

UNIVERSIDAD DE TEPEYAC 321309

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR  
ACUERDO No. 3213  
DE LA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MEXICO

12  
203

PARA EL DESARROLLO TOTAL



**"UBICACION Y NATURALEZA  
JURIDICA DE LOS CONTRATOS  
ADMINISTRATIVOS"**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
**LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA

**SERGIO ALONSO SAUCEDO TREVIÑO**

ASESOR DE TESIS

LIC. JOSE BERNARDO COUTO SAID  
CEDULA PROFESIONAL No. 15102 200324

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis 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.

# ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| <b>Introducción</b>                                   | 1  |
| <b>Capítulo 1 La justicia</b>                         | 1  |
| 1.1 Clases de justicia                                | 3  |
| 1.1.1 Lo debido entre personas                        | 3  |
| 1.1.2 Lo debido por la colectividad<br>al individuo   | 4  |
| 1.1.3 Lo debido por el individuo a<br>la colectividad | 4  |
| 1.2 La norma jurídica y su relación con<br>lo justo   | 5  |
| <b>Capítulo 2 Teoría general de los contratos</b>     | 8  |
| 2.1 Generalidades                                     | 9  |
| 2.2 Clasificación de los contratos                    | 14 |
| 2.2.1 Contratos civiles                               | 17 |
| 2.2.2 Contratos mercantiles                           | 21 |
| 2.3 Elementos de existencia de los<br>contratos       | 26 |
| 2.4 Requisitos de validez de los contratos            | 30 |
| <b>Capítulo 3 El contrato administrativo</b>          | 36 |
| 3.1 Concepto  | 37 |
| 3.2 Elementos del contrato administrativo             | 42 |
| 3.2.1 Elementos esenciales                            | 42 |

|   |            |
|---|------------|
| 3.2.2 Elementos no esenciales   | 44         |
| 3.3 Interpretación y ejecución  | 46         |
| 3.4 Modificación y término  | 53         |
| 3.5 Diferencia entre contratos civiles<br>y contratos administrativos               | 60         |
| <b>Capítulo 4 Contratos administrativos en particular</b>                           | <b>79</b>  |
| 4.1 El contrato de obra pública   | 80         |
| 4.1.1 Definición de obra pública  | 80         |
| 4.1.2 Análisis del contrato de obra<br>pública                                      | 81         |
| 4.1.3 Elementos del contrato de obra<br>pública                                     | 87         |
| 4.1.4 Desarrollo del contrato de obra<br>pública                                    | 88         |
| 4.2 El contrato de suministros o<br>abastecimientos                                 | 102        |
| 4.2.1 Análisis del contrato de<br>suministros                                       | 102        |
| 4.2.2 El contrato de suministro en la<br>legislación administrativa                 | 104        |
| <b>Capítulo 5 Los recursos administrativos</b>                                      | <b>115</b> |
| 5.1 La defensa jurídica del particular<br>por actos de la administración<br>pública | 116        |
| 5.2 Concepto de recurso administrativo  | 116        |

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| 5.3 | <i>Elementos de recurso administrativo</i>                              | 117 |
| 5.4 | <i>Recurso administrativo y recurso contencioso</i>                     | 119 |
| 5.5 | <i>Los recursos administrativo en la Constitución</i>                   | 121 |
| 5.6 | <i>Los recursos administrativos en nuestra legislación</i>              | 122 |
| 5.7 | <i>Naturaleza del acto que decide el recurso</i>                        | 130 |
| 5.8 | <i>Actos que pueden generar la contienda contencioso-administrativa</i> | 131 |
|     | <b>Conclusiones</b>   | 135 |
|     | <b>Bibliografía</b>   | 139 |

# **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo de investigación no pretende ser complicado o elaborado, por el contrario su objetivo es cumplir con una fácil y práctica guía de trabajo y estudio no sólo para el estudioso del Derecho, sino para cualquier persona comerciante o no, interesada en tener relaciones de tipo comercial-jurídicas con el gobierno de nuestro país.

Hemos decidido iniciar con el tema de la justicia, ya que si no tornáramos a ésta como base y fundamento de cualquier consideración jurídica que tratáramos de investigar, nos saldríamos del marco de legalidad sobre el que debemos trabajar.

Continuaremos con un rápido estudio sobre la teoría general de los contratos. El contrato administrativo en general y, por último, los contratos administrativos en particular.

El ritmo de crecimiento al que está avanzando nuestro país ha sido admirablemente rápido y marcado por una fuerte tendencia descentralizadora del Estado mexicano convirtiéndose cada día en un Estado más compacto, eficiente y productivo.

Es de todos sabido que ni toda la sociedad forma al Estado ni el Estado está integrado físicamente por toda la sociedad. Para que un Estado pueda cumplir con sus fines requiere de la colaboración y participación de toda la

sociedad, y es en este momento en donde se ve la necesidad de recurrir a los particulares para llevar a cabo una determinada obra pública o simplemente para autoabastecerse de las materias primas que requiere para su organización tanto interna como externa.

Las relaciones jurídicas con las que nos enfrentamos tienen su fuente no sólo en el campo nacional sino en el internacional debido a que un Estado cada vez mas competitivo a nivel internacional requiere de diferentes opciones de trabajo con fuentes no solamente nacionales.

En este punto es de suma importancia que el inversionista o contratista tenga elementos de seguridad con los que pueda contar al momento de contratar con el Estado. Las reglas claras y definidas originan seguridad para realizar una transacción eficiente y productiva para ambas partes.

No obstante, en nuestra legislación nos enfrentamos a múltiples y graves problemas en especial referida a la dispersión legislativa que existe ya que la regulación que se ha hecho al respecto se encuentra contenida en múltiples disposiciones legales, son disposiciones sumamente incompletas que dejan grandes vacíos que no se contemplan en ningún ordenamiento legal existente, caducas debido a que fueron realizadas en un momento histórico en el que los adelantos tecnológicos no estaban en el grado de desarrollo en el que se encuentran actualmente.



Como si esto fuera poco la doctrina en nuestro país ha sido demasiado escueta al tratar el tema, debido posiblemente a que son relaciones jurídicas que en la práctica muchas veces son reguladas bajo el influjo de factores de poder que entorpecen los resultados finales de dichas negociaciones.

De hecho, pensamos que la teoría del contrato administrativo se encuentra mal regulada en nuestra legislación y en nuestra doctrina debido a que no se han planteado diferentes hipótesis que en la realidad no concuerdan con los hechos que se están manejando.

Se ha sido ficticio al tratar de encuadrar un tipo de relación jurídica en un marco legal sólo por la costumbre de hacerlo de esta manera, no obstante de que no participa de las características de dicho marco legal, no se ha planteado la alternativa de crear todo un marco jurídico que encuadre perfectamente con dichas relaciones, no podemos caer en el supuesto de que la realidad encuadre con nuestra legislación, sino que por el contrario debemos encuadrar nuestra legislación a los supuestos de la realidad y de la práctica jurídica.

El maestro Andrés Serra Rojas, es el único tratadista mexicano que realiza un estudio un poco más especializado sobre el tema ya que se plantea, en principio, interrogantes como por ejemplo: ¿El contrato administrativo es en realidad

*un verdadero contrato? Si así es, ¿por qué no participa de las características de éstos? ¿Por qué se dan condiciones especiales para la celebración de éstos? ¿Cuál es a final de cuentas, su verdadera naturaleza jurídica? Y en caso de que decidiéramos no estudiarlo como contrato, ¿cómo deberíamos encuadrarlo dentro de nuestra Legislación?, ¿De qué medios contamos para garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones contraídas por ambas partes?, etc.*

*Pero a todas estas cuestiones nos referiremos después de analizar y estudiar a fondo el tema que nos ocupa para poder vertir nuestras opiniones al respecto en un capítulo final.*

*El Estado es un núcleo muy fuerte de poder, que realiza fines y funciones sociales, por ello es que nos preguntamos si en realidad ¿son respetados todos los términos y condiciones con las que el Estado contrata? ¿Qué necesidad tiene el Estado de sujetarse y someterse a condiciones contractuales que le impongan los particulares?, ¿son justas las convocatorias que efectúa el Estado para elegir contratistas?*

*Es por estas variantes por las que decidimos tocar por último un tema relacionado con los órganos y tribunales encargados de dirimir las controversias que se susciten a este respecto, y en este momento surge la nueva interrogante de*

¿por qué se requiere de un tribunal especializado que conozca en particular de estas controversias?, ¿ya que si son contratos comunes y corrientes desprendidos de una materia meramente civil, por qué no se solucionan frente a los Tribunales Civiles?

No debemos olvidar que aunque el Estado toma parte como elemento fundamental de este tipo de contratos, su contraparte igualmente importante es el particular como sujeto civil. Es de suponerse que al ser el particular la parte débil de este tipo de transacciones, la ley debe proporcionar un mecanismo eficiente que proteja a dicha parte débil. Pero en este momento nos enfrentamos al problema de cómo solucionar ésto si el Estado representa la institución social que vela por los intereses de toda una colectividad.

Con lo anterior no queremos decir que los particulares que contratan con el Estado no incurran en incumplimientos al momento de efectuar la obra o pedido que se les requirió, pero el Estado tiene forma, de presionar extrajudicialmente a dichos contratistas incumplidos, además de los procesos y procedimientos de que el Estado dispone para seleccionar y otorgar una determinada obra o un determinado servicio.

Todos estos factores coadyuvan a que el tema de nuestra investigación posea caracteres y matices propios y

*diferentes que aún dentro de la doctrina jurídica de nuestro país no se ha investigado suficientemente, como hemos dicho.*

*Hemos tratado de que nuestro estudio aclare un poco las dudas a las que se enfrenta un comerciante o constructor para simplificar sus operaciones y sepa exactamente cuales son los peligros a los que se enfrenta en una negociación de este tipo, pero por desgracia las obras y servicios que requiere el Estado son de un volumen y con características desorbitantemente grandes con proporciones en ocasiones gigantescas, que despiertan en el particular contratista un interés muy grande, en ocasiones frente a obras que saben de antemano que no podrán cumplir, y en ocasiones también ante una ambición desproporcionada sin pensar en el riesgo que corren incluso, de perder grandes sumas de dinero.*

*Es por esta y muchas otras razones por las que hemos decidido tocar un tema como del que nos ocupamos en este momento, esperamos que cumpla con el objetivo que tiene encomendado y represente utilidad en el público inversionista.*

## **CAPÍTULO 1**

# **LA JUSTICIA**

*De acuerdo con el maestro español Javier Hervada, podemos definir a la Justicia como "el arte y la virtud de dar a cada quien lo suyo, o lo que le corresponde".<sup>(1)</sup>*

*En base a esta sencilla definición desprendemos tres elementos fundamentales: dar a cada quien y, por último, lo que a cada persona le corresponde, o sea, su derecho.*

*Lo justo importa al jurista en un doble aspecto, es decir, por el aspecto del derecho y por el aspecto de la deuda. El aspecto del derecho mira sobre todo al titular de dicho derecho, puesto que manifiesta lo que es lo justo en relación a él: lo que tiene que recibir. El segundo aspecto, el de la deuda, mira sobretodo al sujeto de la justicia, aquél que tiene que dar. Por ella el arte del derecho lo podemos resumir en el arte de determinar los derechos y los deberes que corresponden a cada persona.*

*Estos derechos y estas obligaciones adquieren matices especiales y diferentes en cada uno de los tipos de justicia que desde Aristóteles se han diferenciado.*

*Por razones que más adelante consideraremos dentro de nuestro estudio creemos conveniente señalar y dar una breve definición de estos tres tipos de justicia para enmarcarlos posteriormente dentro de nuestro objeto fundamental de estudio.*

---

<sup>(1)</sup> Javier Hervada. Introducción Crítica al Derecho Natural, p. 20.

*La justicia es considerada por nosotros como la base sobre la que debe girar toda la concepción del derecho, si nuestro derecho no es justo no lo podemos considerar como tal.*

## **1.1 Clases de justicia**

### **1.1.1 Lo debido entre personas**

*La relación de deuda entre las personas surge por el intercambio de bienes o por la lesión o apoderamiento de los bienes de otro. En este sentido, las acciones pueden ser de tres clases: a) el intercambio de cosas (v. gr. la compraventa o el arrendamiento). ; b) la traslación de una cosa (v. gr. el comodato o el depósito); y c) el respeto al derecho ajeno, a lo que se opone el daño, el cual genera la restitución, y en su caso, la compensación.*

*Como vemos este primer tipo de justicia que analizamos, es una justicia que se general entre particulares, entre personas iguales, del mismo rango y jerarquía. Está en función del objeto, por lo que existe una igualdad general para la persona a la que se le debe dicha cosa. Es referida de un individuo a otro sin que intervenga toda una colectividad.*

*En este tipo de justicia encontramos por lo general todo tipo de contratos civiles, en donde un individuo reclama su derecho de otro individuo o individuos en particular.*

### **1.1.2 Lo debido por la colectividad al individuo**

*Esta justicia es la que se establece sobre todo entre el Estado como deudor y el particular como individuo al que se le debe. Funciona sobre todo en la prestación de los servicios públicos que el Estado tiene obligación de proporcionar.*

*Pero este tipo de justicia va mucho más allá y será en parte el objeto de nuestro estudio, al obligarse voluntariamente, por ejemplo, a través de un contrato.*

*En términos generales este tipo de justicia se refiere a los derechos del particular como integrante de una sociedad con necesidades en general como luz, agua, drenaje, etc., y toma a este sujeto como inmerso en una estructura socio-política llamada Estado que cumple sus fines precisamente en ese momento al organizar, primero, dicha sociedad y, vigilando la prestación de estos servicios, después. Se deben integrar aquí casos en particular que trataremos más adelante.*

### **1.1.3 Lo debido por el individuo a la colectividad**

*Dentro de esta tercera y última categoría encontramos al Estado como la persona a la que se le debe, y al individuo como deudor.*

*Este tipo de justicia se establece fundamentalmente en la obligación que tiene el individuo de pagar sus impuestos, por ejemplo, y que constituye una obligación muy importante por parte de todos los gobernados para que el Estado cuente con los recursos*



materiales y económicos suficientes para hacer frente a sus necesidades propias y logre, en un determinado plazo, conseguir los planes y metas que se ha propuesto.

Conociendo ya esta clasificación, y sabiendo más o menos a qué se refiere cada uno de los tipos de justicia que existen, debemos aclarar en este momento algunas consideraciones que nos parecen pertinentes, y pasamos a ellas diciendo que la justicia no puede ser considerada aisladamente, sino en el contexto general de las relaciones humanas y del bien común.

La conjugación de la justicia con otras virtudes, da lugar entre otras cosas, a lo equitativo, que es el objeto de la equidad. La equidad es la justicia matizada por otras virtudes, y lo equitativo es el resultado de armonizar los deberes de justicia con otros deberes.

Una vez que hemos anotado esto, pasaremos al siguiente punto de nuestro estudio, en donde trataremos de establecer la relación que debe existir o virtud de la justicia y en qué momento se relacionan, para poder entender más adelante en qué momento de la práctica jurídica se separan, si es que se llegan a separar.

## **1.2 La norma jurídica y su relación con lo justo**

El objeto fundamental de estudio de un jurista ha sido siempre la norma o ley en sentido genérico, entendiéndola en este momento

en general como los preceptos que regulan la vida social. Como es conocido de todos, existen diversas clases de normas, desde la ley dada por un Parlamento, por un decreto gubernativo, por una costumbre jurídicamente obligatoria, hasta una norma procedente de la autonomía privada como en el caso de un contrato.

Como acertadamente lo indica el maestro Javier Hervada en su obra: Introducción crítica al Derecho Natural, "podría pensarse que el arte del jurista es el arte de las leyes, pero con ello se caería en una confusión. Arte es un saber hacer, de donde hablar del arte de las leyes querría decir el arte de hacer buenas leyes, y ésto no es función del jurista, sino del gobernante... Las leyes las hacen los políticos, los gobernantes. He ahí un dato que no hay que olvidar: la función del jurista se desarrolla una vez establecidas las leyes. El jurista interpreta las leyes para su correcta aplicación".<sup>[2]</sup>

Continuando con la disquisición que hace el maestro Hervada señala:

Pero, ¿por qué el arte del jurista, que es el arte de lo justo y de lo injusto, se interesa por la ley y su interpretación? La respuesta no puede ser otra sino que existe una relación entre lo justo y la ley. Esta relación nos la muestra la naturaleza de la ley; la ley es una regla, palabra que significa lo mismo que norma; y una norma es una medida. La ley es medida o regla de lo justo, del derecho...

Desde el punto de vista del arte del derecho - continúa el maestro - es claro que no cabe confundir la norma con el derecho.

---

[2] *ibid.*, pp. 131-132.

Aunque la norma recibe el nombre de derecho, la norma no es el derecho, sino su regla... Y, en este sentido, porque es regla de derecho la norma es jurídica. Jurídico, en efecto, es el adjetivo que indica lo que es propio del ius, de lo justo. Por eso el carácter distintivo de la norma jurídica es la justicia, esto es, que se trata de la norma de las conductas justas."<sup>(3)</sup>

Estas consideraciones tienen para nosotros un gran valor debido a que consideramos al derecho como un todo indisoluble e inseparable, y ya que en el futuro trataremos de un sistema de organización como es el Estado quien dicta las normas jurídicas que han de regir nuestra convivencia y que se autoimpone y somete a ellas. Es necesario estas consideraciones jurídicas debido a que ellas nos ofrecen un panorama muy especial que en el transcurso de nuestro trabajo hemos de retomar, sin embargo creemos oportuno dejarlas por este momento aquí y continuar con nuestro estudio.

---

(3) Ibid., pp. 132 y 134.

## **CAPÍTULO 2**

# **TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS**

## 2.1 Generalidades

Pasaremos en este momento a señalar algunas consideraciones técnicas referidas a los contratos en general en nuestro sistema jurídico, para lo que atenderemos fundamentalmente a la opinión del tratadista mexicano Ramón Sánchez Medal, que en su obra: De los Contratos Civiles señala: "...para el estudio de los contratos en particular, tiene una gran utilidad práctica la exposición de los principios comunes a todos los contratos, así como de las reglas propias de cada determinado grupo de contratos, ya que al estudiar cualquier contrato en particular deben siempre tenerse en cuenta estos principios y reglas.

"Estas normas generales o propias de cada grupo de contratos, a imitación del Código Civil francés, suelen incluirse dentro de la teoría general de las obligaciones, al estudiar el contrato como una fuente de las obligaciones; pero dada la gran importancia y la desproporcionada extensión de los contratos parecen indicar la conveniencia de destacar con individualidad propia la doctrina general del contrato, ya que el contrato es fuente ordinaria y normal de las obligaciones, que no está limitada a los bienes, sino que se extiende a las personas y a la familia, pues en el orden extra-patrimonial el matrimonio y la adopción son también contratos."<sup>(4)</sup>

---

(4) Ramón Sánchez Medal. De los contratos civiles, p.3.

Para nuestro Derecho Positivo, los contratos son una forma de obligarse, y como tal han de estudiarse. Lo anterior tiene una gran trascendencia en base a la necesidad de saber que detrás de todo contrato siempre existirá todas las bases y reglas que nuestro Código Civil regula en materia de obligaciones.

Adelante, en su obra, nos señala el jurista apuntado:

"Por otra parte, en las fuentes de las obligaciones, cabe destacar que mediante una nueva disposición que no existía en los dos Códigos Civiles anteriores, el actual Código reconoce la máxima importancia del contrato, al erigir los principios generales de los contratos nada menos que en las normas generales aplicables a toda clase de convenios y actos jurídicos."<sup>(5)</sup>

En relación a lo que acabamos de transcribir podemos aplicar el art. 1859 de nuestro Código Civil que a la letra nos señala: "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos."

Cabría hacer en este momento una especificación que pienso sería conveniente aclarar, y es referida a que nuestro actual Código Civil distingue perfectamente entre lo que es un convenio y lo que es un contrato, ya que considera a éste como la especie y a aquél como el género: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones"

---

(5) *ibid.*, p.4.

