



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES  
ACATLÁN**

**LA RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS  
DE ADQUISICIÓN DE BIENES EN EL  
SECTOR PÚBLICO**

**SEMINARIO TALLER  
EXTRACURRICULAR  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA**

**LUCIANO PABLO CHÁVEZ  
GUADARRAMA**

**Asesor: Mtra. Irene Díaz Reyes**

Marzo de 2007



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 **Universidad Nacional Autónoma de México**, por la oportunidad y formación que me ha dado y por permitirme cumplir este objetivo.

A la **FES ACATLÁN** por recibirme en sus aulas y darme la oportunidad de conocer y aprender de excelentes profesores.

A mi **Esposa Diana** y mis **hijos Paulina y Pablo** que son mi orgullo, mi inspiración y la principal motivación para concluir esta meta.

A **Socorro** por darme la vida, por su firmeza de carácter que motivó no desviarme del camino para alcanzar esta meta.

A mi **Padre** por ser ejemplo de honradez, trabajo y esfuerzo.

A mis **Hermanos** cuya aprobación y reconocimiento ha sido fuente de motivación y determinación para superarme.

A mis **jefes** y amigos **Nidia, Alberto** y **Pepe** por confiar en mis conocimientos y permitirme desarrollarme profesionalmente y darme enseñanzas invaluable y en forma particular a **Nidia** que además ha sido mi mentora y pilar de los logros que he obtenido como profesionista.

A mis **compañeros Universitarios** Beatriz, Edith, Sandra, Alberto, Alejandro, Ricardo, Ismael e Isaul.

A mis **compañeros de trabajo**  
en la administración pública,  
Gonzalo, Miguel, Edmundo,  
Luis, Ricardo, Claudia,  
Fernando, Alfredo y Manuel.

A la **Administración Pública  
Federal** por darme la  
oportunidad de colaborar en  
diferentes dependencias y  
entidades proporcionándome  
la experiencia necesaria para  
la realización de este trabajo  
que coadyuvara en la  
aplicación de nuevos  
criterios.

A **Dios** por su protección  
inmerecida.

## AGRADECIMIENTOS

El presente trabajo fue realizado con la supervisión académica de la **Maestra Irene Díaz Reyes** a quien agradezco su significativa contribución orientación y guía.

Asimismo, agradezco a mis **Maestros:**

Dr. Gabino Eduardo Castrejón García.

Lic. Emir Sánchez Zurita.

Lic. Roberto Rosales Barrientos.

Lic. Roberto Cabrera Mendieta.

Por sus enseñanzas y orientación para elaborar este trabajo.

# LA RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS DE ADQUISICIÓN DE BIENES EN EL SECTOR PÚBLICO

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>I</b>
<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>III</b>

## CAPÍTULO I

### LA FUNCIÓN PÚBLICA

1	CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA .....	1
2	FUNCIONES DEL ESTADO .....	4
2.1	LAS FUNCIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA FORMAL Y MATERIAL	6
2.2	RELACIÓN ENTRE FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ESTADO .....	7
2.3	LAS ATRIBUCIONES ACTUALES DEL ESTADO .....	8
2.4	LA TEORÍA DE LAS FUNCIONES EN RELACIÓN CON LA TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO .....	9
2.5	TEORÍA DE LA DIVISIÓN DE PODERES .....	10
3	FUNCIÓN LEGISLATIVA .....	12
4	FUNCIÓN JURISDICCIONAL .....	15
5	FUNCIÓN ADMINISTRATIVA .....	19
6	CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO .....	21
6.1	SUJETO .....	22
6.2	VOLUNTAD .....	22
6.3	OBJETO .....	23
6.4	FORMA .....	24

## CAPÍTULO II

### CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

7	LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....	29
7.1	CONCEPTO DE CONTRATO .....	29
7.2	CONTRATOS CIVILES Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....	30
7.3	CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO .....	31
8	NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ---	34
9	CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....	39
10	ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....	42
10.1	ELEMENTOS ESENCIALES .....	43
10.1.1	SUJETOS .....	43
10.1.2	COMPETENCIA Y CAPACIDAD .....	44
10.1.3	CONSENTIMIENTO .....	45
10.1.4	FORMA .....	45
10.1.5	OBJETO .....	46

10.1.6	CAUSA -----	47
10.1.7	REGIMEN JURÍDICO ESPECIAL -----	47
10.2	ELEMENTOS NO ESENCIALES -----	48
10.2.1	PLAZO -----	48
10.2.2	CONMUTABILIDAD -----	49
10.2.3	INTRANSFERIBILIDAD -----	49
10.2.4	LICITACIÓN -----	49
10.2.5	GARANTÍAS -----	50
10.2.6	SANCIONES -----	51
11	PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE COCONTRANTE -----	51
11.1	SISTEMA DE LIBRE ELECCIÓN -----	51
11.2	SISTEMA DE RESTRICCIÓN -----	52

### **CAPÍTULO III**

#### **PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN**

12	LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN -----	54
13	MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL -----	55
14	MARCO CONCEPTUAL DE LA LICITACIÓN PÚBLICA -----	58
14.1	CONCEPTO DE LICITACIÓN -----	58
14.2	PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA LICITACIÓN -----	66
15	FASES O ETAPAS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA -----	67
15.1	ACTOS PREPARATORIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PARA LA LICITACIÓN -----	68
15.1.1	PLANEACIÓN -----	68
15.1.2	PROGRAMACIÓN -----	69
15.1.3	PRESUPUESTACIÓN -----	70
15.2	ACTOS PREVIOS A LA LICITACIÓN -----	71
15.2.1	REQUISICIÓN -----	71
15.2.2	ELABORACIÓN DE BASES O PLIEGO DE CONDICIONES -----	72
15.2.3	DIFUSIÓN Y REVISIÓN DE PREBASES -----	75
15.2.4	ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DE CONVOCATORIA -----	76
15.3	FASES DE LA LICITACIÓN -----	78
15.3.1	PUBLICACIÓN DE CONVOCATORIA -----	78
15.3.2	ENTREGA DE BASES -----	79
15.3.3	JUNTAS DE ACLARACIONES -----	80
15.3.4	ACTOS DE PRESENTACIÓN Y APERTURA DE PROPOSICIONES -----	81
15.3.5	EVALUACIÓN DE PROPOSICIONES Y FALLO DE LA LICITACIÓN -----	83
15.3.6	ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO -----	84

### **CAPÍTULO IV**

#### **LA RESCISIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL PROVEEDOR EN LOS CONTRATOS PARA ADQUISICIÓN DE BIENES EN EL SECTOR PÚBLICO**



16.	CONCEPTO DE RESCISIÓN ADMINISTRATIVA -----	86
17.	CONCEPTO DE RESCISIÓN -----	87
18.	FORMAS DE EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ---	91
18.1	REVOCACIÓN -----	91
18.1.1	REVOCACIÓN UNILATERAL POR RAZONES DE OPORTUNIDAD, MÉRITO, OPORTUNIDAD O CONVENIENCIA -----	91
18.1.2	REVOCACIÓN UNILATERAL POR RAZONES DE ILEGITIMIDAD -----	95
18.2	RESCISIÓN POR HECHOS Y ACTOS -----	96
18.2.1	POR HECHOS RELATIVOS AL CO-CONTRATANTE -----	96
18.2.2	POR HECHOS IMPUTABLES AL CO-CONTRATANTE -----	96
18.3	RESCISIÓN POR CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR -----	99
18.4	RESCISIÓN POR EL COCONTRATANTE -----	101
18.5	RESCISIÓN POR MUTUO ACUERDO -----	104
18.5.1	RESCISIÓN POR RENUNCIA -----	105
19.	PROCEDIMIENTO DE RESCISIÓN -----	105
19.1	CONSIDERACIONES RESPECTO DEL PROCEDIMIENTO DE RESCISIÓN -----	113
19.1.1	CONSIDERACIONES GENERALES RESPECTO A LA FIGURA DE RESCISIÓN -----	
	a) DENOMINACIONES UTILIZADAS EN LA LAASSP PARA HACER ALUSIÓN A LA RESCISIÓN -----	114
	1. TERMINACIÓN ANTICIPADA	
	2. CANCELACIÓN	
19.1.2	FIGURAS JURÍDICAS NO CONSIDERADAS EN LA LEY QUE TIENEN COMO FINALIDAD LA RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS -----	116
19.1.3	CONSIDERACIONES RESPECTO A LA RESCISIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL PROVEEDOR -----	117
	a) RESPECTO A LA DISCRECIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE RESCISIÓN -----	117
	b) INADECUADOS PLAZOS DE EJECUCIÓN -----	120
	c) DETERMINACIÓN DE NO RESCINDIR -----	121
	1. POR LA ENTREGA DE LOS BIENES ANTES DE LA DETERMINACIÓN DE RESCISIÓN	
	2. CUANDO DURANTE EL PROCEDIMIENTO ADVIERTA QUE LA RESCISIÓN DEL CONTRATO PUDIERA OCASIONAR ALGÚN DAÑO O AFECTACIÓN A LAS FUNCIONES QUE TIENE ENCOMENDADAS	
	d) EFICACIA DE LA RESCISIÓN COMO SANCIÓN -----	123
20.	MEDIOS DE DEFENSA -----	124
	CONCLUSIONES -----	129
	BIBLIOGRAFÍA -----	139

## INTRODUCCIÓN

*El abastecimiento en el Sector Público es una actividad relevante para la cual en nuestro país el Presupuesto de Egresos de la Federación destina una parte importante de recursos, la aplicación de los recursos federales se debe sujetar a las bases que establece el artículo 134 Constitucional, debiendo administrarse con eficiencia, eficacia y honradez y adjudicarse a través de licitación pública.*

*He tenido la oportunidad de laborar en diferentes dependencias y entidades del sector público desde hace 14 años, lo cual me ha permitido tener acercamiento a la materia de adquisición de bienes desde distintos enfoques, esto ha motivado en mí una serie de inquietudes en particular por considerar que debemos fortalecer nuestra competitividad para estar en condiciones de participar en igualdad de condiciones con la proveeduría extranjera quien derivado de los tratados suscritos por México tiene una participación representativa en las compras gubernamentales.*

*Un aspecto relevante es el incumplimiento de la proveeduría en los plazos establecidos en los contratos, lo que me ha hecho reflexionar respecto a las causas que lo originan, siendo las más relevantes la mala planeación de la Administración Pública originada principalmente por la falta de certeza de disposición de recursos y el texto de la ley aplicable a la materia, mismo que se pretende demostrar señala sanciones ineficaces por el incumplimiento de los proveedores.*

*Para ello dentro del primer capítulo del presente trabajo de investigación se hará un estudio de la función pública y de los actos administrativos que realiza la administración a fin de determinar si los contratos constituyen actos administrativos.*

*El capítulo II lo dedicare al estudio de los contratos administrativos a fin de ubicar si conforme a la clasificación de los contratos, los contratos de adquisición de bienes de acuerdo a su naturaleza jurídica son administrativos.*

*Asimismo, se hará un análisis de los elementos de los contratos administrativos a fin de determinar si la licitación pública constituye un elemento de los contratos administrativos.*

*En el desarrollo del capítulo III haré un estudio del procedimiento que se realiza para la adjudicación de los contratos de adquisición de bienes destacando aquellas situaciones particulares que ameritan de su reflexión conforme a lo establecido en la doctrina y frente a la legislación vigente.*

*En el capítulo IV se realizará un estudio de la rescisión administrativa y su aplicación a los contratos de adquisición de bienes conforme a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y a la doctrina con objeto de verificar si el contenido del texto vigente es suficiente para indicar la eficacia de la rescisión en los contratos que realiza el sector público.*

*Finalmente se incluirá un apartado de conclusiones en el que de acuerdo al estudio realizado emitiré mi opinión respecto a la eficacia de la rescisión administrativa y en su caso se hará alguna propuesta que pudiera considerarse en el texto vigente para promover un mayor cumplimiento por parte de la proeeduría en los contratos de adquisición de bienes.*

## ABREVIATURAS

DOF	Diario Oficial de la Federación
LAASSP o Ley	Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público
LFPA	Ley Federal de Procedimiento Administrativo
RLAASSP o Reglamento	Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público
TFJFA	Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

## CAPÍTULO I

### LA FUNCIÓN PÚBLICA

#### 1 CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA

Íntimamente relacionados con el concepto de Función Pública tenemos los relativos a Estado, Fines del Estado, Poder, Órgano y Función, por lo que es necesario abordar éstos para un mejor entendimiento del concepto.

Ahora bien, por Estado nos acogemos al tradicional concepto jurídico de Jellinek, “La corporación formada por un pueblo dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio”.<sup>1</sup>

De esta definición se desprende que son tres elementos los que conforman fundamentalmente al estado: población, territorio y poder, aún cuando se pueden considerar otros como son la soberanía y el orden jurídico.

Por lo que hace a los fines del Estado, considerando su actividad se desprende de todo aquello que realiza para dar cumplimiento a los fines que el hombre le asigna, necesariamente éstos cambiarán y se actualizarán de acuerdo a las necesidades de la sociedad, por lo que se determinan como finalidades comunes de todo estado, además de la de procurar su propia supervivencia mediante la satisfacción de las necesidades públicas o colectivas, las de alcanzar el bien común, preservar el orden público, así como administrar justicia y garantizar las libertades y derechos de sus habitantes.

El Dr. Gabino Castrejón define al Poder Público como “ El conjunto de órganos en donde se deposita la autoridad de los diferentes poderes que conforman el Estado”.<sup>2</sup> Al

---

<sup>1</sup> Jellinek, George. Teoría General del Estado, México. 2000, Edit. Fondo de Cultura Económica. p.196.

<sup>2</sup> Castrejón García. Gabino. Derecho Administrativo Constitucional, México. 2004, Edit. Cárdenas Velasco Editores. p. 95.

respecto, no se debe perder de vista que estos tendrán la capacidad para imponer su voluntad con, sin y aún contra la voluntad concurrente de sus destinatarios para lograr sus fines, es decir, que cuando se da la oposición del gobernado se habrá de vencer, de ser necesario, mediante el empleo de la fuerza. Asimismo, debemos tomar en cuenta las teorías doctrinarias que sustentan que el poder es uno mientras que lo que realmente existe en nuestro sistema jurídico mexicano, es una división de funciones.

Establecida la noción de Poder Público, se deben diferenciar las funciones públicas, que son las diversas formas bajo las cuales se manifiesta la actividad dominadora del Estado, de los órganos en los que se deposita, que son los diversos personajes o cuerpos públicos encargados de desempeñar las diversas funciones del poder.

Se habla de función pública para referirse a la actividad esencial y mínima del Estado contemporáneo, fundada en la idea de soberanía, que conlleva el ejercicio de potestad, de imperio y de autoridad, cuya realización atiende al interés público, entre las que destacan la función legislativa, la función jurisdiccional y la función administrativa.

