

130



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGÓN

LA LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA :

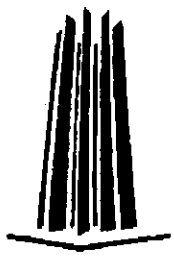
JESÚS ANTONIO FLORES CARRERA

**ASESOR :
LIC. JORGE HORACIO CHAVEZ MARTINEZ**

280019

MÉXICO

2000





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

*A la memoria de mi padre, señor Antonio Flores Brito,
a quien le debo parte de mi vida, y el amor que sembró,
en mi corazón.*

*A mi madre, Hortensia Carrera Molina, quien con su
ejemplo y sus sabios consejos me enseñó a luchar y ha
alcanzar las metas que me trace en la vida.*

*A mi esposa, Maria Guadalupe Morales Ocaña,
por su paciencia, sacrificio y apoyo durante todo este
tiempo para alcanzar esta gran meta.*

*A mis hijos, Marco Antonio, Bruno y María Teresa,
quienes con su amor y comprensión me alentaron para
seguir adelante, espero que esto les sirva de ejemplo
para que logren sus sueños.*

*A mis hermanas, Leticia y Silvia, por sus
cuidados, amor y apoyo que me han dado
durante toda mi vida.*

*A mis cuñados, Enrique Rodríguez Pérez †, y Raúl
Castañón Landa, por su comprensión y ánimos
para que yo pudiera terminar mi carrera.*

*A mis sobrinos, Enrique Rodríguez Flores,
Raúl Castañón Flores, Leticia Rodríguez
Flores y Diego Castañón Flores, para que
con este ejemplo, en un futuro no muy lejano
vean realizadas sus metas.*

*Al Licenciado Jorge Horacio Chávez Martínez,
Por haber aceptado dirigir esta tesis, por sus
consejos y comentarios en la elaboración de la
misma, y con ello ver realizadas mis inquietudes
jurídicas.*

*Al Licenciado Mario I. Pozos Jiménez, por
su amistad, su confianza y participación en
la estructura y desarrollo en este trabajo.*

A mis Maestros, a la Universidad Nacional Autónoma de México, y a la ENEP Aragón, por el tiempo y el dinero invertidos en mi carrera.

LA LEGALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

INTRODUCCIÓN.

CAPÍTULO PRIMERO

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

	Págs.
a) Definición y objetivos de la Administración Pública.....	1
b) Formas de Organización de la Administración Pública.....	8
c) Marco jurídico para otorgar contratos de obra pública.....	21

CAPÍTULO SEGUNDO

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

a) Definición de contrato.....	25
b) Elementos esenciales y de validez de los contratos.....	30
c) Formas de extinción de los contratos.....	44
d) Definición de contrato de obra pública.....	46
e) Elementos esenciales y no esenciales de los contratos de obra pública.....	49
f) Formas de extinción de los contratos de obra pública.....	54

CAPÍTULO TERCERO

PROCEDIMIENTOS RESCISORIOS

a) Definición y origen de la rescisión.....	56
b) Procedimiento de la rescisión judicial.....	61
c) Procedimiento de la rescisión administrativa de los contratos de obra pública.....	69

d) Diferencias entre los procedimientos de rescisión judicial y administrativa de los contratos de obra pública.....	75
e) Garantías constitucionales y principios procesales.....	76
f) Inconstitucionalidad de la rescisión administrativa de los contratos de obra pública.....	94
CONCLUSIONES.....	96
BIBLIOGRAFÍA.....	100

INTRODUCCION

México se caracteriza por ser un estado de derecho que se sustenta en una estructura jurídica, para la cual, el cumplimiento de la norma por parte del Estado y de los particulares es un objetivo fundamental para lograr una sociedad en la que nadie este por encima de la ley, ya sea por abuso de autoridad o por impunidad.

De ahí la importancia de analizar la legalidad de uno de tantos actos de autoridad, como lo es el procedimiento de la rescisión administrativa del contrato de obra pública, que lleva a cabo la Administración Pública Federal, a fin de demostrar si el actuar de esta se ajusta al orden jurídico o si por el contrario lo violenta en perjuicio del interés jurídico de los contratistas.

Cobra importancia esta situación en el caso de los contratos de obra pública, porque la Administración Pública Federal, no cuenta con los recursos humanos y técnicos necesarios y suficientes para el logro de sus fines, por lo que, recurre cada vez más a los particulares para realizar las obras que son necesarias para el cumplimiento de sus objetivos. Estableciendo una relación contractual de supra a subordinación, dado que el Estado nunca se desprende de su potestad soberana, misma que hace valer en el procedimiento de rescisión administrativa del contrato de obra pública, toda vez que actúa como juez y parte, sin importarle que es él mismo quien celebró el contrato, con lo cual, se violan los principios de igualdad jurídica, legalidad y audiencia, ya que no hay un tercero ajeno e imparcial que resuelva el conflicto, como tratare de demostrar con este trabajo de tesis.

CAPITULO PRIMERO

LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL

a). Definición y objetivos de la Administración Pública.

Para comprender el objetivo fundamental de este trabajo, es necesario referirnos a la Administración Pública, a los órganos creados por ella y a su relación con los particulares, por lo que trataré de abundar en este tema.

Así, tenemos que los orígenes de la Administración Pública se remontan a los primeros grupos sociales organizados, en los que surge la administración de recursos como respuesta a la necesidad de racionalizar la distribución de los escasos satisfactores que poseían.

La presencia de la administración va aparejada a estos grupos sociales y se puede decir que evoluciona juntamente con ellos, adaptándose a sus necesidades y estructuras, de ahí que, se enfocara lo mismo a apoyar el sistema tributario, que a manejar las riquezas obtenidas mediante la guerra, como lo fue con la aparición de los grandes imperios de la antigüedad.

Este proceso de cambio y adaptación que experimenta la Administración Pública, alcanza su máxima expresión con la creación del Estado, y conforme éste se va consolidando, aquélla va ampliando su ámbito de acción, de tal modo, que en la actualidad, prácticamente toda actividad social implica relación con los órganos del poder público.

El crecimiento del campo de acción de la Administración Pública ha generado la innovación y proliferación de métodos, reglas y organismos que a su vez han dado lugar al ensayo de múltiples variantes en las estructuras del poder público, de aquí que, según la posición que se adopte y el autor de que se trate, dicha disciplina se conceptualice de distinta forma.

Al respecto existen diversas corrientes, siendo las más relevantes las que a continuación mencionaré.

Escuela Alemana. Adopta una concepción jurídica que pretende salvaguardar los derechos centrales y la intervención de los poderes públicos, procurando un equilibrio constitucional y las prerrogativas de la administración hacia los particulares.

Corriente Teleológica. Es aquella que toma en cuenta los fines que persigue la administración, tales como lograr el bien común, satisfacer las necesidades colectivas, mantener la hegemonía de un grupo social determinado, alcanzar la justicia social, etc.

Otra concepción, es la que considera a la Administración Pública como un grupo de individuos conducidos adecuadamente para un eficiente desempeño de

sus funciones. Esta idea está de acuerdo con el concepto burocrático de Max Weber, que concibió a la burocracia como el medio fundamental del progreso social.

Otra corriente más es la **Integral**, que establece que, tomar en cuenta factores administrativos como la política, la sociedad o la burocracia da una visión incompleta de la moderna Administración Pública, por lo que sugiere estudiarlas desde otros puntos de vista, como son el orgánico y el funcional o dinámico que explicare mas adelante.

Por último, mencionare la tesis que considera a la Administración Pública como un instrumento fundamental dentro de la actividad política del Estado, ya que a través de ella se ejerce el poder.

De estas concepciones se puede destacar que los fines que persigue la Administración Pública son, entre otros, lograr el bien común, satisfacer las necesidades colectivas y alcanzar la justicia social para un determinado grupo de personas que habitan un mismo país, así como ejercer el poder dentro del marco legal del Estado.

A continuación, veremos algunas de las definiciones que dan los estudiosos de la materia administrativa sobre el particular.

El maestro Jacinto Faya Viesca, cita la definición que da Leonard White sobre Administración Pública, la cual dice: "... consiste en todo aquello que tiene como finalidad la aplicación o realización de la política nacional."¹

¹ FAYA VIESCA, Jacinto. Administración Pública Federal, Ed. Porrúa, S. A., México, 1994, Pág. 29

El maestro Andrés Serra Rojas dice que: "La administración pública es una entidad constituida por los diversos órganos del Poder Ejecutivo Federal, que tienen por finalidad realizar las tareas sociales, permanentes y eficaces de interés general, que la constitución y las leyes administrativas señalan al Estado para dar satisfacción a las necesidades generales de una nación."²

El licenciado Acosta Romero la define como: "La parte de los órganos del Estado que dependen directa o indirectamente del Poder Ejecutivo, tiene a su cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los otros poderes (Legislativo y Judicial), su acción es continua y permanente, siempre persigue el interés público, adopta una forma de organización jerarquizada y cuenta con: a) elementos personales; b) elementos patrimoniales; c) estructura jurídica, y d) procedimientos técnicos."³

De estas definiciones, se desprende que la Administración Pública tiene, en general como objetivo principal, organizar y coordinar a los diferentes organismos y entidades creados por el Estado para un adecuado cumplimiento de las funciones y atribuciones que tiene asignadas.

La Administración Pública, es entonces el instrumento de que se vale el Estado para realizar sus actividades; la estructura a través de la cual actúa permanentemente y que, en el caso de nuestro país, recae en el Poder Ejecutivo Federal, cuyo titular es el Presidente de la República, y esta organizado por Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos y Entidades Paraestatales,

² SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo, Primer curso, Décima Sexta Edición. Ed. Porrúa, S.A. México, 1994, Pág. 79.

³ ACOSTA ROMERO, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo, Décima primera Edición, Ed. Porrúa, S.A. México, 1993, Pág. 108.

v tiene como finalidad cumplir cabalmente con los requerimientos de una sociedad que está en constante cambio, razón por la cual debe aplicar sistemas y métodos actualizados que le permitan realizar sus actividades con la debida oportunidad y eficiencia, y de este modo optimizar los recursos de que dispone.

Ahora bien, como lo señalé anteriormente, la Administración Pública puede analizarse desde dos puntos de vista denominados Orgánico y Funcional o Dinámico.

El primero se realiza de acuerdo a la estructura del Poder Ejecutivo Federal, y que es por medio de las Secretarías o Dependencias de Estado, Organos Descentralizados, Empresas Paraestatales, Sociedades Mercantiles o Fideicomisos Públicos, que son organizados por materia.

El segundo señala que a la Administración Pública, se le debe estudiar desde un punto de vista funcional, o sea, desde la serie de actos o actividades que realizan los órganos que son creados directamente por ella.

Al respecto, el maestro Acosta Romero dice que: "la Administración Pública, para realizar su actividad, cuenta con una estructura jurídica, con elementos materiales, o sea, el conjunto de bienes que en un momento dado tiene a su disposición y el elemento personal, que es el conjunto de funcionarios, empleados y trabajadores que prestan sus servicios a la Administración".⁴

Desde el punto de vista funcional, le corresponde a la Administración Pública la ejecución de las disposiciones administrativas para cumplir con los fines de interés

⁴ Idem. Pág.105

general, y en este sentido asume la función de autoridad sin perder su calidad de administrador, debiendo procurar la adecuada aplicación de estas funciones para estar en condiciones de realizar una actividad más dinámica.

Como administrador es una creación encaminada a realizar actos jurídicos, técnicos y materiales, para obtener resultados satisfactorios que el Estado le encomiende y como autoridad, es la encargada de ejecutar las resoluciones que derivan de esos actos.

De conformidad con lo anterior, la Administración Pública se compone de órganos legalmente constituidos, para efectuar una actividad determinada, surgiendo con ello el Derecho Administrativo, disperso en distintas leyes que asignan funciones específicas a dichos órganos.

Sin embargo, no se debe confundir a la Administración con el Derecho Administrativo, porque el área de aplicación de aquélla es más extensa, y porque en el ámbito de su competencia surgen problemas que no son de naturaleza jurídica, independientemente de la diversidad y complejidad de las relaciones que establece con los particulares.

Objetivos.

Los objetivos de la Administración Pública, son realizados en provecho de la colectividad, a través de los servicios públicos, la policía, la defensa, etc., sin olvidar la aplicación y el manejo del personal administrativo, la planeación presupuestal, la documentación y la contabilidad, entre otras.

A los objetivos antes señalados, se les suman los que reconocen la doctrina administrativa, como objetivos esenciales y que son los siguientes:

1. **Funcionamiento técnico de las entidades públicas:** Se refiere al adecuado funcionamiento de la estructura gubernamental.
2. **Determinar el comportamiento de los agentes administrativos.** Para conocer y comprender la actuación, - ya sea regular o irregular- de los servidores públicos, no importando su jerarquía.
3. **Programar el presupuesto para una mejor aplicación.** Consiste en la determinación de las actividades concretas que el gobierno debe realizar, en base al presupuesto asignado a cada dependencia para que proporcione un servicio público más eficaz y adecuado a las necesidades de los gobernados.
4. **Diferenciar la personalidad entre gobernantes y gobernados.** Con la finalidad de lograr la integración y actuación del Estado basado en deberes y obligaciones recíprocos; cultivando éste las relaciones públicas, para la debida comprensión de la acción estatal.
5. **Determinar la importancia del administrador.** Para la dirección de los órganos que tiene a su cargo, para la fijación de la política general del país, ya que un administrador, en este caso el jefe del ejecutivo federal, requiere el perfeccionamiento de sus propios medios culturales y una mayor comprensión de su conducta para con los gobernados; ~~sim~~ olvidar la actualización de las normas jurídicas

que regulan su actividad, ya que en conjunto son los elementos necesarios que permiten utilizar los métodos para una mejor resolución de los problemas que se presenten.

b) Formas de Organización de la Administración Pública.

Como dije al inicio de este trabajo, la Administración Pública alcanza su real expresión con la aparición del estado de derecho, el cual a medida que amplía su campo de acción enfrenta una problemática social, política y económica más compleja y diversa, razón por la cual se ve en la necesidad de ampliar, modificar, adecuar e incluso cambiar sus estructuras de poder.

En este sentido, los responsables de la administración en un momento dado, llegan a la conclusión de que la concentración en la toma de decisiones se vuelve un obstáculo para atender oportuna y eficazmente los diversos problemas que se les plantean, y que tampoco cuentan con la experiencia y los conocimientos técnicos necesarios para resolverlos, de ahí que se piense en implantar esquemas administrativos y nuevas formas, avocadas al estudio y solución de una determinada problemática, mediante la oportuna toma de decisiones basadas en un conocimiento técnico especializado necesario para resolverla eficazmente.

Las formas de administración pública, son la manera en que esta se organiza creando órganos del poder público encargados de realizar las actividades encomendadas a la autoridad administrativa. El hecho de que adopte una

determinada forma de organización administrativa es relativo, ya que la realidad impone una gran diversidad de variantes a estas formas, inclusive la problemática a que se enfrenta el Estado es tan cambiante, que motiva que éste utilice distintas formas de organización, lo que confirma que no existen cuestiones dogmáticas en dicho sentido.

Cabe destacar, que las formas de administración se refieren exclusivamente al Poder Ejecutivo y a las unidades administrativas que de él dependen a través de las relaciones de jerarquía, por virtud de las cuales se logra la unidad de dirección, ejecución y acción de las actividades encomendadas al Estado que van encaminadas a cumplir con los fines específicos de éste.

