19</sup> Más adelante, dice que el derecho de optar por la resolución en caso de incumplimiento es un derecho subjetivo perteneciente a los llamados "derechos de extinción", que tienen como contenido la facultad de dejar sin efecto, mediante una declaración unilateral de voluntad, un negocio jurídico válido.<sup>20</sup>

Sánchez Medal adopta la siguiente definición de rescisión (aunque en lugar de este término habla de "resolución por incumplimiento del contrato"): "Es un derecho de impugnación del contrato bilateral, ejercitable por la parte cumplidora mediante demanda judicial o por declaración a la otra parte y encaminados a producir la extinción (generalmente retroactiva) del contrato, por haber desaparecido la composición de intereses inicial en el contrato, en virtud del incumplimiento culpable de la otra parte".<sup>21</sup>

A su vez, Gutiérrez y González define a la rescisión como "un acto jurídico unilateral, por el cual se le pone fin, salvo que la ley lo prohíba, de pleno derecho '*ipso jure*' -sin necesidad de declaración judicial- a otro acto, bilateral, plenamente válido, por incumplimiento culpable, en éste, atribuible a una de las partes"<sup>22</sup> El autor citado pone especial énfasis en afirmar que en derecho mexicano basta que se constate el incumplimiento por la parte que no lo cometió y se lo notifique fehacientemente a quien incumplió para que se termine el contrato de pleno derecho.

Por lo que respecta a nuestra legislación, el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal dice:

---

<sup>17</sup> *Op. cit.*, p. 480.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 485.

<sup>19</sup> *La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 2.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 92 y 93.

<sup>22</sup> *Derecho de las obligaciones*, p. 519.

"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 perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultare imposible".<sup>23</sup>

De acuerdo a las opiniones antes citadas, nosotros diremos que la rescisión es la cesación de efectos de un contrato bilateral plenamente válido a causa del incumplimiento culpable de una de las partes, siendo sus presupuestos y efectos los que se estudian a continuación.

#### D. Presupuestos de la rescisión

Son presupuestos para que opere la rescisión:<sup>24</sup>

a) *Que se trate de un contrato válido en su origen.* Como lo disponía el artículo 1656 del Código Civil de 1884: "No pueden rescindirse las obligaciones que en sí mismas son válidas".<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> En nuestro código civil, el término "rescisión" se usa en ocasiones indebidamente para indicar la terminación del contrato. Cfr arts. 2362, 2408, 2638 y 2663 del CC. En relación al presente tema, es interesante citar que el Proyecto de Código Civil de 1928 contenía un capítulo expreso bajo el rubro "De la rescisión de las obligaciones". Sin embargo, por causas desconocidas, en el texto definitivo se suprimió el mencionado capítulo. Cfr. Sánchez Medal, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 55.

<sup>24</sup> Ramón Sánchez Medal sostiene que las causas de rescisión de un contrato pueden ser las siguientes: a) Por incumplimiento de una de las partes (sin embargo, dicho incumplimiento debe ser de consideración, no de escasa importancia) o cumplimiento defectuoso; b) Por imposibilidad sobreviniente. c) Por excesiva onerosidad sobreviniente (cuando acontecimientos extraordinarios que no pudieron ser previstos en el contrato hagan excesivamente gravosa la prestación a cargo de una de las partes. Tal afirmación es sumamente debatida y no aceptada por nuestro derecho). Cfr. *De los contratos civiles*, pp. 129-131.

<sup>25</sup> El artículo 2008 del Proyecto de Código Civil de 1928 decía: "Sólo pueden rescindirse las obligaciones válidas"

b) *Que se trate de un contrato bilateral.* Sólo está permitida la resolución cuando se trata de un contrato sinalagnático, de carácter oneroso, sin importar si es conmutativo o aleatorio.<sup>26</sup>

c) *Que alguna de las partes haya incumplido sus obligaciones.* En relación con lo anterior, es conveniente apuntar que en nuestro derecho no le está permitido al juez conceder al deudor un plazo de gracia para el cumplimiento tardío, y que el emplazamiento de la demanda surte efectos de interpelación judicial, si por otros medios no se hubiere constituido ya en mora el obligado (art. 259, fn. IV CPC)<sup>27</sup>

d) *Que el incumplimiento sea culposo.* No se incurre en rescisión cuando la ejecución de la obligación proviene de caso fortuito o fuerza mayor.<sup>28</sup>

e) *Que el incumplimiento sea grave.* En tal sentido el art. 1455 del CC italiano ordena: "No se podrá resolver el contrato si el incumplimiento de una de las partes tuviese escasa importancia, habida cuenta del interés de la otra." El que nuestro CC no contenga una norma expresa en tal sentido, no obsta a sostener el mismo criterio, atento al principio de buena fe previsto por el artículo 1796 del mencionado ordenamiento.<sup>29</sup> Así, habrá de valorar en cada caso el incumplimiento concreto y las circunstancias que rodean a la prestación, para saber si el cumplimiento es grave o de escasa importancia, atendiendo tanto al interés del acreedor como a la interdependencia recíproca de las prestaciones.<sup>30</sup> El cumplimiento tardío, el cumplimiento parcial o el cumplimiento defectuoso, también pueden dar lugar a la rescisión, siendo en cualquier caso el arbitrio del juez el que debe decidir si tal ejecución irregular es suficientemente grave como para originar la rescisión.<sup>31</sup>

f) *Que haya cumplimiento previo de las obligaciones a su cargo por el acreedor que ejercita el derecho de resolución,* a menos que tales obligaciones no sean exigibles todavía, por estar sujetas a un término no vencido o a una condición no realizada todavía.

---

<sup>26</sup> Sánchez Medal, *La resolución de...*, p. 103; Borja Soriano, p. 486.

<sup>27</sup> Sánchez Medal, *op. cit.*, pp. 110 y 111.

<sup>28</sup> Borja Soriano, p. 487; Gutiérrez y González, p. 543; Bejarano Sánchez, p. 376 (Este último considera que cuando el incumplimiento tiene su origen en causas ajenas a las partes [caso fortuito o fuerza mayor], la rescisión no procede, sino la resolución por imposibilidad de ejecución; ello acorde a la teoría de los riesgos).

<sup>29</sup> Sánchez Medal, *La resolución de...*, p. 114.

<sup>30</sup> *Ibid.*, pp. 111 y 112.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 115-117.

## E. Efectos de la rescisión

La parte respecto de la cual la obligación no se ha cumplido puede optar bien por demandar a la otra parte el cumplimiento forzoso, o bien por pedir la resolución del contrato, pudiendo exigir en ambos casos el resarcimiento de daños y perjuicios.<sup>32</sup>

Los efectos de la rescisión son los siguientes:<sup>33</sup>

- a) Liberar al perjudicado con el incumplimiento de su deudor de las obligaciones a su cargo;
- b) Simultáneamente, extinguir las obligaciones a cargo del deudor;
- c) Resarcir al acreedor perjudicado de los daños y perjuicios causados;
- d) En algunos casos, destruir retroactivamente los efectos del contrato.

En general, los efectos de la resolución son retroactivos, las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de que la obligación hubiere existido.<sup>34</sup> Lo anterior tiene las siguientes excepciones:

- a) Cuando la resolución puede causar perjuicios a tercero adquirente de buena fe y a título oneroso,<sup>35</sup> debiéndose tomar en cuenta las disposiciones respectivas en relación a la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, ya sea de la demanda de resolución o de la cláusula resolutoria (art. 3003 CC);<sup>36</sup>
- b) Cuando el contrato hubiere engendrado efectos no restituibles;<sup>37</sup>
- c) Cuando la prestación efectuada por el acreedor consistió en un *hacer*, o en prestaciones de tracto sucesivo, o bien cuando la cosa entregada por éste se destruyó, transformó o consumió.<sup>38</sup>

En los casos anteriores, lo que procede es la *restitución por equivalente*, haciendo que el deudor incumplido pague al acreedor una cantidad de dinero en sustitución de la prestación que es imposible devolver.<sup>39</sup>

---

<sup>32</sup> Borja Soriano, pp. 488 y 489.

<sup>33</sup> Sánchez Medal, op. cit., pp. 119 y 120.

<sup>34</sup> Borja Soriano, pp. 490 y 491.

<sup>35</sup> Bejarano, p. 377; Sánchez Medal, *La resolución de...*, p. 128.

<sup>36</sup> Sánchez Medal, op. cit., pp. 121 y 122.

<sup>37</sup> Bejarano, p. 377.

<sup>38</sup> Sánchez Medal, op. cit., p. 121.

<sup>39</sup> *Id.*

Así, como efecto de la rescisión, las partes deben devolverse mutuamente lo que hayan recibido en virtud del contrato, además de la indemnización de daños y perjuicios a cargo del deudor. En relación a los demás efectos, "no puede pretenderse que la consecuencia propia e inflexible de la retroactividad entre las partes sea por fuerza... el completo restablecimiento del estado de cosas anterior al contrato resuelto"<sup>40</sup>

Entre los efectos que no pueden ser rígidamente regulados se encuentran la devolución de frutos, el reembolso de gastos necesarios para la conservación de la cosa o para la producción de frutos, el retiro de mejoras útiles o voluntarias, la responsabilidad y el riesgo por pérdida de la cosa, etc.

Respecto a los efectos de la resolución de los contratos por incumplimiento, nuestro CC regula únicamente el caso específico de la resolución de la compraventa, imponiendo al vendedor la obligación de devolver el precio recibido y los intereses legales del mismo, y obligando al comprador a pagar una compensación por el uso de la cosa y otra por el deterioro que hubiere sufrido la misma (art. 2311 CC).

Por analogía, debe aplicarse supletoriamente la regla anterior a la resolución por incumplimiento de los demás contratos bilaterales.<sup>41</sup>

Nuestro CC prevé la fijación en el contrato de una pena convencional que sustituya a los daños y perjuicios (art. 1840), pudiendo también quedar sujeto a la libertad contractual la tasa de los contingentes intereses.

Los efectos de la rescisión, deben quedar perfectamente determinados en cada caso. Así, se contempla por la siguiente ejecutoria:<sup>42</sup>

**RESCISIÓN. CONSECUENCIA DE LA MISMA.** Cuando se decreta la rescisión de un contrato, aunque las partes no lo pidan, o independientemente de lo que las partes pidan, el juzgador debe precisar, de acuerdo con la ley y las estipulaciones válidas de los contratantes, las consecuencias de la rescisión.

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>42</sup> Amparo directo 1213/87. Francisco Araujo Alatríste. 1º de junio de 1987. 5 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Secretaria: Hilda Martínez González.

## F. Pacto Comisorio

Hasta ahora, hemos hablado de la rescisión en general. Sin embargo, en relación a este tema, tienen especial importancia conceptos como "condición resolutoria", "pacto comisorio tácito" y "pacto comisorio expreso"

Suelen confundirse los términos de "pacto comisorio" y "condición resolutoria". Al efecto, Gutiérrez y González nos dice que siendo la condición resolutoria un acontecimiento futuro de realización incierta (arts. 1938 y 1940 CC), de cuyo cumplimiento depende la resolución de derechos y obligaciones, el pacto comisorio contenido en el artículo 1949 no puede ser considerado como una condición resolutoria en sentido técnico, ya que la condición resolutoria requiere de la existencia de una incertidumbre, y no puede considerarse jurídicamente que ésta existe cuando la condición depende de actos u omisiones voluntarias de las personas interesadas en ella, pues es necesario que la realización de la condición dependa del azar y no de la voluntad de las partes.<sup>43</sup>

Sánchez Medal menciona las siguientes diferencias entre la condición resolutoria y el pacto comisorio:<sup>44</sup>

a) En el pacto comisorio la resolución depende de la parte que cumple, quien puede optar por ésta o por el cumplimiento forzoso; mientras que en la condición resolutoria el contrato se resuelve necesariamente, sin haber la posibilidad del cumplimiento forzoso.

b) Para que el contrato se resuelva en virtud del pacto comisorio, es necesaria la declaración de voluntad en tal sentido de la parte cumplidora; mientras que en la condición resolutoria el contrato se resuelve por ministerio de ley, sin necesidad de que intervenga voluntad alguna. Por ello, la sentencia que decreta la resolución por incumplimiento es constitutiva, mientras que la que constata la realización de la condición resolutoria es meramente declarativa.

c) La condición resolutoria puede destruir los efectos de un contrato en proceso de cumplimiento puntual de las obligaciones de él derivadas; el pacto comisorio no.

d) Los efectos retroactivos de la condición resolutoria alcanzan las obligaciones ya cumplidas; mientras que en el pacto comisorio las prestaciones ya cumplidas, si son divisibles, quedan firmes.

e) En el pacto comisorio el perjudicado por el incumplimiento puede renunciar

---

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 536. En el mismo sentido, Sánchez Medal, *La resolución...*, p. 79.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, pp. 80 y 81.

a la acción de rescisión o desistirse de ella antes de dictarse sentencia; mientras que en la condición resolutoria sólo puede renunciarse a los efectos resolutorios producidos por acuerdo de ambas partes, lo cual supone un nuevo contrato igual al desaparecido.

f) El pacto comisorio genera el resarcimiento de daños y perjuicios, lo cual no existe en la condición resolutoria.

En nuestro derecho civil, el pacto comisorio es utilizado con tres diversas connotaciones:<sup>45</sup>

a) Genéricamente, referido a todos los contratos bilaterales. De acuerdo al texto del artículo 1949 del CC.

b) Aplicado a la compraventa. Cláusula por la cual el vendedor se reserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio de la misma le haya sido pagado.

c) Aplicado a la prenda. Cláusula por la que se conviene que el acreedor se apropiará el objeto dado en prenda en caso de que el deudor no cumpla con la obligación que éste garantiza.

A nosotros nos interesa únicamente el pacto comisorio genérico, aplicable a cualquier contrato bilateral, contenido en el artículo 1949 del CC.

El pacto comisorio puede ser expreso o tácito. Tácito en cualquier contrato bilateral, pues "la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas", y expreso cuando en un contrato se incluye expresamente una cláusula rescisoria.

En virtud del principio de libertad contractual, las partes pueden acordar válidamente pactos comisorios con distintos contenidos, "bien sea para facilitar la resolución del contrato por incumplimiento, o bien para dificultar el ejercicio de tal facultad o hasta para eliminarla totalmente".<sup>46</sup> Incluso, es válida la renuncia previa de la resolución por incumplimiento culposo, siempre y cuando el incumplimiento no sea originado por culpa grave o dolo; lo anterior interpretando analógicamente y *a contrariu sensu* el artículo 1822 del CC, que prohíbe la renuncia futura de la nulidad resultante del dolo o la violencia.<sup>47</sup>

Así, el contenido del pacto comisorio expreso, puede ser simplemente repetir la fórmula del artículo 1949 del CC; puede señalar qué incumplimientos se

---

<sup>45</sup> Gutiérrez y González, p. 525

<sup>46</sup> Sánchez Medal, op. cit., p. 134.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 135.

consideran graves y pueden dar origen a la rescisión del contrato; además, se puede acordar que éstos rescindirán el contrato de pleno derecho, bastando con que el acreedor comunique a su deudor su decisión en tal sentido; puede fijarse un término dentro del cual el acreedor puede rescindir de pleno derecho el contrato, pero que una vez transcurrido sin hacer uso de ese derecho, sólo subsistirá el régimen ordinario para la rescisión previsto por el artículo 1949 del CC; puede convenirse la rescisión de pleno derecho en caso de incumplimiento, sin necesidad de declaración alguna del acreedor y sin posibilidad de exigir el cumplimiento forzoso; etc.<sup>48</sup>

Sánchez Medal opina que el pacto comisorio expreso puede estipularse en interés de uno solo de los contratantes.<sup>49</sup> Por nuestra parte, creemos que ello es contrario al principio de equidad que debe operar en todos los contratos, aunque nuestra opinión se ve grandemente contrariada por la práctica, donde en la mayoría de los contratos el pacto comisorio se celebra únicamente en beneficio de una de las partes, generalmente la económicamente más poderosa.

### G. Rescisión de pleno derecho y rescisión por declaración judicial

Existen diversas opiniones acerca de si la rescisión opera de pleno derecho o requiere de la declaración judicial. En principio, puede afirmarse que la rescisión siempre requiere de una declaración judicial, aunque cuando la misma tiene su fundamento en un pacto comisorio expreso puede haber excepciones.

Respecto del pacto comisorio expreso, Borja Soriano dice que los efectos de éste varían dependiendo de la manera en que esté redactado. Así, si se limita a reproducir la fórmula de ley, los efectos son los mismos que si no se hubiera hecho ninguna estipulación relativa a la resolución, y la resolución del contrato no se produce de pleno derecho.<sup>50</sup> En cambio, si la cláusula dice que en caso de que una de las partes no cumpla su obligación el contrato será resuelto de pleno derecho, no habrá necesidad de demandar judicialmente la resolución para que ésta opere, lo cual no obsta para que la parte que sí cumplió opte por exigir judicialmente a su deudor el cumplimiento forzoso de su obligación, debiendo en todo caso manifestar su voluntad en uno u otro sentido.<sup>51</sup> Si la cláusula dijera que en caso de inexecución

---

<sup>48</sup> *Ibid.*, pp. 136 y 137.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>50</sup> *Op. cit.*, pp. 491 y 492.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 492.

la resolución tendrá lugar de pleno derecho y sin necesidad de requerimiento o declaración alguna, entonces el simple incumplimiento del deudor en su obligación dará por resultado resolver el contrato, sin que el acreedor tenga que manifestar su voluntad en tal sentido.<sup>52</sup> Una cláusula como la anterior sería sumamente extraña, pues deja al deudor la facultad de resolver por sí mismo el contrato, salvo la indemnización de daños y perjuicios,<sup>53</sup> y se trataría de una verdadera cláusula resolutoria, no de un pacto comisorio.

De cualquier manera, resulta claro que la resolución no opera de pleno derecho como consecuencia necesaria e inevitable del incumplimiento, ya que la parte que tiene derecho a exigirla puede o no hacerlo, existiendo la posibilidad de que opte por el cumplimiento forzoso en lugar de la resolución.<sup>54</sup>

Sánchez Medal, citando a Mazeaud, enseña que existen dos sistemas distintos de resolución:<sup>55</sup>

a) *El sistema francés*, en el que la resolución requiere de la intervención de los tribunales, quienes gozan de libertad de apreciación por lo que respecta al incumplimiento; y

b) *El sistema germánico*, en el cual si la parte deudora se constituye en mora en cuanto a la prestación que le corresponde, el acreedor puede señalarle un plazo prudencial para la ejecución de la prestación, con la declaración de que transcurrido dicho plazo rehusará aceptar la prestación. Después del vencimiento del plazo, el acreedor puede exigir la indemnización de daños o bien desistir del contrato, quedando excluida la pretensión de cumplimiento forzado (art. 326 Código Civil Alemán). En este sistema, la resolución se produce de pleno derecho, sin necesidad de intervención de los tribunales.

Sánchez Medal sostiene que nuestra legislación se acoge al sistema francés, que requiere de la intervención judicial para verificar el incumplimiento, valorar su gravedad, y en su caso, decretar la resolución judicial; excepción hecha del pacto comisorio expreso.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 493.

<sup>53</sup> *Id.*, p. 493.

<sup>54</sup> Borja Soriano, pp. 488 y 489.

<sup>55</sup> *Op. cit.*, p. 16.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 17.

En principio, es necesario demandar judicialmente la rescisión, no bastando para que la misma opere el simple aviso extrajudicial dado por una parte a la otra; por tanto, dicha rescisión no opera de pleno derecho.<sup>57</sup>

Para que la rescisión opere automáticamente, mediante simple declaración del acreedor perjudicado, y sin necesidad de declaración judicial, Sánchez Medal sostiene que se requieren dos condiciones: el señalamiento específico en el contrato de los hechos concretos que se consideran por las partes graves y por tanto motivos que pueden originar la rescisión, y el reconocimiento expreso en el contrato de que el acreedor podrá obtener la rescisión sin necesidad de acudir a los tribunales, bastando su simple manifestación de voluntad.<sup>58</sup> Así, para que la rescisión opere de pleno derecho, se requiere que ello se encuentre pactado en el contrato, y que se especifiquen los incumplimientos que puedan dar lugar a la rescisión, sin que éstos queden al arbitrio de las partes.

Con respecto al presente tema, tienen especial importancia las ideas del maestro Ernesto Gutiérrez y González, quien ha elaborado una "teoría personal que pugna con los pensamientos clásicos del Derecho" acerca de la rescisión, afirmando que los contratos pueden rescindirse *ipso iure*, sin necesidad de declaración judicial, bastando la sola declaración unilateral de una de las partes,<sup>59</sup> lo cual -dice el autor citado- "importa un cambio muy serio respecto del sistema clásico que hasta hace pocos años, equivocadamente, se ha sostenido por más de mil años."<sup>60</sup>

Gutiérrez y González afirma que el pacto comisorio, incluso el tácito, opera *ipso jure* en el derecho mexicano, razonando de la siguiente manera:<sup>61</sup>

a) Nuestros anteriores códigos civiles de 1870 (arts. 1465, 1466 y 1537) y 1884 (arts. 1349, 1350 y 1421) contenían un precepto específico que decía que el perjudicado por el incumplimiento de su contraparte en un contrato podría exigir judicialmente el cumplimiento de lo convenido o la rescisión del contrato. En cualquier caso, se requería de la intervención forzosa del juez para decretar la resolución de los contratos por incumplimiento, tanto en el pacto comisorio expreso como en el tácito.

b) El actual código civil de 1928 suprimió la necesidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir que opere la rescisión del contrato, lo cual sólo puede

---

<sup>57</sup> Borja Soriano, pp. 489 y 490; Sánchez Medal, *La resolución ...*, pp. 56-57.

<sup>58</sup> Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 140.

<sup>59</sup> *Derecho de las obligaciones*, pp. 12, 13.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 525.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 533

explicarse interpretando dicha supresión como un deseo del legislador de que la rescisión del contrato por incumplimiento operará de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.

Por lo anterior, Gutiérrez y González estima que "el pacto comisorio aunque no se pacte en forma expresa, al estar implícito en los contratos tal y como lo dice el artículo 1949, éste como norma supletoria debe hacer operar el pacto de pleno Derecho, y rescindir el contrato sin necesidad de declaración judicial."<sup>62</sup>

En contra de lo anterior se pronuncia Sánchez Medal,<sup>63</sup> quien acepta que el CC de 1928 se apartó del sistema de forzosa e invariable intervención judicial para la rescisión del contrato por incumplimiento, pero únicamente para no exigirla en el caso del pacto comisorio expreso; y ataca los argumentos de Gutiérrez y González diciendo que implican una interpretación contraria a los antecedentes históricos de la cláusula resolutoria tácita, y además, entrañan sin ningún fundamento la supresión del derecho de la parte perjudicada para optar por la ejecución forzada del contrato. Nosotros nos inclinamos por esta última postura.