Para el maestro Manuel María Díez, “ el término función pública debe reservarse para designar los modos primarios de manifestarse la soberanía, de donde la numeración primaria de las funciones del Estado, legislativa, ejecutiva y judicial”.<sup>3</sup>

Los artículos 39, 40, 41, 42 y 124 de nuestra carta magna contienen el planteamiento general de la conformación del Estado Mexicano, así como la distribución del Poder Público en los diferentes “Órdenes de Gobierno”, que serán los que realicen la función pública, y que señalan lo siguiente:

---

<sup>3</sup> Díez, Manuel María. Derecho Administrativo. Buenos Aires. Argentina. 1967, Edit. Bibliográfica Omeba. p. 187.

**“Artículo 39.** 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 tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.”

**“Artículo 40.** Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.”

**“Artículo 41.** El pueblo ejerce su soberanía por medio 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 la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

La renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, conforme a las siguientes bases:

**I.** Los partidos políticos son entidades de interés público; la ley determinará las formas específicas de su intervención en el proceso electoral. Los partidos políticos nacionales tendrán derecho a participar en las elecciones estatales y municipales. ...

**III.** La organización de las elecciones federales es una función estatal que se realiza a través de un organismo público autónomo denominado Instituto Federal Electoral, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, en cuya integración participan el Poder Legislativo de la Unión, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos, en los términos que ordene la ley. En el ejercicio de esa función estatal, la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad serán principios rectores.

...

**“Artículo 42.** El territorio nacional comprende:

- I.** El de las partes integrantes de la Federación;
- II.** El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;

- III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo, situadas en el Océano Pacífico;
- IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;
- V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores;
- VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional.”

“**Artículo 124.** Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.”

Adicionalmente a lo anterior, como esquema federal, es de aclarar que a las figuras consideradas en el artículo 40 debemos sumar las relativas a los Municipios y el Gobierno del Distrito Federal, también reguladas en la Constitución, por lo que se puede concluir que la función pública la ejerce el Estado en sus diversos ámbitos de competencia: federación, entidades federativas, distrito federal y municipios, a través de los respectivos órganos del poder público.

## **2 FUNCIONES DEL ESTADO**

Antes de abordar los temas relativos a las funciones del Estado, debemos diferenciar entre “atribuciones” del estado, que comprende el contenido de la actividad del Estado, lo que puede o debe hacer, y “función” del estado, la forma de la actividad del Estado.

Tres son las funciones constitucionales que realiza el Estado: la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional, las cuales derivan de la Teoría de la División de Poderes, por lo que previo a que se haga referencia en forma específica a dichas funciones se abordará también el tema de la División de Poderes.



Toda la actividad que realiza el Estado se lleva a cabo a través de las funciones del Estado, y por lo tanto cabe dentro de las tres ya mencionadas, las funciones del Estado son el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga. El otorgamiento de dichas atribuciones, obedece a la necesidad de crear jurídicamente los medios adecuados para alcanzar los fines estatales.

Por lo antes expuesto, si adicionamos que función significa el cumplimiento de algo, podemos concluir que las funciones son los medios de que el Estado se vale para ejercitar sus atribuciones, encaminadas éstas al logro de su fines.

El maestro Rafael Martínez Morales define las funciones del Estado como “el sistema o medio que utiliza el poder público para cumplir con sus atribuciones o realizar sus cometidos, destinados al logro de sus fines”.<sup>4</sup>

Visto lo anterior, debemos agregar el tema relativo a las Atribuciones del Estado, para lo cual se ha hecho uso de expresiones como “derechos”, “facultades”, “prerrogativas”, “cometidos” o “competencias” estatales; al respecto se concluye que el término adecuado es el de “atribuciones” por ser el considerado en nuestra legislación. Como ejemplo se tiene el artículo 2° de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que señala:

“ En el ejercicio de sus atribuciones y para el despacho de los negocios del orden administrativo encomendados al Poder ejecutivo de la Unión, habrá las siguientes dependencias de la Administración Pública Centralizada.

- I. Secretarías de Estado;
- II. Departamentos Administrativos; y
- III. Consejería Jurídica.”

---

<sup>4</sup> Martínez Morales, Rafael. Derecho Administrativo Primer Curso. México. 1995. Edit. Harla. p. 195.

## 2.1 LAS FUNCIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA FORMAL Y MATERIAL

La función pública lo puede ser en sentido formal y en sentido material, esta afirmación significa la necesidad de clasificar las funciones del Estado en dos categorías.

- a) Desde el punto de vista del órgano que la realiza, es decir, adoptando un criterio formal, subjetivo u orgánico, que prescinde de la naturaleza intrínseca de la actividad, las funciones son formalmente legislativas, administrativas o judiciales, según que estén atribuidos al Poder Legislativo, al Ejecutivo o al Judicial, y
- b) Desde el punto de vista de la naturaleza intrínseca de la función, es decir, partiendo de un criterio objetivo, material, que prescinde del órgano al cual están atribuidas, las funciones son materialmente legislativas, administrativas o judiciales según tengan los caracteres que la teoría jurídica ha llegado a atribuir a cada uno de esos grupos.

Normalmente coinciden el carácter formal y el material de las funciones, y así vemos como las funciones que materialmente tienen naturaleza legislativa, administrativa y judicial, corresponden respectivamente a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Pero excepcionalmente puede no existir esa coincidencia y encontrarse funciones que materialmente son administrativas o judiciales atribuidas al Poder Legislativo, de la misma manera que los otros dos poderes tienen, entre sus funciones, algunas que por naturaleza no deberían corresponderles si se mantuviera la coincidencia del criterio subjetivo con el objetivo.

Esta circunstancia es precisamente la que impone la adopción de dos puntos de vista diferentes para apreciar las funciones del Estado, pues, como vamos a ver

más adelante la eficacia de éstas se regula a la vez por el criterio formal, o sea por el carácter de órgano que la realiza, y por el material, o sea por el contenido mismo de la función.

Además, siendo la regla general que coincida el carácter formal con el carácter material, para que un Poder realice funciones cuya naturaleza sea diferente en sustancia de las que normalmente le son atribuidas, debe existir una excepción expresa en el texto constitucional, y esta base de interpretación es, por si sola, bastante para justificar la necesidad de hacer el estudio de las funciones desde los dos puntos de vista a que nos hemos estado refiriendo.

## **2.2 RELACIÓN ENTRE FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL ESTADO**

Como ya se mencionó, íntimamente relacionado con el concepto de atribuciones del Estado, encontramos el de las funciones del mismo. En la práctica se usan indistintamente estos términos, sin embargo ellos hacen alusión a concepciones diferentes, por lo que es importante darles un sentido exacto.

El concepto de atribuciones comprende el contenido de la actividad del Estado; es lo que el Estado puede o debe hacer, el concepto de función se refiere a la forma de la actividad del Estado.

Las funciones constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones; así tenemos que:

- La función legislativa constituye el medio para realizar las atribuciones que se refieren a reglamentar las actividades de los particulares.
- La función administrativa, interviene con motivo de las atribuciones como las de registro civil, de propiedad, de comercio y servicio notarial.

- La función jurisdiccional es el medio para ejercitar la atribución de resolver las controversias entre particulares.

En el mismo orden de ideas y con la finalidad de aclarar el tema, el maestro Rafael Martínez Morales<sup>5</sup> al referirse a la distinción entre funciones y cometidos del Estado y citando a Enrique Sayagués Laso, establece:

“conviene insistir en que los cometidos no son equivalentes a ellas y más bien esa expresión se identifica con las atribuciones estatales. “los cometidos son cosa distinta de las funciones estatales, aunque por razones de terminología más que de fondo, con frecuencia sean confundidos”.

... las funciones son el medio de acción para que el Estado, valiéndose del poder público, realice sus cometidos o atribuciones (éstos son los grandes rubros de la actividad estatal, encaminados al logro de sus fines).”

### **2.3 LAS ATRIBUCIONES ACTUALES DEL ESTADO**

El Estado en su natural evolución va estableciendo limitaciones o restricciones a la actividad privada para buscar el interés general de tal suerte que en la medida que éste intervenga en la vida social se dará una regulación jurídica en nuevos campos, con el consiguiente control y participación del Poder Público, a partir de las atribuciones que el Estado tiene el Dr. Gabino Fraga señala:

“ las atribuciones que en esa forma a través del tiempo se han venido asignando al estado, y que en los momentos actuales conserva, se pueden agrupar en las siguientes categorías:

---

<sup>5</sup> Martínez Morales, Rafael. Op. Cit. p 199.

- a) Atribuciones de mando, de policía o de coacción que comprenden todos los actos necesarios para el mantenimiento y protección del Estado y de la seguridad, la salubridad y el orden públicos.
- b) Atribuciones para regular las actividades de económicas de los particulares.
- c) Atribuciones para crear servicios públicos
- d) Atribuciones para intervenir mediante gestión directa en la vida económica, cultural y asistencia del país.”<sup>6</sup>

## **2.4 LA TEORÍA DE LAS FUNCIONES EN RELACIÓN CON LA TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO**

Las funciones del Estado, consideradas con independencia del órgano que las realiza, se exteriorizan por medio de actos de distinta naturaleza; unos que producen consecuencias jurídicas y otros que sólo producen consecuencias de hecho.

El Estado al expedir leyes, dictar sentencias, dar órdenes administrativas, afecta el orden jurídico existente.

Cuando construye carreteras, moviliza la fuerza pública planifica, transporta mercancías y correspondencia, imparte enseñanza o servicios de asistencia, esta realizando simples actos materiales.

Por lo mismo, para poder apreciar la naturaleza intrínseca de los diversos actos que el Estado realiza, es necesario partir del estudio de la teoría que se ha venido elaborando en la doctrina, de los actos jurídicos y de los actos materiales.

---

<sup>6</sup> Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. México. 2005. Edit. Porrúa . p. 14

El acto jurídico se ha definido como un acto de voluntad cuyo objeto es producir un efecto de derecho, es decir, crear o modificar el orden jurídico.

El acto jurídico se distingue del hecho jurídico y del acto material.

El hecho jurídico esta constituido, bien por un acontecimiento natural al que la ley vincula ciertos efectos de derecho (como el nacimiento, la muerte, etc.), o bien por un hecho en el que la voluntad humana interviene y en el que el orden jurídico entra en movimiento, pero con la diferencia respecto del acto jurídico de que ese efecto de derecho no constituye el objeto de la voluntad. Los hechos jurídicos constituyen solamente la condición para que se apliquen normas jurídicas generales preexistentes.

El acto Material, por su parte, esta constituido por hechos naturales o voluntarios que no trascienden al orden jurídico. En ellos no sólo falta como en los hechos jurídicos, la intención de engendrar, modificar o extinguir una situación de derecho, sino que tampoco existe una norma jurídica general cuya aplicación se condicione por ellos.

## **2.5 TEORÍA DE LA DIVISIÓN DE PODERES**

El estudio de la teoría de las funciones del Estado requiere la revisión, por lo menos de forma general, de la Teoría de la División de Poderes, que es de donde aquella deriva.

La división de Poderes, de origen político creada para combatir el absolutismo y buscar un gobierno de garantías, se ha convertido en el principio básico de la organización de los Estados constitucionales modernos.

Su estudio se puede realizar ya sea respecto a las modalidades que impone en el ordenamiento de los órganos del Estado, o bien, respecto de la distribución de las funciones del Estado entre esos órganos.

En el primer caso, la separación de Poderes implica la separación de los órganos del Estado, para el ejercicio de la soberanía se han establecido el Poder Legislativo, el Judicial y el Ejecutivo, que sólo han discrepado de la teoría, por la tendencia a crear entre dichos Poderes las relaciones necesarias para que realicen una labor de colaboración y de control recíproco.

En el segundo caso, la separación de poderes impone la distribución de funciones diferentes entre cada uno de los Poderes, de tal manera que el Poder Legislativo tenga atribuida únicamente la función legislativa; el Poder Judicial, la función judicial, y el Poder Ejecutivo, la administrativa.

Tanto los actos de la legislación, como de la jurisdicción y de la administración deben darse bajo un orden jurídico, es decir, con estricto cumplimiento de las leyes constitucionales y las propias de la materia de que se trate, en tanto que la legislación, que consiste en la creación del orden jurídico, sólo esté limitada por la Constitución y las leyes constitucionales, es decir, por el orden jurídico supremo.

En el caso de nuestra Constitución al referirse a la División de Poderes señala en su artículo 49:

**“Artículo 49.** El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo en el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro

caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.”

En los próximos apartados se analizarán las funciones de cada uno de los tres poderes, y aún cuando se concluye que más que una división de poderes lo que existe en nuestro sistema jurídico mexicano es una división de funciones, resulta la más trascendente para efectos del presente trabajo la relativa al Ejecutivo, que es el ámbito de actividad del derecho administrativo.

### **3 FUNCIÓN LEGISLATIVA**

La potestad y el imperio del Estado se evidencian en el ejercicio de la función legislativa al imponer patrones de actuación a la conducta externa humana a través de normas generales, abstractas, impersonales, obligatorias y coercitivas; en ejercicio de dicha función el Estado crea, modifica, adiciona, deroga y abroga la ley.

La función legislativa, como cualquier otra del Estado, lo puede ser en sentido formal y en sentido material.

Se habla de función formalmente legislativa, cuando es ejercida por los órganos específicamente previstos por la Constitución para tal efecto.

Al respecto el Dr. Gabino Fraga opina:” la función legislativa, desde el punto de vista formal, es la actividad que el estado realiza por conducto de los órganos que de acuerdo con el régimen constitucional forman el Poder Legislativo.”<sup>7</sup>

En este sentido formal, el artículo 70 Constitucional señala que:

---

<sup>7</sup> Fraga, Gabino. Op. Cit. p. 37.



“toda resolución del Congreso tendrá el carácter de ley o decreto.”

Del sentido formal de la función legislativa se infiere el principio de autoridad formal de la ley, conforme al cual las resoluciones del Poder Legislativo sólo pueden ser derogadas, modificadas o aclaradas por otra resolución del mismo Poder y siguiendo los mismos procedimientos que la resolución primitiva; así lo previene en su inciso f) el artículo 72 Constitucional al disponer:

“En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observaran los mismos tramites establecidos para su formación”.

Por lo que hace a la función materialmente legislativa, esta será en cambio, con prescindencia del órgano que la ejerza, la que produzca normas jurídicas generales, abstractas, impersonales, obligatorias y coercitivas, las cuales son no sólo las leyes emitidas por el Congreso, sino también:

Los reglamentos expedidos por el Poder Ejecutivo en ejercicio de la facultad que le confiere la fracción I del artículo 89 constitucional que establece:

“Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.”