(art. 1792), asimismo establece en el art. 1793 "Los convenios que produce o transfieren las obligaciones y los derechos se denominan contratos."

No obstante, debemos señalar también que dentro de todos los convenios y contratos, la voluntad de las partes es la máxima ley de éstos. Por ello en un capítulo anterior hicimos una breve alusión a lo que sería o debería de ser la justicia y cómo entenderla para poder aplicarla.

En esta misma línea, el maestro Sánchez Medal hace una particular alusión a lo que sería la libertad dentro de los contratos, o mejor dicho, a lo que sería la libertad de la voluntad de las partes contratantes, y de esta manera, con el agudo sentido de honestidad que le caracteriza, apunta: "La libertad de contratar (para celebrar o no celebrar el contrato y para escoger a la persona con la que va a contratarse) y la libertad contractual (en cuanto a la forma y al contenido del contrato) siguen siendo principios admitidos por nuestro Código Civil, que distan de las exageraciones del dogma de la autonomía de la voluntad de los inicios del siglo pasado, así como de las exageraciones del reciente movimiento del "dirigismo contractual". Aún en nuestros días, la libertad contractual debe considerarse la regla y el límite, la excepción; por lo tanto, como límite que es, para que tenga vigor, debe ser declarado expresamente."

Y añade:

"Asimismo la aparición y generalización de los contratos de adhesión, que prescinden de toda discusión contractual entre las partes se reduce a la aceptación total por una de ellas de las condiciones propuestas unilateralmente por la otra, debilitando también considerablemente el principio de la autonomía de la voluntad."<sup>(6)</sup>

Por lo que hace a la justicia dentro del contrato, parte fundamental y característica de todo Derecho que se considere acorde a las necesidades cambiantes de una sociedad en evolución, el multicitado autor nos refiere lo siguiente:

"Para tratar de establecer el equilibrio entre las partes en lo que se refiere a las prestaciones recíprocas en los contratos bilaterales, las legislaciones del mundo han adoptado hasta ahora distintos sistemas que de manera esquemática corresponden también a formas diversas de concebir la justicia en el contrato.

"En este sentido, puede hablarse de una justicia liberal en oposición a una justicia igualitaria y asimismo, de una justicia individual en contraste con una justicia colectiva.

"La justicia liberal en el contrato prevaleció durante todo el siglo pasado bajo el imperio de los Códigos Civiles que, como los nuestros de 1870 y de 1884, que se inspiraron en el principio de la autonomía de la voluntad preconizado por el Código de Napoleón. Según estos ordenamientos, lo fundamental que debía preservarse y garantizarse en el contrato era la libertad irrestricta de una y otra

---

(6) *Ibid.*, p. 5.



parte, ya que del ejercicio incontrolado de esa libertad, brotaba espontánea y naturalmente el equilibrio de las prestaciones recíprocas de ambos contratantes, a consecuencia de la ley de la oferta y la demanda.

"La justicia igualitaria se preocupa en cambio, por salvaguardar la igualdad de los contratantes, antes que o por encima de la libertad de las partes. La frecuente desigualdad económica de uno u otro contratante, da como resultado que el más poderoso de ellos obtenga ventajas desproporcionadas y se aproveche del más pobre o más ignorante..."<sup>(7)</sup>

A este respecto el Lic. Miguel Acosta Romero, en su obra intitulada Segundo Curso de Derecho Administrativo, nos aclara:

"Ahora bien, no siempre el Estado actúa por vía imperativa, sino que solicita de los particulares, ya sean personas físicas o jurídicas colectivas, que en forma consciente o voluntaria concurren a la realización de determinadas obras, a la producción de bienes o a la prestación de servicios, ya sean personales o servicios públicos, mediante el instrumento jurídico que constituyen los convenios y contratos."<sup>(8)</sup>

Y continua diciéndonos:

"En México no existe una ley que regule en forma sistemática y unitaria no a los contratos que celebra la administración, ni a los contratos administrativos, aunque existen

(7) Ibid., pp. 6-7.

(8) Miguel Acosta Romero, Segundo Curso de Derecho Administrativo, p. 467.

*muchas disposiciones aisladas, lo que complica la problemática de analizar cuándo se está en presencia de un contrato sujeto a derecho privado y cuándo frente a un contrato administrativo sujeto a derecho público.*"(9)

Como hemos podido observar, dentro de nuestro primer capítulo hemos dado un rápido recorrido sobre los diferentes puntos que tocan a los contratos enlazados y ampliando nuestro anterior capítulo resaltando la importancia de la libertad y de la justicia que deben prevalecer en los contratos en general.

Teniendo en cuenta estas consideraciones podremos avanzar más fácil y rápidamente sobre el terreno que nos hemos propuesto estudiar. Pronto se verá que en dichos conceptos son de una gran utilidad para un consiguiente estudio y cómo los incluiremos dentro de consideraciones quizá para algunos muy distantes de nuestra labor, pero el perder de vista esta teoría es lo que ha llevado a tan graves problemas en nuestra legislación y en la práctica de nuestras instituciones jurídicas.

## **2.2 Clasificación de los contratos en general**

Es necesario entrar ahora a intentar dar un concepto en particular y una clasificación de los contratos. Por razones didácticas hemos preferido hacer una clasificación en base a cada uno de los tipos de contratos más importantes que contempla nuestra legislación.

---

(9) *Ibid.*, p. 468.

La clasificación más estructurada que existe hasta el momento se refiere a los contratos civiles, especie de tronco común del que parten todos los demás originariamente, porque en la actualidad ya cada tipo de contrato se ha ido perfilando y tomando sus características propias e identificándose con la materia o especialización a la cual sirve.

El Estado maneja básicamente tres tipos de contratos, a saber, el Estado puede contratar bajo un régimen:

1. De Derecho Privado, en donde el Estado contrata completamente como un particular más, ejemplo:

- a) Compra-venta de inmuebles de dominio privado;
- b) Contratos de arrendamiento;
- c) Contratos de prestación de servicios profesionales;
- d) Contratos de donación y de comodato;
- e) Adquisiciones y reparaciones que no excedan de una determinada cantidad.

2. De Derecho Mercantil, en donde el Estado contrata en su carácter de comerciante, es decir, en su calidad de ente de comercio. Ejemplo:

- a) Emisión de títulos de crédito unitarios y en serie;
- b) Contratos de asociación y sociedad;
- c) Otros.

3. De Derecho Administrativo, y es en este punto donde el maestro Acosta Romero realiza una interesante disquisición, por lo que trataremos de resumir y ejemplificar su criterio.

El Lic. Acosta Romero establece que los contratos administrativos que celebra el Estado pueden ser de dos tipos:

- a) En sentido estricto, quedarían encuadrados los contratos de obra pública y los de suministro;
- b) En sentido amplio, el Estado celebra contratos administrativos al momento de contratar, ya sea con las entidades federativas, con los municipios, o bien, con otros organismos internacionales.

Es necesario aclarar que el Lic. Acosta Romero, aunque escuetamente, es de los pocos tratadistas mexicanos que realiza en forma esquemática esta distinción, muy justa y necesaria.<sup>(10)</sup>

Nuestras opiniones y comentarios al respecto se reservan para nuestro capítulo de conclusiones; y por el momento es necesario aclarar que consideramos como contratos administrativos sólo los que el Lic. Acosta Romero maneja como contratos administrativos en sentido amplio.

Sin más comentarios empecemos, por el principal de ellos, y del que de una u otra forma todos los demás han ido tomando sus características.

---

(10) *Ibid.*, p. 468 y ss.

### 2.2.1 Contratos Civiles

Los grandes autores de nuestro derecho positivo en la actualidad han basado sus definiciones de lo que es un contrato civil en nuestro Código Civil vigente, que en su art. 1793 menciona: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y los derechos toman el nombre de contratos"; y a su vez el art. 1792 de dicho ordenamiento dice: "Convenio es el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones". En realidad esta definición genérica de contrato y convenio se aplica perfectamente en particular a los contratos y convenios civiles, pero será la que aplicaremos a todos los contratos y convenios de cualquier clase o materia a la que pertenezcan, ya que independientemente de ésta, son contratos o convenios.

Esta definición que da nuestro Código Civil es la que sostienen todos los autores de derecho civil en México, y la que nosotros también sostenemos a lo largo de nuestro estudio. Sin embargo, el Lic. Rafael Rojina Villegas va un poco más allá cuando señala en su obra: Derecho Civil Mexicano lo siguiente:

"En los derechos y obligaciones que engendra o transmite el contrato, no solo hay derechos personales, sino también reales. Existen contratos que originan exclusivamente derechos personales, otros que crean derechos reales y personales, y puede haber contratos que exclusivamente tengan por objeto dar nacimiento a derechos reales... Los contratos traslativos de dominio como la compra-venta es el ejemplo más claro de contratos que transmiten derechos tanto personales como reales...

"Hay contratos, como el mandato, el depósito, el comodato y el arrendamiento, que crean exclusivamente derechos personales.

"Por último, hay contratos que tienen por objeto exclusivamente dar nacimiento a derechos reales. El usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres, pueden nacer de contrato; por consiguiente, el contrato que se celebre para constituir estos derechos reales o para transmitir, tendrá solo esta función específica.

"En los contratos de prestación de servicios se advierte, desde luego, que se trata de derechos personales consistentes en la ejecución de un trabajo, de un hecho, de un servicio, y en la remuneración de este trabajo, trátase del mandato o de la prestación de servicios profesionales o no profesionales."<sup>(11)</sup>

Pasaremos ahora a lo que correspondería distinguir como "clasificación de estos contratos", que debido al sistema organizativo que hemos seguido, clasificaremos los contratos conforme los analicemos.

Por ello, respecto a los contratos civiles diremos que la doctrina se ha inclinado por realizar la siguiente clasificación:

El Licenciado Rojina Villegas se inclina por clasificarlos en:

"A) Unilaterales y Bilaterales. El contrato unilateral es un acuerdo de voluntades que engendra obligaciones sólo para una de

---

<sup>(11)</sup> Rafael Rojina Villegas. Tratado de Derecho Civil, p. 11.

las partes y derechos para la otra. El contrato bilateral es el acuerdo de voluntades que da nacimiento a derechos y obligaciones recíprocas (arts. 1835 y 1836).

- "B) **Onerosos y Gratuitos.** Es oneroso el contrato que impone provechos y gravámenes recíprocos. Es gratuito aquel en el que los provechos corresponden a una sola de las partes y los gravámenes a la otra.
- "C) **Conmutativos y Aleatorios.** Los contratos onerosos se subdividen en conmutativos y aleatorios. Conmutativos, cuando los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato; es decir, cuando la cuantía de las prestaciones puede determinarse desde la celebración del contrato. Aleatorios, cuando los provechos y gravámenes dependen de una condición o término, de tal manera que no pueda determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta, sino hasta que se realice la condición o término.
- "D) **Reales y Consensuales.** Los contratos reales son aquellos que se constituyen por la entrega de la cosa. En oposición a los contratos reales, se citan los consensuales; pero es necesario precisar el alcance de este término, porque también se usa en oposición a los contratos formales. Cuando se dice que un contrato es consensual, en oposición al real, simplemente se indica que no se necesita la entrega de la cosa para la constitución del mismo. En cambio, cuando se dice que un contrato es contrato consensual, en oposición al formal, se considera que existe por la simple manifestación

verbal o tácita del consentimiento, sin requerir forma escrita, pública o privada para la validez del acto.

- "E) Formales y Consensuales. Son formales aquellos contratos en los que el consentimiento debe manifestarse por escrito, como un requisito de validez, de tal manera que si no se otorga en escritura pública o privada, según el acto, el contrato está afectado de nulidad relativa (en realidad en este tipo de contratos se denominan solemnes si es necesario que se lleven a cabo mediante escritura pública; y si son formales si sólo requieren escritura privada). El contrato consensual en oposición al formal, es aquel que para su validez no requiere que el consentimiento se manifieste por escrito y, por lo tanto, puede ser verbal o tácito.
- "F) Principales y de Garantías o Accesorios. Los principales son aquellos contratos que existen por sí mismos, en tanto que los accesorios son los que dependen de un contrato principal.
- "G) Instantáneos y de Tracto Sucesivo.- Los instantáneos son los contratos que se cumplan en el mismo momento en que se celebran, de tal manera que el apego de las prestaciones se lleva a cabo en un solo acto; y los de tracto sucesivo son aquellos en que el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un período determinado y exacto."<sup>12)</sup>

Existen otros criterios de clasificación, pero considerando el objetivo que nos impulsa, consideramos que debemos ser breves

---

(12) *Ibid.*, p. 12 y ss.



respecto de este punto ya que será analizado con profundidad en el transcurso del estudio.

Finalmente, cabe señalar que respecto a nuestro actual Código Civil, éste reglamenta en términos generales la clasificación que acabamos de transcribir, aunque expresamente solo reconozca en su articulado los contratos unilaterales y bilaterales (art. 1835 y 1836); así como los onerosos (bajo su doble vertiente de conmutativos y aleatorios) y los gratuitos, atendiendo a un fin preponderantemente económico. (Ver art. 1837). Ésto sin merma, volvemos a repetir, de que de su propio texto basan los doctrinarios jurídicos de nuestro país para hacer sus clasificaciones.

### **2.2.2 Contratos mercantiles**

La doctrina ha afirmado con mayor o menor precisión, que en términos generales el derecho civil y el derecho mercantil son ramas del derecho privado, así como que el derecho mercantil es una rama desprendida del derecho civil, por grado de especialidad.

En realidad, ciertos autores han pugnado tesis desde hace ya varios años en el sentido de la necesidad de realizar una "unificación del derecho civil y mercantil, en materia de obligaciones y contratos", basándose en que la Teoría Civilista sobre obligaciones y contratos es la misma que debe regir para el derecho mercantil ya que las diferencias que existen para una y otra materia son mínimas, pero de esta forma estaríamos quitando

autonomía legislativa a los Estados libres y soberanos que integran nuestra Federación Nacional.

No obstante, nos permitiremos transcribir la opinión que al respecto expresa el ilustre mercantilista Raúl Cervantes Ahumada en su libro Derecho Mercantil: "...en materia de obligaciones y contratos, no existe diferencia alguna fundamental en la estructura orgánica de unos y otros contratos (civiles y mercantiles), lo que explica, según afirmamos, la tendencia a la unificación de las normas sobre esta materia y el logro de tal unificación en las legislaciones Suiza e Italiana. Aún en nuestro sistema, que mantiene la dualidad de legislaciones, la legislación civil sobre contratos debe considerarse como telón de fondo, del cual resaltarán algunas características o circunstancias accidentales, cuando el contrato adquiera la calidad de mercantil. Pero existen diferencias esenciales. Por tanto, esa parte del derecho mercantil, o sea, el derecho de los contratos de comercio, debe considerarse como complementaria de la parte correspondiente del derecho civil..."<sup>(13)</sup>

Siguiendo con su obra, más adelante, el citado autor nos propone lo que sería una definición de contrato mercantil expresando lo siguiente: "Como el contrato mercantil es un acto de comercio constituye una categoría jurídica formal: serán mercantiles, según indicamos ya, los contratos a los que la ley atribuya la mercantilidad. Y conviene repetir lo que expresamos a propósito del acto de comercio: en la mayoría de los casos, el

---

(13) Raúl Cervantes Ahumada. Derecho Mercantil, p. 523.

legislador atribuye a la mercantilidad a los contratos cuando éstos recaen sobre cosas de tipo mercantil."<sup>(14)</sup>

Asimismo, hace una breve enumeración de cuales serían las diferencias fundamentales entre uno y otro tipo de contrato, o por decirlo de otra forma, en que aspectos es característico el contrato mercantil sobresaliendo de la Teoría Civilista común:

"El contrato mercantil como elemento de la circulación, ya que la actividad mercantil es un fenómeno circulatorio. El comercio consiste en la intermediación en el proceso de la circulación de los bienes y los servicios, con destino al mercado general.

"La buena fe en el contrato mercantil, ...en tanto que la mala fe no influye en la validez de ciertos contratos, como la compra-venta; en otros, como en los seguros, la buena fe absoluta y nítida es esencial, y aún la simple reticencia puede anular los efectos del contrato... Esto explica el conocido fenómeno del regateo.

"La forma. Los contratos entre presentes. El Código de Comercio asegura la tradicional libertad de forma en los contratos mercantiles... Son muy usuales los contratos que se formalizan en machotes.

"En los contratos entre ausentes se sigue para su perfeccionamiento, el sistema de la expedición.

---

(14) Ibid., p. 524 y ss.

"El lugar de cumplimiento. Previene el Código de Comercio que será lugar de cumplimiento de las obligaciones mercantiles, en primer término, el señalado en contrato, y si no hubiere señalamiento, aquel que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto de consentimiento de aquellas o árbitro judicial.

"Los términos. La mora. En materia mercantil no se reconocerán términos de gracia o cortesía..." Para el Derecho Mercantil no habrá años bisiestos.

"Los efectos de la mora se iniciarán el día siguiente del vencimiento establecido en el contrato, y si no hubiere señalamiento desde el día en que el acreedor reclame al deudor, judicialmente, notarialmente o ante testigos.<sup>(15)</sup>

Por último, nuestro autor en estudio hace una breve clasificación de los contratos mercantiles. Es de señalarse que en realidad de los autores que se han investigado es el único que hace siquiera una breve clasificación de los contratos mercantiles, pienso que ésto se debe a que el resto de los estudiosos del derecho mercantil se han conformado con seguir la tradicional clasificación de los contratos civiles ya apuntada incluyendo en ella a todos los contratos mercantiles. No obstante es interesantísimo el estudio que al respecto nos señala el maestro Cervantes Ahumada:

"A) De cambio, o sea, aquellos que realizan la circulación de la riqueza, ésto es, por medio de los cuales le proporcionan al

---

(15) *ibid.*, p. 524 y ss.

público bienes de servicios. En la clásica expresión de *do ut des* (dar un bien por otro), señalando como ejemplo la compra-venta, la permuta, la cesión de créditos, el contrato estimatorio, el suministro y las operaciones de bolsa; y en la *do ut facies* (dar algo a cambio de un hacer), señalando el transporte, el contrato de obra a precio alzado y la compra-venta de cosa futura.

- "B) Auxiliares o de colaboración, o sea, aquellos en los que una de las partes aporta una cooperación al desarrollo de la actividad empresarial, como en la mediación, la comisión, la edificación y la representación de obras.
- "C) De previsión, en los que, para prever las consecuencias económicas de la realización de un riesgo, como en el caso del seguro, una parte asume tales consecuencias, mediante la correspondiente contraprestación.
- "D) De guarda o custodia, como el depósito y el servicio bancario de cajas de seguridad.
- "E) De crédito, aquellos en que cuando menos una de las partes transmite a la otra un valor económico con el aplazamiento de la contraprestación correspondiente, como son entre otros, los casos de préstamo, la cuenta corriente, la apertura de crédito y la capitalización.
- "F) De garantía, como la fianza, la hipoteca o el fideicomiso de garantía."<sup>(16)</sup>

---

(16) *Ibid.*, p.p. 526-527.

De esta forma, hemos hecho un breve estudio de lo que representarían los conceptos y las clasificaciones que sobre los contratos llevan a cabo los principales tratadistas de nuestro Derecho Positivo mexicano. Debemos aclarar que en este punto como en muchos otros, los contratos civiles son los que sirven de base para los demás tipos de contratos.

Podríamos enumerar las clasificaciones que al respecto se realizan de los otros tipos de contratos en todas las ramas del derecho, pero hemos tomado estas dos, civil y mercantil, por ser las más importantes y porque para el objeto de nuestro estudio son las bases que debemos analizar, y dando por hecho que sobre estas bases se desarrollan todas las demás clasificaciones.

Por ello pasaremos en este momento a realizar un estudio de lo que serían los elementos de existencia de los contratos en general, ya que, como lo señalamos, son los elementos que rigen a los contratos en todas las materias, salvo algunas pequeñas modificaciones, pero que en este caso no nos interesan, analizando solo sus generalidades.

### **2.3 Elementos de existencia en los contratos**

Nuestro Código Civil establece en sus artículos 1794 y 2224, que los elementos de existencia de todo contrato son dos: el consentimiento y el objeto.