En todo caso, el deudor inconforme con la rescisión *ipso iure* del contrato siempre tendrá derecho de acudir a los tribunales para hacer valer su derecho de defensa en contra de un acreedor que injusta e ilegalmente pretende rescindir un contrato por ellos celebrado.<sup>64</sup>

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha dictado ejecutorias que sostienen que el pacto comisorio opera de pleno derecho cuando es expreso, pero si es tácito requiere de declaración judicial.

Así, primeramente se sostuvo la validez del pacto comisorio expreso, en la ejecutoria dictada por la Tercera Sala el 27 de enero de 1955, en el amparo 5061/1952 promovido por Banco Nacional de Crédito Ejidal, S.A., visible en las fojas 539 a 547 del tomo CXXIII, 5ª época, del Semanario Judicial de la Federación, la cual, en lo conducente, dice lo siguiente:

"... En el caso del pacto comisorio sobreentendido o tácito, el contrato no se resuelve de pleno derecho; la parte en cuyo favor no se ha

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 537

<sup>63</sup> *Op. cit.*, pp. 52 y 57.

<sup>64</sup> Treviño Martínez Jorge, *Resolución ipso jure en los contratos bilaterales*, Tesis Profesional, México, 1958, Facultad de Derecho de la UNAM, pp. 90 y 91; Cit. por Gutiérrez y González, p. 542.

cumplido la obligación tiene que demandar ante los tribunales la resolución del contrato. Pero si el acreedor desea un procedimiento de resolución más expedito... le basta hacer del incumplimiento, en el plazo convenido, una condición resolutoria ordinaria... De esta manera el contrato se resuelve automáticamente, por el solo efecto del incumplimiento, sin que deban intervenir los tribunales... Si las partes se limitan a estipular la resolución en caso de incumplimiento, nada agregan a las disposiciones legales... Si se agrega que la resolución será de pleno derecho, con ello se hace inútil la intervención del juez; éste puede, en caso de litigio, declarar la resolución, pero no decretarla... Nuestro derecho no repugna ese pacto expreso [el pacto comisorio], que no se encuentra en oposición con los artículos 6º, 7º y 8º del Código Civil, puesto que la voluntad de los particulares [en este caso] no exime de la observancia de ninguna ley ni contraviene leyes prohibitivas. Las partes indudablemente que tienen libertad para fijar expresamente los casos de extinción del contrato o, en otras palabras, de establecer condiciones resolutorias, y el pacto comisorio expreso... no es otra cosa que una condición resolutoria. Tampoco es contraria al artículo 1797 del Código Civil, ya que la validez y el cumplimiento del contrato no se deja al arbitrio de uno de los contratantes, sino que éstos pactan libremente la manera de resolverlo."

Después, en la ejecutoria de fecha 15 de julio de 1957, dictada en el amparo directo 6803/55 promovido por México Tractor and Machinery Co., S.A. de C.V., visible en el Semanario Judicial de la Federación, 6ª época, vol. I, 4ª parte, fojas 119 a 123, se adoptó el siguiente criterio:

**PACTO COMISORIO.** El pacto comisorio es legítimo y en virtud de él y diversamente a lo que acontece con el tácito en que en el incumplimiento se requiere la declaración judicial para lograr la rescisión, el contrato se resuelve automáticamente por el solo efecto del incumplimiento y sin intervención de los tribunales; por tanto, si el pacto comisorio no es expreso sino tácito, es evidente que una de las partes no pudo rescindir por sí y ante sí el contrato tan solo porque la otra haya dejado de cumplir con las obligaciones que el propio contrato le impuso. Si el pacto comisorio, o sea la cláusula por la que las partes convienen en que el contrato será resuelto si una u otra de ellas no cumpliere con su obligación, no figura expresamente en el documento en que consta el contrato respectivo, es evidente que tal pacto no pudo operar de pleno derecho.

De lo expuesto en la presente y la anterior sección, sacamos las siguientes conclusiones:

a) El pacto comisorio no produce necesariamente la rescisión del contrato en caso de incumplimiento, pues el acreedor puede optar por el cumplimiento forzoso del mismo.

b) En principio, para que el contrato se rescinda por incumplimiento, se requiere que la parte que sí haya cumplido con su prestación promueva ante los tribunales el juicio correspondiente, solicitando la rescisión, y obtenga sentencia favorable en tal sentido.

c) En caso de que exista un pacto comisorio expreso, se deberá atender a la voluntad de las partes manifestada en la redacción de éste. Así, pueden existir distintas variantes, tanto en la necesidad o no de intervención de los tribunales, como en las causas de rescisión y sus efectos.

d) En cualquier caso, la parte cumplidora deberá hacer del conocimiento de la que incumplió su voluntad de rescindir el contrato (a menos que se estipule lo contrario en el contrato). Si opta por el cumplimiento forzoso, necesariamente tendrá que acudir a los tribunales.

e) Puede pactarse válidamente una condición resolutoria expresa, por la cual en caso de incumplimiento de cualquiera de las partes el contrato se rescindirá, sin opción a exigir el cumplimiento forzoso. En este supuesto, es necesario fijar un plazo para el cumplimiento. Una cláusula en tal sentido sería extraña, pues dejaría a voluntad del deudor el cumplimiento o no del contrato.

f) La parte deudora, podrá invocar la intervención de los tribunales cuando considere que el contrato ha sido rescindido injustamente por su acreedor.

## II. LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA

Gutiérrez y González nos dice que el concepto de rescisión civil es también aplicable a la rescisión administrativa; con la particularidad de que en este campo del derecho se ha hecho práctica administrativa el que, antes de rescindir el contrato, se deja que el afectado ofrezca razones válidas que justifiquen su incumplimiento, y si ellas son satisfactorias no se declara la rescisión.<sup>65</sup>

Nosotros opinamos que si bien los principios generales de la rescisión civil antes expuestos pueden ser transportados al ámbito administrativo, ello debe realizarse con muchas salvedades, y deben tomarse en cuenta las siguientes particularidades de la rescisión administrativa:

a) Sólo opera en los contratos administrativos (no en los privados, aunque sea parte la Administración);

b) Cuando se habla de "rescisión administrativa" se entiende que el contratante que rescinde lo es necesariamente la administración pública;

c) Para que opere la rescisión basta con una declaración en tal sentido de la Administración, no requiere de la intervención de los tribunales. La Administración rescinde por sí y ante sí el contrato.

Así, podemos decir que la rescisión administrativa es la cesación de efectos de un contrato administrativo plenamente válido, decretada por la administración pública en un contrato del cual es parte, a causa del incumplimiento de su cocontratante particular.

Además de la rescisión administrativa, puede hablarse de resolución administrativa en general, cuando la Administración priva de efectos a un contrato, en razón del incumplimiento de su cocontratante (rescisión administrativa propiamente dicha), de razones de mérito u oportunidad, o por cualquier otra circunstancia que aparezca después de la celebración del contrato.

---

<sup>65</sup> *Derecho de las obligaciones*, p. 517, nota 3.

### III. LA ACCIÓN RESCISORIA

Acción es el derecho, potestad, facultad o actividad, mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional.<sup>66</sup>

Joaquín Escriche la define como "el derecho de exigir alguna cosa; y el modo legal que tenemos para pedir en justicia lo que es nuestro ó se nos debe por otro"<sup>67</sup>

Así, la acción rescisoria será el acto por el cual una persona solicita de los tribunales la rescisión de un contrato del cual es parte, en virtud del incumplimiento de su cocontratante.

La declaración unilateral de quererse valer del pacto comisorio expreso *no es acción*. La acción que eventualmente puede intentarse después de tal declaración, no conduciría a una sentencia constitutiva, sino a otra en la que el juez se limitara a declarar resuelto o no el vínculo contractual.<sup>68</sup>

La acción rescisoria es una acción constitutiva: tiende a crear un estado jurídico que antes de la sentencia no existía, consistente en la extinción de la relación jurídica contractual.<sup>69</sup>

Por lo que respecta a la acción rescisoria civil, el Código de Procedimientos Cíviles para el Distrito Federal le dedica una sección dentro del capítulo II, *Del Juicio Ejecutivo*, contenido dentro del Título Séptimo relativo a los juicios especiales.

Es pertinente observar que el CPC considera a la acción rescisoria como

---

<sup>66</sup> Gómez Lara Cipriano, p. 111.

<sup>67</sup> *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, vol. I, p. 48.

<sup>68</sup> Mosco Luigi, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, pp. 232-233.

<sup>69</sup> *Ibid*, p. 232.

ejecutiva, por lo cual el documento base de la acción debe ser un título que traiga aparejada ejecución. Al respecto, cabe la duda si tiene tal carácter cualquier contrato sinalagmático, por aplicación del pacto comisorio tácito, o bien, si es requisito que en el contrato respectivo aparezca inserta una cláusula resolutoria expresa.

El artículo 464 del CPC dice: "Si el título ejecutivo contiene obligaciones recíprocas, la parte que solicite la ejecución al presentar la demanda hará la consignación de las prestaciones debidas al demandado o comprobará fehacientemente haber cumplido con su obligación."

El requisito consistente en consignar las prestaciones debidas tiene su fundamento en uno de los presupuestos de la rescisión: que haya cumplimiento previo de las obligaciones a su cargo por el acreedor que ejercita el derecho de resolución. Sin embargo, consideramos que lo anterior es contrario a lo que deben ser los efectos de la rescisión, ya que, como hemos visto,<sup>70</sup> los efectos de la rescisión son que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de que la obligación hubiere existido, en contra de lo cual el artículo transcrito requiere la consignación de las prestaciones todavía no cumplidas, es decir, la ejecución de efectos provenientes del acto cuya rescisión se solicita, lo cual sería comprensible si con fundamento en el artículo 1949 del CC se solicitara el cumplimiento forzoso, pero no si se ha optado por la resolución.

Creemos que lo correcto es consignar las prestaciones recibidas, para que éstas se reintegren al demandado; pero no las debidas, pues en todo caso el efecto de la sentencia de rescisión sería devolver éstas de nueva cuenta al actor.

El artículo 465 del CPC dice que la acción rescisoria ejecutiva tiene lugar en el contrato de compraventa celebrado bajo la condición resolutoria consistente en la falta de pago del precio,<sup>71</sup> y el 466 dice que procede también en las enajenaciones celebradas con reserva de dominio, requiriéndose en ambos casos que con su demanda el actor consigne las prestaciones recibidas por el actor (ahora sí: no las debidas), con una reducción correspondiente al demérito de la cosa; siendo el efecto de tal acción la devolución de ésta.

Así como el acreedor tiene derecho a reducir una porción de la cantidad recibida de su deudor como pago, en razón del demérito de la cosa, puede también exigir un alquiler o renta por el uso de ella, pero está obligado a devolver, además de

---

<sup>70</sup> Vid. *supra.*, p. 2ª parte, capítulo I, sección E.

<sup>71</sup> Entonces, ¿es necesario que la cláusula sea expresa, no es procedente la acción si se apoya en el pacto comisorio tácito?

la parte del precio que haya recibido, los intereses legales que se hayan causado (art. 2311 CC).

Respecto de la regulación que nuestro CPC realiza de la acción rescisoria, el art. 467 indica que para que en la vía ejecutiva proceda dicha acción se requiere que los contratos se hayan registrado como lo previene el CC. Atinada es la observación que al respecto hace Eduardo Pallares,<sup>72</sup> diciendo que el precepto citado debe interpretarse en el sentido de que el requisito de registro sólo es necesario cuando la acción se ejercita contra tercero, pero no cuando se demanda directamente al comprador, pues la eficacia del contrato entre las partes no está condicionada a su inscripción en el Registro Público.

Eduardo Pallares nos dice que independientemente de la denominación que le da el código a esta acción, no se trata propiamente de una acción rescisoria, ya que los juicios ejecutivos no son declarativos, y la rescisión presupone una declaración formulada en la sentencia definitiva. "Lejos de que en el proceso respectivo se declare rescindida la venta, la acción presupone resuelto ya el contrato".<sup>73</sup>

Queda así entonces la controversia acerca de si la acción regulada por nuestro código adjetivo civil en sus artículos 464 a 467 es propiamente una acción rescisoria. Independientemente de lo anterior, debe considerarse que la acción rescisoria procede también en la vía ordinaria, sin que en este supuesto sea menester cumplir con los requisitos previstos por los artículos antes citados.

Respecto de los presupuestos de la acción rescisoria, Borja Soriano nos enseña que la resolución sólo se da en los contratos bilaterales,<sup>74</sup> y no se incurre en ella cuando la inexecución de la obligación proviene de caso fortuito o fuerza mayor,<sup>75</sup> correspondiendo el ejercicio de la acción relativa sólo a quien está en disposición de cumplir su obligación o ya la ha cumplido.<sup>76</sup>

Tiene legitimidad activa para intentar la acción de rescisión el contratante que haya dado cumplimiento a la obligación a su cargo, a menos que ésta todavía no sea exigible. De no cumplirse con lo anterior, el deudor demandado puede oponer la excepción dilatoria de contrato no cumplido.<sup>77</sup>

---

<sup>72</sup> *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, p. 51.- Acción rescisoria ejecutiva.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 51.- Acción rescisoria ejecutiva.

<sup>74</sup> *Op. cit.*, p. 486.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 487. En el mismo sentido, Gutiérrez y González, p. 543.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 488.

<sup>77</sup> Sánchez Meda, *op. cit.*, p. 105.

Luigi Mosco,<sup>78</sup> expone que es sujeto legitimado activamente para ejercer la acción de resolución no sólo el contratante perjudicado, sino también cualquier sucesor en el derecho protegido por esta acción, sea a título universal o particular. Así, la acción resolutoria podrá ser ejercitada, además de por el heredero o legatario, por el cesionario del contrato o por el que lo fuere del crédito singular contractual, por el tercero subrogado por haber pagado la deuda e incluso por el acreedor del titular que ejerza la acción subrogatoria.<sup>79</sup>

La acción rescisoria civil y la acción para exigir la ejecución forzada del contrato tienen la misma duración en cuanto a su prescripción extintiva, lo cual -nos dice Sánchez Medal- es lo lógico y correcto, pues ambas se generan al mismo tiempo: al producirse el incumplimiento de una de las partes en un contrato bilateral.<sup>80</sup> Dicha prescripción es la genérica de diez años establecida por el artículo 1159 del CC.

La acción resolutoria no ataca al contrato, siendo éste plenamente válido, obrando solamente sobre sus efectos, impidiendo que éstos puedan producirse en el futuro, en el caso de contratos de ejecución continuada, o eliminando los anteriores que se hayan producido si dicho contrato es de ejecución instantánea.<sup>81</sup>

Hasta ahora hemos hablado de la acción rescisoria civil; sin embargo, para los efectos de la presente investigación, tiene particular importancia la "acción rescisoria administrativa".

No encontramos autor alguno que estudie específicamente a la "acción rescisoria administrativa". Sin embargo, en relación a la misma nos atrevemos a comentar lo siguiente:

Cuando hablamos de rescisión administrativa, en oposición a la rescisión civil, entendemos la rescisión que es decretada por la Administración en los contratos de los cuales es parte, por sí y ante sí, sin acudir a los tribunales judiciales.

Tomando en consideración lo anterior, y recordando que la acción es el derecho que tiene una persona de acudir ante los tribunales a fin de que éstos dicten una resolución, debemos concluir que la expresión "acción rescisoria administrativa"

---

<sup>78</sup> *Op. cit.*, p. 233.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 243.

<sup>80</sup> *Op. cit.* p. 59.

<sup>81</sup> Sánchez Medal, *op. cit.*, p. 92.

es incorrecta, pues una de sus particularidades consiste en que no se ejercita ante tribunal alguno, sino es la Administración por sí misma la que decreta la efectividad de su pretensión.<sup>82</sup>

Si bien la Administración puede ejercer acciones, no es una acción -en el sentido procesal del término- lo que ejercita al declarar rescindido un contrato del cual es parte, pues no acude ante tribunal alguno a fin de que se decrete la rescisión; constituyendo tal acto una declaración unilateral de voluntad de la Administración, dictada en ejercicio de su potestad administrativa.

En virtud de lo anterior, consideramos que lo más que podemos hacer es decir que la mal llamada "acción rescisoria administrativa" es el derecho que tiene la administración pública de rescindir por sí y ante sí un contrato administrativo del cual es parte.

---

<sup>82</sup> Sin embargo, Castán Tobeñas dice que la acción de rescisión puede ejercitarse fuera de la vía judicial (Derecho civil español común y foral. Madrid, Reus, 1974. Cit. por Bejarano Sánchez, p. 376.)

**Cuarta Parte**

**RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO  
DE OBRA PUBLICA EN EL DERECHO MEXICANO**

## I. RÉGIMEN JURÍDICO

La rescisión administrativa del contrato de obra pública se encuentra principalmente regulada por la Ley de Obras Públicas y su Reglamento. Sin embargo, son múltiples los ordenamientos jurídicos que tienen alguna relación con tal rescisión, bien porque regulen al contrato de obra pública en sí, o bien porque prevean aspectos que tengan relación con tal rescisión.

Los principales ordenamientos jurídicos mexicanos que regulan a la rescisión administrativa del contrato de obra pública son los siguientes:<sup>1</sup>

### A. Ley de Obras Públicas

En México rige la *Ley de Obras Públicas* de 27 de diciembre de 1980, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 30 de diciembre de 1980, la cual entró en vigor el 1º de enero de 1981.<sup>2</sup>

La rescisión de los contratos de obra pública es contemplada por el artículo 43 de la LOP, el cual menciona que las dependencias y entidades podrán rescindir administrativamente los contratos de obra por razones de interés general o por contravención de los términos del contrato o de las disposiciones de la LOP.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> El texto de los preceptos relativos puede consultarse en el anexo a la presente investigación.

<sup>2</sup> *Vid. Vid. supra*, 2º pte, capítulo II.

<sup>3</sup> La antigua Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas otorgaba a la Administración sólo una acción de cumplimiento forzoso y una retención de estimaciones como sanción. Sin embargo, la facultad de rescindir los contratos de obra pública data del 16 de febrero de 1959, fecha en que se publicó un decreto que autorizaba a la Secretaría del Patrimonio Nacional a

Así, el artículo 43 contempla tres distintas causas de rescisión:

- a) Por razones de interés general;
- b) Por contravención de los términos del contrato, y
- c) Por contravención de las disposiciones de la LOP.

Consideramos que únicamente se trata de rescisión, en el sentido de resolución por incumplimiento,<sup>4</sup> cuando se está ante una falta de cumplimiento del contratista, es decir, sólo en el segundo y el tercero de los supuestos antes señalados; siendo el primero un caso de resolución en general del contrato, mas no de rescisión.

También el artículo 44 de la LOP habla de la rescisión del contrato de obra pública, mencionando que las dependencias y las entidades deberán comunicar ésta al contratista, y hacerlo del conocimiento de la Secretarías de la Contraloría General de la Federación y de Hacienda y Crédito Público cuando sus presupuestos se encuentren incluidos en el Presupuesto de Egresos de la Federación o en el del Departamento del Distrito Federal, o cuando reciban transferencias con cargo a dichos presupuestos.

### B. Reglamento de la Ley de Obras Públicas

El vigente Reglamento de la Ley de Obras Públicas apareció publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de febrero de 1985.

Es en el artículo 52 del Reglamento donde se regula específicamente la rescisión del contrato de obra pública, señalando las causas de rescisión, el procedimiento correspondiente, recursos para combatirla, y demás circunstancias relacionadas con la misma.

El mencionado precepto contempla tanto a la rescisión no imputable al contratista como a la originada por éste, y señala algunas causas que pueden dar origen a la rescisión del contrato. En su último párrafo, otorga al particular que

---

declarar la rescisión del contrato de obras cuando hubiera irregularidades graves.

<sup>4</sup> Vid. Vid. *supra* 3° pte., capítulo I, sección B.

quiera combatir la rescisión el recurso de inconformidad; el cual puede interponerse ante la Secretaría de la Contraloría General de la Federación o ante la Contraloría interna de la dependencia o entidad que haya rescindido.

### C. Reglas Generales para la contratación y ejecución de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal

De acuerdo al artículo 6º de la LOP, la Secretaría del Ramo (hoy la de Hacienda y Crédito Público), oyendo la opinión de la Comisión Intersecretarial Consultiva de la Obra Pública, debe expedir las disposiciones administrativas que deban observarse en la contratación y ejecución de las obras.

Ya antes hemos hablado acerca de estas disposiciones administrativas,<sup>5</sup> cuestionando su constitucionalidad y criticando la anarquía con la cual han sido expedidas; razón por la cual ahora nos limitaremos a señalar brevemente cuáles de éstas regulan la rescisión del contrato de obra pública.

Se encuentran vigentes las *Reglas Generales para la contratación y ejecución de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal*; de las cuales los incisos 3.3.16, 3.4.15 y 3.5.15 se refieren a la rescisión del contrato de obra pública, en relación con los contratos de precios unitarios, a precio alzado y de servicios, respectivamente.

Dichas reglas hacen una enumeración casuística de las causas que pueden originar la rescisión del contrato, incluyendo al final un supuesto abierto, consistente en "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'."

Asimismo, a semejanza del artículo 1949 del CC, mencionan que en caso de incumplimiento por parte del contratista la Administración podrá optar entre exigir el cumplimiento del contrato o declarar la rescisión de éste.

---

<sup>5</sup> Vid. *supra* 2ª parte, capítulo VIII.

Por su parte, las reglas 3.3.17, 3.4.16 y 3.5.16 -relativas la primera al contrato a precios unitarios, la segunda al contrato a precio alzado y la última al contrato de servicios relacionados con la obra, regulan el procedimiento de rescisión, otorgando al particular el derecho de ser oído por la Administración cuando a juicio de ésta haya incurrido en alguna causal de rescisión, a fin de que el contratista pueda expresar lo que a su derecho convenga para justificar su incumplimiento.

#### D. Código Civil

De acuerdo a la adición del artículo 10 de la LOP, publicada en el Diario Oficial el 18 de julio de 1991, el Código Civil para el Distrito Federal es aplicable supletoriamente en materia de obras públicas.

Así, lo dispuesto por el artículo 1949 antes estudiado, así como por las demás disposiciones del CC relativas a las obligaciones en general, debe ser tomado en cuenta al analizar la rescisión del contrato de obra pública.

#### E. Otras disposiciones administrativas

Entre las diversas disposiciones administrativas relacionadas con la rescisión del contrato de obra pública, destacan las *Políticas, bases y lineamientos* emitidos por las entidades paraestatales en cumplimiento de los últimos párrafos de los artículos 1° y 6° bis de la LOP, en relación a los criterios a seguir para la realización de las acciones, actos y contratos que deban llevar a cabo en cumplimiento de la ley.

Al igual de lo que sucede con las Reglas Generales, debe considerarse que estas disposiciones no pueden crear obligaciones o cargas para los particulares distintas de las dispuestas por la Ley y el Reglamento.