La Administración Pública Federal en nuestro país encuentra su fundamento jurídico, en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual establece que dicha administración será centralizada y paraestatal. En congruencia con esta disposición, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, expedida por el Congreso de la Unión, en su artículo primero, párrafos segundo y tercero, señala que la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, así como la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal integran la Administración Pública Centralizada; y que, los Organismos Descentralizados, las Empresas de Participación Estatal, las Instituciones Nacionales de Crédito, las Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito, las Instituciones Nacionales de Seguros y de Fianzas y los Fideicomisos integran la administración Pública Paraestatal.

Por su parte, el artículo 26 de la ley en cita, nos dice que para el despacho de los asuntos del orden administrativo el ejecutivo de la Unión contará con diecisiete Secretarías de Estado.

Antes de entrar al estudio específico de cada una de estas formas de administración, baste por ahora indicar alguna nota de manera general: Los órganos centralizados dependen directamente del Presidente de la República y forman su estructura servidores públicos y autoridades administrativas.

Los Organos Desconcentrados guardan relación jurídica con un órgano centralizado del cual dependen administrativamente; están dotados de ciertas facultades que les permiten un mejor desenvolvimiento para resolver sobre la materia y el ámbito territorial que les ha sido encomendado, es decir, poseen cierta autonomía técnica, de conformidad con el artículo 17 del ordenamiento señalado con anterioridad.

Los Organos Paraestatales, se estructuran mediante entidades que ostentan personalidad jurídica propia. Esta personalidad es distinta a la del poder central, ya que la relación con él es de forma indirecta como lo veremos en su momento.

Existen tres tipos de estos órganos que se encuentran reglamentados en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 1986, que se rigen por su propia legislación, y que son los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, instituciones nacionales de crédito, instituciones de seguros y fianzas y los fideicomisos públicos.

A continuación trataré de explicar cada una de las formas de la Administración Pública Federal.

La Centralización Administrativa. Se caracteriza por la relación de subordinación de los órganos inferiores con los superiores que la estructuran. Comprende las facultades a través de cuyo ejercicio se mantiene la coordinación de las unidades administrativas, a pesar de la diversidad de los órganos que integran la Administración Pública. Los inferiores realizan los actos materiales que los superiores les encomiendan, los cuales a su vez tienen la facultad de decidir y realizar todas las funciones administrativas inferiores.

Dentro del concepto de organización centralizada que establece el artículo primero de la Ley Orgánica, se encuentran las secretarías o dependencias que están vinculadas directamente al Ejecutivo Federal. Estas secretarías integran la administración pública centralizada; cuentan con responsabilidad político-administrativa protocolaria, constituyendo así una unidad de decisión, mando y ejecución.

Dicho precepto nos señala qué órganos, además de las Secretarías de Estado, forman la administración centralizada, los cuales son: los Departamentos Administrativos, la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal y la Procuraduría General de la República, todos subordinados jerárquicamente al Jefe del Ejecutivo Federal.

En esta estructura existe una organización definida en la que sólo ciertos funcionarios tienen poder de decisión en los asuntos de mayor importancia, ya que cuentan con facultad de resolución para crear actos y situaciones jurídicas.

El licenciado Acosta Romero define a la centralización como: "La forma de organización administrativa en la cual, las unidades, órganos de la administración pública, se ordenan y acomodan articulándose bajo un orden jerárquico a partir del Presidente de la República, con el objeto de unificar las decisiones, el mando, la acción y la ejecución."⁵

La mayoría de los tratadistas están de acuerdo al afirmar que la jerarquización establece derechos y obligaciones entre los servidores públicos, que se resumen con el nombre de "Poderes" y que es recíproca entre las personas, ya sean superiores o inferiores. Esta idea se debe conceptualizar como una pirámide, que en la parte superior tiene al Presidente de la República y de ahí hacia abajo se encuentran los Secretarios de Estado, Jefe del Departamento Administrativo, Procurador General, Subsecretarios, Oficiales Mayores, Directores Generales, etc.

Ahora bien, la organización centralizada logra su objetivo eficientemente gracias al control de los recursos administrativos y a la dirección del poder central sobre los órganos inferiores, por medio de los siguientes actos:

1. La autorización o facultad de actuar;
2. La aprobación o ratificación del acto;
3. La conformidad o visto bueno;
4. La suspensión para su examen; y
5. La intervención o fiscalización del funcionario.

Se han establecido procedimientos para realizar la centralización de facultades, que únicamente enunciaré.

⁵ Idem. Pág. 116.

1. La concentración de la coacción de que se vale el Estado para hacer uso de la fuerza pública a fin de mantener el orden y la paz pública.
2. La concentración del poder de decisión, para dictar una resolución creadora de efectos jurídicos, y que sólo unos cuantos servidores públicos tienen esa facultad.
3. La concentración de la fuerza técnica, es la aplicación de los conocimientos técnicos y la experiencia en la solución de los problemas que se presentan.
4. La concentración de poder de nombramiento, que corresponde al Presidente de la República, quien tiene la facultad de delegar esta función en sus Secretarios.

Pues bien, la relación jerárquica implica ciertos poderes o facultades que tienen los órganos superiores sobre los inferiores que a su vez se subdividen, unos para los titulares de los órganos jerarquizados y otros para los actos que realizan y son:

1. Poder de decisión;
2. Poder de nombramiento;
3. Poder de mando;
4. Poder de revisión;
5. Poder de vigilancia;
6. Poder disciplinario; y
7. Poder para resolver conflictos de competencia.

1. Poder de decisión.

Es la potestad que tiene el titular de una dependencia para decidir la utilización de los medios materiales de la administración, la política financiera, la política de educación, el destino de los inmuebles, la actividad de los inferiores, las respuestas que se da a los particulares, respecto a sus peticiones, etc.

2. Poder de nombramiento.

La ley faculta al presidente para designar a sus colaboradores inmediatos, es pues, el superior quien designa a los empleados y subalternos tomando en cuenta los conocimientos prácticos y técnicos, así como la experiencia que tengan, sin embargo, este poder no lo tienen todas las autoridades, y sólo por excepción se puede encomendar a otras autoridades.

3. Poder de mando.

Es la facultad de dar órdenes e instrucciones a los inferiores, de la forma en que deben conducirse para el ejercicio de las funciones que les son atribuidas. Esta facultad puede ser ejercida en forma verbal o escrita, esta última se realiza por medio de memoranda, oficios, circulares y acuerdos, pudiendo producir efectos jurídicos respecto de los administrados.

4. Poder de revisión.

Es el poder administrativo que tienen los superiores para revisar el trabajo de sus subalternos, y se realiza a través de actos materiales. Este poder de revisión es un derecho y una obligación de la autoridad superior para revisar los actos realizados por el inferior. Es de aclarar que este poder no se corresponde con los

medios de impugnación de los actos de autoridad, es más bien, un instrumento de sana y eficaz administración.

5. Poder de vigilancia.

Implica la supervisión que debe realizar el superior al trabajo de sus subordinados con el fin de verificar que su actuación sea conforme a derecho, ya que si los inferiores no realizan sus labores adecuada y oportunamente, dan origen a una serie de responsabilidades administrativas, civiles y hasta de carácter penal.

6. Poder disciplinario.

Se deriva de los poderes de vigilancia y de revisión; supone la facultad de sancionar el incumplimiento de las actividades encomendadas a los subordinados, así como las faltas e ilícitos administrativos cuyas sanciones pueden ser: una llamada de atención verbal o escrita, apercibimiento, suspensión temporal y cese del nombramiento cuando la gravedad de la falta así lo amerite.

7. Poder para resolver conflictos de competencia.

Ya mencioné que la centralización se refiere a la integración de diferentes órganos sujetos a un poder central, cuyo jefe es el Presidente de la República.

Ahora bien, dentro del campo de acción de los órganos administrativos no siempre se definen con claridad los límites de actuación de los mismos. Existen numerosos casos en que es difícil precisar la competencia, ya sea porque hay

lagunas en la ley o en los reglamentos; duplicidad de funciones; la autoridad se niega a conocer o resolver sobre una situación que no admite como de su competencia; o bien se da una interpretación errónea de la norma. Así, por ejemplo, puede suceder que las Secretarías de Comunicaciones y Transportes y la del Medio Ambiente Recursos Naturales y Pesca, sostengan que tienen facultades para otorgar concesiones para el uso, aprovechamiento y explotación de la zona federal marítimo terrestre, por lo cual, de conformidad con el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, será el Presidente de la República, a través de la Secretaría de Gobernación, quien resolverá a que dependencia corresponde la facultad y en qué casos.

Con esta facultad se busca la unidad de acción, de mando y la coordinación de todos los órganos de la administración, para realizar sus fines.

La Desconcentración Administrativa. Es una forma administrativa para estructurar unidades jerárquicamente menores en una dependencia, para encargarlas del despacho de determinados asuntos. Los organismos desconcentrados son parte de los órganos centralizados, por lo que no cuentan con personalidad jurídica propia, su creación corresponde a la necesidad de resolver problemas de carácter técnicos o específicos, por lo cual gozan de cierta autonomía administrativa.

En México, se identifica a la desconcentración administrativa, como unidades dependientes de la administración central, por ejemplo: la Policía Federal de Caminos, dependiente de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes; la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, dependiente de la Secretaría de

Hacienda y Crédito Público; el Instituto Politécnico Nacional, dependiente de la Secretaría de Educación Pública.

El concepto de desconcentración, no es preciso, lo que ha originado el abuso de su empleo, e incluso se ha utilizado incorrectamente como sinónimo de descentralización. Tal uso indiscriminado de este vocablo favorece la confusión terminológica en el Derecho Administrativo.

Esta forma de administración representa ventajas para los órganos superiores, ya que los desconcentrados asumen las facultades necesarias para resolver oportuna y flexiblemente los asuntos que le son encomendados, con lo que se logra la descongestión de sus actividades.

Nuestro sistema administrativo establece, desde un punto de vista muy general, que la desconcentración implica una distribución de facultades entre los órganos superiores y los inferiores; por lo que en la realidad existe una variedad de estructuras desconcentradas, como son las siguientes:

1.Desconcentración en estricto sentido o funcional. Es la forma mediante la cual, por medio de un acto legislativo, se otorgan determinadas facultades de decisión y ejecución a los órganos desconcentrados.

2.Desconcentración vertical. Consiste en la delegación de facultades que realiza el superior jerárquico al inferior, pero con limitación de funciones.

3.Desconcentración regional u horizontal. Es una variante de la anterior, con la característica de que, el inferior va a realizar sus funciones en una

circunscripción territorial determinada que es parte de la asignada al órgano superior. Como ejemplo tenemos las oficinas o administraciones Regionales de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Es conveniente conocer las principales características que tienen estos órganos, y que son las siguientes:

1. Son creados por ley o decreto;
2. Forman parte de una Secretaría o Departamento;
3. Tienen cierta autonomía administrativa;
4. No tienen personalidad jurídica;
5. No cuentan con patrimonio propio;
6. Las decisiones más importantes requieren de la aprobación del Secretario; y
7. Tienen cierta autonomía técnica.

No se debe olvidar que desconcentrar es sólo un procedimiento para facilitar la aplicación de las leyes administrativas, por lo que requiere de una cuidadosa reglamentación, ya que por ningún motivo un órgano desconcentrado puede interferir con el funcionamiento de los órganos centralizados.

El profesor Serra Rojas dice: "Se llama desconcentración administrativa a la transferencia a un órgano inferior o agente de la administración central, de una competencia exclusiva, o un poder de trámite de decisión, ejercido por los órganos superiores, disminuyendo, relativamente, la relación de jerarquía y subordinación."⁶

⁶ SERRA ROJAS, Andrés. Op. Cit. Pág. 517.

La Descentralización Administrativa. La expresión descentralizar se debe conceptualizar como apartado del centro, para nuestro estudio, se refiere a la transmisión de ciertos poderes de decisión a un ente distinto de la Administración Pública Centralizada.

Se debe entender como la forma de organización de que se vale la administración pública para crear entidades, mediante disposiciones legislativas, que las dotan de personalidad jurídica y patrimonio propios para que efectúen actividades de interés público que competen al Estado.

El estudio de esta forma de organización administrativa, lleva a clasificar a la descentralización en:

Descentralización por región.- Constituye una forma administrativa que tiene como fin manejar los intereses públicos de determinada población, con la posibilidad de una gestión más eficaz de los servicios públicos. Dentro de esta clasificación se encuentra el municipio.

Descentralización por servicio.- Tiene como finalidad el ejercicio de determinadas funciones, o sea, la prestación de un servicio público o social, por medio del empleo de procedimientos técnicos. Con esta forma se da al organismo más responsabilidad y autonomía de acción.

Descentralización por colaboración.- Constituye una modalidad del ejercicio de la Administración Pública con caracteres específicos, distintos de los otros dos tipos de descentralización. Se origina cuando al Estado se le van presentando problemas cuya resolución requiere una mejor preparación técnica de la cual

carecen los servidores públicos, y ante la imposibilidad de crear organismos nuevos que afectarían considerablemente los presupuestos, se autoriza al particular su colaboración; de esta manera la descentralización por colaboración es el ejercicio de funciones públicas ejercidas por particulares. Por ejemplo la concesión de las carreteras.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal considera como organismos descentralizados a las entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios.

A este respecto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en su artículo 90, la intervención del Ejecutivo Federal en la operación de dichos organismos. Asimismo, el artículo 45 de la ley antes citada faculta al Presidente de la República para crear organismos descentralizados mediante decreto.

Es importante mencionar las características más significativas de estos organismos:

1. Son creados por ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal;
2. Tienen personalidad jurídica propia;
3. Tienen patrimonio propio;
4. Gozan de autonomía respecto del órgano central;
5. Cuentan con estructura administrativa interna; y
6. Cumplen con un objetivo determinado.

Actualmente, existe un sinnúmero de organismos descentralizados en nuestro país de los cuales sólo citaré algunos:

- Petróleos Mexicanos
- Instituto Mexicano del Seguro Social
- Comisión Federal de Electricidad
- Universidad Nacional Autónoma de México

c) Marco jurídico para otorgar contratos de obra pública.

El Estado, dentro del marco de sus atribuciones, tiene la necesidad de obtener de los particulares prestaciones o servicios en forma voluntaria y retribuable, toda vez que no cuenta con los recursos humanos ni técnicos suficientes para el logro de sus fines. Por ello, tiene que realizar actos contractuales que tienen su origen en la Teoría General de las Obligaciones del Derecho Privado, la cual se ha adaptado a las exigencias del interés general, es así que la Administración Pública celebra contratos de obra pública y de suministro, que son los típicos contratos administrativos.

El contrato de obra pública que celebra el Estado con los particulares, representa un acuerdo de voluntades para realizar determinados trabajos que tendrán un tiempo determinado para ser ejecutados, y en el cual el Estado se obliga a cubrir una contraprestación al particular.

De lo anterior, se deduce que no sólo el poder público necesita de los particulares, sino que, los particulares también requieren del Estado la celebración de contratos, ya que el primero busca satisfacer el interés de la colectividad, mientras que el segundo busca el interés personal.

Este tipo de relación contractual es utilizada con frecuencia, debido al excesivo volumen de trabajo que existe dentro del ámbito público.

Ahora bien, al participar en la celebración de un acto jurídico el Estado simula actuar como un simple particular, despojándose de su poder soberano para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, estableciendo una aparente relación de igualdad con su contraparte. Sin embargo, se puede afirmar que éste nunca se despoja del mencionado poder, lo cual implica una modalidad que da lugar a una relación jurídica desigual en el contrato administrativo, porque la Administración Pública se encuentra en una situación superior a la del particular, ya que, por ejemplo, no le son aplicables el procedimiento de ejecución ni las medidas de apremio, de conformidad con el artículo cuarto del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Como ya lo mencioné líneas arriba, el contrato de obra pública, es un típico contrato administrativo, que tiene su fundamento jurídico en el artículo 134 constitucional, en el que se establece, entre otras cosas que: "Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen los gobiernos federal y del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas y paraestatales se llevarán a cabo a través de licitaciones públicas ...". La norma reglamentaria de este artículo es la Ley de Obras Públicas y Servicios

Relacionados con las Mismas, en la cual se establecen los requisitos para la celebración de los referidos contratos, siendo los más importantes los siguientes:

1. Establecer reglas acerca de los concursos o licitaciones a que deberán someterse los particulares para la asignación de los contratos;
2. Distintos procedimientos de adjudicación;
3. Señalar el tipo de obra pública a realizar;
4. Obligación del contratista, anterior y posterior a la celebración del concurso; y
5. Las causas de terminación del contrato, ya sea por irregularidades en el acto, rescisión, causas de fuerza mayor, y convenio entre las partes.