El artículo 1794, a la letra señala:

"Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento, y
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato."

A su vez, el artículo 2224 dice:

"El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento de objeto que puede ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado."

El artículo 1803 del propio ordenamiento nos da ya la pauta para saber como puede ser expresado dicho consentimiento al establecer:

"El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente."

El distinguido tratadista mexicano Ramón Sánchez Medal señala a este respecto que "el consentimiento como voluntad del deudor para obligarse exige que en dicho deudor haya:

- Una voluntad real,
- Que la voluntad sea seria y precisa,

- Que dicha voluntad se exteriorice,
- Que esta voluntad tenga un determinado contenido, ya sea interiormente o sólo atendiendo a lo que está declarando sin importar la veracidad o falsedad de su dicho.<sup>(17)</sup>

Por otra parte, el consentimiento en su segunda acepción, como acuerdo de voluntades, solo existe si hay coincidencia en las dos voluntades. Es decir, se presenta solo en el caso de que no exista error. Para llegar al concurso de voluntades, ordinariamente hay negociaciones o datos previos entre las partes, que discuten las cláusulas hasta ponerse de acuerdo, en esta etapa debe actuarse con buena fe.

En este momento entra en la teoría general de los contratos todas las discusiones relativas a las reglas que deben observarse para el caso de que el contrato se lleve a cabo, respecto al consentimiento de las partes, estando éstas presentes o ausentes al momento de manifestar dicho consentimiento, pero son reglas que no interesan de manera directa a nuestro estudio por lo que preferimos omitirlas.

Por lo que respecta al objeto de dicho contrato, segundo elemento de existencia, debemos señalar previo a nuestro estudio que no toda deficiencia en el objeto causa necesariamente la inexistencia del negocio, sino que existen defectos subsanables o que producen solo la nulidad del contrato pero no su inexistencia

---

(17) Ramón Sánchez Medaf. *op. cit.*, p. 30.



completa. Pero este comentario lo podemos hacer también respecto del consentimiento, pues no toda deficiencia en el consentimiento causa la inexistencia del contrato.

En términos generales dividiremos nuestro estudio del objeto en dos partes, aclarando que utilizaremos la terminología que nos ha sido más familiar, pero no por eso la única.

Dentro de la teoría general de los contratos se distingue un objeto directo o inmediato y un objeto indirecto o mediato.

El objeto directo o inmediato del contrato es la creación o la transmisión de obligaciones o derechos, objeto nacido de la propia estructura de nuestro actual Código Civil.

El objeto indirecto o mediato se puede referir o a la cosa o al hecho mismo del contrato. Es decir, se puede referir: a la prestación de una cosa, o a la cosa misma; a la prestación de un hecho, o al hecho mismo; o bien, a la abstención de un hecho.

Por ello decimos que el objeto indirecto o mediato del contrato tiene que ser referido a un dar, a un hacer o a un no hacer.

El objeto en las obligaciones de dar, tiene que ser referido:

- I. Traslación de cosa cierta;
- II. Enajenación temporal de cosa cierta; y
- III. Restitución de cosa ajena.

El objeto en las obligaciones de hacer, debe ser física y jurídicamente posible. En el primer caso si el objeto es físicamente imposible de realizar será inexistente de plano; en el segundo caso solo existirá nulidad.

Por último, en las obligaciones de no hacer, el objeto puede ser entendido como:

- I. Hacer una inalienabilidad;
- II. Crear una incapacidad; y
- III. Crear una obligación.

## **2.4 Requisitos de validez en los contratos**

El legislador exige cuatro elementos para que los contratos sean válidos: capacidad, ausencia de vicios en el consentimiento, forma en los casos exigidos por la ley, y fin o motivo determinante lícito.

Haremos un breve resumen de las principales características y particularidades con que debe contar cada uno de ellos.

### **1. Consentimiento.**

Se puede hablar de la capacidad referida en especial a los contratos. La capacidad de ejercicio para contratar es la aptitud reconocida por la ley en una persona para celebrar por sí misma un contrato, cuando una persona lo pueda llevar a cabo por sí. Habrá

*incapacidad para obrar o de ejercicio a propósito de los contratos, cuando una persona no pueda celebrar por sí misma un contrato, pero esté en aptitud de hacerlo a través de un representante.*

*La capacidad de goce la tiene todo individuo desde el momento en que nace y hasta el momento de su muerte; la capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad. Sin embargo, a este respecto, nuestro actual Código Civil establece restricciones a dicha capacidad, o "incapacidad", al señalar que tienen incapacidad natural y legal: los menores de 18 años (solo en el primer caso), los dementes, los sordomudos que no sepan leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los que hacen uso de drogas o enervantes toxicómanos.*

*Solo cabe recordar en este momento, que nos estamos refiriendo a los elementos de validez, es decir, que además de hacer excepciones, son requisitos que se exigen pero que son susceptibles de ser subsanados, o sea, que una vez corregidos, el contrato sigue su curso normal.*

## **2. Ausencia de vicios en el consentimiento.**

*Los vicios del consentimiento, pueden ser referidos a tres deficiencias fundamentales que pueden ser, a saber:*

- a) *El error. Este es un vicio que afecta a la inteligencia. Se entiende por error la falsa concepción de la realidad.*

*Existen cuatro clases de errores posibles: el error obstáculo o error impediante, cuando recae sobre la naturaleza del*

contrato o sobre la identidad de la cosa; el error nulidad o error vicio, cuando es posible subsanarlos con la voluntad de las partes; el error indiferente, cuando no afecta la naturaleza del contrato o el objeto; y por último, el error rectificable, referido a imprecisiones mecanográficas, por ejemplo.

- b) El dolo. Legalmente dolo es: "cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes.

Existen dos clases de dolo: primero, el dolo incidental y el dolo principal; y segundo, el dolo bueno (que solo es una pequeña astucia que solo exagera las cualidades o el valor de una cosa), y el dolo malo (que tiene repercusiones jurídicas por la malicia y cuantía que refleja).

El dolo principal recae sobre la causa o motivo determinante a éstos a celebrar un contrato que de otra manera no se hubiese celebrado. El dolo incidental recae sobre otros aspecto o circunstancias que hacen a un contratante contraer solo en condiciones menos favorables o más onerosas.

- c) La violencia. De acuerdo al derecho romano existe violencia física cuando se emplea la fuerza física o algún agente material que prive de la libertad al contratante; y violencia moral o intimidación o miedo, cuando por medio de amenazas o de fuerza física se coloca a un contratante en esta disyuntiva: "...o aceptar en este momento un mal

presente o futuro para él o para personas muy allegadas a él mismo, o bien celebrar el contrato."

La violencia da origen a la nulidad del contrato que solo puede ser invocada por quien la sufrió.

- d) **Lesiones.** La lesión en un sentido amplio es el perjuicio que en un contrato conmutativo experimenta una parte que recibe una prestación muy inferior a la que ella a su vez proporciona a la otra parte.

### **3. La forma requerida por la Ley.**

En ocasiones la ley exige determinada forma para la celebración de un contrato. Dicha forma es un elemento de validez, ya que la omisión de ella puede ocasionar que el contrato sea impugnado de nulidad relativa, para que se remedie o ponga solución, sea subsanado, en una palabra.

La teoría señala que los contratos pueden ser consensuales, cuando no se exige formalidad; formales, cuando sí se exige dicha formalidad, como en la mayoría de los contratos; y, solemnes, que nuestro derecho positivo solo reconoce dos: el matrimonio y el reconocimiento de hijos, para estos contratos se exige una rigurosa formalidad, por la importantísima trascendencia que tienen.

La forma se exige no porque se atribuya a las palabras en sí o a las fórmulas escritas o pronunciadas determinada fuerza propia, sino por otros motivos: interés público en evitar confusiones

que pueden desembocar en complicados litigios, dar precisión a las obligaciones que son asumidas y el de dar seguridad a ciertos bienes de mayor importancia que al derecho le interesa proteger y salvaguardar, además de inducir a las partes contratantes a reflexionar seriamente en el compromiso adquirido. Todas estas ventajas explican la en ocasiones compleja formalidad requerida en la mayor parte de los contratos que reglamenta nuestro actual Código Civil.

Finalmente, hemos de señalar los casos de formalismo indirecto que regula nuestro Código Civil, en los que aunque la ley no exija para un contrato una forma determinada, la falta de dicha forma hace que se presenten inconvenientes graves, por atribuir la ley efectos importantes a la forma, razón por la cual se cumple ésta en la práctica, caso concreto, por ejemplo, de los contratos en materia de arrendamiento que tantos y tan graves problemas pueden suscitar entre las partes y con perjuicios también para ambas.

#### **4. El fin o motivo determinante y la causa en los contratos.**

No es lo mismo la causa del contrato que la causa de una obligación. La primera es el fin o motivo determinante que llevó a las partes a celebrar ese contrato; mientras que la segunda es el motivo por el que en ese contrato cada parte aceptó obligarse a algo en favor de la otra parte.

El fin o motivo determinante en los contratos debe ser lícito y no ir en contra de la moral o de las buenas costumbres. Es

*decir, el motivo o fin que persiguen al celebrar el contrato, no como objeto, sino la consecuencia trascendente que se busca con ello.*

*El fin o motivo determinante es un factor de suma importancia y en el que entran en juego todos los demás requisitos de validez de los contratos.*

*No quisiéramos terminar el capítulo sin especificar aunque sea muy brevemente que los contratos pueden establecer penas convencionales para el caso de incumplimiento por cada una de las partes. Como lo hemos señalado, los contratos son regidos por la ley suprema que es la voluntad de las partes, y si éstas están de acuerdo, es factible la inscripción de una cláusula que establezca penas convencionales, ésto es de vital importancia para nuestro estudio y queremos dejarlo claro antes de concluir este capítulo, que retomaremos más adelante, integrándolo en capítulos posteriores.*

## **CAPÍTULO 3**

# **EL CONTRATO ADMINISTRATIVO**



### **3.1 Concepto**

Los numerosos, múltiples y complejos fines del Estado lo obligan a la celebración de un sinnúmero de actos jurídicos de derecho público y privado, requiriendo la colaboración de los particulares y de otros entes públicos y aún imponiendo determinadas prestaciones personales obligatorias para hacer más eficiente la acción de la Administración Pública. Son numerosos los créditos que se originan a favor del Estado, lo mismo que las obligaciones a su cargo.

*Estas formas de acción administrativa son en unos casos unilaterales y en otras se recurre a las formas contractuales, que tienen su antecedente en la teoría general de las obligaciones del derecho privado la cual se ha venido adaptando a las nuevas exigencias del interés general, hasta formar un cuerpo de conocimiento sui generis que se esfuerza por elaborar su propia teoría.*

*El Estado al actuar unilateralmente impone su autoridad suprema para obtener los medios necesarios para la realización de sus fines. Es una forma del ejercicio del poder de mando como en los casos del impuesto, la expropiación por causa de utilidad pública, la requisición, el decomiso, las situaciones previstas en la ley sobre atribuciones del Ejecutivo Federal en materia económica y otras leyes administrativas que establecen una contribución obligatoria de bienes a la administración pública. El acto*

administrativo se caracteriza por una declaración unilateral de la administración.

La complejidad de la vida administrativa origina que el Estado aparezca como acreedor y como deudor, gozando de especiales prerrogativas por su propia condición de poder público.

En algunas situaciones jurídicas la acción oficial logra el acuerdo de voluntades, la concurrencia de intereses particulares que libremente celebran sus contratos, discutiendo las condiciones del mismo y guiados por sus respectivos intereses. El acto jurídico contractual representa el haberse llegado a un acuerdo entre las partes - administración pública y particular -, sobre el objeto y prestaciones del mismo, a cambio del cual reciben ciertas ventajas principalmente materiales o en particular pecuniarias.

La institución del contrato forma parte del sistema liberal ya que las partes lo celebran con libertad o en ocasiones sujeto a ciertas restricciones necesarias para asegurar el interés general. Un sistema totalmente diferente es el que existe en los Estados comunistas, en donde estas forma jurídicas no pueden llamarse propiamente contractuales, por la constante y total acción unilateral del Estado.

El ilustre tratadista mexicano, el maestro Andrés Serra Rojas nos ofrece una definición muy precisa del contrato administrativo que no permitimos transcribir:

"El contrato administrativo es 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 en que debe revestir y la de estar sometidos, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa."*<sup>(18)</sup>

*En los contratos que regula el Código Civil, la voluntad de las partes es la suprema ley, de allí nacen las normas que rigen esa relación jurídica aplicándose el propio Código como norma supletoria para llenar los vacíos no previstos por las partes. Sus principios generales no radican en la igualdad de las partes y en la autonomía de la voluntad.*

*"En los contratos administrativos la situación es diferente: la voluntad de las partes no puede alterar los mandatos de la ley que se aplica directamente, las partes se subordinan a una relación de derecho público preestablecida o principios jurídicos creados expreso para normar esas situaciones, que obedecen a los reclamos del interés público. De aquí cierta precariedad en la relación que se establece, que es de antemano conocida por los que contratan con la administración pública que actúa sin propósito de lucro y solo trata de asegurar el interés general"*<sup>(19)</sup>

*Tanto en el derecho civil, como en el derecho administrativo los términos del convenio y contrato se emplean como sinónimos y se les comprende en la misma significación.*

(18) Andrés Serra Rojas. *op. cit.*, p.512.

(19) *ibid.*, p.513.

No obstante, el derecho administrativo actual, viene extendiendo el campo de los convenios administrativos, como parte de la administración concertada. Hay convenios inter-administrativos y convenios entre la administración y los administrados, que no tienen el carácter de contratos.

De este modo el criterio sirve para enjuiciar importantes instituciones administrativas, como en el caso del contrato de concesión, que no debe ubicarse en esta categoría, los convenios en materia de expropiación, etc. También han surgido diferentes tipos de convenios entre la administración y las entidades federativas en materia electoral, de turismo, salubridad, educación, materia vial, consorcios forestales, y otros tipos de convenios que no tienen el carácter de contratos administrativos, como por ejemplo en materia fiscal federal.

Debemos concluir en este punto la imperiosa necesidad de que la administración pública se dé cuenta que para administrar es necesario negociar tomando en consideración el término negociar como factor imprescindible en la tarea de administrar.

Los contratos administrativos, como ya hemos indicado, se celebran entre la administración pública y otras personas privadas o públicas y guardan alguna relación con el contrato de derecho privado.

Por el contrato administrativo se asegura el régimen de los servicios públicos o la realización de los fines del Estado. El interés

general o la utilidad pública son elementos básicos de este contrato.

Fernando Albi Cholvi, citado por el maestro Serra considera como elementos característicos del contrato administrativo los siguientes:

1. El interés general, como causa del mismo.
2. El servicio público, como objeto.
3. La forma, como requisito esencial.
4. La desigualdad de las partes.
5. La jurisdicción especial.
6. La especialidad legal.

"A lo que el maestro Serra agrega, los modos y requisitos que determinen las leyes.<sup>(20)</sup>

"El contrato administrativo, -continúa el maestro Serra -, es una forma de la colaboración voluntaria de los particulares que contratan con el Estado, por los beneficios que les proporciona esta relación jurídica. Estos contratos son muy solicitados por el volumen de los mismos, por las facilidades de crédito que el Estado otorga para su financiamiento en instituciones oficiales, y porque la administración contrata, bajo las mismas condiciones normales y

---

(20) *Ibid.*, p. 515.

con los precios del mercado común. El volumen creciente de las obras públicas se traduce en múltiples contratos."<sup>(21)</sup>

### **3.2 Elementos del contrato administrativo**

Clasificamos los elementos del contrato administrativo de la siguiente forma:

#### **3.2.1 Elementos esenciales**

- a) *Sujeto.* Lo característico del contrato administrativo es la presencia de la administración pública como una de las partes, con sus poderes y privilegios.

Ella puede contratar con los particulares o con otros entes de derecho público, que persiguen finalidades de interés económico, en tanto que la administración pública se inspira en el interés general.

- b) *Competencia y capacidad.* Como precisamos, el órgano administrativo que contrata debe ser un órgano competente, es decir, estar autorizado por la ley para celebrar el contrato. La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, faculta a las dependencias para la celebración de los contratos y determina las facultades de control y vigilancia de la Secretaría correspondiente.

---

(21) *ibid.*, p. 515.

Los particulares que contraten con la administración deben tener la capacidad jurídica para hacerlo, en lo términos del derecho común, es decir, tener la aptitud para gozar de un derecho o capacidad de goce; o para ejercerlo, capacidad de ejercicio.

- c) **Consentimiento.** El consentimiento es una manifestación de voluntad mediante la cual se logra el acuerdo entre las partes que celebran el contrato.

La administración pública expresa su consentimiento a través de los titulares de los órganos que tienen competencia para hacerlo, ya sean titulares únicos u órganos colegiados.

En el contrato administrativo el consentimiento debe ser expreso.

- d) **Forma.** Es la ley la que señala en cada caso la forma que deben revestir los contratos administrativos. La forma escrita es esencial para la existencia de un contrato administrativo.
- e) **Objeto.** El objeto es el propósito de las partes para generar los derechos y obligaciones.
- f) **Causa.** En los contratos administrativos la idea de causa o motivo determinante tiene aún más importancia que en los contratos de derecho privado, porque presupone el interés público o el fin de la institución a que se refieren esos contratos.

La causa es pues, el fin en vista del cual una persona se obliga frente a otra.

- g) Régimen jurídico especial. El contrato administrativo está sometido a un régimen de estricto derecho público, solo por excepción debe remitirse al derecho privado.

Es a través de las cláusulas reglamentarias como la ley asegura el mantenimiento del interés general, que no puede quedar al arbitrio de los particulares.

### 3.2.2 Elementos no esenciales

- a) Plazo. El plazo se determina de acuerdo con la naturaleza del contrato que se celebra. En unos casos los contratos demandan plazos muy amplios para que se pueda operar la amortización de los capitales invertidos y en otros casos, se fijan plazos breves, como la construcción de un edificio.

Es frecuente que se señalen diversas sanciones por el incumplimiento del plazo. Los contratistas con frecuencia se comprometen a pagar determinadas cantidades por el plazo excedido.

- b) Conmutabilidad. Los contratos administrativos se clasifican como contratos conmutativos, porque los provechos y gravámenes que corresponden a las partes, son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato.



Pueden surgir situaciones o acontecimientos que hagan variar las condiciones de un contrato, como en la aplicación de la teoría de la imprevisión.

- c) *Intransferibilidad.* Al celebrarse un contrato administrativo la Administración se cerciora de la idoneidad de su co-contratante, es por ello que en principio se prohíbe el transferir esos contratos a otras personas.

Pueden existir excepciones, como en el caso que la ley lo autorice o que se haya pactado expresamente por las partes. En los contratos de obra pública la Secretaría autoriza a los contratistas para que celebren determinados tipos de contrato con otras personas, como puentes, obras de arte, jardinería y otros análogos.

- d) *Licitación.* Es un procedimiento legal y técnico que permite a la administración pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad y conveniencia, prestar servicios públicos o realizar obras.

- e) *Garantías.* La garantía es sinónimo de obligación y responsabilidad. En los contratos es un medio para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Las garantías que se pueden exigir por la administración pueden ser: las que señalan las leyes o las que se pacten en el contrato respectivo.

- f) Sanciones. El concepto de sanción se emplea como pena o represión. Es la ley la que ordena una pena contra quienes la violen; en otro aspecto es la pena que se pacta por el incumplimiento del contrato.

### 3.3 Interpretación y ejecución de los contratos administrativos

Antes de entrar propiamente al estudio de nuestro tema, transcribiremos algunas pequeñas citas del Semanario Judicial de la Federación al respecto y de manera introductoria:

"Las autoridades contratantes no pueden violar los contratos administrativos por medio de acuerdos gubernativos, pues esto importa una violación de los artículos 14 y 16 constitucionales. Semanario Judicial de la Federación."<sup>[22]</sup>

"La sociedad está interesada en que se respete la vigencia del contrato celebrado por el poder público, mientras la autoridad no lo declare nulo."<sup>[23]</sup>

El Lic. Serra Rojas al respecto señala:

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

[22] Andrés Serra Rojas. Derecho Administrativo. p.525.