Los reglamentos interiores en materia administrativa, de carrera judicial, de escalafón y régimen disciplinario del Poder Judicial de la Federación, expedidos por el Consejo de la Judicatura Federal, en ejercicio de la atribución que le asigna la fracción II del artículo 81 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal que dice:

“Artículo 81. Son atribuciones del Consejo de la Judicatura Federal:

I. ...

II. Expedir los reglamentos interiores en materia administrativa, de carrera judicial, de escalafón y régimen disciplinario del Poder Judicial de la Federación, y todos aquellos acuerdos generales que fueren necesarios para el adecuado ejercicio de sus atribuciones en términos del artículo 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;”

Los bandos de policía y buen gobierno y los reglamentos municipales aprobados por los ayuntamientos, con base en la fracción II del artículo 115 Constitucional:

“Artículo 115. Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre, conforme a las bases siguientes:

I. ...

II. Los municipios estarán investidos de personalidad jurídica y manejarán su patrimonio conforme a la ley.

Los ayuntamientos tendrán facultades para aprobar, de acuerdo con las leyes en materia municipal que deberán expedir las legislaturas de los Estados, los bandos de policía y gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal. ...”

Las regulaciones en materia de Comercio Exterior que puede emitir el ejecutivo federal al ser facultado por el Congreso de la Unión en términos de lo dispuesto por el artículo 131 constitucional:

“Artículo 131. Es facultad privativa de la Federación gravar las mercancías que se importen o exporten, o que pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo y aún prohibir, por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos, cualquiera que sea su procedencia; pero sin que la misma Federación pueda establecer, ni dictar, en el Distrito Federal, los impuestos y leyes que expresan las fracciones VI y VII del artículo 117.

El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras, así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquier otro propósito, en beneficio del país. El propio Ejecutivo al enviar al Congreso el Presupuesto Fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida.”

La función legislativa lo será en el doble sentido formal y material, siempre que sea producto de la actividad del Poder Legislativo y se traduzca en leyes o normas jurídicas de carácter general, abstracto, impersonal y coercitivo.

#### **4      FUNCIÓN JURISDICCIONAL**

Dentro de las funciones del Estado aparece la jurisdiccional, la cual también admite la distinción de función formalmente jurisdiccional, que en el ámbito federal viene a ser la realizada mediante los órganos depositarios del Poder Judicial previstos en el artículo 94 Constitucional, que dispone:

“Artículo 94. Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal en los términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se compondrá de once Ministros y funcionará en Pleno o en Salas.

En los términos que la ley disponga las sesiones del Pleno y de las Salas serán públicas, y por excepción secretas en los casos en que así lo exijan la moral o el interés público.

La competencia de la Suprema Corte, su funcionamiento en Pleno y Salas, la competencia de los Tribunales de Circuito, de los Juzgados de Distrito y del Tribunal Electoral, así como las responsabilidades en que incurran los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación, se regirán por lo que dispongan las leyes, de conformidad con las bases que esta Constitución establece.

El Consejo de la Judicatura Federal determinará el número, división en circuitos, competencia territorial y, en su caso,

especialización por materia, de los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y de los Juzgados de Distrito.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la Corte, así como remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquellos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia corte determine para una mejor impartición de justicia. Dichos acuerdos surtirán efectos después de publicados.

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, así como los requisitos para su interrupción y modificación.

La remuneración que perciban por sus servicios los Ministros de la Suprema Corte, los Magistrados de Circuito, los Jueces de Distrito y los Consejeros de la Judicatura Federal, así como los Magistrados Electorales, no podrá ser disminuida durante su encargo.

Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia durarán en su encargo quince años, sólo podrán ser removidos del mismo en los términos del Título Cuarto de esta Constitución y, al vencimiento de su periodo, tendrán derecho a un haber por retiro.

Ninguna persona que haya sido Ministro podrá ser nombrada para un nuevo periodo, salvo que hubiera ejercido el cargo con el carácter de provisional o interino.”

En cuanto a la función materialmente jurisdiccional esta tendrá por objeto *iuris dicti*, es decir, declarar el derecho, aplicar la ley en caso de controversias o conflictos suscitados entre los particulares, entre éstos y los órganos del Estado y los surgidos entre los órganos del Estado, mediante la resolución respectiva contenida generalmente en la sentencia, que asume fuerza de verdad definitiva.

En su sentido material, la función jurisdiccional es ejercida no sólo por el Poder Judicial, sino también por los de los poderes Legislativo y Ejecutivo; así tenemos que:

El Senado de la República asume el ejercicio de función materialmente jurisdiccional cuando conforme a lo establecido en la fracción VII del artículo 76 Constitucional, se erige en jurado de sentencia para conocer en juicio político de las faltas u omisiones que cometan los servidores públicos:

“Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:

I. ...

**VII.** Erigirse en Jurado de sentencia para conocer en juicio político de las faltas u omisiones que cometan los servidores públicos y que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho, en los términos del artículo 110 de esta Constitución.

...”

El presidente de la República, en su carácter de depositario del Poder Ejecutivo, también asume el ejercicio de función materialmente jurisdiccional, cuando conforme a lo señalado en la fracción XIV del artículo 89 concede en términos de lo dispuesto en las leyes indultos a los reos:

“Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

I. ...

**XIV.** Conceder, conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales y a los sentenciados por delitos del orden común, en el Distrito Federal; ...”

## **5 FUNCIÓN ADMINISTRATIVA**

A diferencia de la legislativa y de la jurisdiccional que se pueden considerar funciones públicas intermitentes, la función administrativa requiere de ejercicio permanente y constante, prueba de ello es que los órganos legislativos se reúnen sólo durante sus periodos de sesiones ordinarias, y los órganos judiciales actúan dentro de ciertos horarios de determinados días de la semana en ejercicio de sus funciones, en tanto que las funciones administrativas se desempeñan permanente y constantemente.

La función administrativa resulta ser de muy difícil acotamiento y precisión, lo cual ha llevado a algunos autores a tratar de definir por exclusión la función legislativa y la jurisdiccional, al decir que será administrativa toda función pública diferente de la legislativa y la judicial.

La función administrativa, como todas las funciones públicas tiene por objeto la satisfacción de necesidades públicas, distintas de las necesidades individuales, en las que podemos identificar nuestra propia necesidad; El ejercicio de la función administrativa implica el cumplimiento del mandato legal con miras al logro de los fines del Estado, concretamente del bien público, del establecimiento y mantenimiento de la paz y del orden público.

En principio, la función administrativa pertenece formalmente al órgano depositario del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de que los depositarios de los otros poderes le ejerciten materialmente, como en los casos siguientes:

En el supuesto a que se refiere la fracción V del artículo 73 Constitucional en que el Congreso realizaría una función materialmente administrativa si determinará cambiar la residencia de los supremos poderes de la Federación.

“Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I. ...

V. Para cambiar la residencia de los Supremos Poderes de la Federación.”

El nombramiento de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito a que se refiere el artículo 97 Constitucional, sería una función materialmente administrativa realizada por el Poder Judicial.

“Artículo 97. Los Magistrados de Circuito y los Jueces de Distrito serán nombrados y adscritos por el Consejo de la Judicatura Federal, con base en criterios objetivos y de acuerdo a los requisitos y procedimientos que establezca la ley. Durarán seis años en el ejercicio de su encargo, al término de los cuales, si fueran ratificados o promovidos a cargos superiores, sólo podrán ser privados de sus puestos en los casos y conforme a los procedimientos que establezca la ley.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún Juez de Distrito o Magistrado de Circuito, o designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal o alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, o el Gobernador de algún Estado, únicamente para que averigüe algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual. También podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal, que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal.”



La intervención de la función administrativa va creciendo a medida que la legislación civil se va transformando de supletoria en imperativa.

El maestro Miguel Galindo Camacho define la función administrativa como:” la que realiza el Estado fundamentalmente a través del órgano ejecutivo, bajo el orden jurídico de derecho público, y que consiste en la creación de actos jurídicos subjetivos que crean, modifican, limitan o extinguen situaciones jurídicas particulares y en la realización de actos materiales para cumplir con los fines o cometidos que el hombre le ha asignado.”<sup>8</sup>

En atención a la definición antes expuesta se puede precisar que dentro de las situaciones jurídicas individuales, que se crean con la función administrativa está la concesión, el permiso, la licencia, la autorización, la nulidad, la revocación, la cancelación de la licencia y todos aquellos actos por los cuales pueden ser modificados o quedar sin efectos los actos jurídicos mencionados. Asimismo, deben considerarse como actos creadores de situaciones jurídicas particulares, y por ende administrativos, a los contratos que la administración lleva a cabo con los particulares o con otras entidades, siempre que sean contratos administrativos y por tanto exorbitantes del derecho privado.

## **6 CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO**

Para poder abordar un tema como el relativo al Acto Administrativo que reviste trascendencia dentro del ámbito de la Administración Pública, es importante hacer referencia a diversas definiciones que sobre el particular establece la doctrina.

---

<sup>8</sup> Galindo Camacho, Miguel. Derecho Administrativo. México. 2000. Edit. Porrúa. p. 102.

El Dr. Manuel María Díez, considera que el Acto Administrativo, “ Es una declaración concreta y unilateral de voluntad, de un órgano de la administración activa en ejercicio de la potestad administrativa.”<sup>9</sup>

Para el Dr. Gabino Fraga, Acto Administrativo, “Es una declaración de voluntad, conocimiento y juicio, unilateral, externa, concreta y ejecutiva que constituye una decisión ejecutoria, emanada de un sujeto, la Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa y que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación subjetiva, cuya finalidad es la satisfacción del interés general.”<sup>10</sup>

Por su parte el maestro Acosta Romero establece que el Acto Administrativo” Es la manifestación unilateral de la voluntad de un órgano administrativo competente, encaminada a crear, reconocer, modificar, transmitir, declarar o extinguir derechos u obligaciones.”<sup>11</sup>

Para el maestro Nava Negrete acto administrativo “es la expresión o manifestación de la voluntad de la Administración Pública, creadora de situaciones jurídicas individuales, para satisfacer necesidades colectivas.”<sup>12</sup>

De acuerdo con la definición que nos aporta Rafael de Pina Vara el acto administrativo es la “ Declaración de voluntad de un órgano de la administración pública, de naturaleza reglada o discrecional, susceptible de crear, con eficacia particular o general, obligaciones, facultades, o situaciones jurídicas de naturaleza administrativa.”<sup>13</sup>

Dada la diversidad de conceptos que nos da la doctrina, se observa que como factor común pretenden englobar la variedad de tareas que realiza el Poder Público, por medio de sus órganos administrativos, o los actos de naturaleza

---

<sup>9</sup> María Díez, Manuel. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid, España 2002. Edit. Editora Nacional. p.309

<sup>10</sup> Fraga Gabino. Op.Cit. p. 483.

<sup>11</sup> Acosta Romero, Miguel. Teoría General del derecho Administrativo, Primer Curso. México. 1995, Edit. Porrúa. p. 143.

<sup>12</sup> Nava Negrete, Alfonso. Derecho Administrativo Mexicano. México, 1999. Edit. Fondo de cultura Económica. p. 288.

<sup>13</sup> De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. México 2000. Edit. Porrúa. p. 5.

administrativa de los tres poderes, por lo que finalmente citamos la definición que del Acto Administrativo nos da el Dr. Gabino Castrejón, por Considerar que contiene todos los elementos considerados parcialmente en las anteriores definiciones:

“El Acto Administrativo es una manifestación unilateral y externa de voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública. Esta decisión crea, reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos u obligaciones, es generalmente ejecutivo y se propone satisfacer el interés general.”<sup>14</sup>

De la anterior definición y acorde con lo aceptado en la doctrina, se han determinado como elementos del acto administrativo los siguientes: sujeto, voluntad, objeto y forma.

## **6.1 SUJETO**

El sujeto del acto administrativo es el órgano de la administración que lo realiza, (sujeto activo) como acto jurídico exige ser realizado por quien tiene aptitud para ello, es decir, se requiere la competencia del órgano que la ejecuta, o sea, el poder legal de ejecutar determinados actos, con la característica que al ser emanada de los órganos de la administración requiere de un texto en la ley para que pueda existir.

El sujeto pasivo será el ente o entes a quien va dirigido el acto administrativo que puede ser un órgano de la administración pública, o bien, particulares personas físicas o morales.

## **6.2 VOLUNTAD**

---

<sup>14</sup> Castrejón García, Gabino Eduardo. Derecho Administrativo I, México. 2002, Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor. p. 359.

El acto administrativo como acto jurídico debe estar formado por una voluntad libremente manifestada; esta voluntad generadora del acto no debe estar viciada de error, dolo o violencia.

Cabe señalar que el acto puede estar constituido por una voluntad o varias, determinándose como acto colectivo, acto colegial, contrato o acto unión, según el caso, por lo que aún cuando la voluntad esté compuesta de la voluntad de varios miembros del órgano que la realiza, ésta es sólo una que será manifestada en la forma que establezca la ley.

Por esto último, la ausencia de la declaración de voluntad, cuando debió haberla, produce consecuencias de derecho mediante el silencio administrativo.

### **6.3 OBJETO**

El objeto del acto es lo que persigue la administración al emitir el acto, que puede ser crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones subjetivas de derecho, con la finalidad de satisfacer el interés de la colectividad, debe ser determinada o determinable, posible y lícito, es decir, que no esté prohibido por la ley, sino por el contrario que la facultad y competencia del órgano este debidamente determinada por la misma.

Al respecto el Dr. Gabino Castrejón agrega: “ El Objeto debe tener los siguientes requisitos.

1. debe ser posible física y jurídicamente .
2. debe ser lícito.
3. Debe ser realizado dentro de las facultades que le otorga el acto administrativo para el efecto de que pueda ser apreciada por los sujetos pasivos o percibida a través de los sentidos. La forma tiene las siguientes variantes.
  - a) ESCRITA. Es la regla general, acuerdos, decretos, oficios, circulares, memoranda, telegramas y notificaciones.

- b) VERBAL. Puede ser directamente o a través de los medios técnicos, mecánicos, de transmisión del sonido.
- c) SEÑALES. Semáforos, luces de aterrizaje, etc.”<sup>15</sup>

## 6.4 FORMA

En el punto anterior al hacer referencia a los requisitos del acto administrativo, se expresó la forma en que puede darse el mismo, es decir: escrita, verbal o por señales.

La forma es la manera en que se exterioriza o expresa la voluntad del órgano administrativo, ésta es generalmente escrita, aún cuando como ya se mencionó, también puede ser verbal o a través de señales y viene a ser la envoltura material externa en la que se aprecian no sólo los demás elementos del acto administrativo, sino también sus requisitos, circunstancias y modalidades, en particular cuando el acto implique privación o afectación de un derecho o imposición de una obligación.

Por último, es de señalar que en nuestra legislación los elementos y requisitos del Acto Administrativo se encuentran regulados por los artículos 38 del Código Fiscal de la Federación y el 3° de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y que respectivamente establecen:

**“Artículo 38.-** Los actos administrativos que se deban notificar deberán tener, por lo menos, los siguientes requisitos:

**I.** Constar por escrito en documento impreso o digital.

Tratándose de actos administrativos que consten en documentos digitales y deban ser notificados personalmente, deberán transmitirse codificados a los destinatarios.