De acuerdo con lo anterior, los contratos que celebre la administración pública se deberán adjudicar por medio de licitación pública. (Artículo 27 de la mencionada ley). La excepción a esta regla la establece el artículo 41 de ese mismo ordenamiento, que faculta a las dependencias y entidades a realizar adjudicaciones a través de un procedimiento de invitación restringida, o de adjudicación directa en los supuestos y con sujeción a las formalidades que prevén los artículos 42 y 43, siempre y cuando se aseguren las mejores condiciones para el Estado.

En síntesis por adjudicación se debe entender, al acto mediante el cual el Estado, a través de sus dependencias y entidades selecciona a la persona moral o física que reúne los requisitos y condiciones establecidas por la ley, para celebrar el contrato de obra pública.

No sólo en nuestro país se aplica este sistema de adjudicación, sino en otros países de América Latina, como el caso de Colombia, donde se emplea este sistema de adjudicación, según lo señala el licenciado Jaime Vidal en su obra, y que a la letra dice; "La normatividad jurídica sobre contratos de la Nación consagra ese principio (Art. 29) y señala con precisión los pasos que deben darse para abrir la licitación, los que deben contener los pliegos de condiciones, los términos que deben emplearse para adjudicar, los criterios para hacerlo y las excepciones que permiten bien la licitación privada o la contratación directa."⁷

⁷ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo, Novena Edición, Ed. Temis, S.A., Bogotá - Colombia, 1987. Pág.336

CAPITULO SEGUNDO

CONTRATO DE OBRA PUBLICA

a) Definición de contrato.

A manera de preámbulo para los fines de este capítulo, tiene gran utilidad la exposición de los principios y reglas generales que norman los contratos, los cuales debemos tener presentes al estudiar el contrato de obra pública, para hacer una correcta diferenciación entre éste y el contrato sujeto al derecho privado.

Estos principios y reglas se incluyen dentro de la Teoría General de las Obligaciones, de las cuales, el contrato es una de sus fuentes principales.

Sobre el particular, la teoría francesa define a los hechos jurídicos en sentido amplio, como aquellos acontecimientos de la naturaleza o de la voluntad del hombre que producen consecuencias de derecho. De acuerdo con esta teoría se pueden dividir en: hechos jurídicos en sentido estricto, que son los acontecimientos de la naturaleza que generan consecuencias de derecho; y en actos jurídicos, que son manifestaciones externas de la voluntad del hombre que crean consecuencias jurídicas.

La diferencia que existe entre los hechos y los actos jurídicos es que, en los primeros las consecuencias de derecho se producen sin que intervenga la voluntad del hombre; y en los segundos, se producen por voluntad del hombre, generando las consecuencias de derecho previstas por la ley.

Dentro del terreno contractual, las partes dan a la relación que las une, el carácter que ellas quieren, determinan el objeto, la duración y las modalidades de la misma, regulando el modo de ejecución y las consecuencias del incumplimiento.

Por otra parte, cabe destacar que en el actual Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, reconoce la importancia del contrato al establecer en los artículos 1851 a 1857, los principios generales para su interpretación.

La exposición de la doctrina general del contrato en esta tesis implicará algunas repeticiones que se consideran necesarias para aclarar conceptos desconocidos por el lector común y reafirmar los conocimientos estudiados ya, por los compañeros y maestros de la carrera.

El Código Civil antes citado, hace una distinción entre convenio y contrato. Considera a éste la especie y a aquél el género, define al convenio como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones; y a los contratos como los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos.

No obstante el concepto que da el mencionado ordenamiento del contrato, es imposible considerarlo como universal, ya que éste varía de un país a otro, de acuerdo a sus costumbres y leyes.

Por otra parte, la influencia doctrinal es determinante para orientar la conceptualización de este término, ya que muchas veces se emplea para referirse a cualquier declaración de voluntad que tiene relación con una cuestión de derecho. No puede aceptarse el uso del término contrato en el sentido que se anota, porque únicamente distinguiría el acto de voluntad general.

Existen diversas acepciones del término contrato, a saber como: acto jurídico; norma jurídica y como documento en el que se contienen las cláusulas convenidas por las partes que crean o transmiten derechos y obligaciones.

Como **acto jurídico** es el acuerdo de voluntades que produce consecuencias de derecho, como son las de crear o transmitir derechos y obligaciones.

Como **norma jurídica individualizada**, es la obligatoriedad del cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos derivados del contrato para las partes, debiendo estudiarse los ámbitos de validez material, temporal y personal.

Como **documento**, se refiere al instrumento que contiene las cláusulas en las que consta la voluntad de las partes.

Hay que tener presente que el contrato no sólo da nacimiento a derechos y obligaciones personales, sino que también puede crear o transmitir derechos

reales. Por ello se indica que el contrato puede tener efectos obligatorios y efectos reales

El Derecho Positivo Mexicano como ya lo mencioné, hace una distinción entre convenio y contrato, pero no pierde de vista que ambos son a su vez actos jurídicos, ya que las disposiciones jurídicas aplicables a los contratos también lo serán a los convenios, de conformidad con el artículo 1859. del Código Civil

La única diferencia que existe es que los convenios, lato sensu, son el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones; mientras que el contrato es el acuerdo de voluntades que tiene por objeto crear o transmitir derechos y obligaciones, tanto reales como personales. De lo anterior se deduce que al contrato le corresponde la función positiva que es crear o transmitir y al convenio la función negativa que se traduce en modificar o extinguir.

Por último, la libertad de contratar y la contractual se refieren: la primera, a la celebración o no del contrato, y a escoger a la persona con quien se desea contratar; y la segunda se refiere al contenido del contrato, en el cual debe existir un equilibrio entre las prestaciones que ambas partes se otorgan.

En este sentido puede hablarse de la justicia liberal que prevaleció en el contrato durante el siglo pasado, y cuyo principio establecía que, las obligaciones contraídas libremente por cualquier persona jurídicamente capaz, eran válidas y sin ninguna limitación, pero este principio de autonomía de la voluntad quedó atrás, ya que el abuso de esta libertad generó desigualdad económica de los

contratantes, toda vez que el más poderoso obtenía ventajas desproporcionadas del más pobre e ignorante.

En la actualidad nuestra legislación consagra la justicia igualitaria que se preocupa por salvaguardar la equidad en las prestaciones por encima de la libertad de las partes, interviniendo el Estado a través de la ley para restablecer la proporcionalidad y reciprocidad de las prestaciones que se otorgan los contratantes.

Al respecto, el artículo 17 del Código Civil, incorpora el principio de Lesión, el cual establece que: "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

El derecho concedido en este artículo dura un año".

En conclusión, puedo afirmar que:

1. El contrato es un acto de voluntad de las partes, cuya conjunción integra el consentimiento, para la obtención de efectos jurídicos, consistentes en la creación o en la transmisión de derechos y obligaciones.
2. Todo contrato liga a las personas que lo celebran, estableciendo entre ellas un vínculo jurídico.

3. Los contratos se estudian y tienen su campo de acción dentro del ámbito patrimonial y personal de los contratantes.

Las personas en sus relaciones cotidianas se ven en la necesidad de asegurar la realización de determinada actividad, siendo el contrato el instrumento idóneo para garantizar su cumplimiento, tal es la razón de su ser, así como su objetivo principal.

b) Elementos esenciales y de validez de los contratos.

Es importante conocer los elementos esenciales y de validez de los contratos para tener un panorama general de los mismos.

Los elementos esenciales o de existencia de todo contrato son:

El consentimiento y el objeto.

El Consentimiento.

El Profesor Rojina Villegas define al consentimiento como: "... el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones."⁸

⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, tomo III, 21a Edición Ed. Porrúa, S.A., México, 1998, Pág. 52

Como se ve, **el consentimiento**, es el acuerdo de dos o más voluntades para crear y transmitir derechos y obligaciones, el cual se puede dividir en policitud u oferta y en aceptación.

La **policitud** es una declaración de voluntad recepticia, hecha entre presentes o no presentes, determinada o indeterminada expresa o tácita, seria y con el ánimo de cumplirla en su oportunidad

La **aceptación** es la declaración unilateral de la voluntad hecha entre presentes o no presentes, expresa o tácita, seria y que se reduce a un simple sí.

Para el perfeccionamiento del contrato entre no presentes se emplean varios sistemas como son:

El **sistema de la declaración**, sostiene que el consentimiento se perfecciona cuando el destinatario declara su aceptación, estando o no presente.

El **sistema de la expedición**, establece que el consentimiento se perfecciona cuando el destinatario no sólo declara su aceptación, sino que la expide.

El **sistema de recepción**, sostiene que el consentimiento se perfecciona cuando la parte oferente o policitante recibe la aceptación.

El **sistema de la información**, señala que el consentimiento se perfecciona hasta el momento en que el policitante se entera o informa de la aceptación.

Cuando no hay consentimiento le falta al contrato un elemento de existencia, por lo tanto dicho acto es inexistente.

El consentimiento es la unión o acuerdo de voluntades para la realización de un acto contractual, con el ánimo de cumplir con lo expresamente estipulado.

El consentimiento expreso. Se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos, por ejemplo: cuando una persona propone en forma verbal a otra la celebración de un contrato, y ésta lo acepta mediante una carta. También puede exteriorizarse por medio de signos inequívocos, *verbi gratia*, cuando una persona propone verbalmente a otra la celebración de un acto contractual y ésta lo acepta con un simple movimiento afirmativo de cabeza.

El consentimiento tácito. Se manifiesta por actos o hechos que lo presuponen, por ejemplo: cuando al término del arrendamiento de una casa habitación, el propietario del inmueble no solicita al arrendatario la entrega del bien materia del contrato, se presume que el arrendamiento continúa con todos sus efectos jurídicos.

El Objeto.

Su estudio corresponde a la materia de obligaciones. Sin embargo, como la mayoría de las veces las cuestiones relativas al objeto se refieren a actos contractuales, trataré este tema.

EL objeto del contrato, como el objeto del derecho, es la conducta, la cual se puede manifestar como una prestación o una abstención. Si se manifiesta como

prestación se transforma en un "hacer algo o como dar cierta cosa"; pero si se exterioriza como una abstención se transforma en "no hacer algo".

De lo anterior se puede clasificar al objeto del contrato en: directo, indirecto y la cosa misma.

Desde el punto de vista doctrinario, el objeto directo consiste en crear o transmitir derechos y obligaciones, mientras que el objeto indirecto, es la conducta que debe asumir el deudor de dar, hacer o no hacer.

Hecha la anterior aclaración, definiré al objeto del contrato como: la obligación que por él se constituye, teniendo por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer.

De acuerdo a la anterior definición, el objeto debe reunir ciertos requisitos, en el caso de una obligación de dar, el objeto consiste en la cosa, cuyo dominio se transmite, y para que se dé, debe existir y debe ser jurídicamente posible su transmisión.

Es físicamente posible cuando existe o puede existir. El Código Civil permite la validez de un contrato en el cual el objeto recae sobre cosas futuras (Art. 1826).

Es jurídicamente posible su transmisión, cuando la cosa está en el comercio, de conformidad con el artículo 1825 del Código Civil.

Las obligaciones de dar son de cuatro tipos:

Translativas de dominio.- Aquellas que transmiten el dominio de la cosa, por ejemplo la compraventa, donación, permuta.

Translativas de uso.- Cuando se entrega la cosa para ser utilizada determinado tiempo, por ejemplo: el arrendamiento, el comodato.

De restitución de cosa ajena.- se refiere a devolver la cosa, en especie, por ejemplo: la prenda y el depósito.

Pago de cosa debida.- entre estas obligaciones podemos encuadrar al mutuo, el pago del precio de la venta, y la prestación de servicios.

El objeto de las obligaciones de hacer, tiene que ser susceptible de existir o de ser, tanto jurídica como físicamente.

Se dice que hay imposibilidad física en una obligación de hacer, cuando la ley de la naturaleza impide la realización del hecho. No se debe confundir con la imposibilidad física para ejecutar una obligación de dar, ya que no se trata de una imposibilidad con respecto a las aptitudes o facultades de cierta persona, que por sus condiciones no puedan realizar el acto materia de la obligación, en este supuesto sí es físicamente posible, y otra persona puede ejecutarlo, la obligación existe jurídicamente resolviéndose el problema obligando al deudor a cubrir los gastos de la ejecución que realice un tercero.

Existe imposibilidad jurídica cuando el hecho no puede realizarse por disposición de una norma de derecho. Toda vez que ésta constituye un obstáculo

insuperable para su realización. Pero en el supuesto de que se realizara contraviniendo la norma, se estaría ante un acto ilícito.

Por último, **la cosa misma**, consiste en el bien material que el deudor debe entregar a su co-contratante.

Elementos de Validez.

Los elementos de validez de los contratos son:

La forma establecida por la ley; el objeto motivo o fin lícitos; la capacidad jurídica de las partes; y la ausencia de vicios de la voluntad.

La forma establecida por la ley, es un elemento de carácter exterior consistente en la manera que debe plasmarse la voluntad de los contratantes, conforme lo dispone la ley.

Al respecto, el profesor Borja Soriano dice que: "ya sabemos que para que haya contrato válido no basta el consentimiento, o sea el acuerdo de voluntades, sino que es necesario que ésta tenga una manifestación exterior; la manifestación del consentimiento es un elemento extrínseco del contrato, lo que constituye la forma de él."⁹

⁹ BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones, Décima sexta Edición, Ed. Porrúa, S.A. México, 1998, Pág. 180.

En términos generales, la forma es la manera en que debe quedar plasmado el consentimiento de las partes, que puede ser verbalmente, por escrito incluso de manera solemne.

Existe una clasificación de los contratos en atención a su forma en: formales, consensuales y solemnes.

Los contratos formales. Son aquellos en los que el consentimiento se debe manifestar por escrito, ya sea en escritura pública o privada; de no expresarse de esta forma el contrato estará afectado de nulidad relativa.

Los contratos consensuales. A diferencia de los contratos formales, no requieren para que su validez sea plena, que se celebren por escrito, perfeccionándose por el simple acuerdo de las partes.

Los contratos solemnes. son los que la ley somete a ciertas formalidades, que de no cumplirse se declararán inexistentes.

Objeto Motivo o Fin Lícito.

La licitud en el objeto se refiere, en los contratos de hacer o no hacer a la realización de una conducta que sea compatible con la norma jurídica. Este requisito no es aplicable en las obligaciones de dar, ya que las cosas por si mismas no pueden ser ilícitas.

Lo anterior da como consecuencia que la prestación del deudor debe armonizar con el espíritu de la ley, en caso contrario, puede ser mezquina o nociva

a la sociedad, dando lugar a una conducta antijurídica, por ejemplo: si se celebra un contrato para atropellar a una persona.

El profesor Manuel Bejarano Sánchez dice: "Así, tenemos que el motivo o fin es la razón decisiva, determinante de la celebración del acto, la cual es diferente en cada caso."¹⁰ Por ello, el contenido de la prestación y la intención de los contratantes de celebrar dicho acto, no deben conculcar las reglas jurídicas establecidas en nuestra legislación civil.