## II. CAUSAS DE RESCISIÓN

Las distintas causas de rescisión administrativa del contrato de obra pública contempladas por nuestros ordenamientos jurídicos son las siguientes:

a) *Por razones de interés general* (art. 43 LOP; cláusula 15ª del modelo de contrato de obra pública a precios unitarios). Como antes dijimos, la presente causa no da lugar propiamente a la rescisión del contrato, sino a su resolución, ya que la rescisión requiere de un incumplimiento, el cual no necesariamente se da en el presente supuesto. La facultad de resolver el contrato por razones de interés general es una de las cláusulas exorbitantes del derecho civil que se dan en los contratos administrativos, a fin de tutelar el interés público. Constituye una excepción al principio de derecho común consistente en que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes. Al hablar de la facultad de la Administración para resolver los contratos por las exigencias del interés general, Escola denomina a ésta "potestad rescisoria", y dice que sólo debe hablarse de ella cuando se dispone la rescisión unilateral de un contrato por razones de "oportunidad, mérito o conveniencia", es decir, por causas que atañen directamente al interés público.<sup>6</sup>

b) *Cuando el contratista no inicie los trabajos en la fecha pactada*, o en la indicada por escrito por la Administración cuando se posponga el inicio de obra (art. 52, 5º pfo. Regl.; Regla General 3.3.16, inciso 1).

c) *Cuando el contratista suspenda injustificadamente los trabajos* (art. 52, 5º pfo., Regl.; Regla General 3.3.16, inciso 2).

---

<sup>6</sup> Vol. II, p. 251. Escola considera que tal potestad no necesita estar contemplada ni incluida en los contratos de obra pública, ni tampoco en una ley, diciendo que tiene un carácter virtual. No estamos de acuerdo con él, ya que consideramos que en todo caso debe la Administración respetar el principio de legalidad, en virtud del cual no puede hacer sino aquello para lo cual está facultada expresamente por una norma jurídica positiva.

d) *Cuando el contratista incumpla con el programa de ejecución* (art. 52, 5º pfo., Regl.; Regla General 3.3.16, inciso 4). El Reglamento señala que el incumplimiento con el programa debe ser por falta de materiales, trabajadores o equipo de construcción. Consideramos que es más correcto lo dispuesto por las Reglas Generales, en el sentido de que da lugar a la rescisión el incumplimiento al programa de trabajo, independientemente de la causa que lo origine, siempre y cuando el atraso pueda dificultar la terminación satisfactoria de los trabajos en el plazo estipulado. Importante es destacar que el párrafo 6º del artículo 52 del Reglamento señala que no puede ser considerado como incumplimiento y causa de rescisión el atraso que tenga lugar por la falta de pago oportuno de estimaciones o de ajustes de costos, o bien por la falta de información referente a planos, especificaciones o normas de calidad, de entrega física de las áreas de trabajo y de entrega oportuna de materiales y equipos que deba suministrar la contratante, así como cuando la dependencia o entidad hubiere ordenado por escrito la suspensión de los trabajos. Consideramos que las mencionadas causas por las cuales no se puede considerar que hay atraso en el programa de obra deben también ser consideradas como impedimento para que opere la rescisión fundada en cualquier otro motivo, cuando den origen al incumplimiento del contratista.<sup>7</sup>

e) *Cuando el contratista no repare o reponga alguna parte de la obra que hubiere sido rechazada por no cumplir con las especificaciones de construcción o normas de calidad* (art. 52, 5º pfo., Regl.; Regla General 3.3.16, inciso 2). Para lo cual es presupuesto el previo requerimiento de la Administración de reparar o reponer lo rechazado.

f) *Si el contratista no ejecuta los trabajos de conformidad con lo estipulado o sin motivo justificado no acata las órdenes dadas por escrito por la Administración* (Regla 3.3.16, inciso 3). Sin embargo, debe considerarse que este incumplimiento debe ser de importancia para que pueda dar lugar a la rescisión.

g) *Si el contratista no cubre oportunamente los salarios de sus trabajadores y demás prestaciones de carácter laboral* (Regla 3.3.16, inciso 5). Consideramos

---

<sup>7</sup> En relación con lo anterior Sánchez Medal expone que "hay casos en que el deudor requiere de la colaboración del acreedor para poder dar cumplimiento a su respectiva obligación, en cuyos supuestos, tal como acontece en el contrato de obra cuando el dueño de ésta se ha obligado a proporcionar los materiales y no los proporciona oportunamente, no podría en esa situación acudir el acreedor a la resolución del contrato por incumplimiento del deudor. Por el contrario, este último podría demandar a la otra parte la resolución de dicho contrato por la falta de semejante colaboración.", *La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 114.

que la presente causal es contraria a derecho, pues se fundamenta en hechos que son ajenos a la relación jurídica entre el contratista y la Administración, y que incluso pueden no afectar el correcto desarrollo de la obra. Además, no sería extraño el caso de que el contratista se viera en dificultades de cumplir con sus obligaciones como patrón en virtud de no haber recibido de la Administración los pagos a los cuales de acuerdo al contrato tiene derecho. En todo caso, se trataría de un motivo de resolución, no de rescisión, pues aunque existe un incumplimiento a las obligaciones del particular, este incumplimiento es en su calidad de patrón, no de contratista, y por tanto, no es incumplimiento a las cláusulas del contrato de obra pública.

h) *Si el contratista es declarado en quiebra o suspensión de pagos* (Regla 3.3.16, inciso 6). No se trata de una causa de rescisión propiamente dicha, sino de una de las causas por las cuales puede terminar el contrato de obra pública, atento a que éste tiene la característica de ser *intuitu personae*.

i) *Si el contratista subcontrata partes de los trabajos objeto del contrato sin solicitar y obtener la previa autorización de la Administración* (Regla 3.3.16, inciso 7). La presente causal tiene también su fundamento en que el contrato de obra pública es *intuitu personae*, y por tanto, las obligaciones a cargo del contratista deben ser ejecutadas por éste personalmente.

j) *Si el contratista cede los derechos de cobro derivados del contrato, sin la aprobación expresa, previa y por escrito, de la Administración* (Regla 3.3.16, inciso 8). Esta causa de rescisión es un tanto extraña, pues no se fundamenta en que el contratista deje de cumplir una de sus obligaciones, sino en que no ejerza uno de sus derechos derivados del contrato: el de cobro. Por lo mismo, técnicamente puede originar la resolución del contrato, pero no su rescisión. La razón de esta causal puede consistir en evitar que el contratista se abstenga de realizar las reinversiones que necesariamente requiere la obra pública.

k) *Si el contratista no da a la dependencia o entidad contratante, o a las dependencias que tengan facultad de intervenir, las facilidades y datos necesarios para la inspección, vigilancia y supervisión de los materiales y trabajos* (Regla 3.3.16, inciso 9). Tienen facultad de intervenir para vigilar el correcto cumplimiento del contrato y la debida aplicación de la LOP la SECOGEF, la SHCP y las dependencias coordinadoras de sector (arts. 62-65 LOP).

l) *Si el contratista cambia su nacionalidad por otra, en el caso de que haya sido establecida como condición para la adjudicación del contrato tener esa nacionalidad* (Regla 3.3.16, inciso 10).

m). Si siendo extranjero, el contratista invoca la protección de su gobierno en relación con el contrato (Regla 3.3.16, inciso 11). "Cláusula Calvo".

n) Si el contratista no otorga la fianza para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato dentro de los veinte días hábiles siguientes a la firma del mismo (Regla 3.3.11., 1er. pfo.). La presente causal se encuentra contenida en una Regla General distinta a la que regula la rescisión del contrato, lo cual no impide que sea aplicable.

o) Por contravención de los términos del contrato o de las disposiciones de la LOP (art. 43 LOP; art. 52, 5º pfo., Regl.; Regla General 3.3.16, inciso 12; cláusula 15ª del modelo de contrato de obra pública a precios unitarios). Causal genérica donde el incumplimiento queda a juicio de la Administración.

p) Por contravención al Reglamento, a las demás disposiciones administrativas sobre la materia o a las órdenes de la Administración (Regla General 3.3.16, inciso 12; cláusula 15ª del modelo de contrato de obra pública a precios unitarios). La contravención a las disposiciones antes mencionadas -dentro de las cuales quedan incluidas las Reglas Generales- no es contemplada por la LOP ni por su Reglamento como causal de rescisión, razón por la cual su validez es cuestionable.

q) Cuando no se hayan atendido las observaciones que las Secretarías de Hacienda y Crédito Público o de la Contraloría General de la Federación hubieren formulado con motivo del incumplimiento de las disposiciones de la LOP y demás aplicables (art. 54 Regl.). Esta causal es similar a las dos anteriores. Sin embargo, en este caso el incumplimiento es determinado no por la dependencia o entidad contratante, sino por las Secretarías que tienen derecho a vigilar la debida ejecución del contrato y la sujeción a la LOP. Constituye también un caso extraordinario, pues la rescisión no procede de una de las partes del contrato, sino de un tercero, no cumpliéndose el principio *res inter alios acta*.

De las causas anteriores, se desprende que los presupuestos contemplados por nuestras disposiciones normativas para resolver<sup>8</sup> los contratos de obra pública son

---

<sup>8</sup> Aunque nuestro ordenamiento jurídico hablen de rescisión, debe reservarse tal término para la terminación del contrato por incumplimiento, y en los demás casos, hablar de resolución como término genérico. Así, Fernando Garrido Falla, refiriéndose a la ley española de 1965, observa que ésta da el nombre de resolución del contrato a todos los supuestos de extinción del contrato distintos de su cumplimiento normal (*Tratado de derecho administrativo*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1977, Tomo II, p. 126; cit. por Vidal Perdomo, p. 75).

bastante más amplios que los estudiados en la tercera parte de la presente investigación como requisitos para rescindir los contratos en general.

En efecto, la Administración puede "rescindir" un contrato de obra pública por incumplimientos no necesariamente graves y culposos; e incluso puede rescindirse si el contratista cumple con todas sus obligaciones derivadas del contrato, pero incumple algún precepto de la LOP o su Reglamento, o bien alguna otra disposición jurídica ajena completamente a lo que es obra pública (Ley Federal del Trabajo, Ley de Nacionalidad y Naturalización). Finalmente, puede también resolverse el contrato por causas de interés general.

Sin embargo, consideramos que de las causas de rescisión antes enumeradas, *únicamente son válidas las fundadas en razones de interés general, en contravención de los términos del contrato o en contravención de las disposiciones de la LOP*; ya que éstas son las únicas que prevé la LOP, y ni el Reglamento ni las Reglas Generales pueden exceder lo establecido por la Ley; siendo importante destacar que dentro de las causas de rescisión previstas por ésta no figura la contravención de las disposiciones del Reglamento.

Especialmente debatibles son las causas de rescisión previstas por las Reglas Generales, ya que, como hemos visto,<sup>9</sup> las Reglas Generales no pueden por sí mismas imponer nuevas obligaciones o cargas a los particulares, distintas de las previstas por la LOP.

Sin embargo, de acuerdo a los modelos de contratos de obra pública, en éstos el contratista declara conocer el contenido de las Reglas Generales (inciso "E" de la declaración segunda), y se acostumbra integrar el texto de éstas al contrato, firmándose como anexo; y en las cláusulas se obliga a realizar la obra acatando lo establecido por dichas reglas (cláusulas 1ª y 16ª). Con fundamento en lo anterior, los órganos de la administración pública -y también los tribunales- acostumbran dar a las Reglas Generales un contenido obligacional, derivado no de la obligatoriedad jurídica de las Reglas en sí, sino de que éstas forman parte del contrato, y por tanto, el contratista ha "convenido" cumplirlas.

Creemos que lo anterior es debatible; en primer lugar, porque si el texto de las Reglas Generales se incluye en los contratos de obra pública y forma parte de éstos, ello es debido a que así lo disponen las propias Reglas en los modelos de contrato que forman parte integral de las mismas, sin que exista un mandamiento en la Ley o el Reglamento que así lo disponga. A lo anterior no vale argumentar que al firmar el

---

<sup>9</sup> *Vid. Vid. supra* 2ª parte, capítulo VIII.

contrato el particular se hace sabedor de las Reglas y "conviene" en cumplirlas, ya que la inclusión de las mismas, así como de la declaración y las cláusulas por las que el particular se compromete a cumplirlas, es forzosa, no estando sujeta a discusión, pues el contrato de obra pública es de estricta adhesión, no estando las partes en posibilidad de modificar o restringir la aplicación de dichas reglas; pues éstas no provienen de la voluntad de las partes expresada en el contenido del contrato, sino de una disposición administrativa.

En segundo lugar, el contratista declara conocer las Reglas, pero ello no implica que acepte la obligatoriedad de las mismas y consienta su aplicación.

Finalmente, el contratista se obliga a *realizar* la obra acatando las Reglas Generales (cláusula 1ª), y sujetándose a éstas en la *ejecución de la obra* (cláusula 16ª), lo cual no implica aceptar las causas de rescisión previstas por éstas, pues las mismas no entran dentro de lo que es la *realización o ejecución* en sí de la obra. A ello no obsta que en la cláusula 15ª se asiente que "la contravención a las... demás disposiciones administrativas sobre la materia [obra pública]... da derecho a su rescisión [del contrato] inmediata...", ya que no se especifica cuales son las disposiciones administrativas a que se refiere, además de que por la naturaleza propia de tales disposiciones, no pueden ser obligatorias para los particulares.<sup>10</sup>

Continuando con la exposición del presente tema, diremos que en el momento en que el contratista incurre en un incumplimiento nacen para la Administración dos derechos: exigir el cumplimiento del contrato o proceder a la rescisión, debiendo optar por uno de ellos. (Regla General 3.3.16 penúltimo pfo.)

Es importante destacar que este derecho de opción sólo se da en los casos de incumplimiento al contrato; la Administración no puede exigir al contratista el cumplimiento de obligaciones extracontractuales, como sería el pago a trabajadores, y en este supuesto, sólo podría proceder a la rescisión del contrato.

Para obtener el cumplimiento del contrato la Administración cuenta con su potestad sancionatoria, en virtud de la cual puede aplicar multas al contratista, o bien

---

<sup>10</sup> Respecto de la obligatoriedad de las Reglas Generales, Ortiz Reyes niega a las mismas el carácter de normas jurídicas, pero las acepta como contenido obligatorio del contrato, condicionando su eficacia al sentido y alcance de una instrucción administrativa general dada en el ámbito interno de la Administración, que el contratista ha aceptado con pleno conocimiento. ("Algunas consideraciones...", p. 21)

**obligarlo a realizar debidamente partes de la obra, o a destruir y reparar lo incorrecto, y en caso de negativa, puede la Administración realizar personalmente lo indebido por el contratista, o mediante un tercero, en ambos casos a costa de aquél.**

### III. PROCEDIMIENTO DE RESCISIÓN

El párrafo 8° del artículo 52 del Reglamento prevé la existencia de un procedimiento previo a la rescisión, en el cual se otorga al contratista el derecho de ser oído antes de que se decrete ésta, cuando la Administración considere que existen motivos que puedan originarla.

De acuerdo a lo anterior, el procedimiento de rescisión debe ajustarse a lo siguiente:

a) Cuando la dependencia o entidad contratante considere que el contratista ha incurrido en alguna de las causas de rescisión, lo hará saber a éste mediante aviso dado por escrito, en forma *fehaciente*,<sup>11</sup> exponiendo las razones por las cuales considere que se ha incurrido en la causal de rescisión.

b) El contratista tendrá un término de veinte días hábiles<sup>12</sup> contados a partir de la fecha en que reciba la notificación de haber incurrido en causales de rescisión para manifestar lo que a su derecho convenga en relación a ésta.

c) Habiendo analizado las razones argüidas por el contratista, la dependencia o entidad resolverá si rescinde o no el contrato, dentro del plazo de veinte días hábiles siguientes a la fecha en que hubiere recibido el escrito de contestación del contratista, o bien del vencimiento del plazo para hacerlo.

d) Si el contratista no manifiesta nada en el plazo señalado en el inciso b), o

---

<sup>11</sup> Al respecto, es pertinente señalar que la notificación fehaciente es aquella que se realiza judicialmente o ante notario, en contra de lo cual, la notificación de haber incurrido en probables causas de rescisión generalmente se hace de manera informal, sin contar siquiera con testigos de asistencia, limitándose a que el contratista a quien va dirigida firme de recibido una copia del aviso correspondiente.

<sup>12</sup> La Regla 3.3.17., en contravención de lo dispuesto por el Reglamento, habla de días calendario, no hábiles. Obsta decir que debe estarse a lo dispuesto por el Reglamento.

bien si después de analizar las razones aducidas por éste la dependencia o entidad contratante estima que las mismas no son satisfactorias, procederá a la rescisión del contrato.

e) La rescisión deberá comunicarse al contratista,<sup>13</sup> así como a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que se emita dicha resolución. De la misma manera, se dará aviso a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, a fin de que ésta -de considerarlo necesario- nombre un representante que asista al levantamiento del acta circunstanciada correspondiente. Este aviso deberá realizarse con una anticipación no menor de diez días hábiles a la fecha señalada para el levantamiento del acta. (art. 49, 3er, pfo. Regl.)

Consideramos que el anterior procedimiento es un procedimiento seguido en forma de juicio. Al efecto, salta a la vista que en el procedimiento rescisorio la apreciación de las pruebas rendidas por el particular queda al libre arbitrio de la Administración, además de que se limitan a las documentales, lo que necesariamente se traduce en un perjuicio a la garantía constitucional de seguridad jurídica del contratista afectado, ya que contrariamente a lo dispuesto por el artículo 14 Constitucional, el procedimiento rescisorio no se sujeta a las formalidades esenciales del procedimiento, pues si bien se da oportunidad al particular de ser escuchado, se limitan las pruebas que puede ofrecer para acreditar su dicho, y no se señalan las reglas conforme a las cuales dichas pruebas deben ser apreciadas.

Así, al tener la rescisión decretada por la Administración la característica de ejecutividad, debe considerarse que el procedimiento rescisorio es en sí contrario al artículo 14 Constitucional, en tanto que importa una privación de los derechos adquiridos por el particular en virtud del contrato, sin cumplirse las formalidades esenciales del procedimiento.

El licenciado Gabriel Ortiz Reyes considera que el procedimiento rescisorio es un mero lineamiento administrativo para la comprobación, en el ámbito interno, del incumplimiento imputado al contratista.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Consideramos que esta notificación también debe ser fehaciente.

<sup>14</sup> "Algunas consideraciones...", p. 26.

#### IV. EFECTOS DE LA RESCISIÓN

Los efectos de la resolución administrativa del contrato de obra pública varían dependiendo si ésta es imputable o no al contratista.

Cuando la resolución no sea imputable al contratista se deberán pagar a éste los trabajos ejecutados y los gastos no recuperables, previa solicitud que realice en dicho sentido (artículo 52 inciso 1 Regl.). Al efecto, Escola afirma que en este supuesto el contratista debe ser integralmente indemnizado, pagándosele además de los trabajos ejecutados y los gastos realizados, los beneficios de que se vea privado por la rescisión.<sup>15</sup>

En cambio, la rescisión del contrato por causas imputables al contratista producirá los siguientes efectos:<sup>16</sup>

- a) Se ordenará al contratista la desocupación de la obra;
- b) Se suspenderá el pago de los trabajos ejecutados aún no liquidados, hasta que se otorgue el finiquito correspondiente;
- c) Deberá levantarse acta circunstanciada donde se haga constar el estado que guarden las obras, y en la que se asentarán las causas que motivaron la rescisión (art. 53 Regl.), además de las demás circunstancias previstas por el artículo 49 del Reglamento;<sup>17</sup>
- d) Deberá efectuarse un finiquito de obra dentro de los treinta días hábiles siguientes a la notificación de la rescisión; en el finiquito, deberá preverse sobre el sobrecosto de los trabajos aún no ejecutados y lo relativo a la recuperación de materiales y equipos entregados;
- e) El contratista pagará por concepto de daños y perjuicios las penas

---

<sup>15</sup> Vol. II, p. 252. En el mismo sentido: Ortiz Reyes, "Algunas consideraciones...", p. 29, nota 8.

<sup>16</sup> Cfr inciso II del artículo 52 del Regl.

<sup>17</sup> Vid. Vid. *supra* 2ª parte, capítulo VI, sección M.

convencionales pactadas, que podrán ser hasta por el monto de las garantías otorgadas, a juicio de la dependencia o entidad contratante;

f) Se procederá a hacer efectivas las garantías de cumplimiento;

g) Se determinarán las responsabilidades que puedan existir, y

h) El saldo del anticipo por amortizar deberá ser reintegrado a la dependencia o entidad, en un plazo no mayor de quince días hábiles. Para ello se reconocerán los materiales que el contratista tenga en obra o en proceso de adquisición, conforme a los datos básicos de precios del concurso, considerando los ajustes de costos autorizados, siempre y cuando sean de la calidad requerida, puedan utilizarse en la obra y el contratista se comprometa por escrito a entregarlos en el sitio de los trabajos. En caso de no reintegrar el anticipo pendiente de amortizar, el contratista pagará gastos financieros a una tasa igual a la establecida para los casos de prórroga en el pago de crédito fiscal. (Art. 27 VIII Regl.).

Al facultar el artículo 43 de la LOP a los órganos de la administración pública a rescindir administrativamente los contratos de obra que celebren, se entiende que está facultad la pueden ejercer las dependencias y entidades por sí y ante sí, sin necesidad de acudir a los tribunales judiciales.

Por tanto, tal rescisión opera de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial, bastando con que se cumpla el procedimiento de rescisión previsto por el Reglamento, en el cual se otorga al contratista derecho de ser oído por la Administración.

Los efectos de la rescisión comenzarán a surtir a partir de que la Administración decreta ésta, una vez que se haya concluido el procedimiento correspondiente. En este caso, los efectos de la rescisión no se retrotraen al momento del incumplimiento.

## V. MEDIOS DE DEFENSA EN CONTRA DE LA RESCISIÓN

La rescisión administrativa de los contrato de obra pública dictada por la Administración tiene el carácter de ejecutoria, pero no la convierte en cosa juzgada, pues el poder de control administrativo no es un poder jurisdiccional, y por ello, su declaración no tiene fuerza de verdad legal.<sup>18</sup>

Así, el particular que se considere afectado por la rescisión puede recurrirla ante los tribunales competentes.

Los medios de defensa procedentes en contra de la rescisión administrativa del contrato de obra pública son los siguientes:

### A. Inconformidad<sup>19</sup>

Se trata de un recurso administrativo<sup>20</sup> que se encuentra previsto por el último

---

<sup>18</sup> Jèze, vol. III, p. 139.

<sup>19</sup> "El recurso de inconformidad puede ejercerse por los contratistas que habiendo participado en una licitación pública, consideran que sus derechos les fueron afectados, bien sea por la resolución que contenga el fallo, o por la emisión de algún acto relativo a cualquier etapa o fase de la licitación, tales como la convocatoria, bases, junta de aclaraciones, acto de apertura, así como por actos posteriores al fallo que impliquen condiciones diferentes a la convocatoria o que sean contrarios a las disposiciones legales" (México, SECOGEF, *Manual de Procedimientos del Recurso de Inconformidad*, pp. 34-35), pudiendo ser la violación en la contratación, el inicio de los trabajos, la entrega de anticipos, el pago de estimaciones, la aplicación de penas convencionales, el ajuste de costos, los convenios, las suspensiones, las rescisiones, y en general cualquier acto, etapa o fase de la ejecución de la obra.