[23] Ibid.

*procede dar entrada al amparo, que solo cabe contra actos de autoridad."*

*Y más adelante agrega:*

*"Es verdad que la jurisprudencia de la Corte ha establecido que el Estado no puede por 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 contratante no puede invocar lesión de sus derechos porque la autoridad rescinda el contrato sin forma de juicio o se deje de observar el principio de derecho civil de que antes se habló. Si la autoridad contratante, sin forma de juicio, declara rescindido el contrato, no puede alegarse como improcedencia del amparo, que el contratante puede ocurrir ante los tribunales para exigir el cumplimiento del contrato o su rescisión, porque en el amparo lo que se pretende es obtener la revocación del acuerdo que declara insubsistente el contrato."*<sup>(24)</sup>

*Pasaremos ahora a estudiar lo que serían los modos de celebración de los contratos administrativos, y a este respecto el multicitado tratadista mexicano Andrés Serra Rojas muy acertadamente apunta:*

---

<sup>(24)</sup> *Ibid.*, pp. 525-526.

*"El Estado, como cualquier contratante, tiene el derecho legítimo de obtener de los particulares las mejores condiciones en su contratación, las más económicas, las más eficientes y las que ofrezcan mayores garantías de seriedad en su realización."*<sup>(25)</sup>

Los modos de celebración de los contratos administrativos son:

1. *La adjudicación, que puede adoptar estos procedimientos:*
  - a) *El concurso. Entre las personas que ofrezcan las mejores ofertas o condiciones de contratación, que tiene estas formas.*
    - *La adjudicación pública abierta, sobre la base de comparación de los precios propuestos.*
    - *La adjudicación restringida, la administración escoge discrecionalmente a los postores sobre la base de comparación de los precios.*
2. *Los contratos amistosos, que se celebran con amplia libertad y comprenden un llamado a los postores, para que la administración escuche las ofertas y finalmente escoja al que estime conveniente o simplemente un contrato, o no está obligada a estas formas y elige libremente.*

*En cuanto a la forma, debemos señalar que estos contratos deben celebrarse con los funcionarios que expresamente autoriza la ley para ello, y que será objeto de un estudio posterior*

---

<sup>(25)</sup> *Ibid.*, p. 527.

que efectuaremos; asimismo, deberán hacerse por escrito y contar en escritura pública, o sea, ante la fe pública de un notario. El particular tiene la obligación de conservar facturas, memorándums, recibos, comprobantes, etc., que le expida con motivo del contrato el Estado.

Todos los contratos administrativos deben contener lo que el maestro Serra Rojas denomina "Pliego de Condiciones", y al respecto señala:

"Estas condiciones pueden ser:

- a) El pliego de cláusulas y condiciones generales o pliego de las cláusulas administrativas generales. Estas condiciones administrativas se fijan en términos generales en todos los ministerios para cada tipo de contrato. En algunos países estas condiciones generales se convierten en prescripciones generales a toda la administración como la circular de la Secretaría del Patrimonio Nacional sobre contratos administrativos.
- b) El pliego de prescripciones comunes, que son las normas especiales o particulares del contrato, también son objeto de regulaciones tipo aplicables a contratos análogos.
- c) El pliego de prescripciones especiales, sobre consideraciones de precios, de calidad, de sanciones, y de otras circunstancias."<sup>(26)</sup>

---

(26) *Ibid.*, p. 528.

Las empresas o los particulares que contratan con el Estado lo hacen, obviamente, por los beneficios que les reportan dichos contratos. El particular tiene derecho a exigir el pago o remuneración por los trabajos, servicio, o bienes prestados o dados al Estado de manera oportuna y según la periodicidad que se hubiera convenido, así como las indemnizaciones por los trabajos realizados y no pactados con anterioridad o que por fuerza mayor o caso fortuito requieren gastos extras o sobrevinientes, pero a ello nos referimos más adelante.

Por otra parte, el Estado debe estimular a las empresas con quienes se contrató, pero debe también llevar a cabo una vigilancia coactiva, a modo de que no se le defraude con objeto de dichos contratos.

La empresa está obligada, por otro lado a múltiples cosas, entre ellas se señala la prohibición de cesionar o entregar parcialmente el objeto del contrato, salvo que lo autorice la administración.

En este sentido, la administración cuenta con varios poderes, en contra del particular:

- Poder de control y dirección, referido al interés que debe poner el Estado en vigilar y controlar la realización del contrato. La dirección de un contrato la asume la dependencia que contrato en base a las llamadas órdenes de servicio, que son las instrucciones que da el Estado para la ejecución del contrato en la forma pactada.

- Poder de Sanción, que son todas las sanciones administrativas como la sanción pecuniaria, los medios de coacción, la rescisión, la suspensión de obras y la intervención, ya que se considera que las sanciones del derecho privado son insuficientes.
- Poder de rescisión, que tiene por finalidad dar por terminado un contrato manteniendo la responsabilidad que resulte al contratista.

A este respecto el maestro Gabino Fraga, en su obra intitulada: Derecho Administrativo, remitiéndose a Gastó Jéze indica:

"¿En que consisten exactamente, dice, las reglas especiales aplicables a la ejecución de las obligaciones respectivas de las partes contratantes que resultan de los contratos administrativos propiamente dichos? Se puede a este respecto formular las proposiciones siguientes: 1º Hay principios de justicia y equidad que dominan todos los contratos, de cualquier naturaleza que sean, de derecho privado o de derecho público. Estos principios derivan de algunas ideas fundamentales: la palabra dada debe ser respetada; el que comete una falta en la ejecución de sus obligaciones debe soportar las consecuencias; las cláusulas de un contrato deben ser interpretadas y ejecutadas razonablemente, según la intención de las partes, sin atenerse muy estrechamente al sentido literal de los términos empleados; las obligaciones de las partes no son sólo las que están formalmente expresadas en el contrato, sino todas las que resulten de la naturaleza del contrato y de los usos admitidos para estos

contratos, etc. Estos principios se aplican indiscutiblemente a los contratos administrativos propiamente dichos. Sin embargo, es preciso observar que las fórmulas por las cuales los códigos de derecho privados han traducido más o menos felizmente estos principios no se aplican a los contratos administrativos. Estas fórmulas tienen fuerza obligatoria para las relaciones contractuales a que se refieren: las que resultan de los contratos de derecho privado. Las fórmulas no rigen a los contratos administrativos, lo que les es aplicable son las ideas que expresan esas fórmulas: se podrá sacar argumento de la idea, pero no del texto. En efecto, la idea general de justicia y de equidad puede, en las relaciones del contratante y de la administración, implicar consecuencias diferentes de las que el derecho privado ha formulado para las relaciones de particular a particular; hay un elemento esencial que el derecho privado no tiene en cuenta; las necesidades del funcionamiento regular y continuo del servicio público...; 2º Hay reglas técnicas en los códigos de derecho privado para tal o cual contrato. El derecho privado construye tipos de contratos civiles o comerciales, de convenciones celebradas en ciertas materias entre particulares. Estas reglas se aplican indiscutiblemente a los contratos celebrados por la administración, aún para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos. Pero no hay que aplicarlos por analogía a contratos administrativos que a primera vista se asemejan a ciertos contratos de derecho privado, pero que en realidad son contratos diferentes."

Enseguida, da el maestro Gabino Fraga su opinión al respecto de lo que acabamos de transcribir:



"Lo anterior demuestra claramente que como en el contrato administrativo existe un íntimo enlace entre las prestaciones que él impone y el cumplimiento de las atribuciones del Estado, es indispensable que la ejecución de las obligaciones contractuales quede subordinada a normas que, en todo caso, pongan a salvo dichas atribuciones aún con sacrificio dentro de la situación originada por el contrato, del interés privado del co-contratante de la administración."

Y concluye diciendo:

"De tal manera que la regla fundamental de interpretación en los contratos administrativos debe ser la de que, en caso de duda las cláusulas de aquellos deben entenderse en el sentido que sea más favorable al correcto desempeño por parte del Estado de la atribución que está comprometida."<sup>(27)</sup>

### **3.4 Modificación y término de los contratos administrativos**

La administración pública federal tiene el derecho de interpretar y modificar los contratos que lleva a cabo, aunque debe respetar el contenido económico que se deriva de ellos.

A este respecto André Serra Rojas, citando a André de Laubadere apunta:

"Este poder de modificación unilateral es lo que se denomina la mutabilidad del contrato administrativo. La

---

(27) Gabino Fraga. Derecho Administrativo, p.p. 401-402.

administración pública no puede prever todas las variaciones que los servicios públicos imponen a la acción del Estado. La vida siempre es más rica en posibilidades que cualquier previsión oficial. Esto determina que el Estado, al contratar debe siempre tener presente las circunstancias de realización de un acto jurídico. El Estado no solamente tiene el poder de modificación unilateral, sino no sería aceptable ninguna cláusula en el contrato administrativo que los obligara a renunciar a este derecho. Si ella llegara a aceptarse sería inexistente porque es contrato de interés público.

"La extensión de este derecho es limitada por el derecho administrativo, que solo la acepta cuando su modificación se inspira estrictamente en el funcionamiento del servicio público. Las modificaciones unilaterales exceden determinados límites, el contratante tiene el derecho de exigir la rescisión del contrato..."<sup>(28)</sup>

En este sentido la jurisprudencia de la Suprema Corte es determinante: "Sólo los tribunales de justicia pueden, mediante el juicio correspondiente, declarar rescindidos los contratos administrativos y decidir los litigios que surjan con motivo de ellos". Jur. Tess 283, pág. 5538.

Asimismo la ejecutoria de la Suprema Corte. Toca 6209/951. 1º Informe del Presidente de la Suprema Corte al terminar el año; pág. 42.

---

(28) Andrés Serra Ronas. *op. cit.*, p. 532.

*"Contratos administrativos. Su rescisión puede declararse administrativamente cuando se ha establecido expresamente dicha facultad en el convenio respectivo.*

*"Las autoridades administrativas pueden declara la caducidad de un contrato-concesión cuando ha sido establecida expresamente tal facultad en el contrato, siempre que previamente den oportunidades al concesionario para hacer defensa de sus derechos, por lo que sí está demostrado fehacientemente que el propio concesionario ha incurrido en violaciones, que de acuerdo con el mismo convenio son causa de rescisión, resulta evidente que tal rescisión puede ser declarada para solicitarla."*

*Por lo que respecta a los hechos supervinientes que modifiquen la ejecución de un contrato de esta naturaleza, debemos separarnos de la teoría del derecho privado totalmente, ya que en materia administrativa, el particular pase lo que pase que influya a futuro la ejecución de un contrato administrativo, éste tiene la obligación de llevarlo a cabo, debido al interés público que conlleva el funcionamiento de los servicios públicos, más tiene el derecho también a que se le indemnice por todas estas circunstancias.*

*En base a lo anterior se han elaborado tres teorías fundamentalmente, que tratan de explicar y regular los supuestos más importantes al respecto:*

### **a) La teoría de la fuerza mayor**

La fuerza mayor es un acontecimiento exterior, independiente de la voluntad de los contratantes que impide la ejecución del contrato. Ésta libera al particular de su obligación si:

- Se produce absolutamente independiente de la voluntad del particular;
- Es imprevisto e imprevisible;
- Hace imposible la ejecución del contrato.

### **b) La teoría del hecho del príncipe**

En términos generales la doctrina ha denominado hecho del príncipe a toda medida dictada por los poderes públicos de un país que tenga como consecuencia hacer más difícil y onerosa la ejecución del contrato al particular.

En este sentido podríamos hablar de cargas fiscales o la ejecución de ese contrato en particular.

En términos generales también, decimos que en este caso, la mayoría de la doctrina se ha inclinado en pensar que la administración debe indemnizar al particular por estas nuevas cargas e incluso lo pueden llevar a la rescisión del mismo. Es importante, por razón de nuestro estudio tener presente este punto que tocaremos nuevamente más adelante y que resultará fundamental en un estudio posterior.

### **c) La teoría de la imprevisión**

Esta teoría surge como consecuencia de acontecimientos económicos imprevisibles, por lo que un particular co-contratante con la administración sufre pérdidas en la ejecución del contrato, modificándolo y alterándolo notablemente. En este supuesto es de señalar que la administración tiene la obligación de indemnizar parcialmente la pérdida sufrida, compensación que se ha dado en denominar extra-contractual. Pero debemos dejar claro que el particular independientemente de ello, tiene la obligación ineludible en todos los casos, como ya se indicó, de terminar la obra o el servicio, en base al interés general del servicio público o de los bienes que pasan a formar parte de la comunidad a través del Estado.

Por otro lado, se ofrecen casos en que la administración es el responsable por el incumplimiento del contrato por ejemplo, no entregar las sumas de dinero que se hubiere comprometido a entregar total o parcialmente, por no proporcionar la maquinaria o materias primas, a las que se pudo haber obligado en el contrato, o a otras de esta naturaleza. Aunque pueden deberse también como ya se dijo a causas imprevisibles como una inundación, variación de la naturaleza del suelo, etc. En todos estos casos, será necesario un estudio técnico para poder deslindar responsabilidades en ese momento.

Nos remitimos ahora al comentario que a este respecto formula el estudioso mexicano Andrés Serra, quien nos dice:

"La inmoralidad administrativa, unida a la inmoralidad de los contratistas o acontecimientos imprevisibles, origina incumplimiento de los contratos administrativos en perjuicio del interés general, salvo los casos de legítimo incumplimiento.

"Es frecuente el suministro de elementos en malas condiciones, de calidad inferior, en cantidad menor a la estipulada, en lugares diversos a lo convenido o con alteraciones de precios y circunstancias que unas veces se han previsto, pero que en la mayor parte de las veces, no han sido consideradas en el convenio.

"Normalmente cada dependencia del ejecutivo celebra sus propios contratos bajo la revisión de la Secretaría, porcentajes, intereses, duplicación de trámites, son elementos que se agregan a los inconvenientes anteriores. Todo esto se agrava por la falta de una legislación administrativa que prevea estas situaciones y establezca sanciones muy severas..."<sup>(29)</sup>

A este mismo respecto, nos remitimos a la opinión que vierte en su obra el maestro Gabino Fraga, quien señala:

"Consecuencia también de la primacía que en el contrato administrativo tiene el eficaz cumplimiento de las atribuciones del Estado, es la de que cuando para lograr esta eficacia se haga indispensable la modificación de las prestaciones convenidas aumentándolas, disminuyéndolas o poniéndoles fin, debe la administración poder hacerlo, pues como dice Jéze, "sería absurdo que la administración continuase haciendo funcionar

---

(29) *Ibid.*, pp. 534-535.

durante años un servicio público que se ha hecho inútil, o que mantuviese una organización que se ha vuelto inadecuada, o recibiese prestaciones que se han hecho inútiles para el servicio público.

"Podiera considerarse que las facultades que corresponden a la administración en el contrato administrativo vienen a ser incompatibles con la naturaleza misma del contrato, pues equivale a que la fijación de las prestaciones y el cumplimiento de las mismas queden al arbitrio de una de las partes, que en el caso es la administración, la cual en esa forma impondría unilateralmente su voluntad.

"El argumento así presentado no deja de ser impresionante; pero bien examinado pierde su fuerza aparente. En efecto, el particular, desde el momento en que celebra el contrato administrativo, sabe que las obligaciones que contrae no tienen la misma rigidez que las obligaciones contractuales civiles y que, como aquéllas se han convenido en tanto que son útiles al eficaz cumplimiento de las atribuciones del Estado, tendrían que quedar subordinadas a ellas e irse ajustando a las variaciones que las mismas exijan para poder dar adecuada satisfacción a las necesidades colectivas.

"Finalmente, el régimen excepcional de los contratos administrativos permiten considerar como válidas ciertas estipulaciones que no podrían tener efecto en el régimen de contratación civil. Dentro de este último serían contrarias al orden público, y por lo tanto, estarían viciadas de invalidez las cláusulas

que invistieron a uno de los contratantes de facultades para imponer de propia autoridad a su contraparte la ejecución forzada de sus obligaciones, las sanciones estipuladas en el contrato o la extinción misma de éste.

"Por el contrario, esas mismas estipulaciones en favor de la administración dentro de los contratos administrativos se consideran como perfectamente regulares, porque ellas salvaguardan el eficaz cumplimiento de las atribuciones estatales, que de otro modo quedaría impedido si el Estado no dispusiera de medios rápidos y efectivos para poder satisfacer las necesidades colectivas. Y es que el Estado como ya hemos dicho antes, no puede prescindir de su carácter de poder público aún en las relaciones contractuales, y "si no impone como poder el contrato, impone al que quiere contratar con él condiciones que dejan a salvo ese poder."<sup>(30)</sup>

### **3.5 Diferencia entre contratos civiles y contratos administrativos**

Lo primero que debemos señalar es que en los contratos que tienen su regulación en base al Código Civil, la voluntad que expresan las partes es la Suprema Ley, de ahí nacen las normas que rigen a esa relación concreta y particular aplicándose las del Código Civil en caso de controversia o como supletorias. Los principios generales

---

(30) Gabino Fraga. *op. cit.* p. 402 y ss.



que los rigen son la igualdad de las partes y la autonomía de la voluntad.

*En materia administrativa este concepto sufre un cambio radical, ya que la voluntad de las partes no puede alterar el contenido y los mandatos de la ley, que se aplica directamente, y las partes en base al interés general, no pueden alterar u omitir las normas de derecho público preestablecido.*

*En otro orden de ideas, debemos indicar que ni en el derecho civil ni en el administrativo existe igualdad entre un convenio y un contrato. Los convenios administrativos, dentro del derecho administrativo actual, quedan insertos dentro de la administración concertada. Hay convenios inter-administrativos y convenios entre la administración pública federal y particulares que de ninguna manera los podremos enmarcar dentro de los contratos, como por ejemplo, los convenios surgidos por causa de expropiación, en materia fiscal, en materia electoral, de turismo, salubridad, educación, etc., que de ninguna forma revisten el carácter de contratos.*

*La escuela realista del derecho señala que todos los contratos que celebra la administración pública están sometidos a la legislación común, negando con ello toda la sustantividad y la existencia misma de los contratos administrativos. En esta corriente encontramos a pensadores tan avisados como el mismo León Duguít quien opina que en sus elementos intrínsecos un contrato tiene siempre los mismos efectos y las mismas características, por lo que no es necesario crear una figura nueva para el contrato*

administrativo. Hemos de poner mucha atención en este punto, debido a que representa uno de los objetivos fundamentales de este trabajo de investigación, por lo que nos referimos textualmente a las palabras que sobre este punto escribe el tratadista Serra Rojas:

"Una posición doctrinal diferente a la teoría dominante en la actualidad acepta considerar en lo general, todos los contratos celebrados por la administración pública, pero los clasifica en dos grupos: a) los conceptos sujetos al derecho privado o contratos civiles de la administración; y b) los contratos administrativos propiamente. La caracterización de este último forma la materia de la especulación doctrinal. Si bien es cierto que la noción subjetiva del contrato administrativo se ha mantenido por la Corte.

"Gastón Jéze adopta la tesis de la autonomía de los contratos administrativos, indicando que hay una diferencia de fondo entre contratos civiles y contratos administrativos, porque los efectos de éstos no son los mismos que los de los contratos civiles. Los contratos administrativos se diferencian de los civiles por estar sometidos a las reglas especiales del derecho público.

"André de Laubadere, señala que es indudable que el régimen jurídico entre ambos contratos es profundamente diferente y señala estos elementos:

1. La noción misma de contrato es una noción única, en una cierta categoría jurídica. En derecho administrativo como en

derecho civil es un acuerdo de voluntades, generador de situaciones jurídicas subjetivas.

2. Pero el régimen jurídico de los contratos administrativos es un régimen profundamente autónomo. El contrato administrativo está dominado por las exigencias del servicio público, sin intereses particulares que puedan interferirlo. No son voluntades desiguales las que intervienen, sino intereses desiguales, el interés general debe siempre prevalecer sobre el interés privado."