El Código Civil señala a la ilicitud en su artículo 1830 como: "... el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

En este sentido debe entenderse por buenas costumbres, el comportamiento prevaleciente en una comunidad en un tiempo y en un espacio determinados, y por leyes de orden público, a las normas obligatorias e irrenunciables.

Capacidad de las Partes.

Es otro más de los elementos de validez de los contratos, que consiste en la aptitud que tiene una persona para celebrar un contrato.

El licenciado Miguel Angel Zamora señala que: "La capacidad es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y para hacerlos valer

¹⁰ BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles, Quinta Edición, Ed. Harla, S.A. de C.V., México, 1996, Pág. 119.

por sí mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales."¹¹

De las dos definiciones anteriormente expresadas, se deduce que, para que el consentimiento pueda existir válidamente, debe ser emitido por personas jurídicamente capaces.

El Derecho Mexicano clasifica a la capacidad en: de goce y de ejercicio.

La capacidad de goce se traduce en la aptitud que tienen las personas para ser titulares de derechos y obligaciones, esta aptitud se otorga a las personas desde el momento de su concepción.

Existe incapacidad de goce cuando la titularidad de un derecho le es negado a ciertas personas, como en el caso de los extranjeros a quienes se les prohíbe adquirir un bien inmueble dentro de una franja de 50 y 100 Km. en las costas y fronteras de nuestro país respectivamente.

La capacidad de ejercicio, la obtienen las personas al cumplir la mayoría de edad, y consiste en la aptitud que tienen para realizar actos jurídicos, ya sea por sí mismas o a través de un representante legal.

Este tipo de capacidad puede ser total o parcial. Es total cuando se cumple la mayoría de edad, siempre y cuando se este en pleno uso de sus facultades civiles y mentales. Es parcial, en el caso de los menores emancipados para hacer valer sus derechos personales y reales sus bienes.

¹¹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Contratos Civiles, Cuarta Edición, Ed. Porrúa, S.A., México 192. Pág. 35

La Ausencia de Vicios en el Consentimiento.

Es uno más de los elementos de validez del acto jurídico. Los vicios de la voluntad son: Error, Dolo, Mala Fe, Violencia y Lesión.

En la celebración de todo contrato es necesario que las partes expresen su consentimiento libre de vicios, ya que de no ser así, tal acto estaría afectado de nulidad relativa.

Se reputan vicios todas aquellas situaciones o sucesos que hacen que la expresión de la voluntad creadora del acto jurídico se vea afectada disminuyendo su eficacia. Aun cuando la falta de capacidad puede afectar a la voluntad e invalidar el acto jurídico, el Código Civil considera sólo como vicios de la voluntad los antes mencionados.

Además, la voluntad debe ser cierta, es decir, existir con certeza en los efectos queridos y los fines buscados al celebrar el acto jurídico. Esta certeza se pierde por un falso, incompleto o inexacto concepto de la realidad cuando hay error en el motivo determinante de la voluntad o en el objeto de la misma; el error puede ser fortuito; inducido por la otra parte o por un tercero y se califica de dolo; o puede ser disimulado por la contra parte que no lo denuncia sabiendo de su existencia y que se califica de mala fe.

Los anteriores vicios se regulan en los artículos 1793,II; 1794,II; 1812; 1823; 2227-2230 y 2233-2237 del Código Civil para el Distrito Federal.

Vicios Graves.

Son adicciones que los códigos consideran inhabilitantes por alterar de manera profunda la voluntad del sujeto, por ejemplo la embriaguez habitual, la morfinomanía y demás dependencias de estimulantes y depresores (opio, marihuana y heroína) usados de forma persistente, que son impedimentos para la celebración del matrimonio.

Por la misma razón se ha considerado a estos enfermos como incapaces, sujetos a tutela según lo establecen los artículos 156,VIII; 430,IV; y 506 del Código Civil citado

Vicios Ocultos o Redhibitorios.

Defectos o faltas de cualidades de la cosa vendida que hayan permanecido ocultos al momento de la compraventa y que la hagan impropia para el fin que se adquirió. Dan lugar a la acción de rescisión, de ahí su nombre, aunque el comprador puede también optar por la reducción del precio pagado. Si el enajenante conocía los vicios debe pagar daños y perjuicios al adquirente por obrar ilícitamente.

La obligación de responder de los vicios ocultos se da en los contratos conmutativos, excepto cuando el adquirente es perito, ya que por su profesión u oficio deba conocerlos de acuerdo con lo previsto en los artículos 2142-2145 y 2148 y 2162 del Código Civil.

El error.

Es una equivocada apreciación de la realidad, o sea, el conocimiento distinto de ésta. No debe confundirse con la ignorancia, que es una falta de conocimiento.

El error influye respecto a la naturaleza del contrato, porque una de las partes cree celebrar un acto y en realidad celebra otro. Esta situación se presenta cuando existe una duda respecto del objeto directo del contrato; el error se manifiesta cuando una persona cree celebrar una compraventa y la otra está celebrando una donación.

El Código Civil vigente en su artículo 1813, establece que: "El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato, que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa".

Del análisis de este artículo, se desprende que el error puede ser de hecho o de derecho.

1) Error de Hecho.

Se puede presentar de tres formas diferentes.

- **Error obstáculo.**- Es el que recae sobre la naturaleza del contrato, es tal su gravedad que impide que se integren los elementos de existencia y su consecuencia es la inexistencia del contrato, ya que recae directamente en la voluntad de las partes.
- **Error nulidad.**- Es el error de ambos contratantes o de uno de ellos, que recae sobre el motivo determinante de la voluntad que tuvo el agente,

para celebrar el acto. Lo que permite a quien en él incurra anular el contrato.

- **Error indiferente.**- Es el que produce en la voluntad del sujeto un equívoco sobre las circunstancias incidentales del objeto o cualquier otro elemento del contrato, que no trasciende en la celebración del acto, de ahí su nombre.

2) Error de Derecho.

Versa sobre la existencia, el alcance o la interpretación de las normas jurídicas.

El dolo.

De acuerdo con el artículo 1815 del Código Civil, se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes.

En términos generales el dolo es el empleo de cualquier medio para inducir al error a una persona, por ejemplo: la actitud del vendedor hacia el comprador para venderle un mueble de pino, el cual en realidad es de novopan.

La **simulación**, consiste en que las partes aparentan celebrar un contrato, sin intención de llevarlo a cabo, esta situación da origen a actos jurídicos; pero cuando se descubre la simulación esos actos jurídicos desaparecen, declarándose la inexistencia del mismo.

La Mala fe.

El propio artículo 1815 del citado código establece como mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido, es decir, es la actitud pasiva del contratante que conociendo el defecto del objeto material no lo hace del conocimiento de su co-contratante.

Señala el artículo 1816 del Código Civil que, cuando haya dolo o mala fe de una de las partes o de un tercero, sabiéndola aquella el contrato se anula si han sido la causa determinante de ese acto jurídico.

La violencia. El artículo 1819 del mismo ordenamiento establece: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

De acuerdo con lo anterior, la violencia puede presentarse de dos formas, como fuerza física o vis absoluta y como presión moral o vis compulsiva (amenazas, inducción al miedo o temor) y, de cualquier modo afecta la libertad de expresión de la voluntad, y la producción de los efectos jurídicos deseados.

La violencia cuando se manifiesta como fuerza física, configura ya no un consentimiento viciado, sino la carencia absoluta de él ya que elimina la voluntad del sujeto y origina una causa de nulidad relativa, artículo 2228 del Código Civil.

La doctrina considera, que para que la violencia exista como vicio del consentimiento es necesario que sea grave, actual, injusta, motivo determinante de la voluntad, y por último que provenga de una persona.

La lesión.

Es el último vicio de la voluntad, misma que ya expliqué con detenimiento páginas atrás. Aclarando que no se debe confundir o equiparar a la lesión con el error, ya que por error se entiende el concepto equívoco o engañoso que se tiene de la realidad, que induce a la celebración de un acto jurídico; y por lesión a la obtención de un lucro excesivo, notoriamente desproporcionado al de la parte contraria, con base en la explotación de la ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de ésta.

La falta de los elementos de validez, no impiden la celebración del acto, sin embargo, los reviste de una nulidad relativa, que se subsana cumpliendo con los requisitos establecidos, es decir, el acto es susceptible de ser convalidado.

c) Formas de extinción de los contratos.

El Código Civil no establece una forma general de terminación de los contratos, sin embargo, señala la extinción de cada contrato en particular.

La doctrina contempla algunas formas de extinción del acto contractual, entre las cuales tenemos:

1. **El cumplimiento del contrato.** Que es la ejecución total de las obligaciones derivadas del mismo. Esta es la forma normal de terminar un contrato.
2. **El vencimiento del término o plazo.** En algunos contratos se establece cierto tiempo para la ejecución de las obligaciones pactadas. La fijación del término en algunos casos es esencial para establecer el cumplimiento del objeto indirecto del mismo.
3. **La muerte de cualesquiera de las partes.** Por lo general es causa de terminación del contrato, pero existen excepciones como el caso del arrendamiento.
4. **Por voluntad unilateral.** Que consiste en dar por terminado el contrato antes de su vencimiento o de que se realicen la totalidad de las obligaciones pactadas.
5. **Por mutuo consentimiento de las partes.** Esta forma de extinción se da en virtud del acuerdo de voluntades, para dejar sin efectos el contrato.
6. **Por rescisión.** Que procede cuando una de las partes incumple con las obligaciones que contrajo.

7. **Por quiebra de una de las partes.** Cuando se trate de contratos bilaterales pendientes de ejecución parcial o total, la parte afectada puede exigir al síndico que declare si va a cumplir o a rescindir el contrato, aún cuando no hubiese llegado el momento de su ejecución.

d). Definición de contrato de obra pública.

El contrato de obra pública, es el acto jurídico que celebra el Estado a través de las dependencias o entidades de la Administración Pública Federal con los particulares y que tienen por objeto, la construcción, reparación, conservación o demolición de un inmueble propiedad de éste, a efecto de cumplir con un fin público o por cuyo medio se pretende satisfacer una necesidad colectiva.

En nuestro país, el contrato de obra pública, encuentra su base en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se regula en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, que en su artículo primero establece que: La presente ley es de orden público y tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, contratación, gasto, ejecución y control de las obras públicas, así como los servicios relacionados con las mismas, que lleven a cabo las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y las entidades de la Administración Pública de una entidad federativa. Asimismo el artículo tercero de la propia ley, considera, entre otras, como obra pública, a la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de bienes inmuebles.

La palabra obra pública se conceptualiza constantemente como una obra nueva, siendo que no sólo se construye por primera vez, sino que también se realizan modificaciones en los inmuebles, como son: la remodelación, conservación y ampliación de los mismos.

Así, el maestro Rafael Martínez define a la obra pública: "... como la construcción o mejora de un mueble o inmueble realizada para comodidad o servicio de la sociedad y que pertenece a un ente público."¹²

El doctor Serra Rojas, por su parte, define a la obra pública como: "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".¹³

El tratadista uruguayo Enrique Sayagués,¹⁴ sostiene que el concepto de obra pública se utiliza con dos significados, teniendo mayor relevancia para esta tesis, el que se refiere a ciertos trabajos sobre bienes inmuebles que la administración ejecuta o que se realizan por su cuenta; porque de él, se infiere que, para que exista la obra pública es necesario que se realice una construcción, modificación, reparación y conservación de un bien inmueble propiedad del Gobierno Federal, Estatal, Municipal, de Organismos Descentralizados o de Empresas de Participación Estatal Mayoritaria. Este mismo autor define al contrato

¹² MARTINEZ MORALES, Rafael I. Derecho Administrativo, Primer Curso, Ed. Harla, S.A. de C. V., México 1991 Pág. 134.

¹³ SERRA ROJAS, Andrés. Op. Cit. Pág. 552.

¹⁴ SAYAGUES LAZO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, 2a. Edición, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor. Montevideo-Uruguay, 1972, Pág. 86.

de obra pública como " . . . el contrato que la administración celebra para la ejecución de una obra pública, retribuyendo a la empresa contratista un precio."¹⁵

El contrato de obra pública se clasifica como: principal, bilateral, conmutativo, formal, oneroso, intuiti personae, de tracto sucesivo, y administrativo.

Es **principal** por que no requiere de otro acto para subsistir, o sea, existe por sí mismo.

Es **bilateral** porque genera obligaciones para ambas partes; la dependencia o entidad se obliga a cubrir el importe de la obra contratada y ejecutada, a revisar los precios unitarios correspondientes a los trabajos contratados; por su parte, el contratista tiene como obligación principal ejecutar la obra objeto del contrato, garantizar su cumplimiento mediante fianza en favor de la Tesorería de la Federación, de las entidades y de las Tesorerías de los Estados y Municipios (artículos 47 y 48 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, y 26 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas), a observar lo dispuesto por los reglamentos de construcción y a responder por los vicios ocultos.

Es **conmutativo** en virtud de que las prestaciones a cargo de las partes son ciertas y determinadas desde su celebración.

Es **formal**, porque para su validez es necesario que conste por escrito, en un documento privado, de acuerdo al artículo 47 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

¹⁵ Idem. pág. 87.

Es **oneroso**, porque impone provechos y gravámenes recíprocos, o sea, ventajas y cargas patrimoniales para los contratantes.

Es **intuitu personae**, porque se celebra de acuerdo a las cualidades del contratista, las cuales determinan su adjudicación, ya sea en forma directa o mediante licitación.

Es **de tracto sucesivo** a causa de que el cumplimiento de las obligaciones que generó se realizan escalonadamente al través del tiempo.

Es **administrativo** porque en él interviene el Estado en su carácter de persona de derecho público, en situación de supraordenación respecto del particular, y lo celebra con el propósito de satisfacer necesidades públicas de interés social.

Para que exista el contrato de obra pública es necesario que intervengan en su celebración una dependencia o entidad que forme parte integrante de la Administración Pública y otra parte denominada contratista, que generalmente es un particular, y que dicha obra se realice en cumplimiento de los fines propios de la entidad que la encomienda para satisfacer las necesidades de interés público.

e) Elementos esenciales y no esenciales de los contratos de obra pública.

Los elementos esenciales.

Son los sujetos, la competencia y capacidad, consentimiento, forma, objeto, causa, régimen jurídico especial, garantías y licitación.

Los sujetos.

En este contrato es necesario que uno de los sujetos sea el Estado quien actúa a través de una dependencia o entidad, y la otra parte un contratista, que puede ser una persona física o moral o un ente de derecho público.

La competencia y capacidad.

En la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se faculta a las dependencias y entidades que la conforman para celebrar contratos de obra pública a través de sus titulares; por su parte las personas físicas deben tener capacidad jurídica para obligarse en los términos del contrato; y las morales deben actuar a través de sus representantes legales, y para poder contratar obra pública, debe estar considerada dentro de su objeto social.

El consentimiento.

Es la manifestación de la voluntad de las partes para obligarse a la realización del contrato, es decir, el acuerdo de voluntades respecto de un objeto común, constitutivo de actos jurídicos. Se integra instantáneamente cuando la dependencia oferta la obra a cierta persona y ésta lo acepta. En cambio cuando el contrato se adjudica a través de licitación, el consentimiento se integrará hasta que finalice este procedimiento y las partes suscriban el contrato correspondiente.

La forma.

El contrato de obra pública para ser válido debe constar necesariamente por escrito, según el artículo 47 de la Ley de Obras Públicas y servicios Relacionados con las Mismas

El objeto.

Es el elemento esencial del contrato, y se divide en: Directo e Indirecto.

El **objeto directo**, consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, esta definición surge del acto jurídico, ya que el mismo es una manifestación de voluntad reconocida por la norma.