<sup>20</sup> Recurso administrativo es la impugnación de un acto administrativo ante un tribunal de ese carácter. (González Pérez Jesús, *El procedimiento administrativo*, Madrid, Publicaciones

párrafo del artículo 52 del Reglamento.

Ni en la LOP ni en su Reglamento se encuentra una regulación adecuada de este recurso, encontrándose alusiones aisladas del mismo en los artículos 36, 4º párrafo, 58 bis y 65 bis de la ley, así como en el 52, último párrafo, del Reglamento.

El órgano competente para conocer de la inconformidad es la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, mediante su Dirección de Inconformidades dependiente de la Dirección General de Responsabilidades y Situación Patrimonial, o bien la contraloría interna de la dependencia o entidad que haya emitido la rescisión.

El término para interponer el recurso de inconformidad en contra de la rescisión es de diez días hábiles contados a partir de la notificación respectiva.

La inconformidad deberá presentarse acompañando las pruebas documentales necesarias.

Una vez que se presente la inconformidad, se dictará una resolución que la admita o rechace. Si es aceptada, se requerirá un informe al área responsable de la dependencia o entidad que haya emitido la rescisión, con el cual se dará vista al inconforme para que manifieste lo que a su derecho corresponda y ofrezca pruebas. La resolución de este recurso deberá dictarse dentro de los 45 días naturales después de presentado, debiendo ser comunicada por escrito al inconforme y a la contraloría interna de la dependencia o entidad correspondiente.<sup>21</sup>

En contra de la resolución que dicte la Secretaría de la Contraloría General de la Federación en los recursos de inconformidad que conozca, podrá interponerse el recurso de revocación, el cual se encuentra regulado por el artículo 73 de la LOP. Sin embargo, si la inconformidad se promueve ante la contraloría interna de la dependencia o entidad que haya rescindido, contra su resolución no procederá la revocación.<sup>22</sup>

A su vez, en contra de la resolución dictada en el recurso de revocación, el contratista puede interponer juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la

---

Abella, 1964, p.747. Cit. por Armienta Hernández, *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*, p. 55.)

<sup>21</sup> México, SECOGEF, *Manual de Procedimientos del Recurso de Inconformidad*,

<sup>22</sup> El recurso de revocación procede únicamente contra actos de la SHCP o de la SECOGEF.

Federación, o bien, juicio de amparo indirecto, no siendo requisito que agote el primero para que proceda el segundo, ya que el juicio de nulidad se encuentra previsto por el Código Fiscal de la Federación, ordenamiento que es distinto a aquel en que debe fundarse la resolución del recurso de revocación: la LOP. Al efecto, son aplicables por analogía las siguientes tesis (sustituyendo el término "recursos" por "medios de defensa"):

**RECURSOS ADMINISTRATIVOS QUE NO ES OBLIGATORIO AGOTAR.** Para que exista obligación de agotar los recursos ordinarios administrativos que establece una ley, antes de acudir al juicio constitucional, es necesario que la resolución que se reclama se funde en esa ley, pues es obvio que los recursos administrativos consignados por la ley del acto, no pueden ser agotados cuando el propio acto no fue fundado en la ley que los prevé.

Primer Tribunal Colegiado del Tercer Circuito.

Amparo en revisión 205/84. Salvador Moreno Barragán. 31 de agosto de 1984. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonsina Berta Navarro Hidalgo. Secretaria: Esperanza Guadalupe Fariás Flores.

Informe 1984, Tercera Parte. Tribunales Colegiados de Circuito, pág. 247.

**"RECURSOS ORDINARIOS NO PREVISTOS EN LA LEY APLICADA EN EL ACTO RECLAMADO. NO ES NECESARIO AGOTARLOS PREVIAMENTE AL AMPARO.** La interpretación correcta de la garantía de seguridad jurídica conduce a concluir que el particular sólo está obligado a agotar los recursos ordinarios que establezca la ley que se aplicó en el acto de molestia y no los de leyes distintas..."

Segundo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Administrativa

Amparo Directo 976/87 Hylsa, S.A. 20 de agosto de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Amado Yañez. Secretaria: Alicia Rodríguez Cruz de Blanco.

Informe 1987, Tercera Parte. Tribunales Colegiados, pág. 100.

De cualquier manera, la interposición de recursos administrativos para combatir la rescisión deja a salvo el derecho del contratista para impugnar ésta en la vía ordinaria.

## B. Juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación

La fracción VII del artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación ordena:

"Las salas regionales conocerán de los juicios que se inicien contra las resoluciones definitivas que se indican a continuación: ... VII. Las que se dicten sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada..." .

En el primer capítulo de la presente tesis consideramos que lo antes citado no había sido derogado por el segundo párrafo del artículo 50 de la LOP, que menciona que las controversias suscitadas con motivo de los contratos celebrados con base a la LOP serán resueltos por los tribunales federales, pues creemos que dentro de éstos se incluye al Tribunal Fiscal de la Federación.<sup>23</sup>

Podría originarse alguna controversia acerca de si con el juicio de nulidad puede impugnarse inmediatamente la rescisión, pues el artículo 23 de la LOTFF habla de "resoluciones definitivas",<sup>24</sup> pudiéndose argumentar que la rescisión en sí no lo es, pues contra ella procede el recurso de inconformidad, y contra la resolución dictada en éste, el de revocación.

Al respecto, el artículo 202 del Código Fiscal de la Federación señala lo siguiente: "Es improcedente el juicio ante el Tribunal Fiscal de la Federación en los casos, por las causales y contra los actos siguientes:... IV. Respecto de las cuales hubiere consentimiento, entendiéndose que hay consentimiento únicamente *cuando no se promovió algún medio de defensa en los términos de las leyes respectivas...* VI. Que *puedan impugnarse por medio de algún recurso o medio de defensa*, con excepción de aquellos cuya interposición sea optativa..."

En virtud de lo anterior, podría considerarse que el juicio de nulidad ante el

---

<sup>23</sup> Vid. *Vid. supra* 1ª parte, capítulo V, sección B, título 3.

<sup>24</sup> El último párrafo del artículo citado señala que las resoluciones se considerarán definitivas cuando no admitan recurso administrativo o cuando la interposición de éste sea optativa. El precepto citado confunde el concepto de resolución definitiva con el de resolución que agota la vía administrativa. El carácter de definitivo no depende de que sea o no impugnabile, sino de que decida la cuestión principal planteada en el procedimiento. (González Pérez, *Derecho administrativo mexicano*, pp. 661-662).

Tribunal Fiscal de la Federación es procedente únicamente cuando se han agotado los recursos administrativos ordinarios, es decir, sólo contra la resolución que dicte la Dirección General Jurídica de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación en el trámite del recurso de revocación.

Sin embargo, hay que hacer notar que el recurso de inconformidad, aunque se encuentra regulado en algunas disposiciones dispersas de la LOP, no es otorgado por ésta al contratista para combatir la rescisión del contrato, sino por el Reglamento, quien en el último párrafo de su artículo 52 menciona expresamente que contra la rescisión procede el recurso de inconformidad; y existen opiniones en el sentido de que un medio de defensa sólo es obligatorio cuando se encuentra previsto por la ley del acto reclamado, siendo opcional si quien lo otorga es el reglamento respectivo. En dicho sentido apuntan las siguientes ejecutorias:<sup>25</sup>

RECURSOS ADMINISTRATIVOS. DEBEN ESTAR ESTABLECIDOS EN LAS LEYES. INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 23, FRACCIÓN VI, DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN Y 202, FRACCIÓN IV, DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN. Al exigir el legislador, en la fracción IV, del artículo 202, del Código Fiscal de la Federación que el juicio de nulidad debe ser sobreseído por improcedente, en virtud de que no se promovió algún medio de defensa en los términos de las leyes o porque no se interpuso algún recurso, según la fracción VI, debe entenderse que se refiere a aquellos medios de defensa o recursos administrativos establecidos en leyes en sentido formal, es decir, la expresión; "en los términos de las leyes", ha de interpretarse estrictamente: actos jurídicos generales y abstractos emitidos por el Congreso de la Unión., ya que sólo puede ser obligatoria la interposición de un recurso si éste se encuentra previsto en una ley formal, pero no en un reglamento de ejecución, que son los que tienen como finalidad detallar y aclarar las leyes expedidas por el Congreso de la Unión y que el titular del Poder Ejecutivo emite con fundamento en el artículo 89, fracción I, de la Carta Magna, pues si la ley formal no previene un recurso administrativo, el reglamento que se expida para detallarla no puede establecerlo, y si lo establece, debe entenderse como opcional para el afectado, ya que de otra suerte implicaría la creación de medios

---

<sup>25</sup> Amparo directo 1473/88, Cardigan, S.A. de C.V., 2 de septiembre de 1988, Ponente: Genaro David Góngora Pimentel, Secretaria: María Guadalupe Saucedo Zavala (Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su Presidente, al terminarse el año de 1988, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, págs. 133 y 134).

de defensa no instituidos por la ley que se reglamenta, restringiéndose indebidamente los medios de impugnación que otorgan otros ordenamientos jurídicos de mayor jerarquía, como lo es, en nuestro caso, el Código Fiscal de la Federación.

"RECURSOS ADMINISTRATIVOS. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE DEFINITIVIDAD CUANDO DICHOS MEDIOS DE DEFENSA SE ENCUENTRAN PREVISTOS EN UN REGLAMENTO ADMINISTRATIVO Y NO EN LA LEY QUE SE REGLAMENTA..."

Amparo directo 1113/88, Constructora Inversionista, S.A., 2 de agosto de 1988. Unanimidad de votos, Ponente: Genaro David Góngora Pimentel, Secretario: Alberto Pérez Dayán (Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su Presidente, al terminarse el año de 1988, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, págs. 135 y 136)

De cualquier manera, es pertinente destacar que el juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación, motivado por la rescisión administrativa de un contrato de obra pública, sólo procede cuando dicha rescisión emana de una dependencia de la Administración Pública Federal Centralizada, no si la emitió un organismo de la administración pública paraestatal.

"La demanda deberá presentarse por escrito ante la Sala Regional en cuya circunscripción radique la autoridad que emitió la resolución impugnada, dentro de los 45 días siguientes a aquel en que haya surtido efectos la notificación de ésta." (art. 207, 1er. pfo., CFF)

Dentro del juicio de nulidad, el contratista puede solicitar de la Sala Regional que conozca el juicio la suspensión de los efectos de la rescisión, siempre y cuando éstos no se hayan consumado (art. 227 CFF).<sup>26</sup>

En contra de la sentencia que se dicte por la Sala Regional, la dependencia podrá interponer el recurso de revisión ante la Sala Superior (art. 248 CFF); a su vez, el particular la podrá impugnar con el juicio de amparo directo.<sup>27</sup> En este juicio

---

<sup>26</sup> Sin embargo, debido a la especial regulación que de la suspensión realiza el CFF, se prevé que sólo se podrá promover el incidente de suspensión "cuando la autoridad ejecutiva niegue la suspensión, rechace la garantía ofrecida o reinicie la ejecución". Surge el problema acerca de si la suspensión que debe otorgar el órgano administrativo ejecutante se limita a materia fiscal, o bien es extensivo a otros actos que sin ser tributarios son susceptibles de impugnación ante el TFF. *Cfr.* González Pérez, *Derecho administrativo mexicano*, pp. 683 y ss.

<sup>27</sup> Así, fin de combatir el mismo acto: la rescisión administrativa del contrato de obra pública, son procedentes hasta ¡4 distintos medios de defensa! en forma sucesiva.

el acto reclamado no sería la rescisión, sino la sentencia del Tribunal Fiscal de la Federación.

### C. Juicio Ordinario Federal

El segundo párrafo del artículo 50 de la LOP menciona que las controversias suscitadas con motivo de los contratos celebrados con base a la LOP serán resueltas por los tribunales federales.

Indudablemente, la rescisión administrativa del contrato de obra pública es una de las controversias a las que se refiere el citado artículo. Así, en contra de la rescisión es posible ejercer una acción ordinaria federal.

La demanda respectiva se interpondrá ante el juez de Distrito competente, siendo importante destacar que, a diferencia de los demás medios de defensa para combatir la rescisión, ésta goza de un holgado plazo para hacerla valer: el término genérico de diez años para la prescripción de las acciones (art. 1159 CC).

Generalmente, la *litis* en esta clase de juicios se reducirá a determinar si la rescisión fue o no fundada en causa legal. Al respecto, pueden existir dos variantes: que el contrato se haya rescindido por causas de interés general o que lo haya sido por incumplimiento del contratista. En el segundo supuesto, el actor deberá acreditar que no incurrió en incumplimiento, o bien, que éste no le es imputable, teniendo la carga de la prueba de su acción (art. 81 CFPC). Bastará que se acredite ante el juzgador que efectivamente se incurrió en el supuesto de la rescisión para que ésta se declare procedente (a menos que el contratista acredite que la causal no es imputable a él). Sin embargo, consideramos que cuando el supuesto de incumplimiento origen de la rescisión no sea de los especificados concretamente en el contrato, sino hubiere quedado a juicio de la administración, no basta con acreditar que efectivamente ésta consideró que el particular incurrió en un incumplimiento, sino que es necesario comprobar que el incumplimiento se dio realmente, pues de otra manera, la protección judicial se haría nugatoria.

En los casos de rescisión por causas de interés general, existe controversia acerca de si los tribunales pueden decretar que la rescisión ordenada en un caso concreto por la Administración, fundándose en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, fue equivocada por no existir una verdadera razón de orden público.

Al respecto, Escola considera que es la Administración quien mejor puede apreciar si en un caso concreto existen razones de oportunidad, mérito o conveniencia en atención al mejor logro del interés público.<sup>28</sup> En contra de tal opinión, nuestro máximo tribunal ha sostenido que sí puede un juez analizar si en determinado caso intervienen o no razones de orden público, de acuerdo a la siguiente tesis de jurisprudencia:

**ORDEN PUBLICO.** Si bien es cierto que la estimación del orden público en principio corresponde al legislador al dictar una ley, no es ajeno a la función de los juzgadores que aprecien su existencia en los casos concretos que se les sometan para su resolución. Resulta pues indudable que los jueces, en casos determinados, pueden calificar y estimar la existencia del orden público con relación a una ley, y no podrían declarar éstos, que no siendo ya aplicable una ley en los conceptos que la informaron por cuestión de orden público, conserva aún ese carácter y que subsisten sus finalidades.

Apéndice 1975, 8ª parte, Pleno y Salas, Tesis 130, p. 222.

Durante el desarrollo del juicio, o antes de su inicio, el contratista puede solicitar la suspensión de los efectos de la rescisión, incluyendo dentro de éstos la continuación de la obra por un tercero (art. 384 CFPC). Sin embargo, para decretar la suspensión de la obra, se podrá exigir al demandante garantía que asegure el pago de los daños y perjuicios que puedan causarse a la Administración (art. 387 CFPC)

Contra la sentencia de primera instancia dictada en el juicio ordinario federal, procede el recurso de apelación ante el Tribunal Unitario de Circuito correspondiente. A su vez, contra la resolución del Unitario, procede el juicio de amparo directo ante el Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda.

Respecto de cuál es el juez competente para conocer de la demanda de juicio ordinario federal con motivo de la rescisión administrativa del contrato de obra pública, en cuanto a territorio, éste se encuentra pactado en la última cláusula de los modelos de contrato de obra pública. En caso de que, por cualquier circunstancia, no fuera así, sería competente el juez del lugar en que se ejecute la obra, de acuerdo a la fracción II del artículo 24 del CFPC.

Se presta a confusión determinar cuál es el Juez de Distrito competente en

---

<sup>28</sup> Vol. II, p. 251.

cuanto a la materia para conocer de este juicio, si el de materia administrativa o el de materia civil.

La fracción I del artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal dispone que "Los jueces de Distrito en materia administrativa conocerán: De las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de leyes federales, cuando deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un *acto de autoridad* o de un procedimiento seguido por *autoridades administrativas*;"

Ciertamente, la LOP es federal, sin embargo, no basta con ello para determinar que el juez competente lo es el de materia administrativa, pues existe controversia acerca de si la rescisión administrativa constituye un *acto de autoridad*, o bien es resultado de un pacto comisorio pactado por la administración actuando con el carácter de particular como parte de un contrato. De la misma manera, existe controversia acerca de si el procedimiento de rescisión previsto por el artículo 52 del Reglamento entra dentro del supuesto de "procedimiento seguido por *autoridades administrativas*".

Así, es necesario contestar estas dos preguntas: ¿La rescisión administrativa del contrato de obra pública es o no acto de autoridad? ¿El procedimiento establecido por el párrafo 8º del artículo 52 del Reglamento es o no un procedimiento seguido ante autoridades administrativas?

En caso de que a ambas preguntas se responda negativamente, deberá determinarse que el juez competente lo es el de materia civil, acorde al artículo 54 de la LOPJF, el cual menciona que "Los jueces de Distrito en materia civil conocerán:... VI. De las controversias en que la Federación fuere parte... IX. De todos los demás asuntos de la competencia de los juzgados de Distrito, conforme a la ley, y que no estén enumerados en los tres artículos que preceden [relativos a la competencia de los jueces en materia penal, administrativa y de trabajo]."

La respuesta a las preguntas planteadas tiene una trascendencia que va bastante más allá de los efectos de presentación de la demanda ante juez incompetente,<sup>29</sup> pues de la misma dependerá también si es o no procedente el amparo en contra de la rescisión. En razón de lo anterior analizaremos dichas preguntas por separado, en el capítulo siguiente.

---

<sup>29</sup> La presentación de la demanda ante juez incompetente da lugar a la substanciación de competencia, que puede tramitarse por inhibitoria o por declinatoria, siempre a instancia de parte, no pudiendo promoverse de oficio por el Juez (art. 34 CFPC).

## D. Amparo Indirecto

No nos queda lugar a dudas cuando afirmamos que la cuestión que mayor controversia origina en relación a la rescisión administrativa de los contratos de obra pública es la relativa a si el juicio de amparo es o no procedente para combatirla.

Al manifestar lo anterior, nos referimos a la impugnación directa e inmediata de la rescisión mediante amparo indirecto, no al combate que puede realizarse mediante este juicio reclamando anteriores resoluciones que se hayan dictado en medios de defensa distintos por los cuales se haya recurrido la rescisión.

En cuanto a la procedencia del juicio de amparo indirecto en contra de la rescisión administrativa del contrato de obra pública, nos permitimos realizar los siguientes comentarios:

a) Consideramos que promover el juicio de amparo sin agotar previamente los recursos administrativos que existen para combatir la rescisión (inconformidad y revocación) no daría lugar a la causal de improcedencia prevista por la fracción XV del artículo 73 de la Ley de Amparo,<sup>30</sup> por las siguientes razones:

- Los mencionados recursos no suspenden los efectos del acto reclamado (la rescisión), razón por la cual no hay obligación de agotarlos (art. 107, fm. IV, Const.);

- El agotamiento de un recurso sólo debe estimarse obligatorio antes de acudir al amparo cuando aquél se encuentra previsto en la ley que rija el acto reclamado, no si se encuentra regulado en un Reglamento; caso en el cual la interposición del recurso será opcional. Por lo que respecta al recurso de inconformidad, aunque éste se encuentra regulado en algunas disposiciones dispersas de la LOP, ésta no lo

---

<sup>30</sup> Artículo 73 de la Ley de Amparo: "El juicio de amparo es improcedente... XV. Contra actos de autoridades distintas a los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, que deban ser revisados de oficio, conforme a las leyes que los rijan, o proceda contra ellos algún recurso, juicio o medio de defensa legal por virtud del cual puedan ser modificados, revocados o nulificados, siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos mediante la interposición del recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, sin exigir mayores requisitos que los que la presente ley consigna para conceder la suspensión definitiva, independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con esta ley. No existe obligación de agotar tales recursos o medios de defensa, si el acto reclamado carece de fundamentación..."

otorga al contratista para combatir la rescisión del contrato, siendo el Reglamento (art. 52 último pfo.) quien menciona que contra la rescisión procede el recurso de inconformidad.<sup>31</sup>

Mayor razón para sostener lo anterior habrá cuando en la demanda respectiva se reclamen exclusivamente violaciones directas e inmediatas a las garantías constitucionales, pues en este caso el conflicto será de constitucionalidad y no de legalidad, procediendo la interposición inmediata del juicio de amparo.<sup>32</sup>

Sin embargo, en caso de que se haya opuesto algún recurso, habrá que esperar a la resolución de éste para poder interponer el amparo; no pudiéndose tramitar simultáneamente el recuso ordinario y el amparo, pues podrían dar lugar a resoluciones contradictorias.<sup>33</sup>

b) Respecto de si se incurre o no en la causal de improcedencia antes mencionada en caso de no interponer previamente al amparo el juicio ordinario federal, existen las siguientes tesis:

"CONTRATOS ADMINISTRATIVOS... 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 revocación del acuerdo que declara insubsistente el contrato."

Quinta Época: Tomo XXVIII, Pág. 1187.- Riande Rogelio.

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, AMPARO CONTRA LA CANCELACIÓN DE LOS.** Si el documento suscrito por el Contralor General del Departamento del Distrito Federal y un particular debe

---

<sup>31</sup> Cfr ejecutorias citadas en la sección A del presente capítulo.

<sup>32</sup> Criterio respaldado por las siguientes Jurisprudencias: RECURSOS ORDINARIOS. NO ES NECESARIO AGOTARLOS CUANDO ÚNICAMENTE SE ADUCEN VIOLACIONES DIRECTAS A LA CONSTITUCIÓN.- SCJN, Informe 1983, Segunda Parte, Administrativo, Jurisprudencia 470, Pág. 16. RECURSOS O MEDIOS ORDINARIOS DE DEFENSA. NO ES NECESARIO AGOTARLOS CUANDO SE ALEGA LA VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN.- Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Boletín de Información, Año III, Junio, 1976, núm. 30, Tribunales Colegiados de Circuito, pág. 60. Respecto de los casos en que se reclaman por vía de amparo violaciones constitucionales y legales conjuntamente, algunas tesis señalan que es improcedente el amparo, otras que es procedente debiendo limitarse en el mismo al estudio de las cuestiones de constitucionalidad.