**II.** Señalar la autoridad que lo emite.

**III.** Señalar lugar y fecha de emisión.

---

<sup>15</sup> Castrejón García, Op. Cit.. p. 361.

**IV.** Estar fundado, motivado y expresar la resolución, objeto o propósito de que se trate.

**V.** Ostentar la firma del funcionario competente y, en su caso, el nombre o nombres de las personas a las que vaya dirigido. Cuando se ignore el nombre de la persona a la que va dirigido, se señalarán los datos suficientes que permitan su identificación. En el caso de resoluciones administrativas que consten en documentos digitales, deberán contener la firma electrónica avanzada del funcionario competente, la que tendrá el mismo valor que la firma autógrafa.

Para la emisión y regulación de la firma electrónica avanzada de los funcionarios pertenecientes al Servicio de Administración Tributaria, serán aplicables las disposiciones previstas en el Capítulo Segundo, del Título I denominado "De los Medios Electrónicos" de este ordenamiento.

En caso de resoluciones administrativas que consten en documentos impresos, el funcionario competente podrá expresar su voluntad para emitir la resolución plasmando en el documento impreso un sello expresado en caracteres, generado mediante el uso de su firma electrónica avanzada y amparada por un certificado vigente a la fecha de la resolución.

Para dichos efectos, la impresión de caracteres consistente en el sello resultado del acto de firmar con la firma electrónica avanzada amparada por un certificado vigente a la fecha de la resolución, que se encuentre contenida en el documento impreso, producirá los mismos efectos que las Leyes otorgan a los documentos con firma autógrafa, teniendo el mismo valor probatorio.

Asimismo, la integridad y autoría del documento impreso que contenga la impresión del sello resultado de la firma electrónica avanzada y amparada por un certificado vigente a la fecha de la resolución, será verificable mediante el método de remisión al documento original con la clave pública del autor.

El Servicio de Administración Tributaria establecerá los medios a través de los cuales se podrá comprobar la integridad y autoría del documento señalado en el párrafo anterior.

Si se trata de resoluciones administrativas que determinen la responsabilidad solidaria se señalará, además, la causa legal de la responsabilidad.”

**“Artículo 3.-** Son elementos y requisitos del acto administrativo:

**I.** Ser expedido por órgano competente, a través de servidor público, y en caso de que dicho órgano fuere colegiado, reúna las formalidades de la ley o decreto para emitirlo;

**II.** Tener objeto que pueda ser materia del mismo; determinado o determinable; preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, y previsto por la ley;

**III.** Cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos;

**IV.** Hacer constar por escrito y con la firma autógrafa de la autoridad que lo expida, salvo en aquellos casos en que la ley autorice otra forma de expedición;

**V.** Estar fundado y motivado;

**VI.-** (Se deroga)

**VII.** Ser expedido sujetándose a las disposiciones relativas al procedimiento administrativo previstas en esta Ley;

**VIII.** Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto;

**IX.** Ser expedido sin que medie dolo o violencia en su emisión;

**X.** Mencionar el órgano del cual emana;

**XI.-** (Se deroga)

**XII.** Ser expedido sin que medie error respecto a la referencia específica de identificación del expediente, documentos o nombre completo de las personas;

**XIII.** Ser expedido señalando lugar y fecha de emisión;

**XIV.** Tratándose de actos administrativos deban notificarse deberá hacerse mención de la oficina en que se encuentra y puede ser consultado el expediente respectivo;

**XV.** Tratándose de actos administrativos recurribles deberá hacerse mención de los recursos que procedan, y

**XVI.** Ser expedido decidiendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley. “



## CAPÍTULO II

### LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

#### 7 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Para analizar el tema de los contratos administrativos creo necesario esbozar el concepto específico de “contrato,” de forma general.

##### 7.1 CONCEPTO DE CONTRATO

Contrato proviene del latín *contractus*, que se refiere a lo contraído, que es el participio del verbo *contrahere*, derivado de *cum* y *traho*, traducibles como venir en uno: ligarse, lo que se entiende como acuerdo de voluntades.

En la doctrina encontramos definiciones del concepto tanto en sentido amplio como en sentido estricto, así tenemos que el profesor José Catan Tobeñas, lo define en sentido amplio como “ la convención o acto jurídico bilateral, dirigido a crear relaciones de obligación, o a modificar o extinguir las existentes, o a constituir relaciones de derecho real o de familia”.<sup>1</sup>

En sentido estricto el Dr. Fernández Ruiz<sup>2</sup> se refiere a él como “el convenio, cuyo propósito es constituir una obligación patrimonial”.

Estas dos connotaciones tienen sentido si se consulta lo que al respecto señala el Código Civil Federal en sus artículos 1792, 1793 y 1859 que dicen:

---

<sup>1</sup> Castán Tobeñas, José, Derecho Civil Español Común y Foral. Madrid, España. 1941 Edit. Instituto Editorial Reus. p. 575.

<sup>2</sup> Fernández Ruiz, Jorge, Derecho Administrativo Contratos. México 2003. Edit Porrúa. p. 43

“Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.”

“Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.”

“ Artículo 1859.- Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.”

De lo establecido en el artículo 1792 citado se desprende que en el sentido los acuerdos que crean, transfieren, modifican o extinguen obligaciones se denominan convenios.

En el caso del artículo 1793 antes referido se especifica que se denominarán contratos a los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos.

Ahora bien, estas distinciones resultan ociosas conforme a lo establecido en el precitado artículo 1859 ya que las disposiciones establecidas en el propio Código Civil serán aplicables tanto al convenio como al contrato.

## **7.2 CONTRATOS CIVILES Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

El universo de negocios contractuales se puede dividir en atención al ordenamiento legal que los regule, así tenemos que en el sistema jurídico mexicano tenemos contratos civiles, mercantiles, administrativos y laborales o de trabajo.

Como veremos mas adelante al abordar el tema relativo a la Naturaleza Jurídica de los contratos administrativos una de las mayores problemáticas que la doctrina enfrenta es que no basta que el Estado intervenga para que se califique la

naturaleza jurídica de los contratos, ya que estos podrán ser Civiles o Administrativos, pues el criterio para hacer la distinción de éstas dos categorías es de los más discutidos, sin embargo, por la importancia que tiene doctrinalmente el régimen a que cada uno está sujeto, se consideró importante para efectos del presente trabajo de investigación hacer referencia de manera breve al tema.

Como ha sucedido con el ámbito comercial que no ha podido contenerse dentro de las normas del derecho civil que originó un derecho exorbitante de él, el derecho mercantil, en igual forma las finalidades del estado, diversas de las finalidades de la vida civil y mercantil, hacen necesario otro régimen exorbitante para regular las relaciones que surgen en los llamados contratos administrativos, en razón de la finalidad que persiguen la cual será una finalidad pública.

### **7.3 CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO**

Una vez que se ha visto el término de contrato que tiene su origen en el derecho civil y la necesidad de separar los contratos administrativos de dicho régimen, me referiré, a las distintas definiciones que la doctrina contempla respecto del Contrato Administrativo.

El Maestro Gabino Fraga sostiene que “cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones del Estado, de tal manera que la satisfacción de necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se estará en el dominio del contrato administrativo”.<sup>3</sup>

Para el Dr. Andrés Serra Rojas el contrato administrativo: “Es un acuerdo de voluntades celebrado por una parte la Administración Pública, y por la otra, personas privadas o públicas, con la finalidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica de

---

<sup>3</sup> Fraga, Gabino. Op. Cit. p. 400.

interés general, o en particular relacionada con los servicios públicos, que unen a las partes en una relación de estricto derecho público, sobre las bases de un régimen exorbitante del Estado”.<sup>4</sup>

Por su parte el Doctor Alfonso Nava Negrete señala que el contrato administrativo “es el contrato que celebra la administración pública con los particulares con el objeto directo de satisfacer un interés general, cuya gestación y ejecución se rigen por procedimientos de derecho público”.<sup>5</sup>

El Dr. Delgadillo Gutiérrez, señala que “los contratos administrativos son aquellos que celebra la administración pública de acuerdo a las normas de derecho público que establecen las bases y efectos de su realización, con formas predeterminadas y con características particulares, en cuanto a su celebración, interpretación, ejecución y extinción”.<sup>6</sup>

El Profesor Bercaitz por su parte, dice que “son aquellos celebrados por la Administración Pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al contratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al contratante de la Administración Pública en una situación de subordinación jurídica”.<sup>7</sup>

Para el profesor Jorge Fernández Ruiz, el “contrato administrativo es celebrado entre un particular, o varios, y la administración pública, en ejercicio de la función administrativa, para satisfacer el interés público, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado”<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Segundo Curso Doctrina. Legislación y Jurisprudencia. Editorial Porrúa. México, 2003, p. 637.

<sup>5</sup> Nava Negrete, Alfonso, “Contrato Administrativo”, Diccionario Jurídico Mexicano III, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México, 1985, p. 294.

<sup>6</sup> Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, Elementos del Derecho Administrativo., México, 2000, Editorial Limusa Noriega, , p. 195

<sup>7</sup> Bercaitz, Miguel Ángel, Teoría General de los Contratos Administrativos, Buenos Aires, 1993, Ediciones De Palma, p. 246-247.

<sup>8</sup> Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit. p. 106

Por último el Dr. Gabino Castrejón en relación con los contratos Administrativos dice que “Son aquellos actos en los cuales un órgano de la Administración Pública contrata la adquisición de bienes y servicios relacionados con los cometidos del estado, es decir, la satisfacción de necesidades colectivas. Estos actos jurídicos son regulados a través de un régimen de derecho público y con facultades exorbitantes por parte del Estado”<sup>9</sup>

Se consideró oportuno dejar para el final la definición que proporciona el Dr. Gabino Castrejón, toda vez que en mi opinión contiene los elementos que se han venido tocando en el presente trabajo de investigación que caracterizan a los contratos administrativos y que se precisan en el siguiente análisis del concepto.

- a) *Son aquellos actos en los cuales un órgano de la Administración Pública.*- Como se afirmó en el numeral 5 del Capítulo I, dentro de los actos administrativos que crean situaciones jurídicas particulares en el ejercicio de la función pública están considerados los contratos administrativos.
- b) *contrata la adquisición de bienes y servicios relacionados con los cometidos del Estado.*- El ejercicio de los cometidos del estado esta dirigido al logro de sus fines, para su realización requiere de bienes y servicios, la adquisición de dichos bienes y servicios esta regulada por el artículo 134 Constitucional que a su vez es la fuente de los Contratos Administrativos.
- c) *es decir, la satisfacción de necesidades colectivas .-* El motor de la actividad del estado es el cumplimiento de sus fines, dentro de los cuales esta la satisfacción de necesidades colectivas o públicas.
- d) *estos actos jurídicos, son regulados a través de un régimen de derecho público.*- La regulación del contrato administrativo se rige por los intereses generales aún por encima de los intereses particulares.

---

<sup>9</sup> Castrejón García, Gabino Eduardo, Op. Cit. p 550.

- e) *y con facultades exorbitantes por parte del Estado.* Esto presupone la necesidad que estén perfectamente alineadas las prestaciones que el contrato impone con el cumplimiento de los cometidos del estado, aún en contra del interés particular, dando la posibilidad al estado de modificarlo, rescindirlo o revocarlo si eso fuera necesario.

## **8 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Como se mencionó en el punto 7.2 una de las mayores problemáticas que la doctrina enfrenta es que no basta que el Estado intervenga para que se califique la naturaleza jurídica de los contratos; las finalidades del Estado, diversas de las finalidades de la vida civil, hacen necesario otro régimen exorbitante para regular las relaciones que surgen en los llamados contratos administrativos, en razón de la finalidad que persiguen la cual será una finalidad pública.

Para el logro de sus fines el Estado se ve precisado a utilizar recursos humanos, materiales y financieros, a cuyo efecto la administración pública requiere de la colaboración de los particulares, esta colaboración la puede obtener de dos formas:

- a) *Voluntaria:* será cuando compra, arrienda, contrata suministros, obras públicas, publicidad y propaganda, asistencia y servicios técnicos; concesiona servicios públicos o la ocupación o el uso de bienes del dominio público; y
- b) *Forzosa,* mediante la nacionalización, expropiación, requisa y leva.

Lo anterior genera la actividad contractual del Estado, al requerir los servicios de los particulares que le proporcionarán una variedad de actividades que el requiere

para proporcionar los servicios y satisfacer el bien común, de ahí la figura jurídica del contrato en la que intervienen una pluralidad de sujetos.

La aparición de este tipo de contratos aceptada en la actualidad en la legislación y la jurisprudencia, generó en la doctrina una serie de discusiones, en primer termino únicamente haré mención a la corriente que niega la existencia de los contratos administrativos, ya que entrar a su estudio sería ocioso tomando en cuenta que aceptarlas sería tanto como negar la existencia de los contratos administrativos objeto del presente trabajo de investigación.

La primera niega a los contratos administrativos el carácter de contratos al considerarlos actos unilaterales.

La segunda tendencia rechaza la existencia de diversas categorías de contratos, como serian los de derecho privado y derecho público o administrativo, por no admitir ninguna diferencia entre derecho público y derecho privado.

La tercera los asimila a los contratos de derecho privado, al considerar a las normas y principios de éste, suficientes para regular en su totalidad lo relativo a todos los contratos celebrados por la administración pública.

Igualmente ha generado discusiones en la doctrina la llamada corriente positiva del contrato administrativo que considera al contrato administrativo como una categoría contractual diferente al contrato ordinario de derecho privado, no por considerar si existe una categoría específica, sino por determinar cual es el factor definitorio del carácter administrativo de un contrato, dando lugar a las teorías siguientes:

La teoría subjetiva, se sustenta en que un contrato es administrativo si cuando menos uno de los contratantes forma parte de la administración pública.

La teoría jurisdiccional, argumenta que a diferencia del contrato de derecho privado, cuyas controversias se dirimen en los tribunales judiciales, la competencia relativa al contrato administrativo corresponde a los tribunales de lo contencioso administrativo.

La teoría formal, señala que un contrato será administrativo si observa ciertas formalidades específicas y predeterminadas, tales como la licitación previa o el apego a bases o condiciones preestablecidas.

Teoría de la naturaleza del contrato, en la que un contrato será administrativo si es de naturaleza administrativa, lo que se traduce en que sólo puede celebrarse siendo una de sus partes una persona pública, sin significar por ello que todo contrato suscrito por persona pública sea administrativo.

La teoría voluntarista atribuye a la voluntad de las partes la determinación de si un contrato celebrado por la administración es de carácter administrativo, ya por convenirlo así, lisa y llanamente, bien por derivarse del sometimiento voluntario de las partes a un régimen jurídico especial de derecho público.

La teoría de la cláusula exorbitante, establece que será administrativo todo contrato cuyas cláusulas rebasen la órbita del derecho privado.