El **objeto indirecto**, consiste en la cosa que el obligado debe dar, hacer o no hacer, de igual forma que se aplica en materia civil, ya que el Código Civil es de aplicación supletoria para esta materia.

El profesor Martínez Alfaro señala que: "El objeto indirecto consiste en que la cosa o el hecho deben ser posibles física y jurídicamente."¹⁶

Al referirse a esas características el maestro quiso reafirmar lo que establece la ley civil en cuanto que el objeto debe ser susceptible de existir.

¹⁶ MARTINEZ ALFARO, Joaquín. Los Contratos Derivados del Artículo 134 Constitucional, Ed. Porrúa, S.A., México 1993. Pág. 23

En cuanto a la posibilidad jurídica, ésta toma el espíritu de la ley civil al señalar que tiene que ser determinada o determinable en su especie.

Por lo que hace al contrato de obra pública, el objeto se refiere a la realización de los trabajos materia del mismo.

La Causa. es la necesidad pública que tiene que satisfacer el Estado, para poder cumplir con su función.

Régimen Jurídico Especial, Se refiere a que el contrato de obra pública está sujeto a lo dispuesto por la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, que es norma reglamentaria del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Los elementos no esenciales.

Son el plazo, conmutabilidad, intransferibilidad, licitación, y sanciones.

El plazo.

Es el período que se fija para la realización de la obra y que varía de acuerdo a su naturaleza y dimensión.

La conmutabilidad.

Se clasifica como conmutativos a los contratos de obra pública, porque los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos desde la celebración del acto.

La intransferibilidad.

Se refiere a la prohibición que establece la ley de la materia en su artículo 47 párrafo cuarto, sobre ceder los derechos y obligaciones derivados del contrato, en forma total o parcial en favor de cualquier otra persona física o moral.

La licitación.

Es un procedimiento técnico legal que debe cumplir el Estado para adjudicar los contratos de obra pública, a fin de asegurar las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad.

Por excepción, el Estado puede adjudicar los contratos, mediante invitación restringida, la cual, comprende la invitación a tres contratistas cuando menos; y la adjudicación directa.

Las garantías.

Se otorgan en la celebración de un contrato para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista.

Las sanciones.

Se refieren a las penas convencionales que se establecen en el contrato, para el caso de incumplimiento por parte del contratista.

Como corolario es conveniente señalar que los elementos de los contratos civiles y de los de obra pública son diferentes, y ello se debe entre otras cosas a que la norma que los rige es distinta, ya que la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, establece una serie de requisitos para la celebración de los contratos de obra pública, que son irrenunciables para el Estado, lo cual los convierte en contratos de adhesión para los contratistas, amén de que el Estado los celebra sin despojarse de su potestad soberana, rompiendo el principio de igualdad en la contratación.

f) Formas de extinción de los contratos de obra pública.

Los contratos de obra pública se sujetan a un régimen de excepción para darlos por terminados, el cual permite considerar como válidas ciertas causas que no tienen aplicación en el derecho civil, sin embargo, adoptan las reglas generales de los contratos civiles para la extinción de sus efectos.

A continuación, mencionaré las formas de terminación que son de dos tipos: normal y anormales.

La normal, se presenta cuando se concluyen, en tiempo los trabajos materia del contrato y se cubren oportunamente los pagos respectivos.

La anormal, puede ser de dos formas: por terminación anticipada y por rescisión del contrato.

La terminación anticipada se presenta en tres casos:

- Cuando la obra materia del contrato pierde su naturaleza de utilidad pública:
- Cuando falta presupuesto para su realización: y
- Cuando se presentan problemas de carácter técnico, que impiden la realización de la obra contratada.

Cabe destacar en este punto, que las causas de terminación anticipada del contrato de obra pública no están consideradas en el derecho civil y ello es así porque al celebrar el contrato de obra pública, que es el típicamente administrativo, el Estado no se despoja de su potestad soberana, es decir, no actúa en igualdad de condiciones con el particular, lo que le permite en un momento determinado, dar por terminado anticipadamente el contrato, sin ninguna responsabilidad para la dependencia o entidad.

Por último, **la Rescisión** del contrato, se presenta cuando alguna de las partes incurre en incumplimiento de las obligaciones contraídas. Este tema lo trataré ampliamente en el capítulo siguiente.

CAPITULO TERCERO

PROCEDIMIENTOS RESCISORIOS

a) Definición y origen de la rescisión.

La rescisión es una forma anormal de terminación de los contratos conmutativos y bilaterales. que procede por el incumplimiento culpable de una de las partes: conducta que constituye un hecho ilícito del deudor, que da lugar a la reparación del daño y derecho al afectado para desligarse de su obligación.

Cabe aclarar que en este caso, el acto jurídico nace plenamente valido y deja de surtir sus efectos, merced a un hecho superveniente que consiste en el incumplimiento de una de las partes, que motiva su resolución.

La rescisión como facultad de resolver las obligaciones encuentra su origen en la *lex commissoria* del derecho romano, que consistía en una cláusula contractual que producía como resultado la resolución del contrato. El código de Napoleón consideró que en todas las obligaciones recíprocas está implícita una condición resolutoria para el caso de que una de las partes no satisfaga su obligación. En el

código español se incorpora dicha facultad de resolver las obligaciones recíprocas: y esta fórmula es adoptada por nuestro Código Civil en su artículo 1949.

En caso de incumplimiento la parte afectada puede exigir, la ejecución forzada o la rescisión del contrato y en ambos supuestos la reparación del daño y el pago de los perjuicios. Al respecto, el artículo 1949 antes mencionado, establece que, la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos.

También podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

Nuestra legislación emplea como sinónimos los términos rescisión y resolución para designar el derecho que tiene el afectado de dar por terminado unilateralmente un contrato ante el incumplimiento de su contraparte, sin embargo, considero que en este caso se confunde el género con la especie pues si bien toda rescisión es una resolución del acto jurídico, no toda resolución es una rescisión.

A continuación mencionaré algunas definiciones del término que nos ocupa: El maestro Manuel Bejarano Sánchez define a la rescisión como: " la resolución de un contrato bilateral plenamente válido u otro acto que engendre prestaciones recíprocas a causa del incumplimiento culpable de una de las partes."¹⁷

¹⁷ BEJARANO SANCHEZ, Manuel Op. Cit. Pág. 392.

Juan Palomar, en su diccionario jurídico expresa la siguiente definición: "Rescisión.- ... de los contratos. Der. una de las formas de extinción de los mismos por causas sobrevenientes después del perfeccionamiento de aquellos.//..."¹⁸

Por su parte, el jurista Rafael de Pina, en su diccionario de derecho, se refiere a la rescisión como: "Rescisión. Procedimiento dirigido a hacer ineficaz un contrato validamente celebrado, obligatorio en condiciones normales, a causa de accidentes externos susceptibles de ocasionar un perjuicio económico a alguno de los contratantes o a sus acreedores."¹⁹

En el contrato de obra pública, la facultad de resolver las obligaciones recíprocas se expresa en una cláusula que autoriza a la dependencia o entidad a dar por rescindido el contrato cuando el particular incumpla cualquiera de las obligaciones contraídas.

Y, de conformidad con el artículo 54 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas, la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo podrá pedir a las dependencias o entidades de la Administración Pública Federal la rescisión de los contratos cuando no se hayan atendido las observaciones que aquella dependencia hubiere formulado con motivo del incumplimiento de la ley de la materia y de las demás disposiciones aplicables.

Efectos de la rescisión.

¹⁸ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas, Ed. Mayo Ediciones, S. de R.L. México 1981 Pág. 1183.

¹⁹ DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho, Décima séptima Edición, Ed. Porrúa, S.A., México 1991, Pág. 446.

Por regla general, como consecuencia de la rescisión cesan los efectos jurídicos del contrato y las partes, cuando es posible se restituyen las prestaciones otorgadas.

Ahora bien, tratándose de la rescisión administrativa de los contratos de obra pública, de conformidad con el artículo 62 de Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, se producen diversos efectos, según sea la parte que haya incurrido en incumplimiento (la dependencia o entidad o el contratista).

Si es la dependencia o entidad la que motiva o determina la rescisión, está obligada al pago de los trabajos ejecutados y de los gastos no recuperables, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y tengan relación con el contrato.

En el supuesto de que las causas sean imputables al contratista, la dependencia o entidad tiene el derecho de hacer efectivas las garantías, y se abstendrá de cubrir los importes resultantes de los trabajos ejecutados aún no liquidados hasta que se otorgue el finiquito correspondiente, en el cual deberá preverse el sobre costo de los trabajos aún no ejecutados y que estén atrasados, así como lo relativo a la recuperación de los materiales y equipos.

Diferencias entre rescisión, suspensión temporal y terminación anticipada.

Rescisión.

Ya vimos que es una forma anormal de terminación de los contratos que se origina por el incumplimiento de una de las partes a las obligaciones pactadas, y

que tiene como consecuencia, por regla general, la cancelación de los efectos jurídicos del acto en cuestión y la restitución de las prestaciones.

Suspensión temporal.

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, prevé en su artículo 60 primera parte la suspensión temporal, ya sea total o parcialmente, de los efectos del contrato de obra pública por parte de la dependencia o entidad, cuando concurren causas de interés general o falta de presupuesto. Los contratistas también pueden solicitar esta suspensión temporal por caso fortuito o fuerza mayor, siempre y cuando estos imposibiliten la realización de los trabajos.

A diferencia de la rescisión, los efectos del contrato se suspenden temporalmente y no dan lugar a responsabilidad de las partes; se reanudan cuando desaparece la causa que motivo la suspensión; el período de suspensión no se computa para efectos del plazo señalado para la realización de la obra; por otra parte la dependencia o entidad determina unilateralmente la suspensión, haciéndolo saber por escrito al contratista, el cual, por su parte, para acogerse a la suspensión temporal, debe solicitarlo a la dependencia, misma que resolverá sobre su procedencia y, en caso de negativa tendrá que acudir a la autoridad judicial para que sea está la que resuelva.

Suspensión definitiva.

Es también una forma anormal de terminación del contrato, que se utiliza por razones de interés general, por tanto, es una prerrogativa que sólo tiene la dependencia o entidad, la que unilateralmente y sin responsabilidad, puede dar

por terminado anticipadamente el contrato. En este caso pagará al contratista la obra ejecutada y los gastos no recuperables que tengan relación con la obra y sean razonables

b) Procedimiento de la rescisión judicial.

Para el desarrollo y comprensión de este apartado, consideró necesario precisar qué debemos entender por procedimiento para luego definir la vía en la que debemos promover dicho procedimiento, así como el tribunal competente para conocer del mismo.

Al respecto, el licenciado Eduardo Pallares define al proceso y al procedimiento de la siguiente forma: "...Proceso como institución, en cuanto constituye un conjunto de actos que persiguen una sola finalidad, y el procedimiento o serie sucesiva y combinada de los que han de realizarse para lograrla..."²⁰

De esta definición puedo decir que el proceso es lo abstracto y el procedimiento lo concreto, o sea, que el proceso es la estructura del juicio, mientras que el procedimiento es cómo se debe hacer.

El proceso contempla diversas etapas, mientras que el procedimiento se enfoca a los hechos de la realidad, o sea, el recorrido formal, progresivo previsto

²⁰ PALLARES, Eduardo, Derecho Procesal Civil, Vigésima primera Edición, Ed. Porrúa, S.A. México, 1994, Pág. 105.

por la ley que se integra de varias etapas o pasos a seguir, se conoce como procedimiento judicial y se lleva a cabo ante un juzgado o tribunal judicial.

Por lo anterior se debe de entender por procedimiento al conjunto de formalidades o trámites a que esta sujeta la relación de los actos jurídicos, administrativos, legislativos y judiciales dentro o fuera de juicio.

Ahora bien, para poder definir la competencia del tribunal que debe decidir sobre la procedencia de la rescisión de un contrato de obra pública planteada por el contratista, así como la vía en la cual se debe demandar, es necesario conocer lo siguiente:

El artículo tercero del Código de Comercio, define como comerciantes, entre otros a las sociedades constituidas conforme a las leyes mercantiles, y el artículo 75 fracción VI, del mismo ordenamiento reputa como actos de comercio a las empresas de construcciones y trabajos públicos y privados.

El artículo primero de la Ley General de Sociedades Mercantiles, reconoce diversas especies de sociedades mercantiles, entre las que se encuentra la sociedad anónima, que es la figura jurídica bajo la cual se constituyen la mayoría de las empresas contratistas que se dedican a la obra pública, aunque también hay personas físicas que lo hacen.

Ahora bien, ya sea que el contrato de obra pública lo celebre una sociedad anónima o una persona física, se trata de un acto de comercio, porque en ambos casos así lo determina la ley.

De estas precisiones se desprende que el procedimiento judicial en cuestión, se debe tramitar o resolver mediante un juicio ordinario mercantil, mismo que se encuentra regulado en el Libro Quinto Títulos Primero y Segundo, del Código de Comercio, y se promueve ante el Juez de Distrito en Materia Civil.

Sin perjuicio de lo anterior, vale aclarar que por lo general en los contratos de obra pública se incluye una cláusula en la que las partes se someten a la competencia de los tribunales federales, para el caso de controversia respecto de su interpretación y cumplimiento.

El juicio ordinario mercantil se estructura de la siguiente manera:

Etapas expositiva o de demanda: En ésta etapa, la parte actora debe presentar su demanda por escrito, acompañada de los documentos públicos y privados que tengan relación con la misma y que estén en su poder, de no ser así, debe acreditar que solicitó los que no tiene. También proporcionará, los nombres y apellidos de los testigos que presenciaron los hechos de la demanda y presentará las copias simples necesarias para el traslado.

Admitida la demanda se emplazará al demandado para que produzca su contestación dentro del término de nueve días.

Con la contestación a la demanda se dará vista al actor por tres días, para que manifieste lo que a su derecho convenga, y para que mencione a los testigos y los documentos relacionados con los hechos de la controversia.

Cualquiera que sea la naturaleza de las excepciones que tenga el demandado, debe hacerlas valer en su escrito de contestación y nunca después, a no ser que fueran supervenientes.

Asimismo, se deberá, si así procediere, oponer la reconvencción, con la cual se correrá traslado a la actora en el principal para que la conteste en el término de nueve días y con dicha contestación se dará vista al reconveniente para que, dentro del término de tres días manifieste lo que a su derecho convenga.

Esta etapa se regula en los artículos 1378 a 1371 del Código de Comercio.

Etapa probatoria o demostrativa. Como su nombre lo indica tiene como finalidad que las partes aporten al juzgador los elementos necesarios para acreditar la veracidad de los hechos contenidos en la demanda y en la contestación, así como la titularidad de los derechos que se hacen valer.

Según la naturaleza y calidad del negocio, el juez fijara de oficio o a petición de parte, que se abra a prueba. Esta etapa no puede exceder de cuarenta días, de los cuales diez son para ofrecimiento y los treinta restantes para desahogo.

El juez puede autorizar un término inferior al señalado, pero en este caso deberá indicar cuántos días son para ofrecimiento y cuántos para el desahogo.

Esta fase del procedimiento se desarrolla fundamentalmente a través del ofrecimiento de los medios de prueba; su admisión o rechazo, preparación y desahogo, y se encuentra regulada en los artículos 1382 a 1387 del Código de Comercio.

Cabe destacar que en el procedimiento judicial de rescisión, corresponde a un tercero, (el juez de la causa) analizar, calificar y valorar los elementos probatorios que le aportan las partes para, con base en ellos, decidir a quien le asiste la razón

Etapas de alegatos o conclusiva. Concluido el término probatorio, se pondrán los autos a la vista de las partes para que, dentro del término común de tres días, produzcan sus alegatos, y transcurrido dicho plazo, hayan alegado o no, el tribunal de oficio, citará para oír sentencia definitiva, la que dictará y notificará dentro del término de quince días (Artículo 1388 del Código de Comercio).