<sup>33</sup> Cfr. la siguiente tesis: RECURSOS ORDINARIOS PENDIENTES DE RESOLUCIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA. AMPARO IMPROCEDENTE. Informe 1977, Segunda Sala, pág. 87.

estimarse como un contrato, puesto que de su contenido y términos se desprende que lo en él pactado es un convenio celebrado por el citado funcionario en representación del Departamento del Distrito Federal, y el particular, en el cual se autoriza a éste a disponer de los productos de un bien de aquella dependencia, de esa situación *no se desprende la improcedencia del juicio de amparo ni el sobreseimiento del mismo pretendiendo que el quejoso debió ocurrir ante las autoridades judiciales* demandando el cumplimiento del propio contrato y no ocurrir en la vía de amparo, por cuanto en todo caso hay que distinguir entre la celebración del contrato, que no es lo objetado, y su cancelación, que constituye precisamente uno de los actos reclamados, para concluir que esta última implica indudablemente un acto de autoridad, solamente reclamable en la vía de amparo, *porque si la autoridad contratante por sí y ante sí declara rescindido el contrato, no puede alegarse como improcedencia del amparo que el contratante puede ocurrir ante los tribunales para exigir su cumplimiento*, porque en el amparo lo que se pretende es obtener la revocación del acuerdo que lo declara insubsistente, situación que hace que la vía elegida por el quejoso sea procedente.

Sexta Época, Tercera Parte: Vol. LXXIII, Pág. 13.- A.R. 8681/62.- Samuel Rueda Paredes - Unanimidad de 5 votos.

De dichas tesis parece desprenderse que el amparo en contra de la rescisión administrativa del contrato de obra pública no requiere de la previa interposición del juicio ordinario federal. Sin embargo, consideramos que lo anterior es discutible, pues -como hemos visto- la rescisión puede combatirse mediante el juicio ordinario federal, y en la tramitación de éste puede obtenerse la suspensión del acto reclamado, razón por la cual consideramos que sí operaría la causal de improcedencia prevista por la fracción XV del artículo 73 de la Ley de Amparo.

En todo caso, el amparo será procedente de inmediato si se reclaman violaciones directas a la Constitución, si se impugna la constitucionalidad de la LOP o si la rescisión carece de fundamentación.

c) La causal generalmente invocada por nuestros Tribunales para decretar la improcedencia del juicio de amparo en contra de la rescisión administrativa del contrato de obra pública no es ninguna de las antes señaladas, sino la derivada de la fracción XVIII del mencionado artículo 73, consistente en los casos de improcedencia que resulten de alguna disposición de la ley, en relación con el artículo 1º fracción I de la Ley de Amparo, que señala que el juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por leyes o *actos de la*

*autoridad* que violen las garantías individuales. El estudio acerca de si la rescisión administrativa del contrato de obra pública es o no un acto de autoridad lo realizaremos en el capítulo siguiente.

En cualquier caso, el amparo contra la rescisión administrativa del contrato de obra pública debe presentarse dentro de los quince días siguientes a aquel en el que haya surtido efectos la notificación de la rescisión (art. 21 LA), ante Juez de Distrito, por tratarse de un amparo indirecto, ya que la protección federal que se solicita es "contra actos que *no* provengan de tribunales judiciales administrativos o del trabajo" (art. 114. frn. II, LA).

El juez de Distrito competente, en cuanto a territorio, "lo será aquél en cuya jurisdicción deba tener ejecución, trate de ejecutarse, se ejecute o se haya ejecutado el acto reclamado" (art. 36, 1er. pfo., LA), es decir, el juez del lugar en el cual se realice la obra pública; siempre y cuando se considere -como nosotros lo hacemos- que la rescisión *no* es un acto totalmente declarativo, pues en caso contrario, de pretender que la rescisión no requiere de ejecución material, tendría que considerarse competente al juez del lugar donde resida la autoridad responsable, que sería la dependencia o entidad que haya rescindido el contrato.

En cuanto al juez competente por razón de materia, consideramos que en este caso no se da la controversia que se origina en los juicios ordinarios federales, acerca de si el juez competente es el administrativo o el civil, ya que para que proceda el amparo necesariamente el acto reclamado debe ser un acto de autoridad, y de acuerdo a la fracción II del artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, los jueces de Distrito en materia administrativa conocen de los juicios de amparo que se promuevan conforme a la fracción VII del artículo 107 de la Constitución Federal, el cual habla del amparo contra actos de *autoridades* administrativas. Así, el litigante que promoviera un amparo contra la rescisión de un contrato de obra pública ante un juez de Distrito en materia civil, actuaría incongruentemente, pues consideraría que el acto reclamado *no* es de una autoridad administrativa, lo cual necesariamente lo tendría que llevar a considerar que el amparo es improcedente por no ser autoritario el acto que reclama.

En la substanciación del juicio, el contratista podrá solicitar la suspensión provisional y la definitiva de los efectos de la rescisión,<sup>34</sup> y si el juez considera que no se sigue perjuicio al interés social ni se contravienen disposiciones de orden

---

<sup>34</sup> La rescisión en sí no es suspendible por tratarse de un acto consumado, pues los efectos de la suspensión no son restitutorios.

público,<sup>35</sup> y que la ejecución de los efectos de la rescisión sería de difícil reparación, deberá decretar la suspensión para efectos de que las cosas se mantengan en el estado que guardan, y se conserve la materia de amparo hasta la terminación del juicio (art. 124 LA). En todo caso, el juez podrá supeditar la suspensión a que el quejoso garantice los daños y perjuicios que se puedan causar a tercero (art. 125 LA).

En cuanto a los efectos del juicio de amparo, en caso de otorgarse la protección de la Justicia de la Unión al contratista, consistirían en que las cosas volvieran al estado que guardaban antes de la rescisión del contrato, lo cual implicaría que éste continuara vigente y fueran exigibles las obligaciones de las partes derivadas del mismo. Las resoluciones adoptadas por la Administración al rescindir el contrato, así como los demás efectos de la rescisión, quedarían anulados como si nunca hubiera existido. El contratista podría exigir de inmediato sus derechos derivados del contrato, y sería por tanto procedente solicitar la reprogramación de la obra, el pago de escalatorias, de gastos financieros, etc.

Si la sentencia definitiva negara el amparo, quedaría a salvo el derecho del contratista para reclamar la rescisión en la vía ordinaria.

El estudio de la impugnación de la rescisión mediante el juicio de amparo conlleva a analizar no sólo la legalidad de ésta, sino también su constitucionalidad. Respecto de lo anterior, es pertinente observar que en el juicio de amparo que recurra la rescisión administrativa del contrato de obra pública puede reclamarse también la inconstitucionalidad de la LOP, su Reglamento y las Reglas Generales, en cuanto sirvan de fundamento a la rescisión.

Al efecto, la rescisión en sí puede ser anticonstitucional por no estar debidamente fundada y motivada, conforme al artículo 16 constitucional, por contener vicios internos de legalidad, o por ser resultado de la aplicación de

---

<sup>35</sup> Al efecto, el 1er. Tbnl. Colegiado en Materia Admva. del 1er. Circuito, ha sustentado el siguiente criterio: "No basta con que el acto se funde formalmente en una ley de interés público. o que en forma expresa o implícita pretenda seguir una finalidad de interés social, para que la suspensión sea improcedente conforme al artículo 124 de la Ley de Amparo, sino que es menester que las autoridades o terceros perjudicados aporten al ánimo del juzgador elementos de convicción suficientes para que pueda razonablemente estimarse que, en el caso concreto que se plantee, la concesión de la suspensión causaría tales perjuicios el interés social, o que implicaría una contravención directa e ineludible, prima facie y para los efectos de la suspensión, a disposiciones de orden público, no sólo para el apoyo formalmente buscado en dichas disposiciones, sino por las características materiales del acto mismo..." Apéndice 1917-1985, Sexta Parte, p. 21).

ordenamientos que se estimen inconstitucionales.

A su vez, podría considerarse que el artículo 43 de la LOP, el 52 del Reglamento y las Reglas Generales 3.3.16, 3.4.15 y 3.5.15 -preceptos todos relativos a la rescisión del contrato de obra pública- son anticonstitucionales por las siguientes razones:

a) Porque en contra de lo dispuesto por el artículo 14, segundo párrafo, de la Constitución, permiten una privación de derechos sin que la anteceda un juicio en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.<sup>36</sup>

b) Porque el artículo 16 constitucional ordena que todo acto de molestia deberá provenir de autoridad competente; y se puede considerar que la única autoridad competente para dictar la rescisión del contrato de obra pública es la Judicial, no una perteneciente al Poder Ejecutivo, pues de acuerdo a lo previsto por el artículo 89 Constitucional, dentro de las facultades del Presidente no se encuentra la de impartición de Justicia, y en cambio el artículo 104 de nuestra Ley Suprema expresamente ordena que corresponde a los Tribunales de la Federación conocer de toda controversia que se suscite sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales (frn. I), así como de aquéllas en que la Federación fuese parte (frn. III), y la rescisión siempre tendrá su fundamento en la LOP, que es federal, y en ella intervendrá alguna de las dependencias o entidades de la Administración Pública Federal, por lo cual debe entenderse que la Administración es parte.<sup>37</sup>

c) Porque el artículo 17 Constitucional ordena que nadie podrá hacerse justicia por sí mismo, y en el caso de la rescisión administrativa del contrato de obra pública, una dependencia o entidad de la Administración rescinde por sí y ante sí un contrato del cual es parte.

Lo anterior sin perjuicio de controvertir la constitucionalidad de rescisiones fundadas en causales previstas en el Reglamento o en las Reglas Generales pero no en la LOP, así como la constitucionalidad de las propias Reglas Generales.

---

<sup>36</sup> *Vid. Vid. supra*, 4ª parte, capítulo III.

<sup>37</sup> Apoya el anterior criterio la siguiente tesis: AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS. Debe asentarse que la autoridad administrativa carece de facultades constitucionales para privar de sus posesiones o derechos a los particulares, lo que no puede hacerse, sino por la autoridad judicial, como se sostiene en la tesis de jurisprudencia número 27, visible en la página 46, tercera parte, de la compilación de 1965, y es suficiente el anterior criterio, para que sin entrar en mayores consideraciones, se estimen violatorios de los artículos 14 y 16 constitucionales, los actos que se reclamaron, en mérito de lo cual procede revocar el fallo recurrido y conceder al quejoso el amparo solicitado. Revisión 8/68, Principal Administrativo, David Garibay, 24 de enero de 1969, 3 votos, Séptima Época, Vol. I, Sexta Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, pp. 26-27.

Consideramos que de los motivos de posible inconstitucionalidad antes señalados, el más sólido es el que se fundamenta en que la rescisión es un acto de privación sin previo juicio en el cual se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, seguido ante las autoridades competentes. Sin embargo, tanto este argumento como los demás -todos los cuales se traducirían en *conceptos de violación* al momento de utilizarlos en un amparo- acostumbran ser desvirtuados por las autoridades señaladas como responsables en sus respectivos informes justificados, aduciendo que la rescisión no es un acto de autoridad, sino el resultado de un pacto comisorio aceptado expresamente por el particular.

Al respecto, cabe replicar que si bien en los contratos de obra pública el contratista particular acepta los términos del mismo, incluyendo las cláusulas relativas a la rescisión, de ninguna manera puede un particular renunciar a las garantías otorgadas por la Constitución, las cuales, de acuerdo al artículo 1º de ésta, sólo pueden restringirse o suspenderse en los casos y con las condiciones establecidas por la misma Constitución; por lo cual no pueden restringirse ni renunciarse en virtud de la firma de un contrato de obra pública. Insistimos: ningún gobernado puede consentir, ni expresa ni tácitamente, que se violen sus garantías constitucionales, ni tampoco puede renunciar a éstas, y en su caso, dicho consentimiento o renuncia sería nula.<sup>38</sup>

Sin embargo, no porque un acto sea contrario a las garantías otorgadas por la Constitución procede en su contra necesariamente el amparo. En efecto, para la procedencia de éste, es necesario que tal acto sea emitido por una autoridad y no por

---

<sup>38</sup> El anterior criterio ha sido sostenido en las siguientes tesis: "ARRENDAMIENTO DE BIENES NACIONALES, IRRENUNCIABILIDAD DE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA TRATÁNDOSE DEL. Aunque en una cláusula del contrato de arrendamiento celebrado con el jefe de una Oficina Federal de Hacienda aceptara el quejoso someterse al procedimiento administrativo de ejecución, a fin de que se obtuviera el exacto cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el propio contrato, *la aceptación de esa cláusula no puede haber traído consigo la renuncia a la garantía de previa audiencia que consagra el artículo 14 de la Constitución Federal*, por la razón elemental de que *las garantías constitucionales, como todo derecho público subjetivo, no pueden ser renunciadas...*" Quinta Época. Tomo LXXIX. Pág. 708.- Camacho Ángel. 12 de enero de 1944. 4 votos. "BIENES NACIONALES, IRRENUNCIABILIDAD DE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA, TRATÁNDOSE DEL ARRENDAMIENTO DE. Cuando en el contrato de arrendamiento celebrado por un particular con las autoridades fiscales federales, acepta dicho particular someterse al procedimiento administrativo de ejecución... *la aceptación de la cláusula respectiva, no puede traer consigo la renuncia de la garantía de previa audiencia, que consagra el artículo 14 Constitucional, Federal, por la razón elemental de que las garantías constitucionales, como todo derecho público subjetivo, no pueden ser renunciadas.*" Quinta Época. Tomo LXXXI. Pág. 3967.- Jiménez María Esther y coags.

**un particular, y que sea un acto autoritario, ya que no todos los actos realizados por las autoridades lo son. En el siguiente capítulo, analizaremos los conceptos de autoridad y de acto autoritario.**

## **VI. EL CONCEPTO DE "AUTORIDAD" PARA LOS EFECTOS DE LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA**

Ya en el capítulo anterior nos habíamos planteado dos preguntas: ¿La rescisión administrativa del contrato de obra pública es o no acto de autoridad? ¿El procedimiento establecido por el párrafo 8º del artículo 52 del Reglamento es o no un procedimiento seguido ante autoridades administrativas?, las cuales implican necesariamente una tercera: ¿Los órganos de la Administración Pública Federal que rescinden contratos de obra pública son o no autoridades?

Empecemos por la última:

Los organismos de la Administración Pública Federal que pueden rescindir contratos de obra pública son aquéllos contemplados por el artículo 1º de la LOP, a saber:

- I. Las unidades de la Presidencia de la República;
- II. Las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos;
- III. Las Procuradurías Generales de la República y de Justicia del Distrito Federal;
- IV. El Departamento del Distrito Federal;
- V. Los organismos descentralizados;
- VI. Las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos que de conformidad con las disposiciones legales aplicables sean considerados entidades paraestatales.

La LOP designa genéricamente como "dependencias" a las señaladas en las fracciones I a IV, y como "entidades" a las mencionadas en las fracciones V y VI (art. 3º, fms. III y IV LOP).

Las dependencias deben indudablemente ser consideradas como autoridades, no existiendo controversia al respecto.

El problema surge por lo que respecta a los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos, es decir, las entidades, o en términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, los organismos que integran la administración pública paraestatal; siendo especialmente discutible si los organismos descentralizados son o no autoridades (a los demás generalmente se les niega tal carácter).

Si bien todos los órganos antes mencionados son estatales, de ello no se sigue que sean autoritarios, pues los órganos del Estado pueden ser *autoritarios* o simplemente *auxiliares*; dependiendo del tipo de actos que ejecuten.

No existe un concepto legal de *autoridad*, no pudiéndose considerar como tal el artículo 11 de la Ley de Amparo, el cual señala que es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado; ya que dicho concepto se refiere únicamente a un tipo específico de autoridad: la autoridad responsable; siendo menester determinar qué debe entenderse por autoridad.

Al respecto, existe el siguiente concepto jurisprudencial de autoridad:

**AUTORIDADES. QUIENES LO SON.** El término "autoridades" para los efectos del amparo, comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que, por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos, por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen.

Apéndice 1975, 8ª parte, Pleno y Salas, Tesis 53, pág. 98.

Acerca de lo que debe entenderse por *autoridades* para efectos del juicio de amparo, Burgoa Orihuela considera que son "aquellos órganos estatales de facto o de iure, con facultades de decisión o ejecución, cuyo ejercicio engendra la creación, modificación o extinción de situaciones generales o particulares, de hecho o jurídicas, o bien produce una alteración o afectación de ellas, de manera imperativa, unilateral y coercitiva."<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> *El juicio de amparo*, p. 191.

Respecto de los organismos descentralizados, Burgoa considera que éstos pueden o no tener el carácter de autoridad, actuando como tal cuando las resoluciones que emitan deban necesariamente, por imperativo legal, ser acatadas por alguna autoridad estatal, de manera que ésta no deba sino cumplirlas coercitivamente frente al particular, sin ejercer ninguna potestad decisoria, es decir, sin ponderarlas por sí misma desde el punto de vista de su validez o invalidez, legalidad o ilegalidad, o de su procedencia o improcedencia.<sup>40</sup>

Podemos concluir que los organismos públicos que la LOP denomina dependencias son indudablemente autoridades, mientras que las entidades pueden o no serlo, dependiendo en cada caso de la naturaleza de los actos que realicen.

Sin embargo, de que un acto sea emanado de una autoridad, no se sigue necesariamente que éste sea autoritario; siendo por ello pertinente que analicemos ahora si la rescisión administrativa del contrato de obra pública es o no un acto de autoridad.

La definición dada por Burgoa acerca de lo que debe entenderse por autoridad, contiene implícitamente el concepto de *acto autoritario*, debiéndose entender por éste cualquier decisión o ejecución emanada de un órgano del Estado que engendre la creación, modificación, extinción, alteración o afectación de situaciones generales o particulares, de hecho o jurídicas, de manera imperativa, unilateral y coercitiva.

Por *unilateralidad* debe entenderse aquel acto del Estado que no requiere para su existencia y eficacia jurídicas del concurso de la voluntad del particular frente a quien se ejercita.<sup>41</sup>

Existe *imperatividad* cuando la voluntad del particular se encuentra necesariamente supeditada a la externada por el Estado, teniendo el gobernado la obligación inexorable de acatar el acto de la autoridad, sin perjuicio de que en su contra oponga los medios de defensa procedentes.<sup>42</sup>

A su vez, la *coercitividad* consiste en que el Estado pueda ejercitar coactivamente sus actos, aun en contra de la voluntad del particular, sin tener que recurrir a los tribunales para ello.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 197.

<sup>41</sup> *Ibid.* p. 190.

<sup>42</sup> *Id.*

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 191.

Contrariamente a lo sostenido por nuestros Tribunales, consideramos que la rescisión administrativa del contrato de obra pública es unilateral, imperativa y coercitiva, de acuerdo al siguiente orden de ideas:

a) Si bien en su origen el contrato de obra pública es bilateral, pues necesariamente requiere para su existencia del concurso de la voluntad del Estado con la del particular; debe seguirse un criterio distinto por lo que respecta a la rescisión, siendo conveniente distinguir entre la celebración del contrato y su ejecución, la cual siempre se realiza mediante actos unilaterales. En efecto, a diferencia de la celebración del contrato, la rescisión es un acto *unilateral*, ya que su emisión depende únicamente de la voluntad de la Administración, sin que en ella tenga participación alguna la voluntad del contratista particular. No puede aducirse contra lo anterior el que la rescisión es en su nacimiento un acto bilateral por haber sido pactada en el contrato, ya que la cláusula del contrato en la cual se pacta que éste podrá ser rescindido unilateralmente por la Administración es producto únicamente de la voluntad de ésta y no de un acuerdo de voluntades entre las dos partes que hayan decidido libremente insertar dicha cláusula, pues los contratos de obra pública son contratos de adhesión en los cuales los particulares no pueden discutir las cláusulas que los rigen; además de lo cual es necesario tener en cuenta que la facultad que tienen los organismos de la Administración para rescindir los contratos de obra pública tiene su origen primario y su fundamentación específica no en el contrato, sino en la Ley de Obras Públicas, su Reglamento y las Reglas Generales, las cuales son normas generales, imperativas y unilaterales, siendo evidente que para su validez no importa la voluntad del particular. Ciertamente la Administración no impone la celebración del contrato, pero sí impone la rescisión.

b) La rescisión es *imperativa*, ya que tan somete y rige el interés del particular, que como efecto de ésta ordena desocupar la obra, pagar penas convencionales, reintegrar el saldo de anticipo no amortizado y otras consecuencias, siendo la facultad de dictar todas estas consecuencias exclusiva de una autoridad, ya que un particular no puede ordenar a otro la realización de actos jurídicos que redundarían en perjuicio de los intereses del segundo. La voluntad del contratista particular se encuentra necesariamente supeditada a la externada por la Administración a través de su resolución de rescindir el contrato de obra pública, pues tiene la obligación inexorable de acatar tanto la rescisión como las consecuencias de ésta, independientemente de que pueda oponer todos los recursos y medios de defensa pertinentes. Tan queda supeditada la voluntad del contratista particular a la del organismo público que rescinde, que es éste mismo quien juzga por sí y ante sí cuando se ha incurrido en una causal de incumplimiento; convirtiéndose así en juez y parte del contrato.

c) La rescisión es *coercitiva*, pues se lleva a cabo en contra de la voluntad del particular afectado. Además, independientemente de que las dependencias y entidades tengan o no bajo su mando corporaciones que dispongan de fuerza pública, consideramos que, en la mayoría de los casos, si tienen la facultad de hacer cumplir sus determinaciones mediante el uso de ella, ya que pueden acudir ante cualquier autoridad que tenga bajo su mando corporaciones que dispongan de fuerza pública a fin de hacer cumplir sus resoluciones, y las autoridades a las que acudan pidiendo auxilio se encuentran obligadas a prestarlo, sin poder ponderar la validez, legalidad o procedencia de las determinaciones que tomen las dependencias y entidades. Sin embargo, en cada caso habrá que atender a la normatividad que rija el órgano de que se trate, a fin de concluir, en cada caso concreto, si realmente tienen la facultad de solicitar el auxilio de la fuerza pública para ejecutar sus decisiones por la vía coactiva.<sup>44</sup>

De cualquier manera, consideramos que el anterior argumento es puramente teórico, y que la nota que realmente daría la plena certidumbre acerca de si la rescisión es o no coercitiva, sería la forma en que, *de facto*, actuaran los organismos públicos, principalmente por lo que se refiere a las entidades. Así, es menester especular un poco: ¿Qué pasaría si después de que un organismo público -digamos el Instituto Mexicano del Seguro Social- rescinde un contrato, el contratista particular se niega a someterse espontáneamente a los efectos de la rescisión, y, por ejemplo, no desocupa la obra? ¿Solicitaría la entidad paraestatal el auxilio de la fuerza pública para lograr que el particular abandonara la obra?, ¿O bien -como persona moral que es sujeto de derecho en los términos del artículo 25 del Código Civil- acudiría a los tribunales a ejercitar una acción plenaria de posesión contra el contratista?, ¿O presentaría una denuncia ante el Ministerio Público por el delito de despojo?