La teoría teleológica, dice que el carácter administrativo en un contrato será su finalidad, es decir, que sus fines sean distintos a los contratos del derecho privado, como pudiera ser la satisfacción de la necesidad de carácter general o del interés público o el logro de la utilidad pública.

La teoría legalista dice que sólo serán administrativos los contratos que la propia ley determina como tales.



Teoría Mixta la dificultad para determinar el carácter administrativo de los contratos, conduce al empleo de un criterio mixto incluyente de varias de ellas. Al respecto el maestro Nava Negrete señala: “Las razones o criterios que se conocen y que a nuestro juicio son aplicables al medio jurídico administrativo mexicano, para determinar si un contrato es administrativo o privado, son.

1° Por determinación de la ley.

2° Por libre voluntad de las partes.

3° Por el objeto o por la naturaleza misma del contrato. “<sup>10</sup>

En el mismo sentido el profesor Fernández Ruiz agrega. “Para determinar con certeza si un contrato dado es de carácter administrativo, será necesario que reúna las características siguientes:

- a) una de las partes sea una persona de derecho público, en ejercicio de una función administrativa;
- b) Su celebración observe formalidades especiales;
- c) Su contenido incluya cláusulas exorbitantes del derecho privado, más no contrarias al derecho público, inadmisibles en cualquier contrato de derecho privado y por tanto, imposible de celebrarse exclusivamente entre particulares;
- d) Tenga como fin la satisfacción de necesidades de carácter general mediante la prestación de un servicio público; o el logro del interés público, o de la utilidad pública, y
- e) Las controversias que se susciten sean de la competencia del órgano jurisdiccional facultado para conocer de asuntos de derecho administrativo.”<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Nava Negrete, Alfonso, Contratos Privados de la Administración Pública, Revista de la Facultad de Derecho, No. 51, México 1963 p. 719.

<sup>11</sup> Fernández Ruiz, Jorge, Op. Cit., p. 81

Vistas las diferentes teorías que intentan determinar cual es el factor definitorio del carácter administrativo de un contrato, en mi opinión personal, considero que son dos las de mayor peso específico, la teoría teleológica y la mixta.

Respecto a la primera que como ya se apunto señala que el carácter de administrativo en un contrato será su finalidad, como pudiera ser la satisfacción de una necesidad de carácter general o del interés público o el logro de la utilidad pública, autores como el Doctor Luis Humberto Delgadillo manifiestan al respecto que “esta teoría es muy discutible, toda vez que doctrinalmente no existe consenso acerca de la extensión del concepto de servicio público, puesto que mientras para algunos en el servicio público se agota toda la actividad administrativa, para otros sólo es una parte de ella; y, de aceptar este criterio, quedarían fuera del concepto de contratos administrativos otros como el de obras públicas y suministro, que no implican la prestación de servicios públicos.”<sup>12</sup>

Tal punto de vista es parcial ya que como se desprende de la descripción de la teoría en comento su finalidad puede ser la satisfacción de una necesidad de carácter general o del interés público o el logro de la utilidad pública, no sólo un servicio público, por lo que aún suponiendo sin conceder que éste no agotara toda la actividad administrativa, los contratos de obra pública y de suministro son de orden público y por tanto subsiste esta la aplicación de la teoría teleológica.

Finalmente queda la teoría mixta la cual bajo la exposición ya mencionada del maestro Fernández Ruiz, un contrato debería de contener para considerarse administrativo los elementos ya citados, que recogen la mayor parte de los puntos expuestos en las diferentes teorías; al respecto sólo sería necesario precisar que no sería un requisito el que se cumpliera con todas las características, sino que con parte de ellas tendríamos la certeza que se trata de un contrato de carácter administrativo.

---

<sup>12</sup> Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Manuel Lucero Espinosa, Compendio de Derecho Administrativo, Segundo Curso, Editorial Porrúa, México, 2001, p. 313

## **9 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

Los contratos han sido clasificados de acuerdo a diversos criterios, sin pretender llegar a un consenso de clasificación, se expondrán las más usuales formas de clasificación, precisando que no se determinará distinción alguna respecto a la naturaleza jurídica de los mismos, es decir, que aplica tanto a contratos de derecho privado como de derecho público, ya que si bien algunos autores reconocen que ésta es la misma para unos y para otros, otros opinan que debería de haber una clasificación específica para los contratos administrativos, por lo que para efectos de estudio se expone la siguiente clasificación.

Unilateral.- cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada.

Bilaterales.- cuando las partes se obligan recíprocamente.

Gratuitos.- aquel en el que el provecho es solamente de una de las partes.

Onerosos.- aquel en el que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos.

Conmutativos.- cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste.

Aleatorios.- cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto, que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice.

Preparatorios.- son aquellos cuyo objeto consiste en crear una situación jurídica determinada para poder estar en condiciones de celebrar otro u otros contratos posteriores, con base en los primeros.

Principales.- son todos aquellos que existen por sí solos, por cuya razón se les conoce como independientes, sin que su existencia o validez dependa de otro contrato.

Accesorios.- los que dependen jurídica y lógicamente de otro, es decir, que existen como consecuencia o en relación de otro contrato.

De Ejecución Inmediata.- cuya consumación llevan a cabo ambas partes en el momento mismo de su celebración.

De Ejecución Instantánea.- cuyo efecto se produce en un solo acto, aún cuando éste no se efectúe en el momento de su celebración

De Tracto Sucesivo.- son aquellos cuya eficacia perdura esparcida en un lapso de tiempo más o menos amplio; el tracto sucesivo predica la eficacia duradera de un contrato.

- a) De ejecución continua.- por darse tal ejecución en un lapso de tiempo corrido, como en el arrendamiento, el comodato o el suministro de energía eléctrica o de gas por ductos;
- b) De ejecución periódica.- por efectuarse su ejecución en momentos separados entre sí, por intervalos iguales, como ocurre en los contratos de suscripción a periódicos o a revistas;
- c) De ejecución escalonada.- en los cuales la ejecución acontece también en momentos separados entre sí, pero por intervalos desiguales, como se da en la compra-venta con entrega de mercancías por lotes en fechas diferentes.

Consensuales.- aquellos cuyo perfeccionamiento se logra por el sólo consentimiento de las partes.

Reales.- son los que para su perfeccionamiento requieren de un principio de ejecución, como es la entrega o tradición de la cosa.

Formales.- son todos aquellos cuya validez queda supeditada a la observancia de una forma determinada, por ejemplo, que el consentimiento se manifieste por escrito.

Solemnes.- aquellos cuya existencia misma queda supeditada a cumplir cierta forma o solemnidad.

Nominados.- aquellos pertenecientes a categorías de práctica frecuente que, además de estar sujetos a la regulación contractual general, se han hecho acreedores de una normatividad jurídica especial para todos los de su especie.

Innominados.- son los que están sujetos a una disciplina legislativa especial.

Negociados.- son los tradicionales, en los cuales los contratantes se ubican jurídicamente en un mismo plano, lo que les permite participar igualitariamente en la determinación y redacción de las cláusulas y condiciones contractuales.

De Adhesión.- son aquellos en que una de las partes ofrece e impone sus condiciones a la otra, a quien sólo queda la opción de aceptarlas o rechazarlas íntegramente.

Contratos Base.- son aquellos en los cuales alguna de las partes adquiere derechos y asume obligaciones que, eventualmente, la pondrán en condiciones de subcontratar.

Subcontratos o contratos Derivados.- son aquellos que puede celebrar con un tercero, una de las partes de un contrato base, merced a los derechos adquiridos en el mismo.

## 10 ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El tema de los elementos del contrato administrativo es como muchos otros objeto de discusión en la doctrina, así tenemos que al igual que en el derecho civil se habla de elementos de existencia y elementos de validez, en tanto que otros autores como es el caso del Profesor Fernández Ruiz<sup>13</sup>, hacen una distinción entre elementos, requisitos y carácter del contrato administrativo, refiriéndose respectivamente a cada una de las partes integrantes del contrato, condiciones indispensables para la validez del contrato y la cualidad especial que lo peculiariza.

Para efectos del estudio de los elementos del contrato administrativo se considerara únicamente la división entre elementos esenciales y no esenciales.

Entre los elementos esenciales de acuerdo a la clasificación que nos da el Dr. Gabino Castrejón tenemos:

“Los elementos esenciales son:

- a) Sujeto
- b) Competencia y capacidad
- c) Consentimiento
- d) Forma
- e) Objeto
- f) Causa, y
- g) Régimen Jurídico Especial

---

<sup>13</sup> Fernández Ruiz, Jorge. Op. Cit. p. 92.

Los Elementos no esenciales son.

- a) Plazo
- b) Conmutabilidad
- c) Intransferibilidad
- d) Licitación
- e) Garantías
- f) Sanciones <sup>14</sup>

Con base en dicha clasificación analizaremos cada uno de los elementos.

## **10.1 ELEMENTOS ESENCIALES**

### **10.1.1 SUJETOS**

Respecto del primer elemento que analizaremos correspondiente a los “Sujetos” debemos recordar que estamos hablando de un acto bilateral en donde una de las partes será la Administración Pública en ejercicio de la función administrativa, la otra parte, es decir el otro sujeto, será a quien se califica como cocontratante y que será un particular, o bien otro órgano administrativo del Estado.

En cuanto a la Administración Pública, se debe tomar ésta en sentido amplio, entiéndase los órganos que tienen a su cargo la función administrativa dentro del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y del Poder Judicial o un órgano constitucional autónomo, o bien un órgano de la administración pública paraestatal, sin perder de vista que el sujeto será una persona física que obre en nombre y representación de la Administración Pública, en la esfera de su competencia legal.

---

<sup>14</sup> Castrejón García Gabino Eduardo. Op. Cit. p. 393

La actuación de la Administración Pública será con sus poderes y privilegios, pero inspirada en el interés general, en tanto que el particular perseguirá una finalidad con un interés económico.

### **10.1.2      COMPETENCIA Y CAPACIDAD**

De acuerdo con el principio de legalidad, un sujeto, como ente de la administración pública, puede celebrar contratos administrativos si, y sólo si, tiene competencia para ello. En consecuencia, un ente de la Administración Pública sólo será competente si esta autorizado por la ley para celebrar contratos

La Administración Pública en términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, actúa dentro de determinada órbita de competencia, es decir, tiene aptitud para obrar en determinada materia. Lo mismo ocurre con todos los organismos administrativos descentralizados.

Para que el contrato no sea declarado inválido, los dos sujetos que analizamos deben tener aptitud legal para obligarse y ésta aptitud, tratándose de organismos administrativos, se llama competencia y tratándose de personas físicas o jurídicas de derecho privado, se llama capacidad jurídica. Dicha capacidad significa tener la aptitud para gozar de un derecho o capacidad e goce; o para ejercerlo

Puede decirse entonces que la competencia se determina en forma positiva y la capacidad en forma negativa, ya que en la primera se determina lo que se puede hacer y en la segunda lo que no se puede hacer.



### **10.1.3 CONSENTIMIENTO**

Respecto al consentimiento el maestro Andrés Serra Rojas señala que” El consentimiento, es una manifestación de voluntad mediante la cual se logra el acuerdo entre las partes que celebren el contrato.”<sup>15</sup>

Por tanto para que haya contrato es indispensable que exista un acuerdo de voluntades, este acuerdo se produce mediante el consentimiento expresado por las voluntades de los dos sujetos que concurren a su formación.

La Administración Pública expresa su consentimiento a través de los titulares de los órganos que tienen competencia, de acuerdo a las formas especiales que dicta el derecho público, por lo que si bien es cierto que para llegar al acuerdo de voluntades, ordinariamente hay negociaciones previas o tratos previos entre las partes, que discuten las cláusulas y los elementos del contrato, sin embargo, como ya se mencionó, en el caso de los contratos administrativos habrá cláusulas exorbitantes en donde al cocontratante sólo le queda la posibilidad de aceptarlas si quiere celebrar el contrato, ya que debe tener conciencia en la voluntad para generar el consentimiento.

Por lo que se puede concluir que la expresión de la voluntad en los contratos administrativos no se realiza mediante un procedimiento de libre discusión, sino que el consentimiento del cocontratante se manifiesta por medio de la adhesión a las cláusulas que son elaboradas por el propio órgano administrativo.

### **10.1.4 FORMA**

Para el jurista José Roberto Dromi, se debe distinguir entre formalidades y formas y señala: ”Las formalidades son los requisitos que han de observarse en la celebración del contrato y pueden ser anteriores (pliego de condiciones), concomitantes (acto de

---

<sup>15</sup> Serra Rojas, Andrés. Op. Cit. p. 645.

adjudicación), o posteriores (aprobación, formalización escrita) al encuentro de ambas voluntades.

La forma es uno de dichos requisitos esenciales y se refiere al modo concreto como se documenta, materializa, exterioriza, objetiva e instrumenta el vínculo contractual (la declaración de voluntad); el resto constituye el procedimiento para realizar la contratación”<sup>16</sup>

Conforme a lo anterior las formalidades que llevan a la conclusión del contrato, como la licitación pública, son elementos no esenciales, ya que pueden existir contratos administrativos sin necesidad de que se cumplan tales requisitos, pero por ser la regla general en los contratos administrativos será un elemento del contrato, salvo que no sea requerido por la ley.

La violación de las formas prescritas en las leyes o en los reglamentos, determina la invalidez de los actos y contratos administrativos como principio general.

### **10.1.5 OBJETO**

El objeto en los contratos administrativos es el propósito de las partes para generar derechos y obligaciones, teniendo como características esenciales el que debe ser cierto, posible, lícito y moral.

Los contratos administrativos pueden tener por objeto una obra o servicio público y cualquier otra prestación que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales, por lo que la operación jurídica de la contratación administrativa es prácticamente ilimitada.

Dentro de las diferencias que se pueden identificar entre el objeto de los contratos administrativos y el de los civiles, se tiene que la Administración Pública en determinados casos podrá variar unilateralmente el objeto del contrato dentro de

---

<sup>16</sup> Dromí, José Roberto. La Licitación Pública. Buenos Aires. 1989. Edit. Astrea de Palma. p. 46.

ciertos límites por causas de interés público, todo lo cual se desconoce y es inadmisibles en el contrato de derecho Privado, asimismo, las cosas que no están en el comercio no pueden ser objeto de los contratos privados, pero sí pueden serlo de los contratos de la administración pública, como es el caso de los bienes del dominio público.

### **10.1.6 CAUSA**

Por causa en los contratos administrativos entendemos aquel móvil o principio impulsor de la voluntad de las partes para su celebración, es decir, es el porqué de su celebración, en los contratos administrativos la causa o motivo determinante presupone el interés público, independiente del móvil que induce a contratar al cocontratante.

La importancia de la causa del órgano público contratante es de tal magnitud, que si desaparece, el contrato administrativo se extingue, lo cual significa que es la causa impulsora de la voluntad del órgano público -y no la del particular cocontratante- la que configura este elemento esencial presupuesto en todo contrato administrativo.