Cuando la administración pública celebra un contrato, no estamos siempre en presencia de un contrato administrativo, sin embargo, hay formas de contratos celebrados por la administración que son siempre contratos administrativos. Tales son los casos siguientes:

- a) Contrato administrativo por determinación de la ley. Cuando la ley emplea esta clasificación está predeterminando el régimen que le es aplicable, como en los casos de contratos de obra pública, el contrato de venta de inmuebles del Estado, los contratos que implican ocupación del dominio público y los contratos de empréstito público del Estado.
- b) El mismo Laubadere, nos indica que hay contratos que lo mismo pueden ser administrativo o de derecho común."

Y de esta forma el autor en cuestión termina expresando:

"La jurisprudencia ha definido el contrato administrativo en estos términos: Son contratos administrativos los contratos

verificados por una persona pública en vista y ocasión del funcionamiento del servicio público, y para los cuales la administración, ha manifestado su intención de adoptar el régimen de derecho público, de preferencia al régimen de derecho privado; esta intención aparece en la inserción en el contrato de cláusulas exorbitantes, sea en la participación directa del co-contratante o en el funcionamiento del servicio.

"Los tres elementos fundamentales que señala la jurisprudencia francesa a la noción del contrato administrativo son:

- a) Participación en el contrato de una persona o entidad de derecho público dotada con la competencia suficiente para hacerlo y los particulares;
- b) Dependencia del contrato administrativo del funcionamiento de un servicio público. Esta condición es necesaria sin ser suficiente a juicio de otro sector doctrinal;
- c) Elección por la administración de un procedimiento de derecho público, por el cual el particular se somete voluntariamente a las condiciones unilaterales establecidas por la ley o por la propia administración".

Siguiendo con la línea del ilustre tratadista mexicano, hace un breve resumen, al que pasamos a continuación:

"En resumen - señala -, este criterio es doble:

- a) El criterio esencial de las cláusulas exorbitantes que aseguran el interés general, cuya naturaleza debe discutirse;

- b) *En ausencia de ellas, hay contrato administrativo si él implica una participación directa del particular contratante en la gestión misma del servicio o de las actividades fundamentales del Estado que son materia exclusiva del mismo.*

*"El criterio del servicio público y el de las cláusulas exorbitantes parece ser el criterio dominante en dicha doctrina, aunque insistimos en la necesidad de un nuevo régimen jurídico que regule al contrato administrativo, la insuficiencia de aquel criterio."*

*Y continúa diciendo:*

*"La cláusula exorbitante es una imposición del poder público que la reclama inspirado en el interés general, que no debe estar subordinado a un interés particular. El Estado define previamente el régimen jurídico que regula todos sus actos, que no pueden ser otros que la imperiosa necesidad del mantenimiento de los servicios públicos. Cuando el estado lo estima conveniente no establece este régimen y el contrato no puede llamarse un contrato administrativo.*

*"Este criterio ha sido apoyado por Alfonso Nava Negrete ("Contratos de la Administración Pública. Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, 2º Número. extraordinario". Ensayos de derecho administrativo y tributario para conmemorar el XXX aniversario de la "Ley de Justicia Fiscal", pág. 557 a 572), que afirma: "La cláusula exorbitante, desde luego es una cláusula derogatoria del derecho común, no es posible en los contratos de derecho común, la imposibilidad deriva fundamentalmente en que ella viene a romper*

con el principio general de la igualdad de los contratantes que priva en el contrato civil. Y la manera como da origen a la desigualdad es creando a favor de la administración poderes, o más bien prerrogativas frente a su co-contratante. Se habla así de prerrogativas exorbitantes.

"Este régimen exorbitante se traduce en ciertos privilegios para la administración pública, necesario para la realización de sus fines. Por ello goza de prerrogativas y facultades superiores a las de los particulares. Por lo regular, la interpretación y aplicación del contrato administrativo lo hace la propia administración."<sup>(31)</sup>

Toda esta tesis de la doctrina de las cláusulas exorbitantes a favor del Estado ha sido criticada severamente por la doctrina e incluso por la legislación española.

Independientemente de todo lo anteriormente expuesto, llegamos a la conclusión de que la administración pública puede celebrar contratos sujetos a las más diversas modalidades jurídicas e incluso con un amplio margen de ganancia o favorable, en aras del interés general por un servicio público. Esta tesis no es compartido del todo por nosotros, debido a que se debería hacer una clasificación más rigurosa delimitando los elementos y objetos subjetivos de estos contratos para eliminar irresponsabilidades, abusos, arbitrariedades y darles mayor eficacia, pero nuestra opinión personal la reservamos para un capítulo especial.

---

(31) Andrés Serra Rojas. *op. cit.* p. 517 y ss.

No obstante, siguiendo con la exposición que realiza el maestro Andrés Serra Rojas, volviendo a remitirnos a él, nos señala:

"En la tesis dominante los contratos celebrados por la administración pueden ser:

a) Contratos civiles realizados por la administración pública y sujetos al régimen de derecho privado. Sin embargo, vemos con recelo esta forma, porque en derecho privado la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos y por lo que se refiere a los contratos administrativos creemos que esta fórmula debe ser: en derecho público el interés general, es la suprema ley de los contratos administrativos.

Agustín A. Gordillo afirma: "No todos los contratos celebrados por la administración, que serán pues, a nuestro juicio, siempre "contratos administrativos", tienen un régimen igual; existen por el contrario varias graduaciones en cuanto a la intensidad del régimen de derecho público", y agrega: "En suma, en lugar de haber "contratos civiles" y "contratos administrativos", los primeros con exclusiva aplicación del derecho privado y los segundos con un régimen autoritario y exorbitante, hoy en día existe un solo grupo de contratos administrativos, a mitad de camino entre ambos: cuentan con un régimen de derecho público, pero más equitativo y justo que el clásico.

Dentro de estos contratos, con todo existen ciertas graduaciones en cuanto a la intensidad del régimen de derecho

público; pero ellas no alcanzan a modificar la naturaleza del contrato.

"La legislación mexicana reconoce la existencia de estos contratos, regidos por la legislación civil, pero con las excepciones que las mismas leyes establecen.

"La mayor parte de los casos en que se aplica el derecho privado, son situaciones de "reenvío". Ante la insuficiencia del derecho administrativo, se recurre al Código Civil o al Código de Comercio. Lógicamente la norma de derecho privado se rige en una norma de derecho público. El esfuerzo del legislador debe ser no apartarse de las instituciones públicas, elaborando el propio régimen jurídico que le corresponde. Considero justa la actitud de eliminar toda referencia al derecho privado, en las relaciones que corresponden al derecho público. Mientras existan legalmente estos reenvíos deben seguir aplicándose de acuerdo con la Ley."

Y continúa señalándonos más adelante:

"Considero que los contratos sujetos a Derecho Privado que celebra la Administración Pública Federal, se encuentra en nuestra legislación en una etapa de transición. Los reenvíos al Derecho Civil del Distrito Federal tal como lo hacen los artículos 6 y 71 de la Ley General de Bienes Nacionales deben desaparecer obligando al legislador a que legisle en la propia ley administrativa. De este modo las enajenaciones de bienes de dominio privado de la federación, como comprador o vendedor, todos los contratos que regula el derecho común, exceptuándose los de comodato y



las donaciones no autorizadas en la ley debe eliminarse el reenvío y legislarse administrativamente."

"La aplicación del derecho mercantil es más difícil por la obligada aplicación de la Ley de Sociedades Mercantiles, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en materia de títulos y fideicomisos que ya reclaman una legislación administrativa adecuada, las leyes sobre fianzas y seguros y otras. Toda esa legislación, que desintegra el Código de Comercio, debe cuidadosamente revisarse en un futuro inmediato. La teoría administrativa debe preocuparse por el nacimiento de un nuevo derecho administrativo mercantil, cuya necesidad se va poco a poco reconociendo.

Y más adelante declara:

"Los contratos de prestación de servicios profesionales celebrados por la administración pública federal son contratos administrativos y forman parte del derecho administrativo laboral, aunque hay opiniones en contrario.

"Los bienes del sector paraestatal, salvo los bienes de dominio público pueden ser objeto de contratos diversos, en los términos de la Ley General de Bienes Nacionales. En general y para determinado tipo de operaciones civiles y mercantiles, sus leyes permiten la aplicación del derecho privado.

"Las empresas de participación estatal se rigen por la Ley de Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, pero sus operaciones se rigen por el derecho civil y mercantil, aplicándose las leyes especiales como instituciones de

crédito, seguros, fianzas, títulos y operaciones de crédito y demás relativas. Véase además la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

"b) Contratos administrativos, en los que necesariamente debe intervenir la administración pública en la gestión de un servicio público y con un régimen de derecho público determinado por la ley que debe asegurar el interés general en forma preferente, en el cual se establecen cláusulas exorbitantes para regular la relación contractual. Debemos insistir que no toda la actividad del Estado se realiza bajo la forma de servicio público, por lo que nos encontramos con actividades estatales que pueden originar contratos administrativos."

Y finaliza diciéndonos:

"No debe olvidarse que las partes en un contrato administrativo mantienen una situación desigual, por una de ellas, la administración pública tiene ciertas facultades y privilegios, sólo puede hacer lo que la ley le permite y su libertad de contratación es restringida por el funcionario mismo de ella, tal es el caso de las leyes administrativas en materia económica, egreso e ingreso, especiales de financiamiento y control administrativo.

"El contrato administrativo tiene una cierta uniformidad y flexibilidad por la naturaleza de su función, evitando una excesiva diversificación de sus actos, que solo dificultades acarrearían al no adaptarse a su creciente desarrollo.

"Finalmente la tendencia actual es evitar la rigidez de los contratos y a igualar, sin menos cabo del interés general, la relación de las partes. El co-contratante de la administración no es más que un colaborador de ella y sujeto a las mismas exigencias del interés general."<sup>(32)</sup>

Nos permitimos ahora, integrarnos a los comentarios que sobre este tema realiza el maestro Gabino Fraga en su obra:

"Si pues no basta que el Estado intervenga para que se califique la naturaleza jurídica del contrato, debemos buscar otro elemento que sirva para distinguir las dos categorías en que la doctrina más generalmente aceptada agrupa los contratos que el Estado celebra: contratos civiles y contratos públicos o administrativos.

"El criterio para hacer la distinción entre esas dos categorías es de los más discutidos e imprecisos, pues varía desde la equiparación sustancial de las dos clases de contratos, con solo diferencias de carácter formal o externo hasta la negativa de que el contrato administrativo sea realmente un verdadero contrato.

"La distinción entre contratos civiles y contratos administrativos tiene importancia para nosotros para señalar doctrinalmente el régimen que a cada uno conviene.

"La existencia de una categoría especial de contratos, los administrativos, solo pueden justificarse por la circunstancia de que

---

(32) *Ibid.*, p. 522 y ss.

ellos están sujetos a un régimen exorbitante del constituido por el derecho civil.

"La afirmación anterior podría conceptuarse como la correcta solución del problema que hemos venido estudiando puesto que ella implica un criterio preciso para hacer la distinción de las dos categorías de contratos que puede celebrar la administración: los contratos civiles y los administrativos; los primeros, sujetos al régimen de derecho civil aplicable a las relaciones privadas, y los segundos sujetos a régimen jurídico diferente."

Después nos señala:

"Sin pretender agotar en una enumeración todas las opiniones que los autores han sustentado sobre el primer punto, vamos a referirnos a las que consideramos de mayor importancia histórica y doctrinal.

"Se ha sostenido que la diferencia de régimen entre los contratos administrativos y contratos civiles celebrados por la administración obedece a que en los primeros esta obra como poder - refiriéndose a los contratos administrativos con un régimen exorbitante de derecho civil -, mientras que en los segundos actúa como simple persona jurídica - refiriéndose a los contratos administrativos sujetos a un régimen especial -.

"Fuera de que esta opinión supone la existencia de una doble personalidad en el Estado, tesis que hemos rechazado por innecesaria, ella implica un desplazamiento de la cuestión que trata de resolverse hacia esta otra: La de precisar las razones por las

que en unos casos el Estado interviene como poder y en otros como persona jurídica.

"Esta misma opinión reviste una modalidad especial, cuando se sostiene que el contrato administrativo, a diferencia del civil, supone una desigualdad jurídica de las partes contratantes.

"Hablar en estos términos significa que el Estado, en situación de superioridad respecto a su co-contratante puede imponer a éste las cláusulas del convenio, no quedando al particular ni la posibilidad jurídica de discutirlos. En tales condiciones pensamos que se destruye la idea misma de contrato pues si las dos voluntades que en él deben intervenir no contribuyen a su formación, sino que solo una de ellas lo impone y la otra se limita a aceptarlo, porque no puede jurídicamente discutirlo, entonces no existe la bilateralidad de voluntades que al principio de esta obra dejamos señalada como un elemento esencial del acto contractual, pudiendo, entonces, decirse con Posada, que "si la administración impone su voluntad por interés público, no contrata, manda."<sup>(33)</sup>

"De acuerdo con otras opiniones, la diferencia de régimen en las dos clases de contratos que venimos considerando, se debe a que en los administrativos el objeto es diferente al de los civiles; que en aquellos lo constituyen una obra pública o un servicio público "qué es, en definitiva, el interés social."<sup>(34)</sup>

---

(33) Gabino Fraga. *op. cit.* p.p. 397-398.

(34) *Ibid.*, p. 398.

Las opiniones que acabamos de indicar no explican, sin embargo, por qué el objeto de contrato impone a éste un régimen jurídico especial. Para poder ser utilizadas en nuestro estudio, deberíamos demostrar previamente que el régimen de derecho civil es rechazado por dicho objeto.

"Gastón Jéze, establece como elementos del contrato administrativo, que haya un acuerdo de voluntades entre la administración y un particular que genere una situación jurídica individual; que la prestación del particular tenga por objeto asegurar el funcionamiento de un servicio público; que "en estos contratos las partes, por una cláusula expresa, por la forma misma dada al contrato, por el género de cooperación pedido al contratante o por cualquier manifestación de voluntad ha entendido someterse al régimen especial de derecho público. Por un parte, la administración ha creado este régimen especial; por la otra, el contratante sometiéndose voluntariamente a este régimen jurídico especial, ha renunciado a prevalecerse de las reglas de derecho privado para la determinación de su situación jurídica."<sup>(35)</sup>

A la teoría de Jéze se le puede hacer dos objeciones fundamentales: una, la de utilizar el concepto de servicio público, que hemos criticado y repudiado; otra, que hace depender la existencia del contrato administrativo, de que las partes hayan entendido someterse al régimen de derecho público. Esto significa que el carácter administrativo del contrato depende de la voluntad de las partes, y que en vez de que el régimen legal especial sea

---

(35) *Ibid.*, pp. 398-399.

consecuencia de la naturaleza del acto, éste dependerá de que las partes hayan querido o no sujetarse a un régimen legal determinado.

Como se ve, el criterio de que se habla no puede ser más incierto ni menos sólido y, por lo mismo, se hace indispensable buscar que no tenga esos defectos.

Se ha considerado por una buena parte de la doctrina que el carácter administrativo y consecuentemente el régimen excepcional relativo, corresponde a los contratos en razón a la finalidad que persiguen, que es una finalidad pública o sea, la utilidad pública o social.

Creemos dentro de estas últimas opiniones se encuentra la solución del problema que tenemos en estudio. Así como la finalidad diferente es motivo para que dentro del mismo derecho privado se clasifiquen los contratos civiles y mercantiles y que éstos 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.

"De la misma manera que las finalidades de la vida comercial y los procedimientos en ella empleados no han podido contenerse dentro de las normas rígidas del derecho civil y han originado un derecho exorbitante de él, el derecho mercantil; en igual forma las finalidades diversas de la vida estatal y

*procedimientos de la vida civil y de la mercantil, imponen la exigencia de otro régimen exorbitante para regular las relaciones que surgen en los llamados contratos administrativos.*

*"La solución a que se llega en esa forma es perfectamente concordante con la teoría que hemos sostenido para diversificar los campos de aplicación del derecho público y del derecho privado.*

*"Como se recordará al tratar esa cuestión, indicamos que el Estado tiene encomendadas las atribuciones indispensables para satisfacer por medios de que no disponen los particulares necesidades colectivas inaplazables; que por consecuencia debe existir un régimen especial que es precisamente el que constituye el derecho público, que se inspira en el propósito de que las necesidades generales sean satisfechas en una forma eficaz, continua y regular.*

*"Sin embargo, subsiste todavía pendiente de aclarar por qué en unos casos celebra el Estado contratos civiles y en otros contratos administrativos.*

*"La razón de ella también creemos que se encuentra dentro de las ideas que hemos recordado, según las cuales el derecho privado se aplicará al Estado cuando los actos que éste verifique no se vinculen estrecha y necesariamente con el cumplimiento de sus atribuciones y cuando, por lo mismo, la satisfacción de las necesidades colectivas no se perjudiquen*



porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen especial.

"Por el contrario, cuando el objeto o la finalidad del contrato, están íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sean indiferentes a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se entrará en el dominio del contrato administrativo.

"Ahora bien, a pesar de que el criterio expuesto es suficientemente comprensivo, es imposible fijar a priori y enumerativamente los contratos que el Estado celebre sujetos a un régimen de derecho civil y los que queden sujetos a un régimen exorbitante, pues su caracterización tendrá que depender de las circunstancias concretas que en cada situación especial concurren."<sup>(36)</sup>

Es de señalar a este respecto la opinión que vierte en su obra el maestro Acosta Romero quien textualmente nos ilustra:

"La práctica administrativa mexicana frecuentemente nos da ejemplos de multiplicidad de contratos que la administración pública celebra con los particulares y en los cuales se sujeta al derecho privado. Aún cuando la doctrina ha discutido mucho sobre el particular, creemos que en la actualidad sí se aceptan teóricamente ésta clase de contratos, y se explica la intervención del Estado en vista de una autolimitación a su

---

(36) *Ibid.*, p.p. 399-400.

soberanía y a su poder de mando, en función de los objetivos que persigue con la celebración del contrato y que son los de cumplir con sus cometidos.

"También se dice que no hay autonomía de la voluntad de las partes, sobre todo respecto de los particulares. Sobre este punto, en los ejemplos que veremos más adelante, se aprecia que sí existe dicha autonomía, pues, en última instancia, el Estado no puede obligar forzosamente al particular a contratar con él. Por lo que hace al Estado, independientemente de la aplicación del derecho civil, se aplicarán ciertas reglas administrativas para que el órgano de la administración pública, cuya voluntad es expresada por su titular, no se exceda en sus funciones y contrate únicamente sobre aquellos aspectos que se refieran a su competencia.

"No es posible afirmar la absoluta igualdad de las partes en un contrato de esta naturaleza, pues si la administración pública se sujeta a normas de derecho privado, no deja de formar parte del Estado y éste no pierde su personalidad de derecho público, no siéndole aplicables los procedimientos de ejecución y apremio, que se pueden invocar entre particulares; sin embargo, ésto es explicable, ya que a través de estos contratos el Estado cumple con una parte de sus cometidos y no está actuando en función de intereses particulares."<sup>[37]</sup>

---

[37] Miguel Romero Acosta. *op. cit.*, p.p. 467-468.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

## **CAPÍTULO 4**

# **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN PARTICULAR**

## **4.1 El contrato de obra pública**

### **4.1.1 Definición de obra pública**

El Lic. Serra nos indica a este respecto que:

*"La obra pública es una cosa hecha o producida por el Estado o a su nombre, sobre un inmueble determinado con un propósito de interés general y se destina al uso público, a un servicio público o a cualquier finalidad de beneficio general.*

*"Para los efectos de esta ley de obras públicas, se considera obra pública todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles por su naturaleza o por disposición de la ley."<sup>(38)</sup>*

Por lo tanto, debemos entender que quedan comprendidos:

- I. La construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes a que se refiere este artículo, incluidos los que tienden 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 de desarrollo de los recursos naturales que se encuentren en el suelo o en el subsuelo:*

---

<sup>(38)</sup> Andrés Serra Rojas, *op. cit.*, p. 538.