De la respuesta a las anteriores interrogantes dependería si, en realidad, la rescisión tiene el carácter de coercitiva y el organismo que la dicta actúa o no como autoridad al hacerlo. Sin embargo, generalmente cuando se presenta una demanda de amparo en contra de la rescisión, el organismo público todavía no ha tenido el tiempo necesario para optar por alguno de los caminos antes señalados; y al no poderse determinar si la Administración pretende o no acudir al uso de la fuerza pública para hacer cumplir las consecuencias de la rescisión, ya que el "pretender" implica un estado volitivo que no puede ser apreciado por el juzgador, necesariamente en cada caso el Juez de Distrito tendrá que acudir a la normatividad

---

<sup>44</sup> Así, por ejemplo, el artículo 241 de la Ley del Seguro Social dice: "Las autoridades federales y locales deberán prestar el auxilio que el Instituto solicite, para el mejor cumplimiento de sus funciones..."

que rija el órgano de que se trate, lo cual podría redundar en una decisión defectuosa, pues no en todos los casos los organismos públicos se limitan a actuar dentro de su marco legal.

Como otra de las características de los actos de autoridad, Burgoa señala que éstos deben emitirse en relaciones de *supra a subordinación*, es decir, ejerciendo el Estado funciones de imperio.<sup>45</sup> Al respecto, considera que las relaciones surgidas de un contrato administrativo no son de *supra a subordinación*, sino de *coordinación*, pues el particular no se encuentra en situación de gobernado respecto de los actos que se emitan en virtud del contrato, y por tanto, éstos no deben reputarse actos de autoridad.<sup>46</sup>

Tal vez sea osadía diferir de la opinión de tan insigne maestro, sin embargo, nos permitimos hacerlo. En efecto, creemos que es conveniente distinguir entre los diversos contratos que celebra el Estado,<sup>47</sup> ya que cuando celebra contratos civiles regidos por el derecho común, efectivamente se establecen relaciones de coordinación, pero no es así cuando los contratos que celebra son administrativos, pues en éstos existen cláusulas exorbitantes del derecho común, que rompen la igualdad de las partes, y en virtud de las cuales consideramos que las relaciones establecidas en tales contratos son de *supra a subordinación*.

Continuando con la exposición que del tema realiza Ignacio Burgoa, diremos que el autor citado considera que los órganos del Estado no pueden obligar a sus cocontratantes a cumplir con las prestaciones derivadas de los contratos administrativos, debiendo acudir para ello a los tribunales; y de la misma manera *"los actos en que se manifieste el incumplimiento de un contrato administrativo por parte de algún órgano del Estado, no son susceptibles de impugnarse mediante el juicio de amparo."*<sup>48</sup>

Sin embargo, de la anterior regla general, Burgoa señala que existe una salvedad, particularmente trascendente para nuestro estudio, *"tratándose de contratos administrativos, y por extensión de las concesiones otorgadas a particulares, en el sentido de que si en aquéllos o en éstas el Estado expresamente hizo constar en su favor la facultad de declararlos rescindidos o de declarar su caducidad, el acto en que tal declaración se formule asume el carácter de acto de*

---

<sup>45</sup> *Op. cit.*, p. 190.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 192.

<sup>47</sup> *Vid. Vid. supra*, 1ª parte, capítulo III, sección A.

<sup>48</sup> *Op. cit.*, p. 193.

*autoridad, procediendo en su contra el amparo.*"<sup>49</sup> (el subrayado es nuestro).

Después de la opinión últimamente citada, estamos en posibilidad de realizar una confesión: *adoptamos la postura de que la rescisión administrativa del contrato de obra pública, ya sea que provenga de una dependencia o de una entidad, es un acto de autoridad, y por tanto, susceptible de ser reclamado en la vía de amparo.*

Estamos conscientes de que tal postura es contraria a la mayoría de la doctrina, así como al criterio de nuestros Tribunales; sin embargo, creemos que si un autor tan prestigiado como el doctor Burgoa la sostiene, no debe ser tan descabellada.

El argumento generalmente usado por los Tribunales para considerar que la rescisión administrativa del contrato de obra pública no es un acto de autoridad, y por ende que en su contra no procede el amparo, consiste en considerar que la rescisión es producto de un pacto comisorio pactado por las partes en un contrato bilateral, por lo que la resolución dimana del ejercicio del derecho a rescindirlo unilateralmente, conforme a cláusula expresa contenida en el contrato, actuando el órgano de la Administración como particular al hacerlo.

Sin embargo, consideramos que la ley, y por ende el concepto de "autoridad", no puede ser materia de la autonomía de la voluntad de las partes. El carácter de autoridad lo tiene un organismo en virtud de las circunstancias reales, jurídicas y fácticas, que se encuentran en su creación, atribuciones, funciones y desempeño, y un organismo no puede perder su carácter de autoridad por simple convenio entre partes. Ello implicaría que las partes de un contrato pudieran derogar parcialmente preceptos que son de orden público, como lo es la Ley de Obras Públicas.

Apoyan la afirmación de que la rescisión del contrato de obra pública es acto de autoridad, no obstante la existencia del pacto comisorio, los siguientes argumentos:

El procedimiento de rescisión regulado por el párrafo 8º del artículo 52 del Reglamento, parece indicar que la determinación de rescisión se trata propiamente

---

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 193. Otra hipótesis en que procede el amparo tratándose de contratos administrativos, mencionada por el maestro emérito y sostenida por nuestros Tribunales, es cuando aquéllos se desconozcan o violen por medio de acuerdos gubernativos.

del resultado de un procedimiento administrativo, y no de una decisión de parte contractual.<sup>50</sup>

Además, como afirma el licenciado Gabriel Ortiz Reyes, el ejercicio de la facultad rescisoria otorgada por el artículo 43 a las entidades y dependencias de la administración pública, *no es renunciable*, pues corresponde a la noción de *potestad administrativa*, consecuencia de lo cual es posible considerarla como acto de autoridad.<sup>51</sup>

La potestad administrativa tiene las siguientes características:<sup>52</sup>

- a) Es un poder jurídico de origen público;
- b) No se agota por su ejercicio;
- c) Es de ejercicio irrenunciable, y
- d) Se traduce en actos de autoridad.

Así, la facultad rescisoria otorgada por el artículo 43 de la LOP a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, es una verdadera potestad administrativa, que tiene una fuente de derecho público, cuyo ejercicio conlleva la modificación o extinción, por sí y ante sí, de la esfera jurídica del particular en sede administrativa.<sup>53</sup>

Asimismo, de que la rescisión es una potestad administrativa, se sigue que la facultad rescisoria que tiene la Administración en los contratos de obra pública, *debe necesariamente ejercerse* cuando el contratista incurre en una causal que pueda dar origen a la rescisión,<sup>54</sup> siendo por tanto su naturaleza distinta a la rescisión derivada del pacto comisorio civil, ya que en este último caso, la facultad de rescindir es discrecional, y puede ser renunciada; mientras que la potestad rescisoria, por ser una potestad administrativa, no puede ser renunciada por la Administración.

Así, se puede concluir -como lo hace Ortiz Reyes-<sup>55</sup> que la rescisión del contrato de obra pública en virtud del ejercicio de la potestad rescisoria *es un acto de autoridad*, toda vez que el poder jurídico de su emanación en una fuente pública (LOP), y por sí y ante sí se afecta la situación jurídica del contratista.

---

<sup>50</sup> Ortiz Reyes, "Algunas consideraciones sobre la rescisión...", p. 17.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 18, II. 3°.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> Incluso, el no rescindir el contrato cuando haya causas para ello, origina que el servidor público involucrado incurra en responsabilidad administrativa.

<sup>55</sup> *Op. cit.*, p. 20.

Además, la rescisión del contrato es considerada como una más de las sanciones impuestas por la Administración al particular con motivo del incumplimiento del contrato, sanción que está facultada a imponer la Administración en virtud de su potestad sancionatoria, independientemente o no de que la misma esté pactada en el contrato. Ello "coloca a la administración pública federal, necesariamente, en el plano de *autoridad* respecto del contratista"<sup>56</sup>

De la misma manera, Escola -citando a Laubadere y el Consejo de Estado francés- considera que la potestad rescisoria es un poder general de la Administración y no una forma de aplicación del pacto comisorio,<sup>57</sup> siendo por tanto virtual, no necesitando estar contemplada en el contrato para poder ejercerse. Así, Escola considera que la potestad rescisoria es una especie de la potestad sancionatoria que tiene la Administración, y dice que "las sanciones, cualquiera que ellas sean, son siempre impuestas en forma directa y unilateral por la administración",<sup>58</sup> de lo cual se desprende que todas las sanciones, y dentro de éstas la rescisión, son actos de autoridad.

Lo anterior se ve robustecido por el hecho de que en los casos de violación a la LOP la rescisión puede ser sugerida tanto por la SECOGEF como por la SHCP,<sup>59</sup> quienes no son parte del contrato, por lo cual, evidentemente, no pueden invocar el pacto comisorio para fundar la rescisión.

Así, no es enteramente exacto el que la rescisión tenga su origen en el pacto comisorio pactado en el contrato, pues su verdadero origen es la LOP.<sup>60</sup>

En tal sentido, el autor colombiano Jorge Vidal Perdomo expone que "todos los privilegios de que la Administración pública dispone tienen vigencia dentro del contrato, no como fruto de su aceptación de las voluntades contractuales -ya que ellas no podrían crear tales poderes- sino de su existencia anterior y exterior al contrato, ya que son de la esencia de los entes públicos. Una expresión de esta manera de mirar las prerrogativas administrativas, ajena al propio tenor de las cláusulas contractuales, podría estar en la caducidad, que puede ser declarada

---

<sup>56</sup> Ortiz Reyez, *op. cit.*, p. 19, inciso C).

<sup>57</sup> Vol. II, p. 252.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 253.

<sup>59</sup> Art. 66, 3er, pfo LOP, y 54 del Regl.

<sup>60</sup> Ortiz Reyes, *op. cit.*, pp. 22 y 24. De la misma manera, la violación a una norma contenida en el contrato que no hace sino repetir una disposición de la LOP, no debe considerarse una infracción contractual, sino simplemente un incumplimiento a la ley.

aunque no esté pactada expresamente"<sup>61</sup>

Incluso si en el contrato de obra pública no estuviera incluida la cláusula que contiene el pacto comisorio, la Administración podría rescindir administrativamente el contrato, fundándose para ello en la LOP.

Al respecto, Jèze opina que si la Administración omite incluir en la redacción del texto de un contrato administrativo una cláusula que de acuerdo a la ley éste deba contener forzosamente, "la Administración no puede reclamar la aplicación de la cláusula omitida, *a menos que no hiciese sino recordar una obligación legal imperativa, sin agregarle nada*"<sup>62</sup> (el subrayado es nuestro).

Si concluimos que la rescisión es un acto de autoridad, necesariamente tendrá que cumplir con los requisitos que deben reunir los actos de privación y los de molestia de acuerdo a los artículos. 14 y 16 Constitucionales.

---

<sup>61</sup> *El contrato de obras públicas*, pp. 28-29.

<sup>62</sup> Vol. IV, p. 185.

## VII. CRITERIO DEL PODER JUDICIAL FEDERAL

Al presentársele a un abogado litigante un caso de rescisión administrativa de contrato de obra pública, si consulta las tesis jurisprudenciales que existen al respecto, probablemente la primera que encuentre será la siguiente:

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, RESCISIÓN DE LOS.** Sólo los tribunales de justicia pueden, mediante el juicio correspondiente, declararlos rescindidos.

Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Vol. III, Tercera Sala, Tesis 356, pág. 606.

Quinta Época:

Tomo VII, Pág. 583.- Montiel Eusebio.

Tomo VII, Pág. 700.- Peralta Feliciano.

Tomo XI, Pág. 553.- Federico Zorrilla, S. en C.

Tomo XII, Pág. 222.- Muñoz Antonio.

Tomo XIV, Pág. 1085.- Compañía de Tranvías, Luz y Fuerza de Monterrey.

Del contenido de la anterior jurisprudencia, parece desprenderse la ilegalidad de la rescisión, en sede administrativa, de cualquier contrato administrativo, incluyendo el de obra pública.

Sin embargo, investigando los precedentes que formaron dicha jurisprudencia, nos encontramos que son los siguientes:

a) Quinta Época, Tomo VII, Pág. 583.- Montiel Eusebio.

Amparo administrativo en revisión.

Acto reclamado: la declaración de que se daba por rescindido un contrato de arrendamiento, celebrado entre el quejoso y el Gobierno de Oaxaca, sin que para ello mediara juicio.

6 de agosto de 1920.

Sumario:

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.** La declaración de caducidad de los contratos celebrados entre los particulares y las Entidades del Gobierno, no puede hacerse administrativamente, porque en tales contratos las autoridades no tienen otro carácter que el de partes contratantes; y la declaración de caducidad que hagan invade las atribuciones de la autoridad judicial y viola, en perjuicio de la otra parte contratante, las garantías individuales.

b) Quinta Época, Tomo VII, Pág. 700.- Peralta Feliciano.

Amparo administrativo en revisión.

Acto reclamado: los medios de apremio que pretende emplear el Presidente Municipal de Hueyotlipan contra el quejoso, para hacerle cumplir un contrato administrativo.

19 de agosto de 1920.

Sumario:

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.** Las autoridades contratantes tienen en ellos el carácter de partes y, por lo tanto, no puede estar sujeta a su arbitrio la ejecución de dichos contratos; sino que, en caso de diferencia, debe ser sometida a la autoridad judicial.

c) Quinta Época, Tomo XI, Pág. 553.- Federico Zorrilla, S. en C.

Amparo administrativo en revisión.

Acto reclamado: del Gobernador de Oaxaca, el cobro de contribuciones a la Compañía [quejosa], desconociendo un contrato que le exceptuaba de ellas.

22 de agosto de 1922.

Sumario:

**CONTRATOS SOBRE CONTRIBUCIONES.** No pueden ser desconocidos por las autoridades sin el previo juicio que exige el artículo 14 constitucional, y el desconocimiento que por sí y ante sí hagan de tales contratos las autoridades administrativas, importa una violación del artículo 16 constitucional.

d) Quinta Época, Tomo XII, Pág. 222.- Muñoz Antonio.

Amparo administrativo en revisión.

Acto reclamado: del Gobernador del estado de Aguascalientes, haber

rescindido el contrato para la explotación de unos kioscos y ordenado que pasaran en propiedad al Ayuntamiento. (19 de Septiembre de 1916).<sup>63</sup>

30 de enero de 1923.

Sumario:

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.** Sólo los tribunales de justicia pueden, mediante el juicio correspondiente, declararlos rescindidos.

**AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.** Carecen de facultades para declarar la rescisión de los contratos celebrados con ellas.

e) Quinta Época, Tomo XIV, Pág. 1085.- Compañía de Tranvías, Luz y Fuerza de Monterrey.

Amparo administrativo en revisión

Acto reclamado: la orden del Gobernador de Nuevo León que mandó aplicar ciertas tarifas para el cobro de la luz y la fuerza [a la empresa particular a la que se le había concesionado la prestación de estos servicios en el estado].

27 de marzo de 1924.

Sumario:

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.** Las autoridades contratantes no pueden violarlos por medio de acuerdos gubernativos, pues esto importa una violación a los artículos 14 y 16 constitucionales.

Si analizamos los precedentes de la jurisprudencia primeramente citada, nos encontramos con lo siguiente:

a) Es una jurisprudencia integrada por tesis muy antiguas, siendo incluso el acto reclamado en una de ellas anterior al periodo constitucional;

---

<sup>63</sup> El acto reclamado accedió antes de estar vigente la Constitución de 1917. La síntesis de los resultandos de dicha tesis es la siguiente: En 1904 el quejoso celebró contrato con el Ejecutivo estatal para la construcción y explotación de kioscos en la ciudad de Aguascalientes; en 1916 el Gobernador declaró rescindido el contrato; ya en el periodo constitucional, el quejoso interpuso recurso de reconsideración, solicitando la revocación del acuerdo anterior y la restitución de sus derechos; lo cual se le negó; contra esta resolución promovió amparo. Otro sumario de la revisión de éste es el siguiente: **RECONSIDERACIÓN.** El amparo que se pida en tiempo, respecto de la reconsideración de un asunto por la autoridad administrativa, no puede declararse improcedente porque el acto que se reclame haya sido ejecutado durante el periodo preconstitucional, y no se haya pedido amparo contra él; porque durante tal periodo no estaba expedito el funcionamiento de los tribunales federales. (En los considerandos, se señala que en 1916 "ya no regía la Carta de 1857, y la de 1917 aún no se promulgaba")

b) Los contratos a los que se refiere no son todos administrativos, siendo algunos de ellos contratos civiles celebrados por el Estado (aunque se les denomine administrativos);

c) Al parecer, los contratos relativos no contenían una cláusula que dijera que podían ser rescindidos administrativamente por el organismo público contratante.

d) Todas las tesis son anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Obras Públicas.

Lo anterior da lugar a que nos preguntemos si la jurisprudencia transcrita, establecida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, es obligatoria para los tribunales federales cuando tienen que resolver el fondo de un amparo contra la rescisión administrativa de un contrato de obra pública.

De acuerdo al artículo 192 de la Ley de Amparo, la jurisprudencia que establezcan las Salas de la Suprema Corte de Justicia es obligatoria para los Tribunales Colegiados de Circuito y los Juzgados de Distrito.

Sin embargo, la obligatoriedad de una jurisprudencia puede interrumpirse o modificarse.

Al efecto, el artículo 194 de la Ley de Amparo, establece que la Jurisprudencia se interrumpe, dejando de tener carácter obligatorio, siempre que se pronuncie ejecutoria en contrario por catorce ministros, si se trata de la sustentada por el pleno; por cuatro, si es de una sala, y por unanimidad de votos tratándose de la de un Tribunal Colegiado de Circuito. Las mismas reglas se siguen en cuanto a la modificación de la Jurisprudencia.

De la redacción literal de dicho artículo, se desprende que la Jurisprudencia sustentada por una Sala de la Corte sólo puede ser interrumpida o modificada por otra Sala o por el Pleno, no por un Tribunal Colegiado de Circuito, y mucho menos por un Juez de Distrito.

Sin embargo, el artículo sexto transitorio del decreto de 21 de diciembre de 1987 que reforma a la Ley de Amparo y promulga la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, establece que la Jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia [pleno y salas] en las materias cuyo conocimiento corresponda a los Tribunales Colegiados de Circuito de acuerdo a las propias reformas, puede ser interrumpida y modificada por los propios Tribunales Colegiados de Circuito.

Así, los Tribunales Colegiados de Circuito pueden suspender y modificar

jurisprudencias dictadas por el Pleno o las Salas de la Corte, pero debe entenderse que tal facultad se limita a las tesis de jurisprudencia que versen sobre materias de la competencia *exclusiva* de dichos Tribunales.<sup>64</sup>

En cualquier caso de interrupción o modificación de una jurisprudencia, es necesario que en la ejecutoria respectiva se expresen las razones en que la misma se apoye, y se desvirtúen las consideraciones que se hayan tenido en cuenta para establecer la jurisprudencia relativa (art. 194 2º pfo. LA).

El fallo o sentencia que modifique o interrumpa una jurisprudencia, no adquiere carácter jurisprudencial, sino que equivale a un simple precedente para sentar nueva jurisprudencia.<sup>65</sup>

De lo antes expuesto, se desprende que en el caso concreto de la jurisprudencia transcrita al inicio del presente capítulo, la obligatoriedad de la misma puede ser interrumpida o modificada tanto por un Tribunal Colegiado de Circuito como por la Suprema Corte, funcionando en Pleno o en Salas.

Sin embargo, hay que destacar que la aplicación de la misma es obligatoria para los Jueces de Distrito, ya que éstos no tienen facultad de interrumpir o modificar Jurisprudencia, debiendo necesariamente atenerse a ella cuando sea invocada en un juicio de amparo.

En cambio, si la misma es invocada ante un Tribunal Colegiado de Circuito (lo cual podría suceder en revisión), éste podría negarse a adoptarla.

En relación con lo anterior, existe una tesis que ha desvirtuado el sentido de la jurisprudencia que considera que sólo los tribunales pueden rescindir los contratos administrativos, y es la siguiente:

"CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Es verdad que la jurisprudencia de la Corte ha establecido que el Estado no puede, por sí solo, 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

---

<sup>64</sup> Cfr. Burgoa, *El juicio de amparo*, p. 829, III.- B.

<sup>65</sup> Sin embargo, el 4º pfo. del art. 194 LA prevé que con motivo de un solo caso concreto la jurisprudencia de la Suprema Corte puede modificarse.

contratante no puede invocar lesión de sus derechos, porque la autoridad rescinde el contrato sin forma de juicio y deje de observar el principio de derecho civil de que antes se habló..."

Quinta Época: Tomo XXVIII, Pág. 1187.- Riande Rogelio.

La tesis anterior interrumpió la aplicación de la Jurisprudencia primeramente citada en un caso concreto, pero de ello no se sigue que ésta haya perdido su obligatoriedad.

Otros criterios sostenidos por nuestros tribunales que pueden tener relación con la rescisión administrativa del contrato de obra pública son los siguientes:

**COMPRAVENTA DE LOTES. LA RESCISIÓN DEL CONTRATO NO PUEDE QUEDAR AL ARBITRIO DE UNA DE LAS PARTES.** *Mientras no se tenga por rescindido un contrato por resolución judicial, subsisten las obligaciones y derechos de las partes consignados en el mismo* y aun cuando se convenga que la falta de pago de tres mensualidades faculte al vendedor a rescindir la operación, recuperar el inmueble de inmediato y disponer desde luego de él, esto debe entenderse en términos hábiles, ya que *para exigir el cumplimiento o la resolución de dicho contrato, es menester acudir a los tribunales, no pudiendo quedar la determinación del mismo a la voluntad de una de las partes, lo que se confirma desde el momento en que la última de las cláusulas se asentó que para dirimir cualquier controversia con motivo de la interpretación y cumplimiento del mismo, las partes se sometían expresamente a la competencia y jurisdicción de los tribunales de la ciudad de Puebla.*

Amparo en revisión 361/80.- Raúl Huerta Rosas.- 23 de abril de 1980.- Unanimidad de votos.- Ponente: Mario Gómez Mercado.- Secretario: Octaviano Escandón.

Evidentemente, la tesis anterior se refiere a un contrato civil, en el cual el Estado no es parte.

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.** La sociedad está interesada en que se respete la vigencia de los contratos celebrados por el poder público, mientras la autoridad competente no declare la nulidad de ellos.

Quinta Época. Tomo XVII. Pág. 186.- Compañía Ganadera y Textil de Cedros, S.A.

**CONTRATOS CELEBRADOS POR AUTORIDAD ADMINISTRATIVA COMO PERSONA MORAL DEL DERECHO PRIVADO. AMPARO IMPROCEDENTE CONTRA ACTOS QUE SON CONSECUENCIA DE ELLOS.** Si los actos que reclaman los quejosos como atentatorios de posesión comunal son consecuencia de un contrato, que objetan, celebrado con las autoridades responsables como personas morales sujetos de derechos y obligaciones (artículo 25, fracción I, del Código Civil), y no como entidades soberanas dotadas de imperio, las posibles consecuencias de dicho contrato no son reclamables en juicio de garantías por no constituir actos de autoridad, motivo por el cual resulta operante la causal de improcedencia prevista en la fracción XVIII del artículo 73, en relación con la fracción I del artículo 1º (a contrariu sensu), de la Ley de Amparo.