Esta etapa tiene un doble significado, el primero se refiere a las conclusiones que formulan las partes, es decir a la síntesis del desarrollo del procedimiento y las razones por las que se considera que el juez debe dictar sentencia favorable a los intereses de quien los formula; tienen como finalidad fortalecer la postura de cada parte y combatir la posición procesal de su contraparte. Deben ser jurídicos, pues atienden consideraciones que se relacionan con la aplicación del derecho, es decir, la situación concretamente controvertida; el segundo indica el fin de la intervención de las partes dentro del proceso.

El doctor Arellano García establece la definición gramatical de este término de la siguiente forma: "El alegato es un vocablo con significado típicamente forense y consiste en exponer las razones que se tienen a favor de una persona.

Dentro del foro el alegato puede ser oral o escrito."²¹

²¹ ARELLANO GARCÍA, Carlos. Derecho Procesal Civil, Sexta Edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1998, Pág. 419.

Asimismo, los conceptualiza de la siguiente manera: "Los alegatos son los argumentos lógicos, jurídicos, orales o escritos, en virtud de los cuales se trata de demostrar que los hechos aducidos por la parte han quedado acreditados con los medios de prueba aportados en el juicio y que las normas jurídicas invocadas son aplicables en sentido favorable a la parte que alega, con impugnación de la posición procesal que corresponde a la contraria en lo que hace a hechos, pruebas y derecho."²²

La importancia de los alegatos en el procedimiento judicial de rescisión es mayor, pues los conocimientos jurídicos específicos de los representantes de las partes son verdaderas guías para los jueces.

Etapas resolutiva o de sentencia. Está a cargo del juez, quien resuelve el conflicto tomando en cuenta las pretensiones, afirmaciones, y pruebas de las partes, dando por terminado el procedimiento en su primera instancia.

Esta resolución debe ser pronunciada dentro de los quince días siguientes de la citación para sentencia, que se hace una vez concluido el término para alegar (Artículos 1389 y 1390 del Código de Comercio).

Esta etapa tiene las siguientes características:

1. Es un acto propio del juez;
2. Da por terminado el procedimiento en una primera instancia; y

²² Idem. Pág. 422

3. Resuelve el conflicto de intereses a favor de una de las partes.

Se da mucha importancia al pronunciamiento de la sentencia, y la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en su artículo 17, que los tribunales deben ser expeditos en la administración de justicia, con apego a los plazos y términos que fije la propia ley, por lo que bajo ningún pretexto podrán los jueces ni los tribunales aplazar, dilatar, omitir o negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas.

La trasgresión a esta disposición daría lugar al juicio de amparo, por considerar que se viola la garantía constitucional de referencia.

La sentencia debe ser fundada en ley y, si ni por el sentido natural ni por el espíritu de ésta, se puede decidir la controversia, se atenderá a los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso.

Asimismo, la sentencia debe ser clara, y al establecer el derecho debe absolver o condenar.

Se ocupara exclusivamente de las acciones deducidas y de las excepciones opuestas respectivamente en la demanda y en la contestación.

El licenciado Cipriano Gómez Lara estructura la sentencia en cuatro grandes partes que son:

1. El preámbulo
2. Los resultados
3. Los considerandos

4. Los puntos resolutivos²³.

Los cuales explica de siguiente manera:

El Preámbulo. En el preámbulo de toda sentencia, debe señalarse, además del lugar y de la fecha, el tribunal del que emana la resolución, los nombres de las partes, y la identificación del tipo de proceso en que se ésta dando la sentencia. Es decir, en el preámbulo deben vaciarse todos aquellos datos que sirvan para identificar plenamente el asunto.

Resultandos. Los resultandos son simples consideraciones de tipo histórico descriptivo. En ellos, se relatan los antecedentes de todo el asunto, refiriendo la posición de cada una de las partes, sus afirmaciones, los argumentos que ha esgrimido, así como la serie de pruebas que las partes han ofrecido y su mecánica de desenvolvimiento. Debe tenerse mucho cuidado en precisar que en esta parte de los resultandos, el tribunal no debe hacer ninguna consideración de tipo estimativo o valorativo.

Considerandos. Los considerandos son, sin lugar a dudas, la parte medular de la sentencia. Es aquí donde, después de haberse relatado en la parte de resultandos

²³ GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso, Ed. Oxford, México, 1999, Pág. 292

toda la historia y todos los antecedentes del asunto, se llega a las conclusiones y a las opiniones del Tribunal, resultado de la confrontación entre las prestaciones y las resistencias, y también a través de la luz que las pruebas hayan arrojado sobre la materia de la controversia. En el presente capítulo se trata el tema de los considerandos, simplemente como una parte formal de toda sentencia, no en cuanto a su contenido, lo cual será objeto de nuestra atención en el capítulo siguiente.

Puntos resolutivos. Los puntos resolutivos de toda sentencia, es la parte final de la misma, o sea, en donde se precisa de forma muy concreta, si el sentido de la resolución es favorable al actor o al reo; si existe condena y de cuánto monto es, se precisan los plazos para que se cumpla la sentencia y, en resumen, se resuelve el asunto...²⁴

c) Procedimiento de la rescisión administrativa de los contratos de obra pública.

Antes de iniciar el desarrollo del tema planteado en este inciso, considero necesario mencionar qué se debe entender por procedimiento administrativo, el

²⁴ Idem. Págs. 292 y 293

cual en mi concepto consiste en: la serie de actos realizados por la Administración Pública conforme a ciertas normas específicas de derecho, para producir consecuencias jurídicas.

El profesor Andrés Serra Rojas, señala que el procedimiento administrativo: "... es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin."²⁵

De lo anterior se desprende que el procedimiento administrativo, se constituye por una serie de actuaciones y formalidades especiales determinadas por los requisitos que preceden al acto administrativo, el cual tiene como finalidad la resolución de un conflicto y la aplicación del derecho.

Tales actuaciones las realizan las dependencias o entidades con el ánimo de justificar el acto administrativo que van a emitir y que domina la totalidad de su acción.

El procedimiento administrativo en teoría fue concebido menos formal que el judicial, para desahogar expeditamente la aplicación de la ley, y con ello buscar una eficiente y oportuna acción administrativa. Sin embargo, en la práctica ocurre lo contrario, ya que la experiencia ha demostrado que dicho procedimiento está lejos de ser expedito.

Ahora bien, el procedimiento administrativo de rescisión de los contratos de obra pública, se encuentra regulado en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en el Reglamento de la Ley de Obras Públicas y

²⁵ SERRA ROJAS, Andrés. Op. Cit. Pág. 266

por el Código Federal de Procedimientos Civiles, que son las leyes específicas aplicables al caso, y por la Ley Federal del Procedimiento Administrativo que sólo se aplica supletoriamente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 de esta última.

Actos previos.

Antes de iniciar el procedimiento de rescisión, con base en el artículo 53 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas, la dependencia o entidad debe levantar, con participación de la contratista, un acta circunstanciada en la que se haga constar el estado de avance que guarda la obra encomendada. Para tal fin debe citar a la contratista, notificándole personalmente en su domicilio, el lugar, fecha, hora y objeto de su comparecencia, así como los efectos de no atender la citación; de conformidad con los artículos 16 fracción I, 35 fracción I y 36 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Inicio del Procedimiento.

Con base en el documento de referencia, la dependencia o entidad, decide proceder o no a la rescisión del contrato y, en su caso, notificará personalmente al contratista tal decisión, para que éste dentro del término de quince días hábiles contados a partir de la fecha en que reciba la notificación, manifieste lo que a su derecho convenga y aporte las pruebas que considere pertinentes, ello de acuerdo con los artículos 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con la Misma, y 52 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas. En su caso, el interesado deberá presentar su contestación directamente en las oficinas de la

dependencia autorizada para tal efecto o por correo certificado con acuse de recibo, mensajería y tele fax.

El artículo 50 de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo dispone para estos casos, que la entidad deberá admitir toda clase de pruebas, con excepción de la confesional a cargo de la autoridad. No queda comprendida en esta prohibición, la petición de informes respecto de hechos que consten en los expedientes administrativos o documentos agregados a ellos.

La autoridad podrá allegarse los medios de prueba que estimen necesarios para resolver el caso, sin más limitaciones que las establecidas en la propia ley que se cita.

Dentro del procedimiento le corresponde a la autoridad acordar sobre la admisión de las pruebas ofrecidas por el contratista y sólo podrá desechar las que no fuesen ofrecidas conforme a derecho, las que no tengan relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarias o contrarias a la moral y al derecho. La resolución de la autoridad deberá estar debidamente fundada y motivada.

El desahogo de las pruebas deberá llevarse a cabo dentro de un plazo no menor a tres días ni mayor a quince, contados a partir de su admisión, salvo que se trate de pruebas que ameriten ulterior desahogo, en cuyo caso, se concederá un plazo no menor de ocho ni mayor de quince días para tal efecto. Las pruebas supervenientes se podrán presentar siempre que no se haya emitido la resolución correspondiente (Artículo 51 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo).

Desahogo del procedimiento.

La dependencia o entidad dentro del termino de quince días hábiles siguientes a la fecha en que hubiere recibido el escrito de contestación del contratista deberá resolver lo procedente, es decir, si determina o no la rescisión del contrato. Cabe aclarar que dentro de este termino de quince días deberá llevarse a cabo el desahogo de las pruebas.

Por otro lado, en caso de que el contratista no comparezca al procedimiento, el término para resolver deberá computarse a partir del vencimiento del plazo otorgado al contratista para que manifieste lo que a su derecho convenga y ofrezca pruebas.

Una vez concluido el desahogo de las pruebas, la dependencia procederá a estudiar y analizar las constancias del expediente y emitirá la resolución que corresponda conforme a derecho, para lo cual entre otras cosas, deberá apearse a las reglas de valoración de las pruebas previstas en los artículos 197, 198, 200, 202 al 218 del Código Federal de Procedimientos Civiles y a los requisitos que deben reunir las resoluciones establecidos en los artículos 219 y 222 del Código en cita.

Notificación de la resolución.

De conformidad con el artículo 63 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con la Misma, la dependencia o entidad deberá notificar personalmente al contratista, la resolución correspondiente.

Efectos.

Los efectos que se generan con la rescisión administrativa de los contratos de obra pública, se pueden clasificar en inmediatos y mediatos.

Los efectos inmediatos, consisten en que la dependencia o entidad hará efectivas las garantías como reparación de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del contratista.

Asimismo, aplicará las penas convencionales y las multas pactadas en el contrato y previstas en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con la Misma y en el Reglamento de la Ley de Obras Públicas.

También, se abstendrá la dependencia o entidad de cubrir los importes resultantes de los trabajos ejecutados aún no liquidados, hasta en tanto se otorgue el finiquito correspondiente, en el cual deberá preverse el sobre costo de los trabajos aún no ejecutados que estén atrasados.

Lo anterior de conformidad con los artículos 62, fracción II y 52, fracción II de la ley y del reglamento arriba mencionados, respectivamente.

El efecto mediato, está previsto en el artículo 51 fracción III de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con la Misma, y éste consiste en que, la dependencia o entidad no recibirán propuestas o celebrarán contrato con las personas físicas o morales que no hubieren cumplido sus obligaciones contractuales respecto de las materias de esa ley, por causas imputables a ellas y que como consecuencia de ello haya sido perjudicada la dependencia o entidad.

d) Diferencias entre los procedimientos de rescisión judicial y administrativa de los contratos de obra pública.

De la descripción de los procedimientos de rescisión judicial y administrativa, que antecede se desprenden las siguientes diferencias:

Rescisión Judicial

- 1.- No hay acto previo.
- 2.- Se inicia con la presentación de la demanda en un Juzgado de Distrito.
- 3.- Se emplaza a juicio a la parte demandada a través del secretario actuario.
- 4.- Se concede un término de nueve días para contestar la demanda, oponer excepciones y defensas, y en su caso reconvenir.
- 5.- Se da vista a la parte actora para que dentro del término de nueve días conteste la reconvenición en su caso.
- 6.- Se abre el juicio a prueba, y se señala término de treinta días para su desahogo.
- 7.- Una vez desahogadas las pruebas, se concede un término a las partes para que formulen sus alegatos.
- 8.- El juez dicta la sentencia correspondiente.

Rescisión Administrativa

- 1.- Como acto previo al procedimiento se levanta un acta circunstanciada con o sin intervención del contratista.
- 2.- Con base en el análisis del acta circunstanciada la dependencia o entidad decide iniciar o no el procedimiento de rescisión.
- 3.- La dependencia o entidad notifica al contratista el inicio del procedimiento de rescisión, por conducto de su personal, específicamente habilitado por ella.
- 4.- Se le concede un término de quince días hábiles al contratista para que manifieste lo que a su derecho convenga y ofrezca o aporte las pruebas que estime necesarias.
- 5.- No procede la reconvenición.
- 6.- Admisión, recepción, análisis y valoración de las pruebas por parte de la dependencia o entidad.
- 7.- No hay alegatos.
- 8.- La dependencia o entidad resuelve la rescisión.

Ahora bien, de estas diferencias cabe destacar que quien se encarga de conocer y resolver sobre la procedencia de la rescisión, en el caso de la judicial, es el Juez de Distrito: persona ajena a los intereses del juicio. En tanto que en la administrativa, quien decide la iniciación, lleva a cabo el procedimiento, califica, valora y desahoga las pruebas que ofreció el contratista e incluso decide si la rescisión procede o no es la dependencia o entidad que otorgó el contrato de obra pública, es decir, que ésta es juez y parte en el conflicto. Lo que pone en una situación de desventaja al contratista, en virtud de que no hay imparcialidad en la solución del conflicto, rompiendo con ello los principios de igualdad y legalidad establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

e) Garantías constitucionales y principios procesales.

Para una mejor comprensión de lo que son las **Garantías Constitucionales o Individuales**, considero necesario referirme al Estado como forma de organización de la sociedad.

Así, tenemos que el Estado Nacional encuentra sus orígenes hacia el siglo XII, en Europa. Surge como una nueva forma de organización política que se desarrolla conforme a las necesidades y limitaciones de los diversos grupos sociales, se va consolidando a lo largo de este proceso, que llega hasta el siglo XIX, pero aún en la actualidad continua su transformación.

Desde su aparición el Estado ha desempeñado un importante papel en el desarrollo de los grupos sociales. En principio tuvo que superar y trascender las estructuras políticas del feudalismo, hasta llegar a mediados del siglo XV al estado de derecho, que estableció la igualdad de sus integrantes ante la ley; el sometimiento de todos ellos a ésta, incluido el propio Estado; y el ceñimiento de la ley a la voluntad general de la sociedad y su interés mayoritario, terminando así con los privilegios propios del feudalismo

En esta nueva forma de organización social, el derecho se convierte en un factor esencial, al asignar las atribuciones de los entes estatales, fijar los mecanismos de acción y los límites conforme a los cuales deben conducirse en su relación con los particulares, al ordenar a la comunidad y determinar las bases sobre las cuales se da su interrelación.

El derecho evoluciona conjuntamente con el Estado y se liga a él tan estrechamente que algunos autores como Kelsen los llegan a considerar como una misma cosa; el Estado no es entonces más que la expresión jurídica de la sociedad.

Esta forma de organización ha sido motivo de diversas conceptualizaciones, las cuales coinciden al menos en que los elementos del Estado son: la Población, el Territorio y la Soberanía.

Max Weber sostiene que el Estado se caracteriza por ser un orden jurídico y administrativo, a través del cual se orienta la actividad de la administración que pretende la validez no sólo frente a los miembros de la asociación, sino también respecto de toda acción ejecutada en el territorio a que se extiende la dominación,

y lo define como la comunidad humana que en el interior de un determinado territorio reclama para sí el monopolio de la coacción física legítima.