- II. *La construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes inmuebles destinados a un servicio público o al uso común; y*
- III. *Todos aquellos de naturaleza análoga.*

#### **4.1.2 Análisis del contrato de obra pública**

*Nuestra Constitución precisa los requisitos de forma del contrato de obra pública en los términos del artículo 134 que ordena:*

- "Los recursos económicos de que dispone 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 objetos 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 obras 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 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 esta Constitución."

Este texto constitucional no excluye otras formas para la realización de las obra públicas: a) la construcción directa por el Estado, a la que nuestra legislación denomina "por administración"; y b) la concesión de obras públicas practicada principalmente en aquellos contratos que se amortizan por medio del peaje, como en el caso de algunos puentes internacionales.

El artículo 134 de la Constitución no tiene antecedentes en las Constituciones Mexicanas anteriores, ya que es una creación del constituyente de 1917.

A continuación nos permitimos transcribir dicho artículo:

**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, arrendamiento y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obras 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 en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.*

*"El gasto de la obra pública se sujetará, en su caso, a lo previsto en los Presupuestos Anuales del Egresos de la Federación y del Departamento del Distrito Federal, así como a las disposiciones de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal y, en lo conducente, a las disposiciones que en esta ley se establecen."*

A este respecto nuestra Ley de Obras Públicas establece:

**Artículo 4º.** El gasto de la obra pública se sujetará, en su caso, a lo previsto en los Presupuestos Anuales de Egresos de la Federación y del Departamento del Distrito Federal, así como a las disposiciones de la Ley de Presupuestos, Contabilidad y Gasto Público Federal, y en lo conducente, a las disposiciones que en esta Ley se establecen.

**Artículo 5º.** Estarán también sujetos a las disposiciones de esta Ley, en los términos que la misma establece, los contratos de servicios relacionados con la obra pública, que requieran celebrar las dependencias y entidades mencionadas en el artículo 1º de esta ley.

**Artículo 6º.** El Ejecutivo Federal aplicará la presente ley por conducto de la Secretaría, sin perjuicio de la intervención que se atribuyera a otras dependencias del propio Ejecutivo conforme a ésta o a otras disposiciones legales.

Con base en los estudios y opiniones de la Comisión Intersecretarial Consultiva de la Obra Pública a que se refiere el artículo 11 de esta Ley, la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, con la intervención que corresponda a la Secretaría de Programación y Presupuesto, expedirá las disposiciones administrativas que para la aplicación de la presente ley, deberán observarse en la contratación y ejecución de las obras.

La Secretaría queda facultada para interpretar las disposiciones de esta Ley para efectos administrativos.



Oyendo la opinión de la Comisión Intersecretarial Consultiva de la Obra Pública a que se refiere el artículo 11 de esta ley, la Secretaría expedirá las disposiciones administrativas que en aplicación de la presente ley, deberán observarse en la contratación y ejecución de las obras."

**Artículo 6° bis.** Los titulares de las dependencias y entidades, incluidos los de las Secretarías de Estado a las que, en los términos del artículo anterior compete la aplicación de la ley, serán responsables de que en la adopción e instrumentación de los sistemas y procedimientos para la realización de las acciones, actos y contratos que deben llevar a cabo en cumplimiento de esta Ley, se observen los siguientes criterios:

- I. Proveer a la simplificación administrativa, reducción, agilización y transparencia de los procedimientos y trámites;
- II. Ejecutar las acciones tendientes a descentralizar las funciones que realicen, con objeto de procurar que los trámites se lleven a cabo y resuelvan en los mismos lugares en que se originen las operaciones;
- III. Promover la efectiva delegación de facultades en los servidores públicos subalternos, empleando criterios de tasas porcentuales o cualquier otro que dinamice los topes o rangos que se establezcan en dicha delegación, a efecto de garantizar mayor oportunidad en la toma de decisiones y flexibilidad de diferenciación en la atención

de los asuntos considerando monto de dinero, complejidad, ocasionalidad y mayor o menor vinculación con las prioridades nacionales de los mismos;

- IV. Fortalecer la operación, estructura y niveles de decisión de sus órganos regionales; y
- V. Racionalizar y simplificar las estructuras con que cuenten a efecto de utilizar los recursos estrictamente indispensables para llevar a cabo sus operaciones.

La Contraloría vigilará y comprobará la aplicación de los criterios a que se refiere este artículo.

**Artículo 11º.** Se crea la Comisión Intersecretarial Consultiva de la Obra Pública, como órgano de asesoría y consulta para la aplicación de esta Ley, que se integrará bajo la presidencia del Secretario de Programación y Presupuesto, con representantes permanentes que serán 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; Desarrollo Urbano y Ecología; y del Departamento del Distrito Federal.

La Comisión invitará a sus sesiones a representantes de otras dependencias y entidades, así como de los sectores social y privado, cuando por la naturaleza de los asuntos que deba tratar, se considere pertinente su participación.

El Ejecutivo Federal establecerá las bases para la organización y funcionamiento de la Comisión.

#### **4.1.3 Los elementos del contrato de obra pública**

De igual forma, a este respecto nos remitimos a la opinión del Lic. Andrés Serra, quien señala:

"Los elementos básicos del contrato son: a) Los sujetos del contrato. Uno de los elementos de la relación necesariamente ha de ser la administración pública, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley de Obras Públicas; b) Competencia y capacidad, de acuerdo con los textos legales citados y las leyes que fijan la competencia de cada uno de los órganos administrativos; c) Consentimiento, son las propias leyes administrativas las que señalan cual es el órgano que puede comprender a la administración pública; d) Por lo que se refiere a la forma, ésta puede ser escrita o ante un notario público; e) El objeto de los contratos administrativos está subordinado estrictamente a las leyes y sus caracteres deben deducirse de las mismas."<sup>(39)</sup>

Con ésto determinamos los elementos circunstanciales, tales como el plazo, la conmutabilidad, intransferibilidad, licitación, garantías y sanciones.

---

(39) *Ibid.*, p. 541.

#### **4.1.4 El desarrollo del contrato de obra pública**

Como el contrato de obra pública ocupa un lugar muy importante en el régimen de los contratos administrativos, por la importancia y cuantía de las inversiones que el Estado efectúa, nos hemos de ocupar de dichos contratos con una mayor amplitud señalando las diferentes fases de su desarrollo. Estas fases se desprenden de la nueva Ley de Obras Públicas.

Las fases son las siguientes, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley:

Planeación; artículos 12 y 13

Programación; artículos 14 y 16

Presupuestación; artículos 17 y 18

Ejecución; artículos 28 y siguientes

Conservación;

Mantenimiento;

Demolición; y

Control de la obra pública.

1. El régimen legal de derecho público del contrato de obra pública, artículo 50
2. Autoridades que pueden realizar la obra pública, artículos 1, 6. Convenios, 7 - 8.

3. *Comisión Intersecretarial consultiva de la obra pública, artículo 11.*
4. *Planeación.- El proceso de planeación de las obras públicas, la incorporación al Presupuesto de Egresos de la Federación con una partida para una obra determinada o el crédito extraordinario para realizar la obra pública que se estime urgente o necesaria, artículos 4, 11, 12, 13, 16 y 29.*
5. *Programa de inversión, artículos 3, 14 y 29.*
6. *Presupuestación, artículos 17 y 18.*
7. *Padrón de contratistas de la obra pública, artículos 19 y 25.*
8. *Servicios relacionados con la obra pública, artículos 26 y 27.*
9. *Selección de contratistas y adjudicación del contrato, artículo 19.*
10. *Adjudicación en subasta, mediante convocatoria, artículos 33, 34, 38. Fallo 36.*
11. *Administración directa sin intervención de contratistas, artículo 51.*
12. *Formalización del contrato, artículo 38.*
13. *Contrato a precio alzado o sobre la base de precios unitarios, artículo 39.*
14. *Inspección y estimaciones de los trabajos realizados.*

15. *Garantías que deben otorgar los contratistas, artículos 16 y 35.*
16. *Prohibiciones, artículo 37. Estimación de los trabajos realizados, artículos 45 - 49.*
17. *Pagos, anticipos y créditos para la realización de la obra, artículo 43.*
18. *Aplicación de sanciones en caso de incumplimiento, artículos 66 y siguientes.*
19. *Modificación del contrato, artículo 41.*
20. *Suspensión temporal en todo o en parte, artículos 42, 44.*
21. *Rescisión del contrato, artículos 43 y 44.*
22. *Revisión del contrato, artículo 46.*
23. *Terminación de los trabajos, artículos 47, 48, 52, 53 y 54.*
24. *Recepción de la obra, id. Información, artículos 59 y 65.*
25. *Desastres, artículos 33 y 56.*
26. *Infracciones y sanciones, artículos 66 y siguientes.*
27. *Recursos administrativos, artículos 73 y siguientes.*
28. *Controversias entre la administración pública y los contratistas con motivo de la interpretación y realización de la obra pública, artículo 50, párrafo segundo.*

Los concursos comprenderán de a) convocatoria; b) registro, estudio de los documentos y clasificación; c) selección de contratistas; d) Llamar a los seleccionados para participar; e) inscripción de los seleccionados; f) presentación de posturas; g) estudio y declaración de posturas; h) fallo; e i) firma del contrato.

### **Convocatorias.**

Las dependencias convocarán a las personas físicas o morales interesadas en participar en el concurso.

Las convocatorias comprenderán los siguientes datos: a) dependencia convocante; b) nombre y domicilio donde se efectuará el concurso; c) características de los trabajos y su ubicación; d) fechas de realización de las obras; e) requisitos que deberán satisfacer los interesados; f) lugar y fechas límites para recabar requisitos; g) lugar y fechas límites para entregar documentos.

Se publicarán en los diarios de mayor difusión.

### **Registro, estudio y clasificación de los interesados.**

Los interesados presentarán documentos para su registro.

Las solicitudes de registro y la documentación se presentarán en las formas que determine la dependencia.

En base al estudio de la documentación se registrará lo que proceda.

La dependencia verificará los datos apropiados por los interesados y notificará a los interesados el haber sido o no requisitados.

### **Selección de contratistas para participar en concursos.**

La dependencia seleccionará entre los interesados que quedaron registrados.

La selección se hará atendiendo a las características requeridas, para la ejecución de la obra y se tomará como base; 1. capacidad técnica; 2.. experiencia del personal; 3: equipo; 4. número de obras realizadas; 5. antecedentes del contratista.

El número de seleccionados será, no menos de cinco. Se dará oportunidad a todos los contratistas registrados. Si no se presentan contratistas que llenen los requisitos de capacidad o experiencia, la dependencia seleccionará en base al Padrón de Contratistas.

### **Llamado a los seleccionados y su inscripción.**

La dependencia invitará a los interesados a participar. La invitación deberá indicar: 1. nombre del convocante; 2. nombre y domicilio de la oficina donde se hará el concurso; 3. obra y motivo del concurso; 4. lugar y fechas límites de inscripción; 5. lugar , fecha y hora del acto de presentación y apertura de las proposiciones.

Al recabar los interesados la documentación del concurso, quedarán inscritos. La documentación deberá tener: 1. pliego en el que se señalen: obra motivo del concurso, fechas de



iniciación y terminación, lugar, fecha y hora de la celebración del acto, tipo, importe y condiciones de garantía, fecha y lugar en donde se llevarán a cabo los trabajos; nombre y domicilio, conceptos de trabajo y análisis de precios unitarios; 2. planos del proyecto; 3. especificaciones generales; 4. forma para presentar posiciones; 5. formas de conceptos y cantidades de trabajo; 6. instrucciones para la presentación de análisis; 7. formas para presentar un programa de trabajo; 8. modelo del contrato que se utilizará.

La dependencia dará 15 días para que los interesados puedan preparar sus proposiciones.

Por causas de seguridad nacional, como son desastres, casos fortuitos, al igual que por circunstancias que alteren el orden social, económico, de salud, etc., las dependencias podrán contratar de forma inmediata ( artículos 33 a 36, LOP).

Las empresas deberán garantizar la seriedad de las posiciones en los procedimientos de adjudicación, esta garantía será a favor de la Tesorería.

Las dependencias convocantes emitirán un fallo, el cual se dará a conocer en junta pública, en el que se adjudicará el contrato a la persona física o moral que reúna todas las condiciones y garantice el cumplimiento del contrato.

No podrán presentarse propuestas ni celebrar contratos, las personas físicas o morales: a) en el cual el funcionario que va a decidir, participe en ella, ya sea como accionista o empleado; b)

aquellos contratistas que se encuentren en situación de mora a otras obras.

La formulación del contrato se tiene que hacer dentro de los 20 días hábiles siguientes. esta formalización se dará a conocer a la Secretaría de Programación y Presupuesto (artículo 38, LOP).

Los contratos de obra, se realizarán a precio alzado o sobre bases de precios unitarios (artículo 39).

La iniciación de la obra, se le comunicará a la Secretaría de Programación y Presupuesto, o bien a la dependencia coordinadora del sector, dentro de los diez días hábiles siguientes.

Las dependencias podrán modificar el contrato cuando ello no implique alteraciones de más de un 25% en el plazo o en el monto del proyecto.

Nos permitimos citar algunos de los artículos de la Ley de Obras que consideramos importantes:

#### **Del Padrón de Contratistas de Obras Públicas.**

**Artículo 19.** La Secretaría llevará el Padrón de Contratistas de Obras Públicas y fijará los criterios y procedimientos para clasificar a las personas inscritas en él, de acuerdo con su especialidad, capacidad técnica y económica, y su ubicación en el país.

La Secretaría hará del conocimiento de las dependencias y entidades y del público en general, las personas registradas en el Padrón.

Las dependencias y entidades sólo podrán celebrar contratos de obra pública o de servicios relacionados con la misma, con las personas inscritas en el Padrón, cuyo registro esté vigente.

La clasificación a que se refiere este artículo deberá ser considerada por las dependencias y entidades en la convocatoria y contratación de las obras públicas.

#### **De los servicios relacionados con la obra pública**

**Artículo 26.** Las dependencias o entidades que requieran contratar o realizar estudios o proyectos, primero verificarán si en sus archivos o en los de las entidades o dependencias afines existen estudios o proyectos sobre la materia. De resultar positiva la verificación y de comprobarse que el estudio o proyecto localizado satisface los requerimientos de la entidad o dependencia, no procederá la contratación.

Los contratos a que se refiere este artículo podrán adjudicarse directamente bajo la responsabilidad de la dependencia o entidad, quedando en lo demás sujetos a las disposiciones de esta Ley y a las que de ella se deriven.

Las dependencias y entidades que requieran contratar o realizar estudios o proyectos, aprovecharán los que conserven en sus archivos sobre la misma materia.

**Artículo 30.** Los contratos de obra pública 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, de acuerdo a lo que establece la presente ley.

Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior, aquellos casos en que el contrato solo pueda celebrarse con una determinada persona, por el titular de la o las patentes necesarias para realizar la obra.

**Artículo 31.** Las convocatorias, que podrán referirse a uno o más obras, se publicarán en uno de los diarios de mayor circulación en el país y simultáneamente, cuando menos en uno de la entidad federativa donde se ejecutarán las obras, y contendrán:

- I. El nombre de la dependencia o de la 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 especialidad de acuerdo al Padrón de Contratistas, que se requiera para participar en el concurso; y
- VIII. Los criterios conforme a los cuales se decidirá la adjudicación.

En el ejercicio de sus respectivas atribuciones la Contraloría y la dependencia coordinadora de sector podrán intervenir en todo el proceso de adjudicación del contrato.

**Artículo 34.** Las personas físicas o morales que participen en las licitaciones y ejecuten obra pública o presten servicios relacionados con la misma, deberán garantizar:

- I. La seriedad de las proposiciones en los procedimientos de adjudicación;
- II. La correcta inversión de los anticipos que, en su caso, reciban; y
- III. El cumplimiento de los contratos.

**Artículo 35.** Las garantías que deban otorgar los contratistas de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas, se constituirán en favor de:

- I. La Tesorería de la Federación, por actos o contratos que celebren con las dependencias a que se refieren las fracciones I a III del artículo 1º de esta Ley;
- II. La Tesorería del Distrito Federal, en los actos o contratos que celebren con el propio Departamento;
- III. Las entidades, cuando los actos o contratos se celebren con ellas; y
- IV. Las tesorerías de los Estados y Municipio, en los casos de las obras a que se refiere el artículo 7º de esta Ley.

**Artículo 36.** La dependencia o entidad convocante, con base en el análisis comparativo de las proposiciones admitidas y en su propio presupuesto de la obra, emitirá un dictamen que servirá como fundamento para el fallo.

En junta pública se dará a conocer el fallo mediante el cual se adjudicará el contrato a la persona que, de entre los proponentes:

- I. Reúna las condiciones legales, así como las técnicas y económicas requeridas por la convocante.
- II. Garantice satisfactoriamente el cumplimiento del contrato;

- III. *Cuente con la experiencia requerida por la convocante para la ejecución de los trabajos.*

*Si una vez considerados los criterios anteriores resultare que dos o más proposiciones satisfacen los requerimientos de la convocante, el contrato se adjudicará a quien presente la postura más baja.*

*Contra la resolución que contenga el fallo, no procederá recurso alguno.*

*Las dependencias y entidades no adjudicarán el contrato cuando las posturas presentadas no fueren aceptables y procederán a expedir una nueva convocatoria.*

**Artículo 39.** *Los contratos de obra a que se refiere esta Ley se celebrarán a precio alzado o sobre la base de precios unitarios.*

*Se entenderá por precio unitario el importe de la remuneración o pago total que debe cubrirse al contratista por unidad o parte de la obra, realizada conforme a las especificaciones establecidas en el contrato relativo.*

*Formarán parte del contrato la descripción pormenorizada de la obra que se deba ejecutar, así como los proyectos, planos, especificaciones, programas y presupuestos correspondientes.*

En los contratos a que se refiere el párrafo anterior, podrán incorporarse las modalidades que tiendan a garantizar al Estado las mejores condiciones de ejecución de la obra.

**Artículo 41.** Las dependencias y entidades podrán, dentro del programa de inversiones aprobado, bajo su responsabilidad y por razones fundadas y explícitas, modificar los contratos de obras públicas o de servicios relacionados con las mismas, mediante convenios, siempre y cuando éstos, considerados conjunta o separadamente, no rebase el 25% 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 respecto de las nuevas condiciones, en los términos del artículo 29. Este convenio adicional deberá ser autorizado por el titular de la dependencia o entidad. Dichas modificaciones no podrán, en modo alguno, afectar las condiciones que se refieran a la naturaleza y características esenciales de la obra objeto del contrato original, ni convenirse para eludir en cualquier forma el cumplimiento de la Ley derogado.

De las modificaciones a que se refiere el párrafo anterior, el titular de la dependencia o entidad informará a la Secretaría, a la Contraloría y, en su caso, a la dependencia coordinadora de sector, en un plazo no mayor de diez días hábiles contados a partir de la fecha en que se hubiere formalizado la modificación.



**Artículo 42.** Las dependencias y entidades podrán suspender temporalmente en todo o en parte la obra contratada, por cualquier causa justificada, notificando a la Contraloría y a la Secretaría. Esta última, a su vez, informará a la Cuenta Pública, de las causas que motivaron tales suspensiones.

**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 49.** Los contratistas con quienes se celebren contratos de obra pública y de servicios relacionados con la misma, cubrirán el cinco al millar sobre el importe de cada uno de las estimaciones de trabajo, como derechos por el servicio de vigilancia, inspección y control que esta Ley encomienda a la Secretaría y a las dependencias coordinadoras de sector.

La Tesorería de la Federación al hacer el pago de las estimaciones de obra, retendrá el importe de los derechos a que se refiere el párrafo anterior. Igual obligación tendrán la Tesorería del Departamento del Distrito Federal y las entidades, las que concentrarán en la Tesorería de la Federación los importes correspondientes, dentro de los primeros diez días hábiles de cada mes.

**Artículo 50.** Los contratos que con base en la presente ley, celebren las dependencias y entidades, se considerarán de derecho público.

Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de esta ley o de los contratos celebrados, serán resueltas por los tribunales federales.