Séptima Época, Tercera Parte, Vol. 66, Pág. 28, A.R. 4618/73. Bienes comunales de Santa Cruz Xoxocotlán, Distrito del Centro, Oaxaca. Unanimidad de 4 votos.

Séptima Época, Tercera Parte, Vols. 139-144, Pág. 46, A.R. 144/78. Gaudencio Machuca Sánchez y otros, 5 votos.

Concretamente, respecto de la rescisión administrativa del contrato de obra pública existen las siguientes ejecutorias:

**ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS. RESCISIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CELEBRADOS POR LOS.** Cuando un organismo público descentralizado rescinde preventiva y unilateralmente un *contrato de obras* celebrado con la empresa quejosa, no actúa como entidad dotada de imperio, pues la ley no se lo concede; máxime, si en dicho acuerdo de voluntades se previo la jurisdicción y competencia de los tribunales judiciales para su cumplimiento e interpretación.

**PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO.**

Amparo en revisión 100/88. Construcciones, Arrendamientos y Urbanizaciones, S.A. de C.V. 29 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Pedro Fernando Reyes Colín. Secretario: Ernesto Encinas Villegas.

Amparo en revisión 33/89. Barremar Arquitectos, S.A. de C.V. 2 de marzo de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Pedro Fernando Reyes Colín. Secretario: Ernesto Encinas Villegas.

**INFORME 1989. TERCERA PARTE. TRIBUNALES COLEGIADOS. PAG. 1095.**

De particular trascendencia, por tratarse de una tesis aprobada recientemente

por unanimidad de votos del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, es la siguiente:

SEGURO SOCIAL, INSTITUTO MEXICANO DEL. EL JUICIO DE AMPARO ES IMPROCEDENTE CONTRA LA RESCISIÓN DE CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA QUE DECLARE, POR NO SER ACTO DE AUTORIDAD. El Instituto Mexicano del Seguro Social realiza un acto jurídico como particular, desprovisto del carácter de autoridad que en algunos casos le confiere la Ley del Seguro Social, cuando declara la rescisión de un contrato de obra pública que haya celebrado con otro particular, con fundamento en el propio contrato y en la segunda hipótesis normativa prevista por el artículo 43 de la Ley de Obras Públicas, que establece que "Las dependencias y entidades podrán rescindir administrativamente los contratos de obra... por contravención de los términos del contrato..." En consecuencia, es improcedente el juicio de amparo contra dicha declaración de rescisión, por actualizarse la causal de improcedencia prevista por el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo 1º, fracción I, de la Ley de Amparo, por lo que, con apoyo en el artículo 74, fracción III, del mismo ordenamiento, debe sobreseerse en el juicio.

Amparo en revisión 1837/89, Corporación e Instalaciones Electromecánicas, S.A. 20 de febrero de 1991. Ponente: Salvador Rocha Díaz. Secretario: José Pastor Suárez Turnbull. Unanimidad de 17 votos del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Consideramos importante destacar que en el considerando segundo de la anterior ejecutoria se mencionó que "este Tribunal Pleno sostiene su competencia originaria, porque la importancia del asunto amerita su intervención, en tanto que se trata de determinar si el Instituto Mexicano del Seguro Social actúa estableciendo relaciones de coordinación jurídica en los casos en que rescinde contratos de obra pública celebrados con particulares, o bien, si al hacerlo actúa como autoridad."

De la misma manera, en el considerando quinto se estableció: "ha quedado claramente demostrado que: A) La resolución de rescisión impugnada no es un acto de autoridad; B) El artículo 43 de la Ley de Obras Públicas, en la hipótesis que se examina [cuando faculta a rescindir por contravención de los términos del contrato], no faculta al Instituto Mexicano del Seguro Social para rescindir un contrato de obra pública actuando como autoridad, sino que reconoce la existencia de un contrato de obra pública y otorga un derecho a los órganos de la administración pública (como sujetos de derecho privado) para rescindirlos en caso de incumplimiento de la contratista."

Y más adelante: "si la contratista que celebró el contrato de obra pública con el Instituto Mexicano del Seguro Social, cuestiona la resolución de rescisión a través del juicio ordinario correspondiente, vendrá una sentencia de primera instancia, favorable o adversa, misma que puede ser apelada, y contra la sentencia de apelación podrá interponerse una demanda de amparo directo, en cuyos conceptos de violación podrá cuestionarse la constitucionalidad del precepto que autoriza que opere la rescisión de pleno derecho sin la intervención judicial, en el caso de los contratos de obra pública celebrados por particulares con órganos de la administración pública."

Finalmente, en relación con tal ejecutoria, diremos que la Ministro Adato Green, aunque voto en favor del proyecto, manifestó su inconformidad con las consideraciones del mismo.

A la fecha, se encuentra pendiente de resolución en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la revisión registrada con el toca número 577/92, turnada al Ministro de Silva Nava para su estudio; revisión interpuesta por "Constructora López Güitrón", S.A. de C.V. en contra de la sentencia definitiva dictada por la C. Juez Tercero de Distrito en el Segundo Circuito, en la cual sobresee en el amparo interpuesto por la quejosa en contra de la rescisión administrativa del contrato de obra pública número 1-87-15-01-03 decretada por el Instituto Mexicano del Seguro Social, el artículo 43 de la Ley de Obras Públicas y la Regla General 3.3.16, por considerar que tal rescisión no constituyó un acto de autoridad.

Tiene nuestro máximo tribunal la posibilidad de rectificar su criterio y considerar que la rescisión administrativa del contrato de obra pública sí es un acto de autoridad, y por ende, el juicio de amparo procede en su contra.

Esperamos que así lo haga.

## CONCLUSIONES

1. Un contrato es un acuerdo de voluntades celebrado con el fin de crear una situación jurídica individual, vinculante para los contratantes. El contrato típico es el civil, y la teoría de las obligaciones propia de este tipo de contratos es aplicable a todos los demás, excepto cuando debido a las especiales características y fines de una clase especial de contrato el legislador ha querido dejar de aplicar las reglas de los contratos civiles y sustituirlas por preceptos específicos para la materia de que se trate.
2. Es indudable la existencia de los contratos administrativos como una categoría propia y distinta de los contratos civiles. Un contrato puede ser administrativo por disposición de la ley o por su propia naturaleza. Un contrato será administrativo por disposición de la ley cuando así lo establezca expresamente el ordenamiento jurídico que lo regule, y lo será por su naturaleza cuando lo celebre un organismo público con el objeto de satisfacer el interés general. Como consecuencia de que un contrato sea administrativo incluirá cláusulas exorbitantes del derecho común y estará sometido a un régimen de derecho público y a una jurisdicción especial.
3. Contrato administrativo es el acuerdo de voluntades celebrado entre un órgano de la administración pública y un gobernado, con el fin de satisfacer un interés social mediante la prestación por parte del particular de un servicio público o de un hecho que sea requisito necesario para la posterior prestación de un servicio público.

4. Los contratos administrativos implican la colaboración de un particular con la Administración para la consecución de una finalidad de orden público. Por ello, las reglas de ejecución de dichos contratos son especiales, más rígidas que las de derecho común, constituyendo un régimen exorbitante. Para compensar al particular de la excesiva rigurosidad en el cumplimiento de sus obligaciones, la Administración admite en los contratos administrativos la inclusión de la teoría de la imprevisión, por la cual se autoriza una revisión equitativa al contrato en el caso de que su ejecución cause al particular un perjuicio anormal que no se podía razonablemente prever en el momento en que celebró el contrato, y además, el particular debe ser indemnizado por los daños y perjuicios que pueda originarle el Estado con el ejercicio de sus prerrogativas. De la misma manera, para proteger el interés privado del particular que contrata con el Estado, y en aras de la seguridad jurídica, en la ejecución de los contratos administrativos los organismos públicos deben ejercer las prerrogativas exorbitantes que tienen ajustándose siempre al principio de legalidad.
  
5. El concepto de cláusulas exorbitantes del derecho común -consideradas por la doctrina como prerrogativas extraordinarias que se arroga la Administración en un contrato administrativo, respecto de la validez y cumplimiento de éste y que son contrarias al principio de igualdad de las partes que rige en derecho común- es poco claro, y puede dar lugar a que se amplíe su interpretación indiscriminadamente, corriéndose el riesgo de que una cláusula llamada exorbitante del derecho común se convierta en exorbitante de cualquier estado de derecho.
  
6. Al igual de lo que sucede con las cláusulas exorbitantes, es necesario desmitificar el concepto de "interés público", ya que si se maneja como una categoría axiomática, idealizada y sublimizada, cuya existencia en un caso concreto queda al arbitrio de cualquier servidor público, puede dar lugar a decisiones de la Administración intransigentes e injustas.

7. Con excepción del contrato de obra pública, nuestro derecho positivo es omiso en indicar cuál es el derecho sustantivo aplicable supletoriamente a los contratos administrativos. A falta de una disposición legislativa expresa, debe estarse a lo dispuesto por el derecho administrativo en cuanto a la formación y expresión de la voluntad de la Administración, así como respecto de las facultades de la persona que celebra los contratos administrativos en representación de ésta. Respecto de los demás aspectos de tales contratos, éstos deben regirse, en orden supletorio sucesivo, por la ley especial que los regule, por las cláusulas del contrato, por el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, por las reglas del contrato administrativo con el cual tengan mayor semejanza, por las normas del derecho administrativo en general y, finalmente, por la teoría general de los contratos. En cuanto al derecho procesal aplicable en los contratos administrativos debe estarse, primeramente, a los preceptos adjetivos que contengan las leyes que regulan dichos contratos, y supletoriamente, al Código Federal de Procedimientos Civiles.
  
8. La competencia para conocer de los conflictos originados por los contratos de obra pública es concurrente, pudiendo corresponder tanto a los Juzgados de Distrito como al Tribunal Fiscal de la Federación. Concretamente, no puede considerarse que el artículo 2º de la Ley de Obras Públicas, al abrogar todas las disposiciones que se opongan a dicha ley, derogó, conjuntamente con el artículo 50 del mismo ordenamiento -que indica que las controversias suscitadas en relación con contratos de obra pública serán resueltas por los tribunales federales- a la fracción VII del artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, la cual faculta a las salas regionales de dicho tribunal a conocer de los juicios que se inicien contra las resoluciones definitivas que se dicten sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias de la administración pública federal centralizada. Lo anterior debido, primeramente, a que no hay razón para excluir de la aplicación de la expresión "tribunales federales" al Tribunal Fiscal de la Federación, y segundo, porque el entender excluido al citado tribunal fiscal es contrario a la evolución hacia una justicia administrativa especializada.

9. El contrato de obra pública es un acuerdo de voluntades entre un organismo de la administración pública y un particular, en virtud del cual éste se obliga a construir, modificar, demoler o en general realizar cualquier trabajo relacionado con un bien inmueble, con el objeto de satisfacer un interés público.
10. Son elementos esenciales del contrato de obra pública el consentimiento, la competencia, el objeto y la forma; y elementos de validez la capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento, una causa, motivo o fin de interés público y la elección del contratista conforme a derecho.
11. La resolución es la privación de efectos de un contrato válido por influencia de circunstancias ocurridas con posterioridad a la formación del contrato. La resolución es el género, y una de sus especies es la rescisión, que consiste en la cesación de efectos de un contrato bilateral plenamente válido a causa del incumplimiento culpable de una de las partes.
12. El pacto comisorio -que es distinto a la cláusula rescisoria- se entiende implícito en cualquier tipo de contrato. En caso de incumplimiento de cualquiera de las partes origina dos distintos derechos, excluyentes entre sí: la rescisión del contrato o el cumplimiento forzoso del mismo, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. El pacto comisorio expreso puede tener distintos contenidos, y dependiendo de éstos serán sus efectos. El pacto comisorio no produce necesariamente la rescisión del contrato en caso de incumplimiento, pues el acreedor puede optar por el cumplimiento forzoso del mismo.

13. En principio, la rescisión siempre requiere de una declaración judicial. Sin embargo, cuando la misma se fundamenta en un pacto comisorio expreso, puede suceder que no necesite de aquélla para operar, bastando el simple aviso en tal sentido dado por la parte que rescinda a la otra. Para ello es necesario que en el contrato se pacte expresamente que la rescisión no requerirá de declaración judicial, y que se especifiquen cuáles son los incumplimientos que la podrán originar. En cualquier caso, la parte cumplidora deberá hacer del conocimiento de la que incumplió su voluntad de rescindir el contrato; y ésta a su vez podrá impugnar la rescisión ante los tribunales.
14. Puede pactarse válidamente en un contrato la inclusión de una condición resolutoria expresa, por la cual en caso de incumplimiento de cualquiera de las partes el contrato se rescindirá de pleno derecho, sin opción a exigir el cumplimiento forzoso.
15. La rescisión administrativa es la cesación de efectos de un contrato administrativo plenamente válido, decretada por la administración pública en un contrato del cual es parte, a causa del incumplimiento de su cocontratante particular. Son particularidades de esta rescisión el que sólo opera en los contratos administrativos, sólo tiene derecho a ella la Administración y opera de pleno derecho, sin necesidad de la intervención de los tribunales judiciales.
16. El acto que un organismo público ejercita al declarar rescindido por sí y ante sí un contrato administrativo no es una acción, sino una declaración unilateral de voluntad de la Administración, dictada en ejercicio de su potestad administrativa. No puede existir una "acción rescisoria administrativa", pues cualquier acción debe ejercerse necesariamente ante los tribunales.
17. De las causas de rescisión del contrato de obra pública contempladas por la Ley de Obras Públicas, su Reglamento y las Reglas Generales, solamente son válidas las fundadas en razones de interés general, en contravención de los términos del contrato o en contravención de las disposiciones de la Ley de Obras Públicas; ya que éstas son las únicas que prevé la mencionada ley, y ni el Reglamento ni mucho menos las Reglas Generales pueden exceder lo establecido por ésta.

18. Las "Reglas Generales para la contratación y ejecución de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal" no pueden por sí mismas imponer a los particulares obligaciones o cargas distintas a las consignadas en la Ley de Obras Públicas y su Reglamento, ya que se trata de disposiciones administrativas emitidas por el titular de una Secretaría de Estado, quien no tiene facultad para expedir reglas generales vinculantes para los gobernados; y cuando lo hace, contraría la Constitución.
  
19. Es discutible que el contenido de las Reglas Generales adquiera un carácter obligacional para el particular cuando éste firma un contrato de obra pública que, como anexo, incluye a aquéllas; ya que el hecho de que las Reglas Generales formen parte del contrato no deriva de la voluntad de las partes libremente expresada en el contenido de éste, sino de las mismas Reglas Generales, que imponen la obligación de incluirlas en los contratos de obra pública, sin que exista un mandamiento en la Ley o el Reglamento que así lo disponga, y sin poder discutir el particular su inclusión, ya que el contrato de obra pública es de estricta adhesión.
  
20. El procedimiento rescisorio previsto por el Reglamento de la Ley de Obras Públicas es contrario al artículo 14 de la Constitución, pues al limitar las pruebas que puede ofrecer el contratista a las documentales y no señalar reglas para la apreciación de éstas, viola las formalidades esenciales del procedimiento.
  
21. El artículo 43 de la Ley de Obras Públicas, el 52 del Reglamento y las Reglas Generales 3.3.16, 3.4.15 y 3.5.15, preceptos que facultan a las dependencias y entidades de la administración pública a rescindir en sede administrativa los contratos de obra pública de los cuales son parte, son contrarios al artículo 14 Constitucional, pues facultan a una autoridad a privar de sus derechos a los particulares sin previo juicio en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.

22. No es necesario agotar los recursos administrativos de inconformidad y revocación previamente a impugnar la rescisión administrativa del contrato de obra pública mediante amparo o juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación, ya que el derecho de interponer tales recursos para combatir la rescisión es otorgado por el Reglamento y no por la Ley de Obras Públicas, por lo cual deben estimarse como optativos y no obligatorios.
  
23. Como requisito de procedencia del juicio de amparo para combatir la rescisión, se encuentra el agotamiento anterior del juicio ordinario federal, ya que éste es procedente en contra de aquélla, y en la tramitación del mismo se puede obtener la suspensión del acto reclamado. Sin embargo, el amparo será procedente de inmediato, sin necesidad de agotar el juicio ordinario federal, si en el mismo se reclaman violaciones directas a la Constitución, se impugna la constitucionalidad de la Ley de Obras Públicas o si la rescisión carece de fundamentación.
  
24. Los organismos públicos que la Ley de Obras Públicas denomina dependencias son indudablemente autoridades, mientras que las entidades pueden o no serlo, dependiendo en cada caso de la naturaleza de los actos que realicen.

25. La rescisión administrativa del contrato de obra pública es unilateral e imperativa. Es unilateral, ya que su emisión depende únicamente de la voluntad de la Administración, sin que en ella tenga participación alguna el contratista, y porque tiene su origen en la Ley de Obras Públicas, la cual tiene la característica de unilateralidad de toda norma jurídica. Es imperativa, ya que la voluntad del contratista particular se encuentra necesariamente supeditada a la externada por la Administración a través de su resolución de rescindir el contrato de obra pública, pues tiene la obligación inexorable de acatar tanto la rescisión como las consecuencias de ésta. Además, la rescisión decretada por una dependencia de la administración pública centralizada siempre será coercitiva, pues el organismo público que la decreta puede acudir ante cualquier autoridad que tenga bajo su mando corporaciones que dispongan de fuerza pública a fin de hacer cumplir su resolución. Cuando la rescisión sea decretada por una entidad de la administración pública paraestatal, a fin de determinar si tiene o no el carácter de coercitiva, habrá que analizar en cada caso si, de acuerdo al marco legal de la entidad de que se trate, las corporaciones que disponen de fuerza pública se encuentran obligadas a prestarle auxilio sin poder ponderar la validez, legalidad o procedencia de sus determinaciones.
26. Las relaciones surgidas del contrato de obra pública entre la Administración y el particular no son de supra a subordinación, sino de coordinación, pues tal contrato contiene cláusulas exorbitantes del derecho común, que rompen la igualdad de las partes.
27. La facultad rescisoria otorgada por el artículo 43 de la Ley de Obras Públicas a las dependencias y entidades de la administración pública federal es una potestad administrativa, que tiene una fuente de derecho público y cuyo ejercicio conduce a la modificación de la esfera jurídica del particular en sede administrativa. Al corresponder tal facultad a la noción de potestad administrativa, el ejercicio de la misma no es renunciable, y por tanto, su naturaleza es distinta a la rescisión derivada del pacto comisorio civil. Por lo anterior, no puede considerarse a la rescisión decretada en ejercicio de tal facultad como un acto ejecutado por la Administración actuando como particular.

28. La rescisión administrativa debe considerarse como una sanción impuesta por la administración pública en ejercicio de su potestad administrativa, y la misma sólo deberá adoptarse en casos extremos, ya que por lo común perjudica al interés general.
  
29. La rescisión administrativa del contrato de obra pública es un acto de autoridad; por tanto, el juicio de amparo indirecto en el cual se señale como acto reclamado es procedente.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO Miguel, *Teoría general del derecho administrativo.- Primer curso*, 8ª ed., México, Porrúa, 1988, 897 pp.
- *Segundo curso de derecho administrativo*, México, Porrúa, 1989, 955 pp., Sem. de D. Admno. UNAM.
- ARMIENTA HERNÁNDEZ Gonzalo, *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*, México, Porrúa, 1991, 346 pp.
- BEJARANO SÁNCHEZ Manuel, *Obligaciones Civiles*, México, Harla, 1980, 599 pp., (Colecc. Textos Jurídicos Universitarios).
- BERCAITZ Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1952, 421 pp., Bibl. del IJ.
- BORJA SORIANO Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 10ª ed., México, Porrúa, 1985, 732 pp.
- BURGOA ORIHUELA Ignacio, *El juicio de amparo*, 27ª ed., México, Porrúa, 1990, 1088 pp.
- CARPISO Jorge, *Estudios constitucionales*, 2ª edición, México, UNAM y La gran enciclopedia mexicana, 1983, 479 pp., (UNAM, IJ, Serie G: Estudios Doctrinales, núm. 48).
- CERVANTES AHUMADA Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, 14ª ed., México, Herrero, 1988, 485 pp.
- CUEVA Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 11ª ed., México, Porrúa, 1988, Tomo I, 732 pp.
- DÁVALOS MEJÍA L. Carlos, *Títulos y contratos de crédito, quiebras*, México, Harla, 1984, 640 pp., (Colecc. Textos Jurídicos Universitarios).
- DÍAZ BRAVO Arturo, *Contratos Mercantiles*, 3ª ed., México, Harla, 1989, 301 pp., (Colecc. Textos Jurídicos Universitarios).
- ESCOLA Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*; Buenos Aires; Depalma; 1977; Volumen I, Parte General; 519 pp.; Bibl. del IJ.

- 1979; Volumen II, Parte Especial; 649 pp.; Bibl. del IJ.
- ESCRICHE Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 1ª ed., México, Manuel Porrúa, 1979, 1105 pp.
- FRAGA Gabino, *Derecho administrativo*, 28ª ed., México, Porrúa, 1989, 506 pp.
- GARRIGUES Joaquín, *Contratos bancarios*, Madrid, 1958. 694 pp., Bibl. del IJ. [s.c.]
- GÓMEZ LARA Cipriano, *Teoría general del proceso*, 7ª ed., México, UNAM, 1987, 379 pp.
- GONZÁLEZ COSÍO Arturo, *El poder público y la jurisdicción en materia administrativa en México*, México, Porrúa, 1976, 124 pp., Bibl. del IJ.
- GONZÁLEZ PÉREZ Jesús, *Derecho procesal administrativo mexicano*, México, Porrúa, 1988, 824 pp., (UNAM, IJ, Serie G: Estudios Doctrinales, núm. 111).
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 5ª ed., Puebla, Cajica, 1979, 946 pp.
- JÈZE Gastón, *Principios generales del derecho administrativo*, (traducción directa de la 3ª edición francesa por Julio N. San Milán Almagro), Buenos Aires, Depalma, 1950, volumen III.- El funcionamiento de los servicios públicos, 556 pp., Bibl. del IJ.
- volumen IV.- Teoría general de los contratos de la administración.- Primera parte. Formación, ejecución de los contratos, 484 pp., Bibl. del IJ.
- MANTILLA MOLINA Roberto, *Derecho mercantil*, 26ª ed., México, Porrúa, 1989, 530 pp.
- MARGADANT Guillermo Floris, *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 14ª ed., México, Esfinge, 1986, 530 pp.
- MONEDERO GIL José Ignacio, *Doctrina del contrato del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977, 446 pp., Bibl. del IJ.
- MOSCO Luigi, *La resolución de los contratos por incumplimiento* (traducción de la 1ª ed. italiana); Barcelona; Dux, Ediciones y Publicaciones; [s.a.]; 419 pp.
- NAVA NEGRETE Alfonso, "Contratos de la administración pública", *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, México*, 2º número extraordinario, 1966, pp. 557 a 572, Bibl. del IJ.
- "Contratos privados de la administración pública", *Revista de la facultad de derecho de México, México*, tomo XIII, número 51, julio-septiembre 1963, pp. 701 a 736, Bibl. del IJ.
- ORTIZ REYES Gabriel, "Algunas precisiones sobre la rescisión administrativa de los contratos de obra pública en la legislación mexicana", *Pemexlex*, México, N° 5-6, Nov-Dic 1988, pp. 15 a 31, Bibl. del IJ.
- PALLARES Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, 10ª ed., México, Porrúa, 1977, 877 pp.