Jellinek, por su parte lo define como una corporación formada por un pueblo dotado de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio.

De los anteriores conceptos se deduce que los elementos que integran el Estado son como lo dije antes, la población, el territorio y la soberanía; debiéndose entender por cada uno de ellos lo siguiente:

Población.- Conjunto de hombres y mujeres que se organizan en torno al propio Estado.

Territorio.- Lugar en el cual el Estado excluye cualquier otro poder superior o igual al suyo y que a la vez es el ámbito de aplicación de las normas expedidas por sus órganos.

Soberanía.- Es el poder supremo que no reconoce al interior del Estado, ningún otro poder superior a él, que es capaz de darse sus propias normas para regir su vida interior, y que, en lo internacional, se manifiesta a través de la independencia política.

Para Rousseau, es en el pueblo donde reside la soberanía, pues éste como emisor de una voluntad general cambia su libertad natural por su libertad civil. Voluntad, que por otra parte, deriva del contrato social y en cuya virtud puede ser impuesta al individuo cuando se niega a acatarla.

Sin embargo hay quienes sostienen que el Gobierno es un elemento más del Estado, debiéndose entender por tal, la dirección general de las actividades de los ciudadanos en vista del bien público en todos sus aspectos.

En este sentido el artículo 39 de nuestra Constitución Política establece que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene, en todo momento el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Esta soberanía la ejerce el pueblo a través de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por dicha constitución y las particulares de los Estados.

Sin embargo, la soberanía como potestad suprema no es ilimitada, esta sujeta a restricciones que provienen de su propia naturaleza; en efecto, siendo el pueblo el depositario real de la soberanía, decide desarrollar su actividad dentro de los causes jurídicos que el mismo crea y se obliga a no transgredir, es decir, se auto limita. Además al seleccionar la forma de constituirse y sus sistemas de funcionamiento se autodetermina. Así, autolimitación y determinación se expresan como características inherentes a la soberanía e implican la negación de la arbitrariedad al conducir la actividad del Estado dentro de su orden jurídico.

Al respecto el artículo 40 de nuestra Carta Magna señala, que es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República, Representativa, Democrática y Federal, compuesta de Estados Libres y Soberanos pero unidos en una

Federación, y por otro lado; el artículo 1° del ordenamiento citado, establece que en México todo individuo gozará de las garantías que otorga el mismo, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Como se ve las anteriores disposiciones son la concreción de los principios de autodeterminación y autolimitación de la soberanía a que me he referido.

De acuerdo con lo expuesto las garantías individuales solo pueden existir dentro de un estado de derecho ya que constituyen el límite de las atribuciones otorgadas al Estado por su sistema jurídico.

La autolimitación se expresa en el Derecho Positivo, que es el que complementa o secunda las garantías constitucionales concernientes a la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad, que propiamente equivale a la legalidad, por significar el conjunto de medios jurídicos de preservación de las anteriores.

Una vez que he precisado el marco de referencia de las garantías individuales, tratare el tema relativo a su definición.

De acuerdo con el maestro Ignacio Burgoa, "la palabra garantía se origina en el derecho privado y proviene del término anglosajón warranty o warantie, que significa la acción de asegurar, proteger, defender, o salvar guardar; en sentido lato equivale a aseguramiento o afianzamiento, pudiendo también denotar protección, respaldo, defensa, salvaguarda o apoyo.

En el derecho público el concepto garantía significa diversos tipos de seguridad o protección a favor de los gobernados dentro de un estado de derecho. De ahí que la doctrina ha considerado que el principio de legalidad, de división de poderes, de responsabilidad de los funcionarios públicos, etc., son garantías jurídicas establecidas a favor de los gobernados.²⁶

Jellinek, clasifica las garantías de derecho público en garantías sociales, tales como la religión, las costumbres, las fuerzas culturales, etc.; garantías políticas, dentro de las que se comprenden la organización del Estado, y el principio de división de poderes; y garantías jurídicas que se expresan en sistemas de fiscalización de los órganos estatales, de responsabilidad oficial, de jurisdicción, y de los medios para hacer efectivas las normas de derecho objetivo.

Hans Kelsen, se refiere a las garantías de la constitución, y las clasifica con los procedimientos o medios para asegurar el imperio de la ley fundamental frente a las normas jurídicas secundarias, es decir, para garantizar el que una norma inferior se ajuste a la superior que determina su creación o contenido.

El maestro Alfonso Noriega, identifica las garantías individuales con los derechos del hombre y sostiene que estas garantías son derechos naturales, inherentes a la persona humana en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas que el Estado debe reconocer, respetar y proteger mediante la creación de un orden jurídico y social que permitan el libre desenvolvimiento de las personas, de acuerdo con su propia y natural vocación individual y social.²⁷

²⁶ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Ed. Pomúa, S. A., México, 1998, Pág. 161.

²⁷ *Idem*. Pág. 164.

Las garantías individuales, según Burgoa Orihuela se traducen en un conjunto de prescripciones constitucionales de diferente índole que supeditan todo acto de autoridad y de cuya observancia deriva la validez jurídica de éste.²⁸

Dichas prescripciones tienen como sujeto de imputación normativa a cualquier ente que se coloque o este colocado en situación de gobernado, entendiéndose por tal, a aquella persona en cuya esfera operen o vayan a operar actos de autoridad, es decir, actos atribuibles a un órgano estatal que sean de índole unilateral, imperativa y coercitiva

A lo largo de la historia las garantías de referencia se han considerado, como aquellos medios jurídicos de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales (libertad, igualdad, seguridad jurídica y propiedad) que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público.

Cabe destacar que, al margen de los fundamentos filosóficos Alfonso Noriega e Ignacio Burgoa coinciden en considerar a las garantías individuales como derechos o prerrogativas de supremacía constitucional, establecidas en beneficio de los gobernados para limitar el poder soberano del Estado, quien tiene la obligación de respetarlos aun en contra de la voluntad expresada por conducto de sus autoridades.

Como se ve, las garantías individuales implican una relación jurídica que se establece entre el particular o sujeto activo del derecho y las autoridades estatales, sujeto pasivo; en el caso de nuestro país, el sujeto activo, es cualquier habitante o individuo que se encuentre en su territorio, independientemente de su

²⁸ Idem. Pág. 171.

nacionalidad, calidad migratoria, sexo, condición civil, etc. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el artículo primero de la constitución que al respecto establece:

“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

Sobra decir que esta prerrogativa la tiene por igual, tanto las personas físicas como las morales, a quienes de esta manera se les tutela la vida, la libertad, la propiedad, la posesión o derechos reales o personales de que son titulares, respecto de la arbitrariedad en que puedan incurrir las autoridades del Estado. Lo anterior de conformidad con el segundo párrafo del artículo catorce constitucional.

Garantías de Audiencia y Legalidad (Art. 14 y 16 constitucionales).

Para los fines de este trabajo, es esencial realizar el estudio y análisis de las garantías de referencia, razón por la cual expondré en que consiste cada una de ellas.

Garantía de Audiencia.

En términos generales consiste en la posibilidad que tienen los particulares de ser escuchados respecto del ejercicio de sus derechos por las autoridades estatales, antes de que se pronuncien sobre un pleito o causa. Esta garantía esta inmersa en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional que a la letra dice: “Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades,

posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Del párrafo anterior se deduce, que la garantía de audiencia se integra por cuatro garantías de seguridad jurídica que son:

- El juicio previo al acto de privación;
- Que este juicio se lleve a cabo ante los tribunales previamente establecidos;
- Que se cumplan en el mismo juicio, las formalidades esenciales del procedimiento, y que;
- La resolución jurisdiccional se ajuste a las leyes vigentes con anterioridad al hecho que origino el juicio.

Garantía de juicio previo. Se refiere a que un acto de privación de cualquiera de los bienes tutelados por el artículo 14 constitucional, para ser legalmente válido, es necesario que sea consecuencia de la función jurisdiccional, seguida de un procedimiento, a través del cual el afectado tenga la plena posibilidad de defender su interés jurídico.

Este procedimiento puede sustanciarse ante autoridades materialmente administrativas, como son las dependencias o entidades de la Administración Pública Federal, cuando el bien objeto de la privación ingrese a la esfera jurídica del Estado, y siempre y cuando se dé al particular la oportunidad de defensa de su interés jurídico, antes de que se realice en su perjuicio, el acto administrativo de privación.

Sin embargo, cuando la ley administrativa faculta a la autoridad de que se trate, para realizar actos de privación en perjuicio del particular sin consagrar un procedimiento defensivo previo, se estará en presencia de una violación a la garantía de audiencia.

La garantía constitucional consistente en que **el juicio se trámite ante tribunales previamente establecidos**, confirma la contenida en el artículo 13 de nuestra Carta Magna, en el sentido de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales, entendiéndose por tales, aquellos que fueron creados ex profeso, para conocer de un determinado caso. Por tanto, la preexistencia del tribunal no sólo debe atender al tiempo sino fundamentalmente a la competencia genérica para dirimir conflictos en naturaleza y números indeterminados.

Esta característica de preexistencia no es exclusiva de las autoridades material y formalmente consideradas judiciales, sino que, también es aplicable a las administrativas, a quienes la ley ordinaria otorga competencia para privar a los particulares de sus propiedades o derechos, por tanto, la garantía de referencia es oponible a ambas autoridades.

La tercera garantía de seguridad jurídica, se refiere **al cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento**, que son las condiciones, requisitos y términos que deben cumplirse dentro del proceso a fin de que ninguna de las partes que en él intervienen queden en estado de indefensión.

En general los autores consideran como tales, las siguientes:

- **Conocimiento del caso por la autoridad:** implica la acción que ejerce el particular y la manifestación de sus pretensiones ante el órgano decisorio (tribunal previamente establecido).
- **Oportunidad de defensa:** es el derecho que tiene el particular, que se va a ver afectado por el acto de privación, para externar sus pretensiones opositoras al mismo, contestando los hechos y haciendo valer las defensas y excepciones que estime pertinentes. En lo general, la oportunidad de defensa se traduce en distintas formas procesales, tales como las notificaciones, el emplazamiento, término para contestar o para oponerse a las pretensiones de privación al pretendido acto privativo, etc. Consiguientemente la contravención a cualquiera de éstas, significa la violación a la formalidad procesal respectiva, esto es, a la garantía de audiencia.
- **Oportunidad de probar:** es el derecho que tiene el posible afectado con un acto de privación, para ofrecer y desahogar todas las pruebas que estime necesarias y procedentes para acreditar los hechos constitutivos de sus defensas y excepciones, así como para que el órgano decisorio aprecie y valore dichas pruebas, a fin de emitir un acto resolutivo apegado al derecho y a la justicia.

Cabe señalar que, de acuerdo con el principio de igualdad procesal, las formalidades esenciales del procedimiento deben cumplirse por igual, respecto de las partes que intervienen en el proceso. De no ser así, la parte a quien no le fueron respetadas estas formalidades, se vería afectada en sus garantías constitucionales.

La inobservancia de alguna de estas formalidades, está considerada en los artículos 159 y 160 de la Ley de Amparo, como privación de defensa en perjuicio del quejoso.

Esta consideración se establece tanto en los juicios civiles y penales, como en los juicios o procedimientos administrativos.

La cuarta garantía de seguridad jurídica, consistente en que **la resolución jurisdiccional debe estar ajustada a las leyes vigentes con anterioridad al hecho que originó el juicio**, es decir, al que constituya la causa eficiente de la privación, corrobora la contenida en el párrafo primero del artículo 14 constitucional que establece la irretroactividad de las leyes en perjuicio de persona alguna.

Finalmente la garantía de audiencia, también es efectiva frente a las leyes, por lo que la autoridad legislativa está obligada a respetarla consignando en las mismas los procedimientos necesarios para que se oiga a los interesados y se les dé la oportunidad de defenderse, en todos aquellos casos en que puedan resultar afectados sus derechos.

De admitirse que la garantía de audiencia no rige para la autoridad legislativa y que esta puede en sus leyes omitirla, se sancionaría una omnipotencia de tal autoridad y se dejaría a los particulares a su arbitrio, lo que evidentemente quebrantaría el principio de la supremacía constitucional, que limita por medio de esta garantía la actividad del Estado en cualquiera de sus formas.

Garantía de Legalidad. Dicha garantía está contenida en la primera parte del artículo 16 constitucional, que establece: "que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

De aquí que, toda actividad del Estado, sea administrativa, jurisdiccional o legislativa, debe ajustarse a la ley, por tanto, los actos de los órganos del poder ejecutivo han de ser producidos conforme a las disposiciones previamente emitidas por el legislador, de tal modo que la autoridad, a diferencia de los particulares, sólo puede hacer o realizar aquello que la ley le permite expresamente.

Esta garantía es la que mayor protección otorga al particular; su eficacia jurídica reside en que, por su mediación se protege todo nuestro sistema jurídico.

El aspecto medular de esta garantía reside en la fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento; lo que significa que la autoridad al emitir sus actos debe indicar con precisión qué ley o leyes y cuáles de sus artículos son aplicables al caso de su conocimiento, por ser las que prevén la situación concreta para la cual proceda realizar el acto de autoridad; implica, tanto al contenido del acto, como a la competencia del órgano y a las facultades del servidor público. Y, en cuanto a la motivación, la autoridad tiene la obligación de describir las circunstancias de hecho, que hacen aplicable la norma jurídica al caso concreto, es decir, es la adecuación lógica de la situación subjetiva del particular, al supuesto jurídico.

Para que el acto de molestia no implique una violación a la garantía de legalidad, es necesario que concurren la motivación y la fundamentación en cada caso concreto, es decir, no basta que haya una ley que autorice la orden o ejecución del o de los actos autoritarios de perturbación, sino que es preciso, que el caso concreto hacia el cual éstos vayan a surtir sus efectos, esté comprendido en las disposiciones relativas a la norma, invocadas por la autoridad.

A contrario sensu, se contraviene el artículo 16 constitucional, cuando el acto de molestia no se apoya en ninguna ley (falta de fundamentación), y en el caso de que existiendo ésta, la situación concreta respecto a la que se realice dicho acto de autoridad, no esté comprendida en la disposición invocada (falta de motivación).

Los Principios Procésales, son las condiciones de existencia del proceso, y se refieren a su composición estructural tripartita, y consisten en el jurisdicir y el accionar de los sujetos del proceso; la conformidad de la serie y su modo de avance.

Jurisdiccionalidad. Implica la actuación de un tercero que está por encima de las partes y es ajeno a sus intereses, lo que supone imparcialidad al resolver, posee potestad legal para conducir el conflicto y para hacer cumplir su decisión.

Contradicción. Conduce a que las partes en posición de igualdad, tengan las mismas posibilidades de actuar ante el juzgador como consecuencia de la bilateralidad de la audiencia y de la instancia.

Dinámica Procesal. Se refiere a que, el proceso está constituido por actos concatenados, que integran una serie de grados y fases, que avanza progresiva e irreversiblemente, por lo que al precluir o cerrarse cada etapa, decaen los derechos no ejercidos en ella.