## **4.2 El contrato de suministros o de abastecimientos**

### **4.2.1 Análisis del contrato de suministros**

Al respecto el multicitado tratadista mexicano, Andrés Serra señala:

"El contrato administrativo tiene por fin el funcionamiento de un servicio público, o el cumplimiento de funciones de orden público, ambos regulados por el interés general, y sometidos como tales, a la competencia de los tribunales administrativos en los países que tienen este régimen o a la jurisdicción de los tribunales federales en países como el nuestro.

"Matizando la naturaleza del contrato administrativo, se dice que es el contrato realizado por la administración pública, en vista del funcionamiento de un servicio público, caracterizado por cláusulas exorbitantes del derecho privado.

"En lo general, el contrato de suministros, o de abastecimientos, es un acto por el que las partes se obligan al desarrollo de un servicio o a la entrega de cosas y muebles o productos destinados a la satisfacción de una necesidad.

"El contrato administrativo de suministros es un acto jurídico realizado por la administración y una o varias personas, o

una empresa o institución, por el cual ésta se compromete, a cambio del precio o de servicios, a prestaciones muebles, es decir, a la provisión de los artículos necesarios para la atención de los servicios públicos, tales como los cuerpos de tropa, los hospitales, las escuelas, las cárceles, los tribunales de menores y otros análogos."<sup>(40)</sup>

El artículo 75, fracción V del Código de Comercio reputa como actos de comercio las empresas de abastecimiento y suministros.

"Dice M. Waline: Otro contrato administrativo muy frecuentemente empleado es el contrato de suministro; es el contrato por el cual un proveedor se compromete a entregar a la administración alimentos, mercancías, objetos, muebles de todas especie, de los cuales ella tiene necesidad, a cambio del precio. Es por consiguiente un contrato que puede corresponder, según los casos, en derecho civil a la venta, a la locatio operis, cuando el proveedor se compromete a fabricar los objetos que él entregará a la administración. Este contrato es utilizado para la provisión de los objetos más variados: impresos, artículos de oficina o de papelería necesarios para las oficinas de la administración, carbón para la calefacción de los edificios públicos, efectos de equipo para la armada, y son también contratos de suministros, las construcciones por ejemplo, por cuenta del Estado, los navíos de guerra para los astilleros de las construcciones navales."<sup>(41)</sup>

---

(40) *Ibid.*, pp. 564-565.

(41) *Ibid.*, pp. 565-566.

#### **4.2.2 El contrato de suministros en la legislación administrativa mexicana**

Los contratos administrativos de suministros, que celebró originalmente la administración pública se celebraron, en la mayor parte de las veces, regulados por normas de derecho privado. Administración y proveedores se orientaban en los principios del derecho privado, civiles y mercantiles.

"Paulatinamente la experiencia administrativa mexicana vino a demostrar que no podían regularse por el derecho privado, situaciones en las que estaba de por medio el interés público de la administración. De este modo se introdujeron en la legislación administrativa, y en los contratos que se iban celebrando, algunas cláusulas que contenían principios de orden público al cual debían de subordinarse los proveedores.

"La presencia de la política práctica, en la obtención de los contratos de suministros, ha sido siempre muy perjudicial para las instituciones públicas por el traspaso de los contratos, por el incumplimiento gravoso de ellos, por los perjuicios que se ocasionaban a los servicios públicos con malos proveedores, que sobre todas las cosas especulaban con la miseria de las gentes que concurren a hospitales, centro de asistencia, maternidades y otros establecimientos asistenciales.

"También se escuchaban los reclamos de otros servicios públicos generales, como en la armada, el ejército, en los establecimientos de educación, en los internados agrícolas,

indígenas y de otras denominaciones. Todo ello originó una mejor atención del Estado en sus relaciones con los proveedores aunque estos males parecen ser endémicos como en los suministros de carnes, leche, verduras, aceites y otros artículos. Las fuertes sanciones que, en ocasiones, establece el poder público, son leves paliativos para la especulación desenfrenada."<sup>(42)</sup>

La Ley sobre Adquisiciones, Arrendamiento y Almacenes de la Administración Pública Federal, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1979. De acuerdo con el artículo 2º transitorio: Se abroga la Ley de Inspección de Adquisiciones, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 6 de mayo de 1972.

"El artículo 3º transitorio dispone: "Se deroga la fracción XXXVI del artículo segundo de la Ley del Instituto Mexicano de Comercio Exterior; el Reglamento de la Ley del Instituto Mexicano de Comercio Exterior publicado en el Diario Oficial de la Federación del 11 de marzo de 1975, en lo relativo a las importaciones del sector público y al Comité de Imposiciones de ese sector, contenido en dicho Reglamento, pero éste será aplicable en lo demás que no se oponga a esta ley y en tanto se expide otro", de acuerdo a la opinión del Lic. Serra."<sup>(43)</sup>

---

(42) *Ibid.*, pp. 564-565.

(43) *Ibid.*, p. 565.

**Ley sobre Adquisiciones, Arrendamiento y Almacenes de la  
Administración Pública Federal**

CAPITULO PRIMERO  
Disposiciones Generales

**Artículo 1º.** La presente ley es de orden público y de interés social y tiene por objeto 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 muebles;
- III. Contratación de servicios relacionados con bienes muebles; y
- IV. Almacenes.

**Artículo 3º.** La aplicación de esta ley queda a cargo de la Secretaría de Comercio, sin perjuicio de la intervención que corresponda a otras dependencias del Ejecutivo Federal conforme a sus atribuciones legales.

**Artículo 4º.** A fin de cumplir con lo dispuesto en esta ley, la Secretaría de Comercio tendrá las siguientes facultades:

- I. Fijar normas conforme a las cuales las dependencias y entidades adquieran las mercancías, materias primas y bienes muebles;

- II. Expedir normas para contratar el arrendamiento de bienes muebles y la prestación de servicios que requieran las dependencias y entidades, cualquiera que sea la modalidad y forma que se adopte para dichos fines;
- III. Dictar las bases y normas generales para la celebración de los concursos que deban realizar las dependencias y entidades para la adquisición de mercancías, materias primas y bienes muebles;
- IV. Dictar normas conforme a las cuales las dependencias y entidades deberán operar sus almacenes;
- V. Solicitar a las dependencias y entidades, así como a los coordinados de sector, en su caso, la prestación de proyectos de programas y presupuestos de adquisiciones, arrendamientos de bienes muebles y contratación de servicios y, en su oportunidad, la entrega de los programas, presupuestos y modificaciones autorizadas por las dependencias competentes;
- VI. Emitir opinión a la Secretaría de Programación y Presupuesto y, en su caso, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, sobre los proyectos de programas y presupuestos a que se refiere la fracción anterior, así como sobre sus modificaciones;
- VII. Promover la creación de comités de las dependencias y entidades o con la participación de éstas, para que contribuyan a la elaboración y vigilancia del

*cumplimiento de normas que regules las adquisiciones, arrendamientos, servicios y almacenes, los que se integrarán y funcionarán conforme a los lineamientos que fije la Secretaría de Comercio;*

- VIII. Auxiliar a las dependencias y entidades, a solicitud expresa o de oficio, cuando la importancia de la transacción lo amerite, en la negociación de adquisiciones, arrendamientos y servicios que se realicen en los mercados internos y externos;*
- IX. Promover la consolidación de demandas de las dependencias y entidades, como un instrumento que permita un mejor aprovechamiento del poder de compra del sector público federal, con el fin de obtener mejores precios de adquisición, coadyuvar en el fomento de las exportaciones, apoyar la creación de empleos y la descentralización industrial;*
- X. Promover el establecimiento de una codificación uniforme para las mercancías, materias primas y bienes muebles que requiera la administración pública federal;*
- XI. Llevar el Padrón de Proveedores de la Administración Pública Federal, así como el registro de los precios e importes máximos de las mercancías, materias primas, bienes muebles, arrendamientos y servicios;*
- XII. Solicitar a los proveedores de la administración pública federal, los precios, calidades y especificaciones de sus*



- productos y requerir la información que estime necesaria sobre su solvencia financiera, capacidad de producción y de abastecimiento, cuya veracidad podrá comprobar;
- XIII. *Intervenir, cuando lo considere conveniente, en los concursos que celebren las dependencias y entidades en relación con actos regulados por esta ley;*
- XIV. *Aprobar los formatos conforme a los cuales las dependencias y entidades documentarán los pedidos y contratos de adquisición de mercancías, materias primas y bienes muebles, el arrendamiento de estos bienes y la prestación de servicios;*
- XV. *Revisar los pedidos o contratos de adquisición de mercancías, materias primas y bienes muebles, así como los contratos de arrendamiento de estos últimos y los de prestación de servicios celebrados por las dependencias y entidades, con objeto de verificar el cumplimiento de esta ley, las disposiciones que de ella emanen y las bases, reglas o normas que dicte la propia Secretaría;*
- XVI. *Intervenir, cuando lo estime conveniente, en la recepción de los bienes y verificación de sus especificaciones, calidad y cantidad y, en su caso, oponerse a su recepción, para los efectos legales correspondientes;*
- XVII. *Revisar los sistemas de adquisiciones, arrendamientos, contratación de servicios y almacenes de las*

dependencias y entidades y promover, en su caso, las medidas pertinentes para mejorarlos;

XVIII. Promover la colaboración de las dependencias y entidades que por razón de sus funciones tengan a su cargo el almacenamiento, el transporte o la distribución de mercancías, materia prima y bienes muebles;

**Artículo 7º.** La norma sobre concursos que expida la Secretaría de Comercio deberá proveer desde la publicidad de la convocatoria y las bases para concursar hasta el procedimiento para la selección del proveedor y los requisitos que éste debe satisfacer para la adjudicación del contrato o pedido.

**Artículo 8º.** Las dependencias y entidades, en relación con las materias que regulan esta ley, deberán:

- I. Programar sus adquisiciones, arrendamientos y contratación de servicios, en razón de sus necesidades reales;
- II. Presentar a la Secretaría de Comercio sus proyectos de presupuestación y programas de adquisiciones, arrendamientos y servicios, así como en su caso, sus modificaciones;
- III. Realizar estudios sobre fuentes de suministro;
- IV. Celebrar contratos o pedidos para la adquisición de mercancías, materias primas y bienes muebles, el arrendamiento de éstos, y la contratación de servicios,

únicamente con proveedores registrados en el Padrón de Proveedores de la Administración Pública Federal;

- V. Preferir a los proveedores que ofrezcan las mejores condiciones respecto a especificaciones, calidad, precio, lugar y tiempo de entrega, forma de pago, financiamiento, garantías y servicios, considerados en conjunto;
- VI. Celebrar concursos para la adjudicación de pedidos o contratos en los casos y conforme a las bases y normas generales que fije la Secretaría de Comercio;
- VII. Verificar el cumplimiento de los pedidos o contratos por parte de los proveedores y de haber observaciones por parte de la Secretaría de Comercio respecto de los mismos, atenderlas;
- VIII. Observar las recomendaciones que les haga la Secretaría de Comercio para mejorar los sistemas y procedimientos de adquisiciones, arrendamientos de bienes muebles, contratación de servicios y manejo de almacenes;
- IX. Comunicar de inmediato a la Secretaría de Comercio las irregularidades que advierten en relación con las adquisiciones, arrendamientos, precisión de servicios y, en general, aquellas que impliquen violación a los dispuesto en esta ley;

- X. *Notificar a la Secretaría de Comercio las cancelaciones de pedidos o contratos;*
- XI. *Conservar la documentación relativa a sus adquisiciones, arrendamientos, almacenes y contratación de servicios por un período mínimo de cinco años;*
- XII. *Tomar las providencias necesarias para el aseguramiento, protección y custodia de sus existencias, almacenes y mercancías en tránsito, tanto en términos físicos como jurídicos;*
- XIII. *Mantener actualizado el control de sus existencias e inventarios;*
- XIV. *Aplicar procedimientos de verificación de calidad de los bienes, así como sistemas de control de existencias, manejo de materiales, utilización de áreas de almacenaje, despacho, transporte y demás providencias relacionadas con los almacenes;*
- XV. *Establecer sistemas para la interrelación de sus áreas de adquisiciones, almacenes, inventarios, producción y otras cuya coordinación sea necesaria;*
- XVI. *Facilitar al personal de la Secretaría de Comercio el acceso a sus almacenes, oficinas, plantas, talleres y a todas sus instalaciones y lugares de trabajo, así como a sus registros y a toda la información necesarias para el ejercicio de sus atribuciones; y*

XVII. En general, acatar las resoluciones y normas que emita la Secretaría de Comercio conforme a esta ley.

**Artículo 13.** Las dependencias y entidades deberán enviar a la Secretaría de Comercio, los contratos y pedidos celebrados, así como toda documentación relacionada con ellos, en los plazos, formas y modalidades que ésta determine.

Cuando dicha Secretaría, de la revisión del pedido o contrato, considere que el mismo no se ajusta a las previsiones de esta ley, a las normas o bases que regulen el acto de que se trate o cualquier otra disposición aplicable, comunicará sus observaciones a la entidad o dependencia y, en su caso, a los proveedores, las cuales deberán ser cumplidas por todos ellos; en caso contrario la Secretaría podrá suspender o cancelar el contrato o pedido, sin perjuicio de la imposición de las sanciones que procedan.

Si la mercancía ya se hubiese entregado se estará a lo dispuesto en el artículo 14.

**Artículo 20.** Los proveedores deberán solicitar oportunamente autorización de la Secretaría de Comercio respecto de los precios máximos de las mercancías, materias primas y bienes muebles que desean vender a las dependencias y entidades, así como las variaciones de los precios autorizados, en la forma que establezca la propia Secretaría.

Los precios máximos autorizados y registrados por la Secretaría de Comercio deberán ser objeto de negociación por parte de los comités a que se refiere la fracción VII del artículo 4º de

*esta ley o por las propias dependencias o entidades con el fin de obtener mejores condiciones de compra.*

*Los precios deberán ser uniformes cuando, tratándose del mismo proveedor, prevalezcan condiciones similares tales como cantidades a adquirir, calidades, condiciones y plazos de pago y entrega.*

### CAPÍTULO TERCERO

#### *Del arrendamiento de bienes muebles y de la prestación de servicios*

**Artículo 21.** *El arrendamiento de bienes muebles solo podrá celebrarse cuando se demuestre que no es posible o conveniente su adquisición y siempre que la renta no exceda de los importes máximos que autorice la Secretaría de Comercio.*

## **CAPÍTULO 5**

# **LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS**

## **5.1 La defensa jurídica del particular por actos de la administración pública.**

En nuestra legislación, el particular al utilizar los recursos administrativos, cuenta con garantía para impugnar los actos ilegales de la administración. Correlativamente es una obligación de los órganos administrativos mantener el principio de legalidad a través de la revisión de oficio, estamos en presencia de una materia que corresponde al derecho administrativo y no al derecho procesal.

## **5.2 Concepto de recurso administrativo**

Atenderemos en este momento la acertada definición que nos proporciona el multicitado tratadista Andrés Serra Rojas:

"El recurso administrativo es una defensa legal que tiene el particular afectado para impugnar un acto administrativo ante la propia autoridad que lo dictó, el superior jerárquico u otro órgano administrativo, para que lo revoque, anule o lo reforme una vez comprobada la ilegalidad del acto. Los recursos administrativos forman parte del procedimiento administrativo, su resolución es administrativa."<sup>(44)</sup>

En la definición anterior hablamos del particular afectado, pero hay casos en que la ley otorga recursos a la propia administración pública, como la que se refiere el artículo 25 de la

---

(44) *Ibid.*, p. 583.



*Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación (Diario Oficial de la Federación del 19 de Enero de 1967), que ordena: "Las salas regionales de los juicios que promuevan las autoridades para que sean nulificadas las resoluciones administrativas favorables a un particular, siempre que dichas resoluciones sean de las materias previstas en los artículos anteriores como de la competencia de las mismas". Por razón del territorio en estos casos será competente la Sala Regional con jurisdicción en la sede de la autoridad que dictó la resolución que se pretende nulificar". En estos casos no estamos en presencia de un acto jurisdiccional.*

Es necesario precisar que no toda inconformidad o impugnación de un particular tiene el carácter de un recurso administrativo. Por ello, el maestro Serra se cuestiona:

*"¿Qué es pues, lo que distingue el recurso administrativo en estricto sentido de los medios de impugnación, que incluso pueden llevar el mismo nombre pero ya dentro del proceso administrativo? Desde luego, la diferencia que encontramos a primera vista es que los recursos administrativos desembocan en un acto también administrativo, en tanto que la impugnación procesal concluye con un acto jurisdiccional, o sea la sentencia."<sup>(45)</sup>*

### **5.3 Elementos de recurso administrativo**

Los elementos necesarios o constitutivos del recurso administrativo, son los siguientes, los cuales deben estar contenidos en la ley:

---

(45) *Ibid.*, pp. 583-584.

1. Una resolución administrativa base para la impugnación por medio del recurso que puede o no agotar la vía administrativa; en materia fiscal y de acuerdo con el artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, los juicios deben iniciarse con contra de resoluciones definitivas, agregando, que para estos efectos, las resoluciones se considerarán definitivas cuando no admitan recurso administrativo o cuando la interposición de éste sea optativa para el afectado.
2. Ella debe afectar o lesionar un interés o un derecho del particular; con el recurso éste colabora con la administración pública en mantener la legitimidad;
3. La propia autoridad administrativa o el superior jerárquico ante el cual se interpone el recurso;
4. Un plazo para la interposición del recurso;
5. Determinados requisitos de forma para proteger principalmente el interés general; la expresión de agravios no se precisa, salvo que lo ordene la ley;
6. Un procedimiento adecuado con señalamiento de pruebas, para sustanciarlo como garantía lógica necesaria para estimar la legalidad del acto; y
7. La obligación que tiene la autoridad administrativa de dictar una nueva resolución en cuanto al fondo. Esta resolución puede comprender la revocación o modificación del acto

*impugnado, así como su ratificación o confirmación, o la eliminación del recurso intentado.*

*A los elementos que la ley deber regular para el establecimiento de un recurso, se agregan aquellos elementos que sean necesarios para proteger el interés del fisco, u otros de interés general, sociales o del Estado.*

#### **5.4 Recurso administrativo y recurso contencioso**

*El recurso administrativo se desenvuelve en el marco propio de la administración pública, ya que cuando llega a su conocimiento la queja de un acto irregular a solicitud del agraviado y aún por cualquier otro medio de información las autoridades administrativas deben procurar que no se quebranten los principios jurídicos del orden administrativo.*

*El recurso administrativo se somete a la propia organización gubernamental, al mismo funcionario o al superior jerárquico, a quien se solicite rectifique el acto administrativo que cause agravios a un particular y en ocasiones al interés general.*

*Las garantías jurídico administrativas, en términos meramente doctrinales, según la opinión del Lic. Serra, son las siguientes:*

*"a) Remedios o recursos administrativos; y*

b) Remedios o acciones jurisdiccionales. Estos últimos pueden comprender los recursos y acciones ante los tribunales administrativos y los recursos y acciones ante los tribunales comunes."<sup>(46)</sup>

Y más adelante explica:

"a) Los remedios administrativos. Como todo obrar también el obrar de la administración está expuesto a lo que requiere de un control. La naturaleza de éste pende de la forma de manifestarse y de repercutir el error administrativo. Cuando corre a cargo del Estado, por ejemplo, acto administrativo no cumple lo que de él se esperaba, o es incompatible con otras metas y finalidades que, por ejemplo, en una instancia superior, entonces la corrección del error incumbe a la administración misma. La autoridad de la que acto administrativo lo anulará, por consiguiente, o la superior dispondrá su anulación por orden jerárquico. Este puede nominarse un remedio.

"b) Los recursos administrativos. El medio más conveniente de defensa es el recurso administrativo, cuando lo establece la ley y obliga a la administración a sustanciarlo para modificar o restablecer la situación administrativa legal.

"El recurso administrativo es la impugnación legal que hace un particular agraviado por un acto de la administración pública."<sup>(47)</sup>

---

<sup>(46)</sup> *Ibid.*, p. 587.