- SÁNCHEZ MEDAL Ramón, *De los contratos civiles*, 9ª ed., México, Porrúa, 1988, 608 pp.
- La resolución de los contratos por incumplimiento*, 4ª ed., México, Porrúa, 1989, 145 pp.
- SERRA ROJAS Andrés, *Derecho administrativo*, 14ª ed., México, Porrúa, 1988, Segundo Tomo, 765 pp.
- VÁZQUEZ DEL MERCADO Oscar, *Contratos Mercantiles*, 3ª ed., México, Porrúa, 1989, 538 pp.
- VIDAL PERDOMO Jaime, *El contrato de obras públicas*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1979, 182 pp, Bibl. del IJ.

### Obras colectivas u oficiales

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS COMENTADA, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 1985, 358 pp.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, 19ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 1970.
- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, 5ª ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa.- UNAM, 1992.
- MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DEL RECURSO DE INCONFORMIDAD, Secretaría de la Contraloría General de la Federación, México, 1991, 48 pp.
- MANUAL DEL JUICIO DE AMPARO, Instituto de Especialización Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7ª reimpresión, México, Themis, 1991, 555 pp.

### Bibliografía relativa al método de investigación

- ARELLANO GARCÍA Carlos, *Práctica jurídica*, pp. 142 a 145, Porrúa.
- LÓPEZ RUIZ Miguel, *Elementos metodológicos y ortográficos básicos para el proceso de investigación*, México, UNAM.- Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, 134 pp.

MARGADANT Guillermo Floris, *Consideraciones sobre la elaboración de tesis*, artículo mimeografiado.

PARDINAS Felipe, *Metodología y técnicas de investigación en ciencias sociales*, 31ª ed., México, Siglo XXI, 1989, 242 pp. (Sociología y política).

### Legislación

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

Código de Comercio.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Código Fiscal de la Federación.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con bienes muebles.

Ley de Amparo.

Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Industrial.

Ley de Instituciones de Crédito.

Ley de Obras Públicas.

Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

Ley del Mercado de Valores.

Ley del Seguro Social.

Ley Federal de Protección al Consumidor.

Ley Federal del Trabajo.

Ley General de Bienes Nacionales.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación.

Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera.

## Jurisprudencia

- Apéndice 1917-1975, Octava Parte, Pleno y Salas, Tesis 53, pág. 98.
- Apéndice 1917-1975, Octava Parte, Pleno y Salas, Tesis 130, pág. 222.
- Apéndice 1917-1985, vol. III, Tercera Sala, Tesis 356, pág. 606.
- Apéndice 1917-1985, Sexta Parte, pág. 21.
- Sexta Época, vol. I, Cuarta Parte, pág. 119. Parte: Vol. LXXIII, pág. 13.
- Séptima Época, vol. I, Sexta Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, pp. 26-27.
- Séptima Época, Tercera Parte, Vol. 66, pág. 28,.
- Séptima Época, Tercera Parte, Vols. 139-144, pág. 46.
- Informe 1977, Segunda Sala, pág. 87.
- Informe 1983, Segunda Parte, Administrativo, Jurisprudencia 470, pág. 16.
- Informe 1984, Tercera Parte, Tribunales Colegiados, pág. 247.
- Informe 1987, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, pág. 100.
- Informe 1988, Tercera Parte, , págs. 133-136.
- Informe 1989, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, pág. 1095.
- Boletín de Información, Año III, Junio, 1976, núm. 30, Tribunales Colegiados de Circuito, pág. 60.
- Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época:
- Tomo VII, Pág. 583.
  - Tomo VII, Pág. 700.
  - Tomo XI, Pág. 553.
  - Tomo XII, Pág. 222.
  - Tomo XIV, Pág. 1085.
  - Tomo XVII. Pág. 186.
  - Tomo XXVIII, pág. 1187
  - Tomo XXVIII, pág. 1527.
  - Tomo XXXII, pág. 721.
  - Tomo LXXIX. Pág. 708.
  - Tomo LXXXI. Pág. 3967.
  - Tomo CXXIII, pág. 539.
- Amparo en revisión 1837/89, Corporación e Instalaciones Electromecánicas, S.A. 20 de febrero de 1991. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## **ANEXO**

## Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### Artículo 134

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

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

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

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

"Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del título cuarto de la Constitución."

## Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

### Artículo 1949

"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 perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultare imposible".

## Ley de Obras Públicas

### Artículo 43

"Las dependencias y entidades podrán rescindir administrativamente los contratos de obra por razones de interés general o por contravención de los términos del contrato o de las disposiciones de esta Ley."

### Artículo 44

"Las dependencias y entidades comunicarán la suspensión o rescisión del contrato al contratista. Las propias dependencias y las entidades cuyos presupuestos se encuentren incluidos en el Presupuesto de Egresos de la Federación o en el del Departamento del Distrito Federal o que reciban transferencias con cargo a dichos presupuestos, lo harán del conocimiento de la Contraloría [General de la Federación, Secretaría de la] y de la Secretaría [de Hacienda y Crédito Público]. Esta última, a su vez, informará en la Cuenta Pública, de las causas que motivaron tales suspensiones y rescisiones."

## Reglamento de la Ley de Obras Públicas.

### Artículo 52

"Para los efectos de los artículos 42 y 43 de la Ley, las dependencias y entidades podrán suspender o rescindir los contratos de obras o de servicios ajustándose a lo siguiente:

"I.- Cuando se determine la suspensión de la obra o rescisión del contrato, por causa no imputable al contratista, la dependencia o entidad pagará, a solicitud del contratista, los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables. El contratista dentro de los veinte días hábiles siguientes, contados a partir de la fecha de la notificación escrita de la contratante sobre la suspensión o rescisión, deberá presentar estudio que justifique su solicitud; dentro de igual plazo la dependencia o entidad deberá resolver sobre la procedencia de la petición, para lo cual se deberá celebrar convenio entre las partes; y

"II.- En caso de rescisión del contrato por causas imputables al contratista, la dependencia o entidad procederá a hacer efectivas las garantías y se abstendrá de cubrir los importes resultantes de trabajos ejecutados aun no liquidados, hasta que se otorgue el finiquito correspondiente, lo que deberá efectuarse dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la rescisión. En dicho finiquito deberá preverse el sobrecosto de los trabajos aun no ejecutados, así como lo relativo a la recuperación de los materiales y equipos que, en su caso, le hayan sido entregados.

"Lo anterior es sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran existir.

"La dependencia o entidad procederá a la rescisión del contrato cuando el contratista no inicie los trabajos en la fecha pactada, suspenda injustificadamente los trabajos o incumpla con el programa de ejecución por falta de materiales, trabajadores o equipo de construcción y no repare o reponga alguna parte de la obra rechazada que no cumpla con las especificaciones de construcción o normas de calidad, así como cualquier otra causa que implique contravención a los términos del contrato.

"No implicará retraso en el programa de ejecución de la obra y por tanto no se considerará como incumplimiento del contrato y causa de su rescisión, cuando el atraso tenga lugar por falta de pago de estimaciones y del ajuste de costos dentro de los plazos establecidos en el artículo 43 de este Reglamento,

de información referente a planos, especificaciones o normas de calidad, de entrega física de las áreas de trabajo y de entrega oportuna de materiales y equipos que deba suministrar la contratante, así como cuando la dependencia o entidad hubiere ordenado por escrito la suspensión de los trabajos.

"Las propias dependencias y las entidades cuyos presupuestos se encuentren incluidos en el Presupuesto de Egresos de la Federación o en el del Departamento del Distrito Federal o que reciban transferencias con cargo a dichos presupuestos, darán cuenta a la Secretaría [de Hacienda y Crédito Público] y a la Contraloría [General de la Federación, Secretaría de la] dentro de los diez días hábiles siguientes a la... rescisión sobre las causas que la motivaron.

"En los contratos se deberá estipular que las partes convienen que cuando la dependencia o entidad determine justificadamente la rescisión administrativa del contrato, la decisión correspondiente se comunicará por escrito al contratista, exponiendo las razones que al efecto se tuvieren para que éste, dentro del término de veinte días hábiles contados a partir de la fecha en que reciba la notificación de rescisión, manifieste lo que a su derecho convenga, en cuyo caso la dependencia o entidad resolverá lo procedente, dentro del plazo de veinte días hábiles siguientes a la fecha en que hubiere recibido el escrito de contestación del contratista.

"Lo previsto en este artículo es sin perjuicio de que los contratistas se inconformen por escrito ante la autoridad correspondiente dentro de los diez días hábiles siguientes al el acto motivo de dicha inconformidad, para lo cual deberán acompañar a su inconformidad las pruebas documentales necesarias."

### Artículo 53

"En todos los casos de rescisión de contrato o de suspensión definitiva de los trabajos que se efectúen por administración directa, la dependencia o entidad deberá levantar acta circunstanciada, donde se haga constar el estado que éstas guardan; en dicha acta se asentarán las causas que motivaron la rescisión o suspensión definitiva. En caso de suspensiones temporales no se requerirá levantar acta circunstanciada.

"Cuando por caso fortuito o fuerza mayor se imposibilite la continuación de los trabajos, el contratista podrá suspender la obra. En este supuesto, si opta por rescindir el contrato lo solicitará a la dependencia o entidad, la cual decidirá dentro de los veinte días hábiles siguientes al de la solicitud; en caso

de negativa, será necesario que el contratista obtenga de la autoridad judicial la declaratoria correspondiente."

#### Artículo 54

"Las dependencias y entidades, por sí o a petición de la Secretaría [de Hacienda y Crédito Público] o de la Contraloría [General de la Federación, Secretaría de la], podrán suspender las obras contratadas o que se realicen por administración directa o rescindir los contratos cuando no se hayan atendido las observaciones que estas dependencias hubieren formulado con motivo del incumplimiento de las disposiciones de la Ley y demás aplicables."

### Reglas Generales para la contratación y ejecución de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal

#### Sección 3. De la Contratación.

Inciso 3.3. Del contrato de obra pública a base de precios unitarios.

#### Regla 3.3.16. Rescisión del Contrato

"Las partes convienen en que el contrato podrá ser rescindido en caso de incumplimiento y al respecto, aceptan que cuando 'La Dependencia' o 'Entidad' sea la que determine rescindirle dicha rescisión operará de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial, bastando para ello que se cumpla el procedimiento que se establece en la regla siguiente; en tanto que si es 'El Contratista' quien decide rescindirle, será necesario que acuda ante la autoridad judicial y obtenga la declaración correspondiente.

"Las causas que pueden dar lugar a la rescisión por parte de 'La Dependencia' o 'Entidad', son las que a continuación se señalan:

"1.- Si 'El Contratista' no inicia los trabajos objeto del contrato en la fecha en que por escrito le señale 'La Dependencia' o 'Entidad'.

"2.- Si suspende 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 o 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 quiebra 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 Contratista' 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 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'.

"En caso de incumplimiento o violación por parte de 'El Contratista' a cualquiera de las estipulaciones del contrato, 'La Dependencia' o 'Entidad' podrá optar entre exigir el cumplimiento del mismo y el de las penas convenidas en su caso, o declarar la rescisión conforme al procedimiento que se señala en la regla siguiente.

"Si la 'La Dependencia' o 'Entidad' opta por la rescisión, 'El Contratista' estará obligado a pagar por daños y perjuicios una pena convencional que podrá ser hasta por el monto de las garantías otorgadas a juicio de 'La Dependencia' o 'Entidad'."

### Regla 3.3.17. Procedimientos de Rescisión:

"Si 'La Dependencia' o 'Entidad' considera que 'El Contratista' ha incurrido en alguna de las causas de rescisión que se consignan en el contrato, lo comunicará a 'El Contratista' en forma fehaciente, a fin de que éste exponga al respecto lo que a su derecho convenga, en un plazo de veinte días calendario. Si transcurrido ese plazo 'El Contratista' no manifiesta nada en su defensa o si después de analizar las razones aducidas por éste 'La Dependencia' o 'Entidad' estima que las mismas no son satisfactorias, dictará la resolución que proceda conforme a lo establecido en los dos últimos párrafos de la regla anterior, la que comunicará a 'El Contratista' y a la Secretaría de Programación y Presupuesto [ahora a la de Hacienda y Crédito Público] dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que emita dicha resolución."

### Modelo de Contrato de Obra Pública

#### a Precios Unitarios y Tiempo Determinado.

(Publicado en el Diario Oficial el 21 de abril de 1986)

Contrato de Obra Pública a Precios Unitarios y Tiempo determinado que celebran por una parte \_\_\_\_\_, a quien se denominará ["la Dependencia" o "la Entidad"], representada por \_\_\_\_\_, en su carácter de \_\_\_\_\_, y por la otra \_\_\_\_\_, representada por \_\_\_\_\_, en su carácter de \_\_\_\_\_, a quien se denominará "El contratista", de acuerdo con las siguientes declaraciones y cláusulas:

#### DECLARACIONES

PRIMERA. ["La Dependencia" o "La Entidad"] Declara:

A) Que para cubrir las erogaciones que se deriven del presente contrato la Secretaría de Hacienda y Crédito Público autorizó la inversión correspondiente a la obra objeto de este contrato en el oficio N° \_\_\_\_\_.

B) Que tiene establecido su domicilio en \_\_\_\_\_ mismo que señala para los fines y efectos legales de este contrato.

C) Que la adjudicación del presente contrato se realizó por \_\_\_\_\_.

D) Otras declaraciones

**SEGUNDA. "El Contratista" Declara:**

A) [Cláusula relativa a la existencia de las sociedades y representación del compareciente]

B) Que tiene capacidad jurídica para contratar y reúne las condiciones técnicas y económicas para obligarse a la ejecución de la obra objeto de este contrato.

C) [Se refiere al registro en el ahora inexistente Padrón de Contratistas de Obras Públicas]

D) Que tiene establecido su domicilio en \_\_\_\_\_ mismo que señala para todos los fines y efectos legales de este contrato.

E) Que conoce el contenido y los requisitos que establecen la Ley de Obras Públicas, su Reglamento y las Reglas Generales para la Contratación y Ejecución de las Obras Públicas, y de los Servicios relacionados con las mismas para las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, el contenido de los \_\_\_\_\_ anexos, que debidamente firmados por las partes, integran el presente contrato, así como las demás normas que regulan la ejecución de los trabajos.

F) Otras declaraciones

**CLÁUSULAS**

PRIMERA.- OBJETO DEL CONTRATO.- \_\_\_\_\_ encomienda a "El Contratista" la realización de una obra consistente en \_\_\_\_\_ ubicada en \_\_\_\_\_, y éste se obliga a realizarla hasta su total terminación acatando para ello lo establecido por los diversos ordenamientos, normas y anexos señalados en el inciso "E" de la segunda declaración de este contrato, así como las normas de construcción vigentes en el lugar donde deban realizarse los trabajos, mismos que se tienen por reproducidos como parte integrante de estas cláusulas.

SEGUNDA.- MONTO DEL CONTRATO.- El monto total del presente contrato es de \_\_\_\_\_.

TERCERA.- PLAZO DE EJECUCIÓN.- "El Contratista" se obliga a iniciar la obra objeto de este contrato el día \_\_\_\_\_ y a terminarla a más tardar el día \_\_\_\_\_ de conformidad con el programa de la obra.

CUARTA.- DISPONIBILIDAD DEL INMUEBLE Y DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS.- \_\_\_\_\_ se obliga a poner a disposición de "El Contratista", el o los inmuebles en que deban llevarse a cabo los trabajos materia de este contrato, así como los dictámenes, permisos, licencias y demás autorizaciones que se requieran para su realización.

QUINTA.- ANTICIPOS.- Para el inicio de los trabajos objeto del presente contrato \_\_\_\_\_ otorgará un anticipo por el \_\_\_\_\_ de la asignación aprobada al contrato correspondiente para el primer ejercicio presupuestario que importa la cantidad de \_\_\_\_\_, y "El Contratista" se obliga a utilizarlo en dichos trabajos.

El otorgamiento y amortización de los anticipos, se sujetará a los procedimientos establecidos al respecto por la Ley de Obras Públicas, su Reglamento y demás normas complementarias.

SEXTA.- FORMA DE PAGO.- Las partes convienen que los trabajos objeto del presente contrato, se paguen mediante la formulación de estimaciones que abarcarán \_\_\_\_\_, las que serán presentadas por "El Contratista" a la residencia de supervisión dentro de los cuatro días hábiles siguientes a la fecha de corte para la elaboración de las mismas, la que será \_\_\_\_\_; cuando las estimaciones no sean presentadas en el término antes señalado, se incorporarán en la siguiente estimación para que la \_\_\_\_\_ inicie su trámite de pago.

SÉPTIMA.- GARANTÍAS.- "El Contratista" se obliga a constituir en la forma, términos y procedimientos previstos por la Ley de Obras Públicas, su Reglamento y las Reglas Generales para la Contratación y Ejecución de las Obras Públicas y de los Servicios relacionados con las mismas, las garantías a que haya lugar con motivo del cumplimiento de este contrato y de los anticipos que le sean otorgados por la \_\_\_\_\_.

OCTAVA.- AJUSTE DE COSTOS.- Las partes acuerdan la revisión y ajuste de los costos que integran los precios unitarios pactados en este contrato, cuando ocurran circunstancias

imprevistas de orden económico que determinen un aumento o reducción de un 5% o más de los costos de los trabajos aún no ejecutados al momento de ocurrir dicha contingencia.

La revisión de los costos se realizará mediante el siguiente procedimiento:

\_\_\_\_\_

La aplicación del procedimiento antes señalado se detalla en el anexo N° \_\_\_\_\_ del presente contrato.

**NOVENA.- RECEPCIÓN DE LOS TRABAJOS.-** La recepción de los trabajos ya sea total o parcial, se realizará conforme a lo señalado en los lineamientos, requisitos y plazos que para tal efecto establece la Ley de Obras Públicas y su Reglamento, así como bajo las modalidades que la misma prevé, reservándose \_\_\_\_\_ el derecho de reclamar por trabajos faltantes o mal ejecutados.

La \_\_\_\_\_ podrá efectuar recepciones parciales cuando a su juicio existieren trabajos terminados y sus partes sean identificables y susceptibles de utilizarse.

**DÉCIMA.- REPRESENTANTE DEL CONTRATISTA.-** "El Contratista" se obliga a establecer anticipadamente a la iniciación de los trabajos, en el sitio de realización de los mismos un representante permanente, que obrará como superintendente de construcción, el cual deberá tener poder amplio y suficiente para tomar decisiones en todo lo relativo al cumplimiento de este contrato.

\_\_\_\_\_ se reserva el derecho de su aceptación, el cual podrá ejercer en cualquier tiempo.

**DECIMOPRIMERA.- RELACIONES LABORALES.-** "El Contratista", como empresario y patrón del personal que ocupa con motivo de los trabajos materia del contrato, será el único responsable de las obligaciones derivadas de las disposiciones legales y demás ordenamientos en materia de trabajo y de seguridad social. "El Contratista" conviene por lo mismo, en responder de todas las reclamaciones que sus trabajadores presentaren en su contra o en contra de la \_\_\_\_\_, en relación con los trabajos del contrato.

**DECIMOSEGUNDA.- RESPONSABILIDADES DEL CONTRATISTA.-** "El Contratista" se obliga a que los materiales y equipo que se utilicen en los trabajos objeto de la obra motivo del contrato cumplan con las normas de calidad establecidas en el anexo N° \_\_\_\_\_ de este contrato y a que la realización de todas y cada una de las partes de dicha obra se efectúen a satisfacción de la \_\_\_\_\_, así como, a responder por su cuenta y riesgo de los defectos y vicios ocultos de la misma y de los daños y

perjuicios que por inobservancia o negligencia de su parte se lleguen a causar a la \_\_\_\_\_ o a terceros, en cuyo caso se hará efectiva la garantía otorgada para el cumplimiento del contrato, hasta por el monto total de la misma.

Igualmente se obliga "El Contratista" a no ceder a terceras personas físicas o morales sus derechos y obligaciones derivados de este contrato y sus anexos, así como los derechos de cobro sobre los bienes o trabajos ejecutados que ampara este contrato sin previa aprobación expresa y por escrito de la \_\_\_\_\_, en los términos de la Ley de Obras Públicas.

DECIMOTERCERA.- PENAS CONVENCIONALES.- \_\_\_\_\_

DECIMOCUARTA.- SUSPENSIÓN TEMPORAL DE CONTRATO.- \_\_\_\_\_, podrá suspender temporalmente en todo o en parte la obra contratada en cualquier momento por causas justificadas o por razones de interés general, sin que ello implique su terminación definitiva.

El presente contrato podrá continuar produciendo todos sus efectos legales una vez que hayan desaparecido las causas que motivaron dicha suspensión.

DECIMOQUINTA.- RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO.- \_\_\_\_\_, podrá en cualquier momento rescindir administrativamente este contrato por causas de interés general.

La contravención a las disposiciones, lineamientos, bases, procedimientos y requisitos que establece la Ley de Obras Públicas, su Reglamento y demás disposiciones administrativas sobre la materia; así como el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones de "El Contratista" que se estipulan en el presente contrato da derecho a su rescisión inmediata sin responsabilidad para la \_\_\_\_\_ además de que se le apliquen al contratista las penas convencionales, conforme a lo establecido por este contrato, y se le haga efectiva la garantía otorgada para el cumplimiento del mismo.

DECIMOSEXTA.- Las partes se obligan a sujetarse estrictamente para la ejecución de la obra, objeto de este contrato, a todas y cada una de las cláusulas que lo integran, así como a los términos, lineamientos, procedimientos y requisitos que establece la Ley de Obras Públicas, su Reglamento y demás normas y disposiciones administrativas que le sean aplicables.

**DECIMOSÉPTIMA.- OTRAS ESTIPULACIONES ESPECÍFICAS. \_\_\_\_.**  
\_\_\_\_\_

**DECIMOCTAVA.-** Para la interpretación y cumplimiento del presente Contrato, así como para todo aquello que no esté expresamente estipulado en el mismo, las partes se someten a la jurisdicción de los Tribunales Federales \_\_\_\_\_, por lo tanto el Contratista renuncia al fuero que pudiera corresponderle por razón de su domicilio presente, futuro o por cualquier otra causa.

El presente contrato se firma en \_\_\_\_\_, a los \_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_\_ de 19\_\_.