La doctrina suele considerar a la causa como un elemento esencial, presupuesto o implícito en el objeto; en este sentido, el investigador Héctor Jorge Escola afirma: "La existencia del objeto, a su vez, implica la de una causa y la de una finalidad, implícitos en él y condicionados, en cuanto a su ser por los mismos sujetos".<sup>17</sup>

### **10.1.7 REGIMEN JURÍDICO ESPECIAL**

En la doctrina este elemento es un punto de discusión ya que hay una corriente que lo considera como un elemento y otra que no; en este caso la opinión del que

---

<sup>17</sup> Escola, Jorge Héctor, Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Buenos Aires 1977. Edit. De Palma. p. 186.

escribe es que sí debe señalarse como elemento esencial, ya que el contrato administrativo está sometido a un régimen de estricto derecho público y por tanto regido por cláusulas exorbitantes del derecho privado, y sólo por excepción debe remitirse a éste.

Es a través de este tipo de cláusulas como la ley asegura el mantenimiento del interés general, que no puede quedar al arbitrio de los particulares, y por el contrario otorga al órgano público privilegios como la posibilidad de modificarlo o rescindirlo unilateralmente.

La administración deberá establecer pliegos de cláusulas administrativas generales en que se contengan las típicas a que en un principio se acomodara el contenido de los contratos, las que podemos identificar como cláusulas expresas o concretas. Asimismo, aún cuando no se señalen, habrá cláusulas virtuales o implícitas que autorizaran a la administración a rescindir o modificar unilateralmente el contrato, con las limitaciones establecidas en la juricidad de la actividad administrativa.

## **10.2 ELEMENTOS NO ESENCIALES**

### **10.2.1 PLAZO**

El plazo se determina de acuerdo con la naturaleza del contrato que se celebra. En unos casos los contratos demandan plazos muy amplios para que se pueda operar la amortización de los capitales invertidos, y en otros casos se fijan plazos breves, en todo caso tratándose por ejemplo de suministros, los plazos deberán ser los adecuados para poder llevar a cabo la fabricación de los bienes o la ejecución de los servicios.

## **10.2.2 CONMUTABILIDAD**

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

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

## **10.2.3 INTRANSFERIBILIDAD**

Al celebrarse un contrato administrativo la administración se cerciora mediante un procedimiento administrativo específico de la idoneidad moral, técnica y financiera de su cocontratante, es por ello que en principio se prohíbe transferir esos contratos a otras personas.

Pueden existir excepciones, como es el caso que la ley lo autorice o que se haya pactado expresamente por las partes, de lo contrario el cocontratante no podrá ceder o transferir los derechos y obligaciones derivados del contrato o la cualidad de parte contratante, respecto de las prestaciones recíprocas a cumplir para que un tercero quede en su lugar.

## **10.2.4 LICITACIÓN**

La licitación es un procedimiento legal y técnico que permite a la administración pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad y conveniencia, prestar servicios, suministrar bienes o realizar obras.

Algunos autores no consideran a la licitación como elemento del contrato administrativo, por considerar que es un requisito procedimental exigible en muchos de los contratos administrativos, pero no en todos.

Al respecto la postura del que escribe es que la licitación sí es un elemento esencial del contrato administrativo, dado que el origen de los contratos administrativos es el artículo 134 Constitucional, el cual como regla general establece la condición de licitar públicamente las contrataciones en el reguladas (*adquisiciones, obra pública, enajenación de bienes y prestación de servicios*) y por excepción autoriza que las leyes permitan otro tipo de selección, cuando la licitación no sea la idónea para asegurar al estado las mejores condiciones.

Por otra parte, como se analizará en el próximo capítulo, la licitación no sólo es el procedimiento previo a la celebración del contrato sino que termina con la suscripción de éste y servirá para la interpretación del mismo, ya que en caso de discrepancias prevalecerá lo señalado durante el procedimiento de licitación.

#### **10.2.5 GARANTIAS**

La garantía es sinónimo de obligación y responsabilidad. En los contratos es un medio para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por parte del cocontratante.

En los contratos administrativos la Administración Pública no otorgará garantías para el cumplimiento de sus obligaciones de pago de acuerdo a lo señalado por el artículo 56 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaría.

Las garantías que se puedan exigir por la administración son: las que señalan las leyes o las que se pactan en el contrato respectivo.

## **10.2.6 SANCIONES**

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

## **11 PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE COCONTRANTE**

Según el régimen jurídico adoptado, la administración pública podrá elegir libre y directamente a la persona con la cual contratará, o bien, carecerá de la libre elección y tendrá que hacerlo bajo una forma restringida, en cualquier caso su celebración estará precedida de un procedimiento específico que, además de constituir un requisito legal para la formación de la voluntad administrativa contractual, servirá para seleccionar al cocontratante.

Tal procedimiento, como requisito formal del contrato a celebrarse, será obligatorio para la administración pública cuando el ordenamiento jurídico así lo indique, por lo que si este procedimiento resulta de carácter obligatorio, su formación varía tomando en cuenta el objeto de la contratación y la regulación jurídica establecida, la cual en algunos casos será compleja y en otros se llevará a cabo de manera más sencilla.

### **11.1 SISTEMA DE LIBRE ELECCIÓN**

El sistema de libre elección del cocontratante de la administración pública, consiste en la facultad que tiene los órganos administrativos para elegir, en forma directa y discrecional, a la persona o la institución con la cual va a contratar sin sujetarse a procedimiento especial alguno.

## 11.2 SISTEMA DE RESTRICCIÓN

Los sistemas de restricción limitan la libertad de los órganos administrativos para seleccionar a su cocontratante, ya que debe realizarlos la administración, a través de un procedimiento especial.

El autor Manuel Lucero Espinosa sostiene que "Doctrinalmente se ha considerado que este sistema de libre elección constituye la regla general de la actividad contractual de la administración pública, pues se dice que los sistemas restrictivos sólo operan, de manera excepcional, cuando exista una norma jurídica que así lo establezca, ya que de lo contrario el órgano administrativo goza de libertad para que de manera directa y discrecional seleccione a su cocontratante." <sup>18</sup>

En nuestro país, algunos tratadistas sostienen que el sistema de libre elección es el que prevalece en nuestro sistema jurídico, en virtud de que partiendo de la base constitucional del artículo 134, se puede observar que el sistema restrictivo sólo opera tratándose de las materias a que ahí se prevén, lo que además, comparado con la inmensa mayoría de materias que a diario son sujetas de la actividad contractual administrativa, las previstas en tal precepto resultan cuantitativamente inferiores, y que los sistemas restrictivos constituyen una excepción al sistema de libre elección, puesto que sólo son obligatorios cuando la norma jurídica así lo establece.

Asimismo, como señala Emilio Escola Saenz : "el sistema de libre elección le da a la administración pública la posibilidad de actuar de manera discrecional; no le otorga en modo alguno la facultad de actuar arbitrariamente, lo que no sería concebible ni aceptable." <sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Manuel Lucero Espinosa. La Licitación Pública. México. 2004. Edit. Porrúa. p. 4

<sup>19</sup> Escola Saenz, Emilio. Teoría de la Contratación Administrativa. Buenos Aires. Argentina. 2001. Edit. Astrea. p. 93.



Al respecto se difiere de la opinión sostenida por la doctrina, en el sentido de que la regla general es el sistema de libre elección, lo anterior considerando que, como se analizará mas adelante, el artículo 134 Constitucional es el que da origen a los contratos administrativos y él mismo regula en forma expresa la contratación en materias como la Obra Pública, Adquisición y Enajenación de bienes, por lo que este tipo de contrataciones cumplen con el principio de Juridicidad necesario en el derecho administrativo. De aquí se desprende que el sistema restrictivo debería ser la regla y el de libre elección la excepción, ya que la inmensa mayoría de materias que a diario son sujetas de la actividad contractual administrativa, no encuentran como las mencionadas su sustento en nuestra carta magna.

Los procedimientos restrictivos que pueden adoptar los sistemas jurídicos son:

- a) Licitación, en sus diferentes tipos que puede ser:
  - 1) Pública;
  - 2) Privada
  - 3) Restringida
- b) La contratación directa.
- c) El remate o subasta pública.
- d) El concurso.

## CAPITULO III

### LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

#### 12 PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

Si como se señaló en el primer capítulo del presente trabajo de investigación entendemos de forma general por Administración Pública la actividad estatal, realizada para satisfacer necesidades colectivas, ésta se justifica ante la imposibilidad de los particulares de satisfacer dichas necesidades, sin embargo el Estado actúa con las facultades que la propia sociedad le otorga imponiendo su imperio en algunos casos, y en otros, convocando a la participación de los gobernados, conforme a las normas establecidas.

En el primer caso la voluntad de los gobernados no es tomada en cuenta, ya que la determinación de la autoridad se impone coactivamente para lograr la prestación necesaria haciéndolo de forma obligatoria o forzada; es decir, el estado actúa de manera unilateral, imponiendo su voluntad sobre los particulares.

En el segundo caso, se da un acuerdo de voluntades ya que la administración pública requiere el consentimiento de particular para lograr la prestación del servicio o la obtención de los bienes que le son necesarios.

De esta última modalidad se desprende que la Administración Pública se vincula con los particulares por medio de una combinación de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones.

Este acuerdo de voluntades puede realizarse de dos formas:

- Colocándose en igualdad jurídica y bajo un régimen de derecho privado, como lo hacen los particulares.

- Colocándose en un plano de supra ordenación y sujetos a un régimen de derecho publico, cuando la administración pública no se coloca en igualdad jurídica con su cocontratante.

Conforme a este último supuesto se determinan para la Administración Publica una serie de poderes relacionados con el acto contractual, y que se conocen como cláusulas exorbitantes al derecho común (modificación unilateral y mutabilidad del contrato, ejecución y sustitución del cocontratante, y rescisión contractual).

### **13 MARCO JURÍDICO CONSTITUCIONAL**

La constitución como piedra angular del sistema jurídico mexicano, de la que emanan todas las leyes que regulan la actividad del Estado y de sus administrados, dio la incorporación definitiva al derecho positivo mexicano del contrato administrativo, al establecer en su artículo 134 el sistema restrictivo de selección de cocontratantes y contemplar la figura de la Licitación Pública como regla general de contratación en materia de Adquisición, Arrendamiento de todo tipo de bienes y Prestación de Servicios de cualquier naturaleza, entre otras materias.

Es necesario mencionar que su texto no tiene precedentes en nuestra Constitución antes de 1917, sino que se trato de una propuesta innovadora y necesaria del constituyente al indicar con un espíritu previsor "Ha creído conveniente agregar un artículo que tiene por objeto asegurar los concursos de todos los trabajos públicos, para obtener así, para el servicio de la nación, las mejores utilidades posibles, evitando los fraudes y los favoritismos, bien conocidos del antiguo régimen" <sup>1</sup>

Dicha propuesta dio lugar al artículo 134 que señalaba:

---

<sup>1</sup> Derechos del Pueblo Mexicano, México, XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, 1967, t,VIII, p.952.

" Todos los contratos que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras publicas, serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública"

No obstante, como se observa, su contenido se limitó a la materia de obra pública dejando a un lado materias como las adquisiciones y enajenaciones hoy consideradas en el texto vigente de artículo 134 en comento, para las cuales cabe mencionar que en su oportunidad se expidieron leyes sin contar con la facultad expresa.

No fue sino hasta 1982 que se reformo el artículo 134 para quedar como sigue:

"Artículo 134. Los recursos económicos de que dispongan el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

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

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

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

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de esta Constitución."<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Del contenido del artículo en cita podemos concluir lo siguiente:

Los recursos económicos del Estado se deben administrar con eficiencia, eficacia y honradez; estos principios podemos entenderlos de acuerdo a la explicación que de ellos nos da el profesor Andrade Sánchez <sup>3</sup> :

**“Eficiencia:** Virtud administrativa consistente en alcanzar los fines propuestos con el uso más racional posible de los medios existente, o dicho de otra manera; obtener el fin, al menor costo posible.

**Eficacia:** Obtención del resultado práctico deseado, que aún cuando está comprendida dentro de la eficiencia se debe entender como un principio por separado, ya que se considera que no todas las acciones gubernamentales pueden estar regidas por un cálculo de costo beneficio ante la necesidad de respuesta inmediata y no menos costosa.

**Honradez:** Manera de obrar del que no roba, estafa, defrauda o engaña, o bien la forma de comportarse de quien cumple escrupulosamente sus deberes profesionales.”

La contratación se debe realizar por regla general por licitación, y la licitación pública, la convocatoria pública y la presentación de proposiciones solventes en sobre cerrado aseguran al estado obtener la mejor oferta de compra para el Estado.

La inclusión de la figura jurídico administrativa de la licitación pública, como regla general de selección del contratante de la Administración Pública, que como ya se mencionó determina el sistema de selección restrictivo, en la contratación de adquisiciones, arrendamientos y servicios, enajenaciones y obra pública, tiene como finalidad la obtención de la mejor oferta de compra para el Estado,

---

<sup>3</sup> Andrade Sánchez, Eduardo, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Edit. UNAM 1994. p 646.

considerando las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Nos establece la posibilidad cuando la Licitación Pública no sea la más idónea, de contratar mediante los procedimientos que establezcan las leyes atendiendo a criterios de economía, eficiencia, eficacia, imparcialidad y honradez.

## **14 MARCO CONCEPTUAL DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.**

Para el caso del presente trabajo de investigación nos enfocaremos al estudio de las contrataciones relativas a adquisición y arrendamiento de bienes y prestación de servicios de cualquier naturaleza, sin embargo, entraremos de forma general al estudio de la figura administrativa de la licitación pública.

### **14.1 CONCEPTO DE LICITACIÓN**

La palabra licitación suele ser confundida o utilizada como sinónimo de subasta o de concurso, inclusive en nuestra legislación se han plasmado estos términos indistintamente; como ejemplo podemos hacer referencia al artículo 134 constitucional que originalmente aludía a subasta y actualmente a licitación, sin embargo en la legislación vigente estos términos tienen una concepción diferente, por lo que para iniciar el estudio del concepto haremos referencia a su origen etimológico de donde se desprende que "licitación" deriva del latín *licitatione*, que es un ablativo de *licitatio-onis*, que significa "venta en subasta" y gramaticalmente consiste en la acción de licitar, que quiere decir ofrecer precio por una cosa en subasta o almoneda.