<sup>(47)</sup> *Ibid.*, p. 587.

Esta iniciativa reservada el individuo va dirigida a la protección jurídica de la que participa cada ciudadano. Puede entenderse ésta en sentido amplio y en sentido restringido. Tan solo el hecho de que la administración está vinculada al derecho, representa una protección del afectado, pues forma parte de la naturaleza del derecho el limitar, trazar ámbitos de acción y fijar formas de obrar. Autorizaciones sin límite son tan incompatibles con la naturaleza del derecho, como lo es la renuncia a un mínimo, de forma que contiene incluso el llamado acto administrativo informal. El que el derecho limite así el actuar de la administración vinculándose a la vez a determinadas formas, tiene naturalmente, un efecto protector para la persona afectada.

Como hemos indicado, el recurso administrativo es la defensa que antecede a cualquier intervención judicial o contencioso-administrativa. Por ello la legislación contenciosa es muy precisa al obligar a los perjudicados con una resolución administrativa, agoten todos los recursos que las leyes establecen. Es frecuente la devolución de los asuntos a la autoridad administrativa para que el perjudicado sustancie el recurso que corresponda, y en su defecto se señala como una causa de improcedencia, siendo desechado el mismo.

## **5.5 Los recursos administrativos en la Constitución**

El artículo 107, fracción IV de la Constitución, establece lo siguiente:

IV. "En materia administrativa, el amparo procede, además, contra resoluciones que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal. No será necesario agotar éstos cuando la ley que los establezca exija para otorgar la suspensión del acto reclamado, mayores requisitos que los que la ley reglamentaria del juicio de amparo requiera como condición para decretar esa suspensión..."

Este precepto se refiere exclusivamente a la materia del juicio de amparo y supone que si una resolución administrativa que cause agravio a un particular tiene algún recurso pendiente, el juicio debe sobreseerse por esta causa de improcedencia.

**El artículo 8 de la Constitución y el derecho de petición:** Debemos indicar que es práctica usual, apoyándose en el derecho de petición, que prevé el artículo 8 de la Constitución, que los particulares afectados por un acto de la administración soliciten el retiro del acto perjudicial. Sin embargo, el criterio de la Suprema Corte se ha orientado para afirmar que: "No es propiamente un recurso administrativo, pues la autoridad ante quien se interpone no está obligada más que a dar respuesta por escrito y en breve plazo al peticionario, pero no tiene la obligación de entrar al nuevo análisis del acto jurídico, cuya revocación se solicita."

## **5.6 Los recursos administrativos en nuestra legislación.**

El recurso administrativo es la defensa legal que antecede a cualquier intervención judicial o contencioso-administrativo. Los

recursos administrativos se plantean ante y se resuelven por la administración.

Los principales recursos administrativos en la realidad de nuestras leyes administrativas son:

- I. Recursos ordinarios que pueden interponerse en lo general, contra cualquier acto o motivo ante la misma autoridad que dictó la resolución que agravia al particular. Agotan la vida administrativa y abre el procedimiento judicial o el proceso contencioso-administrativo. A ellos hacen referencia los artículos 104 y 107, fracción IV de la Constitución.

Tal es el caso de la reconsideración, revocación, reposición, oposición o reclamación.

- II. Recursos ordinarios que pueden interponerse ante el superior jerárquico de la autoridad que dictó la resolución que agravia al particular, pero no agotan la vía administrativa. Se le llama también recurso de alzada, recurso de revisión, jerárquico, recurso de inconformidad (art. 438 de la Ley General de Salud. 7-II-1984).
- III. Recursos especiales que pueden interponerse ante un organismo administrativo especial o distintos de los organismos que han dictado la resolución y pueden afectar o no, la vía administrativa. Tal es el caso del recurso de inconformidad al cual alude la Ley del Seguro Social. Debe considerarse otros casos; cuando el órgano que conoce el recurso no es una entidad jerárquica superior y no es autoridad administrativa.

Este recurso se denomina en la doctrina recurso jerárquico impropio.

### Título Tercero

#### De las Infracciones y Sanciones

#### CAPÍTULO ÚNICO

**Artículo 66.** Quienes infrinjan las disposiciones contenidas en esta ley o las normas que con base en ella se dicten, podrán ser sancionados por la Secretaría con multa equivalente a la cantidad de diez a mil veces el salario mínimo diario, vigente en el Distrito Federal en la fecha de la infracción.

Sin perjuicio de lo anterior, los contratistas que incurran en infracciones a esta ley, según la gravedad del acto u omisión de que fueren responsables, podrán ser sancionados con la suspensión o cancelación del registro en el Padrón de Contratistas de Obras Públicas.

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

A los funcionarios y empleados que infrinjan las disposiciones de esta ley, la Secretaría los amonestará por escrito; y si la gravedad de la infracción lo amerita, el titular de la dependencia o entidad, según el caso, con base en la información



de la Secretaría podrá suspender de su cargo al funcionario o empleado responsable.

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

A los servidores públicos que infrinjan las disposiciones de esta ley, la Contraloría aplicará conforme a lo dispuesto por la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, las sanciones correspondientes.

**Artículo 69.** En el procedimiento para la aplicación de las sanciones a que se refiere este capítulo, se observarán las siguientes reglas:

- I. Se comunicarán por escrito al presunto infractor los hechos constitutivos de la infracción, para que dentro del término que para tal efecto se señale y que no podrá ser menor de diez días hábiles, exponga lo que a su derecho convenga y aporte las pruebas que estime pertinentes;
- II. Transcurrido el término a que se refiere la fracción anterior, se resolverá considerando los argumentos y pruebas que se hubieren hecho valer; y
- III. La resolución será debidamente fundada y motivada, y se comunicará por escrito al afectado.

## Título Cuarto

### De los Recursos Administrativos

#### CAPÍTULO ÚNICO

**Artículo 73.** En contra de las resoluciones que dicte la Secretaría el interesado podrá interponer ante ésta, recurso de revocación, dentro del término de quince días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente al de la notificación.

La tramitación del recurso se sujetará a las normas siguientes:

- I. Se impondrá por el recurrente mediante escrito en el que expresará los agravios que el acto impugnado le cause, ofreciendo las pruebas que se proponga rendir y acompañando copia de la resolución impugnada, así como la constancia de la notificación de esta última, excepto si la notificación se hizo por correo;
- II. En el recurso no será admisible la prueba de confesión de las autoridades. Si dentro del trámite que haya dado origen a la resolución recurrida, el interesado tuvo oportunidad razonable de rendir pruebas, sólo se admitirán en el recurso las que hubiere allegado en tal oportunidad;
- III. Las pruebas que ofrezca el recurrente deberá relacionarlas con cada uno de los hechos controvertidos, y sin el cumplimiento de este requisito serán desechadas;

- IV. Se tendrán por no ofrecidas las pruebas de documentos si éstos no se acompañan al escrito en que se interponga el recurso y en ningún caso serán recabadas por la Secretaría, salvo que obren en el expediente en que se haya originado la resolución recurrida;
- V. La prueba pericial se desahogará con la presentación del dictamen a cargo del perito designado por el recurrente. De no presentarse el dictamen dentro del plazo de ley, la prueba será declarada desierta;
- VI. La Secretaría podrá pedir que se rindan los informes que estime pertinentes por parte de quienes hayan intervenido en el acto reclamado;
- VII. La Secretaría acordará lo que proceda sobre la admisión del recurso y de las pruebas que el recurrente hubiere ofrecido, que deberán ser pertinentes e idóneas para dilucidar las cuestiones controvertidas. La Secretaría ordenará el desahogo de las mismas dentro del plazo de quince días hábiles, el que será improrrogable; y
- VIII. Vencido el plazo para la rendición de las pruebas, la Secretaría dictará resolución en un término que no excederá de treinta días hábiles.

**Artículo 74.** Contra la resolución que cancele o suspenda el registro en el Padrón de Contratistas de Obras Públicas podrá solicitarse la suspensión del acto impugnado, conforme a las siguientes bases:

- I. *Será solicitada en el mismo escrito en el que se interponga el recurso;*
- II. *Dentro de los diez días hábiles siguientes, la Secretaría señalará la garantía y el monto por el que ésta deba otorgarse; y*
- III. *Otorgada la garantía, se suspenderá la aplicación de la resolución impugnada.*

*A este respecto nuestra Ley de Adquisiciones establece:*

**Artículo 36.** *Las resoluciones que la Secretaría de Comercio dicte con fundamento en esta ley, disposiciones derivadas de ella, podrán ser recurridas administrativamente por las personas afectadas dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a su notificación.*

*En el recurso, que deberá interponerse por escrito, podrán ofrecerse toda clase de pruebas, excepto la confesional, siempre que tengan relación con los hechos que constituyan la motivación de la resolución recurrida. Al interponerse el recurso deberán ofrecerse las pruebas correspondientes, acompañarse los documentales y acreditarse la personalidad de quien lo promueva.*

*Para el desahogo de las pruebas, se señalará un plazo no menor de ocho ni mayor de treinta días hábiles. Quedará a cargo del recurrente la presentación de testigos, dictámenes y documentos. De no presentarlos dentro del término concedido, la*

prueba correspondiente no se tendrá en cuenta al emitir la resolución respectiva.

**Artículo 37.** El recurso será resuelto por el superior jerárquico inmediato de quien haya emitido la resolución, salvo que la hubiere dictado el titular de la Secretaría de Comercio, en cuyo caso le corresponderá a éste resolverlo.

**Artículo 38.** Las resoluciones no recurridas dentro del término a que se refiere el artículo 36, las que se dicten al resolver el recurso o aquellas que lo tengan por no interpuesto, tendrán el carácter de definitivas.

**Artículo 39.** La interposición del recurso suspenderá la ejecución de la resolución recurrida por cuanto el pago de multas, siempre que se garantice su importe en los términos del Código Fiscal de la Federación.

Respecto de otras resoluciones administrativas, la suspensión solo se otorgará si concurren los siguientes requisitos:

- I. Que la solicite el recurrente;
- II. Que se admita el recurso;
- III. Que la ejecución de la resolución recurrida produzca daños o perjuicios de imposible o de difícil reparación den contra del recurrente;

- IV. *Que la suspensión no traiga como consecuencia la consumación o continuación de actos u omisiones que impliquen perjuicios al interés social o al orden público; y*
- V. *Que no se ocasionen daños o perjuicios al adquirente o a terceros, a menos que se garantice el pago de éstos para el caso de no obtener resolución favorable.*

### **5.7 Naturaleza del acto que decide el recurso**

*Dos opiniones se han elaborado para determinar la naturaleza del acto que decide el recurso:*

- a) *La primera opinión afirma que este acto es de naturaleza jurisdiccional.*
- b) *La segunda opinión afirma que se trata de un acto administrativo.*

*En los recursos administrativos:*

- "a) *No hay una controversia entre la administración y el particular recurrente (algunos autores sí reconocen dicha controversia), sino un mera revisión de un acto administrativo que la propia autoridad administrativa o un superior jerárquico de ella, que la obliga a emitir un nuevo acto administrativo - no una sentencia -, o a ratificar el anterior; a diferencia de la impugnación administrativa que demanda, además el particular y la administración, la presencia del juzgador.*

- "b) Los recursos administrativos necesariamente no deben inspirarse en procedimientos semejantes a los judiciales. Es típico de la administración encontrar sus propios y originales caminos para desenvolverse. Los problemas jurídicos se complican innecesariamente cuando se confunden las jurisdicciones.
- "c) La irrevocabilidad de las resoluciones administrativas en el caso a estudio - que ponen fin a un recurso -, son propias de numerosos actos administrativos. La ley es la que determina la naturaleza del acto administrativo y la que al final de cuentas, debe resolver sobre su estructura definitiva."<sup>(48)</sup>

## **5.8 Actos que pueden generar la contienda contencioso-administrativa**

- a) Deben ser actos administrativos, fundados en leyes administrativas;
- b) O sea los que emanan de la autoridad pública administrativa;
- c) En el desenvolvimiento de la gestión administrativa.

Solo pueden ser materia contencioso-administrativa, aquellas providencias que la administración dicta administrando, por decirlo así, ésto es, aplicando las leyes y disposiciones vigentes

---

(48) Ibid., p. 587.

cuya ejecución le está encomendada a los casos concretos que se presentan.

No podrán dar lugar a la materia contencioso-administrativa aquellas otras providencias que toma el poder administrativo, digámoslo así, mandando (o gobernando, diríase también); ésto es, usando de las facultades que tiene para disponer, en general lo que crea conveniente al interés de todos los ciudadanos y procediendo en ésto discrecionalmente, y sin más limitaciones que su responsabilidad según las leyes de cada país.

Es necesario delimitar el campo de los diversos intereses que se presentan en conflicto, en el recurso de lo contencioso-administrativo. La terminología es muy amplia, debatida y ofrece numerosas contradicciones.

a) *El simple interés.* Las leyes administrativas comúnmente se dictan en el interés general de la colectividad, y garantizan de inmediato la satisfacción del mismo, mediante procedimientos adecuados a ese fin.

Su cumplimiento puede interesar a cualquier miembro de la comunidad, pero ese interés que aparece como un reflejo de la norma protectora del interés general, no es el interés protegido que constituye el derecho subjetivo.

Por lo tanto, el buen funcionamiento de un servicio público:

1. *Interesa a una multitud indiferenciada de individuos;*



2. *Eventuales usufructos de ese servicio;*
3. *Protege de una manera difusa el interés general;*
4. *Se trata de un simple interés;*
5. *No se da acción contencioso-administrativa para que el servicio público sea mantenido.*

b) *El interés legítimo. Puede ocurrir que la norma administrativa llegue a proteger, bien que indirectamente, un interés individual, dando lugar al llamado "interés ocasionalmente protegido" o interés legítimo.*

*Ejemplo del caso de los postulantes de una licitación o de un concurso que pueden agravarse por la violación de los procedimientos.*

*Estas personas suman el interés genérico de todos en el regular desenvolvimiento de la función administrativa un interés particular. Este interés particular que difiere del general, aunque sea conexo con él, no tiene por la ley una tutela directa y por ello no constituye un derecho subjetivo.*

*Sus titulares, pueden sin embargo, poner en movimiento recursos especiales para conseguir que sean anulados o modificados los actos producidos con violación de las normas establecidas para la tutela de los intereses generales, y de esta manera queda eliminada la lesión que tales actos han producido a los intereses individuales de referencia.*

c) *El derecho subjetivo.* El derecho subjetivo implica un interés más intensamente protegido, un interés particularizado; un interés directamente contemplado por la norma administrativa; de tal manera que aparecen configurados los elementos esenciales de todo derecho subjetivo; es a saber un sujeto activo y un sujeto pasivo; una prestación debida y un precepto o acto administrativo que le sirve de fundamento y protección.

Entre el derecho subjetivo y el interés legítimo, la relación es de especie con el género, en cuanto el derecho subjetivo presupone la existencia de un interés legítimo de su titular, mientras que el interés legítimo puede existir muchas veces sin alcanzar la categoría de un derecho subjetivo.

1. *La protección del derecho subjetivo vulnerado por el acto de la administración pertenece al contencioso de plena jurisdicción;*
2. *Mientras que la del interés legítimo agraviado pertenece al contencioso de anulación o ilegitimidad.*

# CONCLUSIONES

Hemos llegado al final de nuestro tema de investigación y solo nos resta efectuar el capítulo concerniente a las conclusiones. A lo largo de nuestro trabajo hemos utilizado un método eminentemente deductivo partiendo de los conceptos generales para llegar a los particulares, y de esa forma habiendo iniciado con lo que sería la justicia, y siguiendo con contratos, hemos llegado a los contratos administrativos y a sus recursos y medios de impugnación. Para lo que serán nuestras conclusiones lo haremos diametralmente al revés, ya que debemos considerar lo siguiente:

1. Los contratos administrativos, son un tipo de contratos que, gracias a un Poder Legislativo y a un Poder Judicial, están dotados y regulados de una forma en la que poseen tribunales, recursos e incluso reglamentación especial distinta de la común que rige para los contratos en particular. Debido ello quizá, a que el legislador ha querido darles aun mayor autonomía y fuerza especial.
2. El Estado está investido de atribuciones y facultades especiales por ser el representante social de un colectividad. El Poder Ejecutivo tiene a su encargo la salvaguarda y protección de los intereses de toda la sociedad, además de ser el encargado de administrar no solo los recursos que a través de los impuestos obtiene, sino que se encarga de administrar la política económica, social e internacional que el país tiene.

3. *Dicho ente social denominado Estado requiere para cumplimentar sus fines, así como para desarrollar las obras públicas que el interés social le manda efectuar, la colaboración y ayuda de los particulares quienes, a través de un contrato, pueden dotarlo no solo de los materiales que requiere sino que incluso puede contratar sus servicios en la elaboración de una determinada obra pública o en la capacitación de sus recursos materiales y humanos.*
4. *Que en virtud de dicho contrato, el Estado persigue un interés meramente social debido a que lo hace con recursos y algunos casos, por un mandamiento expreso de la sociedad a la que representa. En cambio el particular que presta los susodichos servicios lo hace con un interés meramente personal, generalmente de tipo patrimonial, ya que pone en funcionamiento los servicios que presta su negocio, que es la forma de sus ingresos y su subsistencia e incluso la de muchas personas que con él laboran.*
5. *Que en la legislación creada justamente para reglamentar este tipo de contratos otorga facultades y privilegios al Estado por estar éste representado precisamente a los intereses de toda una colectividad. No obstante lo anterior, existe un sinnúmero de países en los que el Poder Ejecutivo tiene un amplio dominio de los organismos dependientes de los otros dos poderes que integran el gobierno de un país.*
6. *Pensamos que no deberíamos hablar en el término concreto de contratos al referirnos a este tipo de relaciones comercial-*

administrativas entre el Estado y los particulares, ya que no existe una igualdad de circunstancias entre las dos partes contratantes ni por el objetivo que persiguen ni por la fuerza social que tienen ambos como parte en un contrato.

7. *Pensamos que de seguir regulando estos contratos de esta forma estamos incurriendo en una grave injusticia hacia el particular que contrata con el Estado, desvirtuando el espíritu que debe guiar el contenido de la ley.*

*Pensamos que los contratos administrativos representan una fuente riquísima de instrumentos jurídicos que pueden redundar en un gran beneficio no solo a una colectividad, sino a el propio Estado y a un sinnúmero de particulares que se verían muy beneficiados con una correcta legislación al respecto y una adecuada aplicación de este tipo de negociaciones. Pero es necesario contar con reglas claras y seguras para ambas partes contratantes.*

*Con la gran apertura que está realizando el Estado mexicano hacia el exterior es necesario que éste establezca reglas claras y eficaces para no alejar a los posibles futuros contratistas e incluso alentar su participación en obras públicas en este país.*

# **BIBLIOGRAFÍA**

**FRAGA, Gabino**

Derecho Administrativo. 25ª edición.

Editorial Porrúa, México, 1989.

506 pp.

**HERVADA, Rafael**

Introducción Crítica al Derecho Natural

Editorial Mi-Nos, México, 1985.

189 pp. (Manuales Derecho, 1)

**ROJINA VILLEGAS, Rafael**

Derecho Civil

Editorial Porrúa, México, 1989.

722 pp. 6 ilustraciones. Tratado VI Volúmenes

**SÁNCHEZ MEDAL, Rafael**

De los Contratos Civiles. 9ª edición.

Editorial Porrúa, México, 1987.

608 pp.

**SERRA ROJAS, Andrés**

Derecho Administrativo. 11ª edición.

Editorial Porrúa, México, 1989.



## **CÓDIGOS Y LEYES BÁSICAS APLICABLES**

Código Civil para el Distrito Federal. 58ª edición.

Editorial Porrúa, México, 1990.

Código de Comercio. 52ª edición.

Editorial Porrúa, México, 1990.

Código Federal de Procedimientos Civiles. 36ª edición.

Editorial Porrúa, México, 1990.

Ley Federal de Entidades Paraestatales. 20ª edición.

Editorial Porrúa, México, 1989.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. 20ª edición.

Editorial Porrúa, México, 1989.