El maestro Eduardo Pallares, identifica como principios rectores del procedimiento, entre otros, los siguientes:

- **Principio de congruencia de la sentencia.** Que consiste en que la resolución del juzgador debe atender precisamente a las acciones y excepciones hechas valer en el proceso; ajustarse al texto de la ley y a las constancias de autos, es decir, debe estar debidamente fundada y motivada.
- **Principio de igualdad jurídica.** Que se relaciona con la garantía individual contenida en el artículo cuarto constitucional, segundo párrafo, que establece la igualdad de hombres y mujeres ante la ley. Y que, en materia jurisdiccional, implica que la norma procesal otorgue, a las partes, las mismas oportunidades para hacer valer sus derechos.
- **Principio de iniciativa de las partes.** Se refiere al derecho que tienen los particulares para provocar la actividad jurisdiccional de un órgano que decida los litigios de intereses jurídicos.
- **Principio de prueba por escrito.** Es la posibilidad que tienen las partes en un conflicto, de aportar al órgano decisorio los elementos de convicción que estimen pertinentes para acreditar su interés jurídico; para que el mencionado órgano, admita las que procedan conforme a derecho y las califique o valore para razonar el grado de certeza de las mismas, al momento de dictar resolución.²⁹

²⁹ PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 69.

Los autores Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, tomando como referencia a Chioyenda, citan como principios fundamentales en cuanto a la interpretación doctrinal de la ley procesal, los principios lógico, jurídicos, políticos, y económicos, de las cuales el que nos interesa para los fines de este trabajo de tesis es el jurídico, que consiste en proporcionar a los litigantes la igualdad en la contienda y la justicia en la decisión.³⁰

Para el maestro Humberto Briseño Sierra, los principios procesales son los siguientes:

- **De imparcialidad del juzgador.** Que consiste en que, el órgano decisorio, con base en un análisis objetivo de las constancias procesales y sin otorgar ventajas, prerrogativas o beneficios a ninguna de las partes, debe emitir su resolución.
- **De igualdad de ocasiones de instancia de las partes.** Se refiere a que, dentro del procedimiento jurisdiccional, los contendientes deben tener las mismas oportunidades para hacer valer y defender sus derechos.
- **De eficiencia funcional.** Que está relacionado con el dinamismo procesal o concatenación lógica de las etapas del proceso, que avanza progresiva e irreversiblemente y tienen como finalidad, la impartición de justicia pronta y expedita.³¹

³⁰ DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Vigésima quinta Edición, Ed. Porrúa, S.A. México 1995. Pág. 26.

³¹ BRISEÑO SIERRA, Humberto. El Proceso Administrativo en Ibero América. Ed. UNAM. México, 1994. Pág. 143.

Por último, el profesor Cipriano Gómez Lara, los entiende como aquellos rasgos o peculiaridades esenciales en el desenvolvimiento de todo proceso, y señala las siguientes características:

1. El contenido de todo proceso es un litigio y la finalidad es la de resolver éste;
2. Toda relación procesal tiene una estructura triangular en la que el tribunal o juez está colocado en el vértice superior, y las dos partes, con intereses contrapuestos entre ellas, en los vértices inferiores;
3. El proceso es un fenómeno dinámico, transitorio y proyectivo. Esta proyectividad debe entenderse en cuanto a la estructura misma de la relación entre las partes y el juez, y en cuanto al eslabonamiento, cadena o serie, que es esencial entre unos y otros actos procesales, desde el primer acto de excitación al tribunal, hasta el último acto procesal;
4. El principio de impugnación, que abre la puerta a la revisión y análisis de las resoluciones del juzgador, lleva implícitos los principios lógico y jurídico de **Chiovenda**, citados por **Castillo y Larrañaga** y **De Pina**. Es decir, hay impugnación procesal, en virtud de que el juzgador está obligado a actuar imparcialmente y, además, al hacerlo, debe hacerlo observando las reglas de lógica, de la igualdad de las partes y de la legalidad en la resolución. Todo esto nos llevará forzosamente a los principios de congruencia y de motivación de la sentencia, los cuales deben estar presentes en todo tipo de proceso, y
5. En todo proceso existen cargas, posibilidades y expectativas, las que implican que estén señaladas las oportunidades precisas de actuación de las partes en cada etapa o momento de desarrollo del procedimiento y a su vez, que precluyan los derechos a ejercer determinadas conductas cuando

no se hayan ejercido dentro de los plazos u ocasiones propicios y como verdaderas sanciones por el descuido o indolencia de las partes o de sus abogados.³²

De lo expuesto con anterioridad se puede concluir que los autores citados tienen diversas concepciones acerca de lo que debemos entender por principios procesales, razón por la cual no se han puesto de acuerdo en cuanto a su definición. Sin embargo, todos coinciden en citar como tales, aquellos elementos mínimos que tienden a garantizar a las partes en conflicto la equidad en la impartición de justicia, es decir, que el conflicto de intereses, se resuelva por un órgano jurisdiccional ajeno a las propias partes que intervienen en él, que aplique imparcialmente la ley; que emita su resolución con apego a las normas aplicables al caso concreto, conforme a las constancias del proceso previamente establecido, en el que se cumplan la secuencia y formalidades previstas y se otorguen iguales oportunidades para deducir sus derechos y aportar los medios de prueba que estimen necesarios los contendientes.

Como se ve la importancia de los principios procesales es tal que su inobservancia puede trascender al resultado del fallo, afectando los intereses jurídicos de una de las partes, lo que, sin lugar a dudas implicaría violación a sus garantías constitucionales.

³² GOMEZ LARA, Cipriano. Op. Cit., Págs. 260 y 261

f) Inconstitucionalidad de la rescisión administrativa de los contratos de obra pública.

Según se expuso en el inciso c de este capítulo, antes de iniciar el procedimiento de rescisión administrativa, la dependencia o entidad debe elaborar un acta circunstanciada en la que se haga constar el avance de la obra pactada; con base en éste documento la contratante decide si procede o no a la rescisión administrativa del contrato de obra pública y, en su caso notifica al contratista para que éste en el término de 15 días manifieste lo que a su derecho convenga y aporte las pruebas que estime pertinentes.

La dependencia o entidad dentro del término 15 días hábiles siguientes a la fecha en que recibió el escrito de contestación y de ofrecimiento de pruebas del contratista, deberá resolver sí procede o no declarar la rescisión, con todas las consecuencias legales inherentes.

Ahora bien, no obstante que se concede al contratista la posibilidad de expresar en el procedimiento lo que a su derecho conviene, así como ofrecer las pruebas que estime pertinentes, la garantía de audiencia no se cumple plenamente, ya que se viola la garantía de seguridad jurídica inmersa en aquella, dado que el procedimiento de rescisión administrativa no se lleva a cabo ante tribunales previamente establecidos, sino ante la propia dependencia o entidad que se encarga de su tramitación y resolución.

Asimismo, se viola la mencionada garantía de seguridad jurídica, por que una de las partes (dependencia o entidad) se erige en juez y parte, contraviniendo lo

establecido en el artículo 17 constitucional que señala, que ninguna persona (incluyendo al estado) podrá hacerse justicia por si misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Por otro lado con la instauración del procedimiento de rescisión administrativa también se viola la garantía de seguridad jurídica en relación con el cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento, en tanto que los principios procesales que forman parte de aquellas, no son observados dentro de dicho procedimiento de rescisión.

En efecto, en este caso no hay un tercero imparcial y ajeno a las partes sobre quien recaiga la responsabilidad de definir el conflicto; no existe la plena posibilidad de acreditar el derecho que le pueda asistir al contratista, ya que es la propia dependencia o entidad que celebró el acto jurídico a rescindir, la que decide sobre la admisión y valoración de las pruebas aportadas; y por que la dependencia o entidad al constituirse en juez y parte rompe con el principio de igualdad procesal.

Con base en las afirmaciones anteriores sostengo que el procedimiento de rescisión administrativa del contrato de obra pública, conculca las garantías constitucionales o individuales de legalidad, audiencia y seguridad jurídica, contenidas en los artículos 14, 16 y 17 de nuestra Carta Magna, según ha quedado debidamente demostrado, por lo que tal procedimiento es inconstitucional.

CONCLUSIONES

Primera.- La administración Pública es el instrumento, de que se vale el Estado para realizar sus actividades: la estructura a través de la cual actúa permanentemente y que tiene como finalidad cumplir cabalmente con los requerimientos de una sociedad que esta en constante cambio.

Segunda.- Toda vez que el Estado no cuenta con los recursos humanos ni técnicos, necesarios y suficientes para el logro de sus fines, tiene que recurrir a los particulares para que participen en esta tarea, valiéndose para ello de instrumentos tales como los contratos administrativos.

Tercera.- El contrato es un acto de voluntad de las partes, cuya conjunción integra el consentimiento, para producir los efectos jurídicos deseados, consistentes en la creación o transmisión de derechos y obligaciones. Es el instrumento idóneo para asegurar el cumplimiento de los compromisos contraídos por las partes.

Cuarta.- El contrato de obra pública es el típico contrato administrativo al que recurre el Estado para llevar a cabo las obras de construcción, reparación, conservación, modificación o demolición que son necesarias para el cumplimiento de sus fines o la satisfacción de una necesidad colectiva.

Quinta.- Las partes que intervienen en la celebración del contrato de obra pública, son los particulares y el Estado. Entre ellas se establece una relación de supra a subordinación, dado que el Estado nunca se desprende de su potestad soberana, que hace valer, lo mismo al momento de celebrar el acto, que para

exigir su cumplimiento, y hasta para declarar la terminación anticipada o la rescisión.

Sexta.- Las formas de extinción del contrato de obra pública son de dos tipos: normal y anormal. La normal supone el cumplimiento cabal de las obligaciones contraídas por las partes. La anormal puede ser de dos tipos, a saber: por terminación anticipada, que se actualiza cuando la obra materia del contrato deja de ser de utilidad pública; falta presupuesto para su realización o se presentan problemas de carácter técnico. Y por rescisión, cuando una de las partes incumple lo estipulado en las cláusulas.

Séptima.- La rescisión es una forma anormal de terminación de los contratos conmutativos y bilaterales que procede cuando una de las partes incumple alguna de las obligaciones contraídas en el mismo. Por regla general cesan sus efectos y las partes, cuando es posible, se restituyen las prestaciones otorgadas.

Octava.- Tratándose del contrato de obra pública, si es la dependencia quien motiva la rescisión, deberá cubrir el importe de los trabajos ejecutados, de los gastos no recuperables, así como de los costos financieros. Si es el contratista quien da lugar a la rescisión está obligado al pago de daños y perjuicios; en su caso, a la restitución de los anticipos no amortizados; a la entrega de los materiales y equipo destinados a la obra; a responder de los vicios ocultos que resulten; y se hace acreedor a que se le hagan efectivas las fianzas otorgadas para garantizar el cumplimiento del contrato y la debida aplicación de los anticipos.

Novena.- Por regla general para que sea declarada la rescisión de cualquier contrato bilateral y conmutativo, las partes deben acudir ante la autoridad judicial para que formule la declaratoria correspondiente.

Décima.- Tratándose de los contratos de obra pública si es la dependencia o entidad quien da lugar a la rescisión, el contratista esta obligado a acudir ante la autoridad judicial para que haga la declaratoria correspondiente. Por el contrario, si es el contratista quien da lugar a la rescisión, la dependencia o entidad se encarga de llevar a cabo el procedimiento y de emitir la resolución rescisoria correspondiente.

Décima Primera.- En el procedimiento judicial, la facultad de decidir sobre la procedencia de la acción rescisoria recae en un tercero que es imparcial y ajeno a las partes.

Décima Segunda.- En el procedimiento administrativo, la facultad de decidir sobre la procedencia de la rescisión recae en la propia dependencia o entidad que celebró el contrato de obra pública.

Décima Tercera.- En el procedimiento administrativo de rescisión se violan las formalidades esenciales del procedimiento, en tanto que los principios procesales que las integran no son observados en el mismo. En efecto, no hay un tercero imparcial y ajeno a las partes que defina el conflicto de intereses; se niega la plena oportunidad de acreditar el derecho del contratista, ya que es la propia dependencia o entidad la que decide sobre la admisión y valoración de las pruebas aportadas; y, no se cumple el principio de igualdad procesal, pues esta última se erige en juez y parte.

Décima Cuarta.- El procedimiento de rescisión administrativa, se lleva a cabo ante la propia dependencia o entidad que se encarga de su tramitación y resolución, y no ante los tribunales previamente establecidos al efecto, por lo cual, la garantía de audiencia no se cumple plenamente y se viola la garantía de seguridad jurídica inmersa en ella.

Décima Quinta.- Asimismo, en el procedimiento administrativo de rescisión se viola la garantía de seguridad jurídica porque una de las partes –dependencia o entidad- se erige en juez y parte, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 17 constitucional.

Décima Sexta.- Finalmente, se desprende de lo expuesto en este trabajo y en las conclusiones que anteceden que el procedimiento administrativo de rescisión de los contratos de obra pública, es inconstitucional porque con su instauración y tramitación se violan las garantías de audiencia, legalidad y seguridad jurídica contenidas en los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Acosta Romero, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo, Décima primera Edición, Ed. Porrúa, S.A., México 1993, pp. 982.
2. Arellano García, Carlos. Derecho Procesal Civil, Sexta Edición, Ed. Porrúa, S.A., México 1998, pp. 662.
3. Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles, Quinta Edición, Ed. Harla, S.A. de C. V., México, 1996, pp. 459.
4. Borja Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones, Décima sexta Edición, Ed. Porrúa, S. A., México 1998, pp. 732.
5. Briseño Sierra, Humberto. El Juicio Ordinario Civil, Volumen I, Ed. Trillas, S.A. de C. V., México 1996, pp. 602.
6. Briseño Sierra, Humberto. El Proceso Administrativo en Ibero América, Ed. UNAM, México 1994, pp.
7. Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. Ed. Porrúa, S. A., México, 1998, pp. 809.
8. De Pina Vara, Rafael y Castillo Larrañaga, José. Instituciones de Derecho Procesal Civil, Vigésima quinta Edición, Ed. Porrúa, S. A., México 1995, pp. 546.
9. Faya Viesca, Jacinto. Administración Pública, Segunda Edición, Ed. Porrúa, S. A., México 1983, pp.795.
10. Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso, Editorial Oxford University Press, México 1999, pp. 337.
11. Martínez Alfaro, Joaquín. Los Contratos Derivados del Artículo 134 Constitucional, Ed. Porrúa, S. A., México 1993, pp. 198.
12. Martínez Morales, Rafael. Derecho Administrativo, Primer Curso, Ed. Harla, S. A. de C. V., México 1991, pp. 452.
13. Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil, vigésima primera Edición, Ed. Porrúa, S. A., México 1994, pp. 907.
14. Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, Tomo III, Vigésima Primera Edición, Ed. Porrúa, S. A., México 1998, pp. 543.

15. Sayagues Laso, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Segunda Edición, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, Montevideo-Uruguay 1972, pp. 665.
16. Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo, Primer curso, Décima sexta Edición, Ed. Porrúa, S. A., México 1994, pp. 897.
17. Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo, Segundo curso, Décima sexta Edición, Ed. Porrúa, S. A., México 1995, pp.900.
18. Vidal Perdomo, Jaime. Derecho Administrativo, Novena Edición, Ed. Temis, S. A., Colombia 1987, pp. 475.
19. Zamora y Valencia, Miguel. Contratos Civiles, Cuarta Edición, Ed. Porrúa, S. A., México 1992, pp. 412.

OTRAS FUENTES.

20. De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho, Décima Séptima Edición, Ed. Porrúa, S. A., México 1991, pp. 529.
21. Palomar De Miguel, Juan. Diccionario para Juristas, Ed. Mayo Ediciones, S. de R. L., México 1981, pp. 1439.
22. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
23. Ley Organica de la Administración Pública Federal.
24. Ley de Obras Públicas y de Servicios Relacionados con las Mismas.
25. Ley Federal de las Entidades Paraestatales.
26. Ley General de Sociedades Mercantiles.
27. Ley Federal de Procedimiento Administrativo.
28. Ley de Amparo.
29. Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común Y para toda la República en Materia Federal.
30. Código de Comercio.
31. Código Federal de Procedimientos Civiles.
32. Reglamento de la Ley de Obras Publicas.