Para estudiar el concepto citaremos algunos tratadistas que han abordado el tema:

Para Fermín Abella Flores, "entendemos por subasta, el contrato hecho con concurrencia y con el fin de obtener concurrentes en provecho de la parte que ha de proceder a la adjudicación, mediante las condiciones más ventajosas, o en términos más breves: contrato celebrado con publicidad y concurrencia."<sup>4</sup>

La licitación pública, para Serrano, "constituye el medio más idóneo para la contratación administrativa y se fundamenta en el doble propósito de lograr las mejores condiciones técnicas y económicas para la administración pública."<sup>5</sup>

Por su parte, la autora, Lucía Valle Sánchez señala: "licitación es el procedimiento administrativo por medio del cual la administración selecciona proveedores, sus contratistas para obras o servicios, o finalmente enajena bienes."<sup>6</sup>

En cambio para el autor, Pierre Wigny menciona que "es un acto administrativo unilateral, por el cual el funcionamiento que asegura la competencia, establece el contrato entre la persona pública y el licitador que presentó la oferta más ventajosa. Es un procedimiento, en virtud de que se compone de una serie de actos regulados por las normas administrativas. Por lo cual presenta las siguientes características:

Ese procedimiento tiene como objetivo escoger a la persona, física o jurídica, con la cual la administración pública habrá de celebrar un contrato determinado. La selección se hace sobre quien haya ofrecido las condiciones más ventajosas, para la administración pública."<sup>7</sup>

El profesor Sayagués, Laso por su parte, define a la licitación pública como "el procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos, cuya finalidad es determinar la persona que ofrece condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego

---

<sup>4</sup> Abella Flores, Fermín. La Licitación Pública Santiago de Chile 2002 Edit. Omega p.91.

<sup>5</sup> Serrano Rodríguez, Carlos Eduardo. La Contratación Administrativa. San Jose. 1991 Edit.de la Universidad de Costa Rica p.38.

<sup>6</sup> Valle Sánchez, Lucía. La Contratación Administrativa. México.2004. Edit. Trillas. p.175.

<sup>7</sup> Wigny, Pierre. La Litación Pública y Contratación Administrativa. París Francia 2003. Edit. Orión .p.107.

de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo cual el contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se funda, para alcanzar la finalidad buscada, en los principios de igualdad de los licitantes y cumplimiento estricto del pliego de condiciones."<sup>8</sup>

En oposición a esta definición el profesor argentino Julio Comadira explica que la licitación: " Estará integrada por una trama de antecedentes y consecuentes, que se articulan armoniosamente y dan origen al procedimiento que se habrá de sustentar, esencialmente en los pliegos de bases y condiciones, verdadera ley de la licitación, y que culminara, luego de recorrer las diferentes etapas que lo conforman, en la celebración del contrato administrativo, que constituirá el punto de partida de la relación convencional anudada entre la administración y quien haya resultado seleccionado".<sup>9</sup>

José Roberto Dromí, afirma que la "licitación no es un acto, como erróneamente lo entiende parte de la doctrina, sino un conjunto de actos; un procedimiento integrado, en suma, por actos y hechos de la Administración y actos del oferente, todos concurrentes a formar la voluntad contractual".<sup>10</sup>

Manuel Lucero Espinosa establece como "características de la Licitación Pública:

- a) Es un procedimiento en virtud de que se compone de una serie de actos regulados por las normas administrativas.
- b) Ese procedimiento tiene como finalidad la de escoger la persona física o jurídica, con la cual la Administración Pública habrá de celebrar un contrato

---

<sup>8</sup> Sayagués Laso, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo. 1963. Edit. Talleres Graficos Barreiro y Ramos. t, p. 552.

<sup>9</sup> Comadira, Julio. La Licitación Pública. Buenos Aires. 2000. Edit.de Palma, p. 4.

<sup>10</sup> Dromí, José Roberto. Op. Cit. p. 123.



determinado.

- c) La selección se hace sobre quién haya ofrecido las condiciones más ventajosas para la administración pública."<sup>11</sup>

En conclusión, para el derecho administrativo, la licitación es considerada como un procedimiento administrativo por el cual la administración pública elige como cocontratante a la persona física o jurídica que le ofrece las condiciones más convenientes para el Estado.

Intencionalmente cerramos el análisis del concepto citando al Maestro Jorge Fernández Ruiz, quien en una terminología jurídico administrativa contemporánea, explica: "la licitación como el procedimiento administrativo desarrollado en un régimen de competencia o contienda, encaminado a seleccionar al cocontratante de la administración pública de un contrato administrativo. Dicho procedimiento debe estar animado por propósito de obtener para la administración todos los benéficos que permitan la justicia y la equidad."<sup>12</sup>

Esta definición nos parece la más acertada al agregar conceptos como son el contrato administrativo y la justicia y equidad refiriéndose sin mencionarlas, a las mejores condiciones para el Estado y al mismo tiempo consolidar las ideas de las definiciones precitadas, excepción hecha de la definición correspondiente a Enrique Sayagés Laso, que considera dentro de su definición que, con la licitación el contrato queda perfeccionado, Fernández Ruiz lo considera erróneo, argumentando que no se puede perfeccionar un contrato que no se ha celebrado y su adjudicación no equivale a su celebración y mucho menos a su perfeccionamiento.

---

<sup>11</sup> Lucero Espinosa, Manuel. Op. Cit. p. 9.

<sup>12</sup> Fernández Ruiz, Jorge. Op. Cit., p. 169.

Al igual que la mayoría de los autores, el maestro Fernández Ruiz <sup>13</sup> considera a la licitación como un “requisito procedimental existente en muchos de los contratos administrativos, mas no un elemento, y mucho menos esencial, ya que si fuese un elemento sería imprescindible en todos ellos, lo cual no ocurre así, entre otras razones por urgencia o por la que aduce el artículo 134 Constitucional”, es decir, cuando la licitación pública no sea idónea para obtener las mejores condiciones para el estado.

Asimismo, señala que “en los contratos en que es exigible la licitación, estos derivan de ella, por lo que no deberán celebrarse si no quedo satisfecho tal requisito, pero satisfecho este en una etapa preliminar a la celebración del contrato, el procedimiento de licitación queda concluido y no forman parte del contrato que, por cierto pudiera no llegar a celebrarse. Así pues, licitación y contrato administrativo son dos actos jurídicos independientes aún cuando interrelacionados, por ser ocasionalmente la primera, requisito- mas no elemento- del segundo.”

En el mismo orden de ideas en que se opinó que del artículo 134 constitucional se debe derivar como regla general el sistema de selección restrictiva, y el de libre elección debía ser la excepción a la regla, me manifiesto en congruencia con ello, puesto que en los contratos administrativos, la regla debía ser la de un procedimiento previo de selección, ya que el penúltimo párrafo del artículo 134 Constitucional establece que: "El manejo de recursos económicos federales se sujetará a las bases de este artículo."

De donde se deduce que cualquier contrato celebrado por la administración pública que requiera para su ejercicio de recursos públicos debería cumplir con el requisito de llevar un procedimiento de selección previo mediante licitación, independientemente de que no se trate de las materias de Adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones, prestación de servicios y obra pública.

---

<sup>13</sup> Fernández Ruiz, Jorge. Op. Cit., p. 99.

Ahora bien, por lo que toca a los casos de emergencia en que se apoya el autor en cita para su argumento, se pierde de vista que el tercer párrafo del multicitado artículo 134 Constitucional se debe considerar como la excepción a la regla, lo que fortalece mi punto de vista, ya que las leyes reglamentarias de dicho precepto Constitucional precisamente en los casos de emergencia, autorizan el que no se lleve a cabo la contratación por excepción de licitación, sin que ello implique el no cumplir con los criterios a que alude el texto Constitucional de eficiencia, eficacia y honradez, y siempre apoyado en la excepción a la regla que es la licitación.

Aún más, respecto a la consideración de que la licitación no forma parte del contrato, sino que se trata únicamente de un requisito procedimental, de una etapa preliminar a la celebración del contrato, y que el procedimiento de licitación queda concluido y no forman parte del contrato -que, por cierto pudiera no llegar a celebrarse- es necesario considerar que en la legislación vigente se demuestra lo contrario como ejemplo podemos citar el contenido de los siguientes artículos de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público:

Artículo 26 tercer párrafo, "...La licitación publica inicia con la publicación de la convocatoria y, en el caso de la invitación a cuando menos tres personas, con la entrega de la primera invitación; ambos procedimientos concluyen con la firma del contrato. ..."

Artículo 45 fracción XII y penúltimo párrafo, "Los contratos o pedidos de adquisiciones, arrendamientos y servicios contendrán en lo aplicable lo siguiente:

XII.- Los demás aspectos y requisitos previstos en las bases e invitaciones, así como lo relativo al tipo de contrato de que se trate."

Para los efectos de esta ley; las bases de licitación, el contrato, sus anexos son los instrumentos que vinculan a la partes en sus derechos

y obligaciones. Las estipulaciones que se establezcan en el contrato no deberán modificar las condiciones previstas en las bases de licitación. ..."

Artículo 46 primer párrafo, " La adjudicación del contrato obligará a la dependencia o entidad y a la persona en quien hubiere recaído, a formalizar el documento relativo dentro de los veinte días naturales siguientes al de la notificación del fallo."

Del contenido de los artículos Trascritos se infiere que no puede ser categórica la negación del vínculo entre el procedimiento administrativo de la licitación y el contrato, ya que en el caso de la primera concluye con la firma del contrato, situación que tiene como finalidad evitar que se incurra en lo que argumenta el tratadista en comentario que pudiera no llegar a ocurrir, es decir, que no llegare a perfeccionarse el contrato; en el caso del contrato, este debe contener las estipulaciones establecidas en las bases y no deben de variar.

La convocatoria, las bases y el contrato deben guardar una congruencia de lo general a lo particular, de tal forma que en la convocatoria se aluda a un determinado requisito mediante una descripción general que no limite la libre participación, en las bases esta condición se plasmará de forma detallada sin variar sustancialmente el requisito referido en la convocatoria, y finalmente, en el contrato se establecerá la descripción pormenorizada o detallada del requisito incluyendo en su caso marca y modelo de los bienes conforme a lo expresado por el proveedor en su propuesta, por lo que no se puede decir que estos actos aún cuando se traten de situaciones jurídicas independientes no estén relacionados, ya que inclusive para salvaguardar los intereses de la administración pública se debería considerar que la convocatoria y las bases formaran parte integral del contrato.

De igual forma se debe agregar por lo que toca a la responsabilidad del proveedor en caso de no firmar el contrato, es decir, que no se perfeccione por causas

atribuibles a él, que la propia ley establece las sanciones correspondientes que aún cuando no se encuadran en la rescisión administrativa, porque efectivamente no se ha perfeccionado el contrato, si considera una solución en beneficio de la administración pública, ya que le permite adjudicar el contrato a otro licitante sin la necesidad de llevar a cabo un nuevo procedimiento y sin agotar los términos establecidos para proceder a una rescisión, tema que trataremos en el capítulo IV del presente trabajo de investigación.

Por su parte el artículo 30 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, confirma lo antes expuesto al señalar en sus fracciones X y XII lo siguiente:

"Artículo 30 .- En las bases de las licitaciones, las dependencias y entidades, además de atender a lo previsto en el artículo 31 de la ley, deberán observar lo siguiente: ...

X. Precisar que recibidas las proposiciones en la fecha, hora y lugar establecidos, éstas no podrán ser retiradas o dejarse sin efecto, por lo que deberán considerarse vigentes dentro del procedimiento de licitación hasta su conclusión; ...

XII. Se deberá anexar a las bases el modelo de contrato o pedido aplicable a la licitación de que se trate, y su contenido deberá ser congruente con las mismas, ya que formará parte de ellas. En caso de discrepancias, prevalecerá lo estipulado en el cuerpo general de las bases; ..."

De las fracciones citadas se desprende que las proposiciones presentadas en el procedimiento de licitación conforme a lo establecido en las bases, deberán estar vigentes hasta la conclusión del procedimiento por lo que si consideramos que éste termina con la firma del contrato, tanto las bases como las proposiciones y el contrato están jurídicamente vinculados; por otra parte, si como se señala el modelo de contrato aplicable forma parte de las bases y su contenido debe guardar congruencia con las bases, ya que en su defecto prevalecerá lo

establecido en las mismas, es de concluirse que no puede argumentarse que el procedimiento de licitación se limita a ser un requisito procedimental del contrato sino que la propia legislación aplicable reconoce su vinculación.

Por los argumentos antes planteados consideramos que existen elementos para plantear dado el dinamismo del derecho administrativo, el que se considere como elemento de los contratos administrativos a la licitación pública.

## **14.2 PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA LICITACIÓN**

La doctrina distingue diversos principios que rigen a la figura jurídica de la Licitación Pública, mismos que podemos clasificar en dos grupos:

### **A) Los principios generales del procedimiento administrativo aplicables**

**Juricidad.** El procedimiento debe sujetarse estrictamente a la normativa jurídica aplicable.

**Oficialidad.** Inicia de oficio por parte de la administración.

**Debido procedimiento previo.** Es un requisito esencial para adjudicar a un particular un contrato cuando así lo exige la normativa.

### **B) Los principios propios de la Licitación Pública derivados del artículo 134 Constitucional**

**Concurrencia,** La posibilidad de un mayor número de participantes le da a la administración la oportunidad de obtener las mejores condiciones.

**Igualdad,** Establecimiento de las mismas condiciones y requisitos, así como

proporcionar igual acceso a la información para todos los participantes, los cuales no deben limitar la libre participación.

**Publicidad.** Cumplimiento del mandato constitucional consistente en celebrar mediante convocatoria pública el procedimiento, para que libremente se presentes proposiciones solventes que serán abiertas públicamente, también implica la publicidad de todos los actos derivados de la licitación.

Tales principios rigen el procedimiento licitatorio, razón por la cual el incumplimiento de cualquiera de ellos lo vicia de nulidad.

## **15 FASES O ETAPAS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA**

El procedimiento de licitación pública, es un procedimiento administrativo, y como tal requiere de una serie de actos previstos en la normativa jurídica, que deben cumplirse para llegar a la decisión final.

En la doctrina no existe unanimidad de criterios respecto a las fases o etapas de la de la licitación, por lo que para el estudio de las fases o etapas que integran el procedimiento licitatorio tomaremos como referencia el procedimiento previsto en el ámbito federal para la adquisición de bienes, arrendamientos y servicios.

Conforme a lo previsto por la LAASSP y su Reglamento la licitación pública inicia con la publicación de la convocatoria y concluye con la firma del contrato, sin embargo, de la misma forma en que se sostiene que la licitación está vinculada al contrato, siendo un elemento del mismo, debemos mencionar que no se puede limitar su estudio a los parámetros de inicio y conclusión que la normativa nos da, sino que se debe considerar todos los actos de la administración y los actos administrativos llevados a cabo para la realización de la licitación, ya que no se podría hablar por ejemplo de pliego de condiciones o como se conocen

normativamente “bases de licitación”, sin considerar el procedimiento para su elaboración y aprobación, dado que si se realizara el estudio de la licitación desde la publicación de la convocatoria se daría por hecho la preexistencia de las bases, sin tomar en el procedimiento para su elaboración.

Conforme a lo anterior podemos identificar actos generales de organización administrativa, actos internos específicos previos a la licitación y los actos propios de la licitación, todos ellos necesarios para llevar a cabo el procedimiento, por lo que para efectos del presente trabajo denominaremos *actos preparatorios de la administración*, a los realizados por la administración para determinar su necesidades generales de contratación, *actos previos a la licitación* a los efectuados antes de la emisión de la convocatoria y *fases de la licitación* a los realizados con posterioridad a la publicación de la convocatoria.

## **15.1 ACTOS PREPARATORIOS DE LA ADMINISTRACIÓN PARA LA LICITACIÓN**

Aún cuando en la doctrina no es común que se mencionen, este primer grupo de actos, desde nuestro punto de vista resultan de suma importancia ya que la gestión administrativa debe seguir la dirección de la planeación del ejecutivo y debe estar dirigida al cumplimiento de las metas programadas, basada en los recursos disponibles, y más aún cuando en la actualidad se tiene una tendencia a la búsqueda de ahorros y transparencia en la gestión pública.

### **15.1.1 PLANEACIÓN**

Las adquisiciones, arrendamientos y Servicios que serán objeto de licitación, deben ajustarse a los objetivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo, que es el



instrumento rector de las acciones del Ejecutivo federal y define los principios que regirán el actuar de la secretarías y entidades del administración pública federal, para la implantación de objetivos y programas.

En el caso del Plan Nacional de Desarrollo 2001- 2006, promueve que las dependencias y entidades descentralizadas utilicen practicas que hagan eficiente el uso de recursos, transparenten sus funciones y eliminen la corrupción; por otra parte promueve acciones para contar con finanzas públicas sanas, como forma responsable y sustentable de promover el desarrollo del país, de donde se desprende que las adquisiciones, arrendamientos y servicios que lleve a cabo la administración pública deben sujetarse a esta acciones.

### **15.1.2 PROGRAMACIÓN**

El Plan Nacional de Desarrollo, rige el contenido de los programas que se elaboran en el marco del Sistema Nacional de Planeación y sus objetivos, las Secretarías coordinadoras de sector, elaboran los Programas Sectoriales correspondientes que son de observancia obligatoria para las dependencias de la Administración Pública Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, y conforme a las disposiciones legales aplicables, y la obligatoriedad de los Programas es extensiva a las entidades paraestatales.

Asimismo, las Secretarías, y las entidades paraestatales coordinadas, deben elaborar los correspondientes programas anuales que incluirán los aspectos administrativos y de política económica y social.

Específicamente por lo que se refiere al programa anual de adquisiciones las dependencias y entidades deben formularlos tomando en cuenta entre otras acciones, los objetivos y metas a corto, mediano y largo plazo, sus programas sustantivos, la existencia en cantidad suficiente; en resumen estos deben ser congruentes con la planeación nacional y con los programas específicos de la dependencia o entidad de que se trate.

En la medida en que sean eficaces los mismos, se cumplirá la finalidad de lograr un gobierno que cueste menos; sin embargo, en la realidad estos distan mucho de serlo, caracterizándose por una mala planeación y programación que se convierte en el mejor de los casos en un sobre costo administrativo por la falta de un sistema justo a tiempo, y en ocasiones en la obtención de bienes innecesarios que con el paso del tiempo se vuelven obsoletos o cumplen su vida útil en el almacén, esto en parte debido a que el programa anual de adquisiciones conforme a la ley es estimado, y aún cuando es difundido en las paginas de internet y en las coordinadoras de sector, una vez actualizado, es de carácter informativo y puede ser adicionado, modificado, suspendido o cancelado sin responsabilidad.

Cabe señalar que los programas sirven de base para la integración de los anteproyectos de presupuesto, a efecto de que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público proyecte los recursos financieros y presupuestales necesarios para el eficaz cumplimiento de los objetivos y metas de los Programas, en concordancia con las prioridades del Plan Nacional de Desarrollo.

### **15.1.3 PRESUPUESTACIÓN**

La erogación de recursos que realiza la administración pública para cumplir con las obligaciones derivadas de la celebración de contratos debe estar considerada en el presupuesto de inversión o de gasto corriente de la dependencia o entidad de que se trate, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público autoriza el calendario de presupuesto y es publicado en el DOF, o bien, mediante oficios de inversión.

En el caso de las adquisiciones, la ley de la materia regula las contrataciones que se realicen con cargo a recursos presupuestales, por lo que sólo se podrá convocar, adjudicar o contratar cuando se cuente con la autorización correspondiente, es decir, que se acredite la suficiencia presupuestaria ya sea global o específica, por lo que dentro del expediente del procedimiento de contratación debe considerarse la que así lo acredite.

Existen dos excepciones a esta regla, la primera relativa a la posibilidad de comprometer presupuestos de ejercicios futuros en contratos multianuales, para lo cual se requiere la autorización previa de la SHCP, la segunda en donde también se requiere la autorización de la SHCP es para casos excepcionales en que se podrá convocar, adjudicar y formalizar contratos cuya vigencia inicie en el ejercicio fiscal siguiente a aquel en que se formalice quedando condicionado a la existencia de los recursos correspondientes.

## **15.2 ACTOS PREVIOS A LA LICITACIÓN**

### **15.2.1 REQUISICIÓN**

El documento a través del cual las áreas requirentes de la administración pública establecen sus necesidades de compra o adquisición es la requisición, la cual no es considerada en la doctrina como fase del procedimiento de licitación, no obstante es incluida en este estudio dada su importancia en el proceso, ya que es a partir de ésta que se da inicio a las actividades tendientes a la licitación, esta figura es mencionada y regulada por primera vez en el artículo 12 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

En la requisición, también conocida como Solicitud de Pedido, Orden de Compra, o de Trabajo, se establece la autorización presupuestal, la descripción específica del requerimiento y las condiciones particulares de la contratación.

Adicionalmente de forma obligatoria se debe indicar y acreditar la no existencia de bienes de las mismas características de los que se pretenden adquirir, y de haber el nivel de inventario, justificando en su caso que el mismo no es suficiente para cubrir los requerimientos, esta última obligación incluida en las recientes modificaciones al reglamento de la LAASSP da un nuevo sentido a la verificación de existencias, ya que antes de la reforma no representaba una prohibición de

compra, sino únicamente información de la existencia de los bienes; con el texto actual, lleva implícita la obligación de surtir con existencias el requerimiento en caso de identificar su existencia, y de no justificarse que .estos son insuficientes, o bien que se encuentran asignados a un proyecto o consumo específico.

Estas disposiciones consideradas en el artículo 12 del Reglamento de la LAASSP fortalecen la planeación y programación que debe llevar a cabo la Administración Pública en su actuar, en apego al Plan Nacional de desarrollo y a los Programas Sectoriales y Específicos de cada Dependencia o Entidad, sin embargo como ya se mencionó el Programa Anual de Adquisiciones es informativo, lo cual es incongruente, considerando que el mismo sirve de base para elaborar el proyecto de presupuesto, y finalmente, si en la requisición debemos etiquetar los bienes la justificación de compra debe ser de acuerdo a lo programado para evitar el acumulamiento de bienes en almacenes o la adquisición de bienes que no se destinen al cumplimiento de programas y acciones previamente determinados.

## **15.2.2 ELABORACIÓN DE BASES O PLIEGO DE CONDICIONES**

El documento elaborado por el órgano administrativo respectivo, que contiene el objeto de la licitación y la descripción detallada de la contraprestación requerida por la administración, se denomina doctrinalmente Pliego de Condiciones y Normativamente bases de licitación, el profesor Sayagués Laso se refiere a el como “el conjunto de cláusulas redactadas por la Administración Pública, especificando el suministro, obra o servicio que se licita, estableciendo las condiciones del contrato a celebrarse y determinando el tramite a seguir en el procedimiento de licitación”.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Sayagués Laso, Enrique. Op. Cit. p. 560

Por su parte el jurista José Roberto Dormi<sup>15</sup>, hace una definición tomando los elementos de tratadistas como Bercaitz, Gordillo, Marienhoff y el citado Sayagués, para referirse a ellas como “el conjunto de cláusulas, formuladas unilateralmente por el licitante, que especifican el suministro, obra o servicio que se licita (objeto); las pautas que regirán el contrato a celebrarse; los derechos y obligaciones de oferentes y cocontratantes (relación jurídica), y el mecanismo procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato (procedimiento).”

Estas definiciones en nuestro particular punto de vista dejan claro los aspectos que contienen las bases de licitación, y que deberá tomar en consideración el órgano administrativo que las elabore para llevar a cabo la licitación, dicho órgano basándonos en el proceso de adquisición de bienes como se ha venido haciendo, deberá tomar en consideración los criterios para la elaboración, aprobación y difusión señalados en las Políticas bases y lineamientos de la dependencia o entidad correspondiente, (Art. 2º fracc. III del RLAASSP).

Asimismo, deberá someterlos cuando se hubiere creado para tal efecto al Subcomité de revisión de bases de licitación ( Art. 16 fracc. III del RLAASSP). Cabe señalar que dicha facultad es discrecional -de considerarlo necesario crear un subcomité para tal efecto- y que además, de no contar con la creación del subcomité mencionado no existe definición normativa respecto de quien recae dicha responsabilidad.

Se aborda el tema de elaboración de bases como acto previo en virtud de que como se ha mencionado de acuerdo a la ley la licitación inicia con la publicación de la convocatoria y concluye con la firma del contrato, por lo tanto de tomar estrictamente este criterio, parecería que se generara en automático la elaboración de las bases que lo regirán, lo cual lógicamente no es así, ya que su preparación debe realizarse con antelación a ésta y en apego al principio de igualdad.

---

<sup>15</sup> Dormí, José Roberto. Op. Cit. p. 193.

## Características especiales de las bases de licitación:

- Cláusulas preparadas unilateralmente por la Administración.- El pliego es preparado por el ente publico, en su elaboración no intervienen los particulares, excepción hecha del resultado de la revisión de prebases que veremos en el siguiente punto, los particulares se limitan a tomar conocimiento del pliego.
- Detalla el objeto del contrato, su regulación jurídica y derechos y obligaciones de las partes.- Tiene como finalidad proteger los intereses de ambas partes, antes de la licitación , durante la licitación y durante el contrato.
- Produce efectos jurídicos propios.- La administración no puede modificarlas una vez que haya llamado a licitación, sino dentro de ciertos límites.-
- Obligan a los oferentes hasta la conclusión de la licitación y al adjudicatario hasta el cumplimiento del contrato.- Una vez presentada la propuesta el licitante está obligado hasta la conclusión del procedimiento, en caso de resultar adjudicado se obliga al cumplimiento del contrato so pena de que en caso de no firmarlo sea sancionado.
- Es fuente de interpretación del contrato.- En caso de discrepancia entre lo estipulado en el contrato y lo señalado en las bases prevalecerá lo señalado en las bases.

Las bases deben contener en lo aplicable información respecto al nombre de la convocante, juntas de aclaraciones, idioma, moneda, criterios de evaluación, descripción detallada de los bienes, plazo y condiciones de entrega y de pago, garantías solicitadas, penas convencionales, precio, prorrogas, rescisión, devolución y reposición de bienes, modelo de contrato y requisitos de los licitantes

como acreditación de personalidad y existencia, incumplimiento de requisitos como causa de descalificación, imposibilidad de negociar condiciones, sanción por no firmar el contrato, declaraciones bajo protesta de decir verdad de no estar inhabilitados, y abstenerse de incluir requisitos que limiten la libre participación entre otras condiciones, que en materia de adquisición de bienes, arrendamientos y servicios están contempladas en los artículos 31 de la LAASSP y 29, 30 y 36 de su Reglamento.

### **15.2.3 DIFUSIÓN Y REVISIÓN DE PREBASES**

Como una medida de transparencia y combate a la corrupción se ha establecido esta nueva modalidad de revisión de prebases, que consiste en dar a conocer a los posibles interesados previo a la publicación oficial de las bases, el anteproyecto de bases de licitación, lo cual se realiza a través de las paginas de internet de las convocantes y tiene por objeto recibir comentarios, que en su caso se consideran en su elaboración.

Esta disposición no es aplicable a todas las bases pero sí es obligatoria para aquellas que en su conjunto rebasen el 50% del monto total a licitar en un ejercicio fiscal.

Ahora bien por lo que se refiere a su revisión ésta es optativa para la convocante, no obstante los comentarios y las respuestas de los mismos indicando la persona que lo hizo y la razón de la improcedencia deberán difundirse en el mismo medio que las prebases, asimismo, se podrán hacer invitaciones personalizadas a cámaras o asociaciones.

Este mecanismo es una excepción a la regla que se venía manejando en el derecho administrativo respecto a la unilateralidad de la elaboración del pliego de condiciones, y aún cuando puede ser un beneficio para la proveeduría al eliminar el

riesgo de que las bases contengan condiciones que limiten la libre participación de interesados, puede también llegar a ser un riesgo al modificar el sentido de los requerimientos de la administración mediante la participación de los particulares, por lo que en su momento deberá regularse con mayor detalle esta figura.

#### **15.2.4 ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DE CONVOCATORIA**

En el mismo orden de ideas en que se ha separado a los actos previos a la licitación de los relativos a las fases de la licitación, debemos separar la elaboración y aprobación de la convocatoria de su publicación, ya que las primeras serán previas al inicio del procedimiento y la segunda dará inicio al procedimiento.

En primer término debemos considerar que la convocatoria está sujeta a las reglas de competencia, por lo que debe ser emitida por un órgano competente, es decir, que este facultado para ello.

La convocatoria en el caso de adquisición de bienes debe cumplir con lo establecido en el artículo 29 de la LAASSP, que señala:

**“Artículo 29.-** Las convocatorias podrán referirse a uno o más bienes o servicios, y contendrán, en lo aplicable, lo siguiente:

**I.** El nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante;

**II.** La indicación de los lugares, fechas y horarios en que los interesados podrán obtener las bases de la licitación y, en su caso, el costo y forma de pago de las mismas. Cuando las bases impliquen un costo, éste será fijado sólo en razón de la recuperación de las erogaciones por publicación de la convocatoria y de la reproducción de los documentos que se entreguen; los interesados podrán revisarlas previamente a su pago, el cual será requisito para participar en la licitación. Igualmente, los interesados podrán consultar y adquirir las bases de las licitaciones por los medios de difusión electrónica que establezca la Contraloría;

**III.** La fecha, hora y lugar de celebración del acto de presentación y apertura de proposiciones, de la primera junta de aclaración a las bases de licitación, en su caso, la reducción del



plazo a que alude el artículo 32 de la presente Ley, y el señalamiento de si se aceptará el envío de propuestas por servicio postal o de mensajería, o por medios remotos de comunicación electrónica;

**IV.** La indicación de si la licitación es nacional o internacional; y en caso de ser internacional, si se realizará o no bajo la cobertura del capítulo de compras del sector público de algún tratado, y el idioma o idiomas, además del español, en que podrán presentarse las proposiciones;

**V.** La indicación que ninguna de las condiciones contenidas en las bases de la licitación, así como en las proposiciones presentadas por los licitantes, podrán ser negociadas;

**VI.** La descripción general, cantidad y unidad de medida de los bienes o servicios que sean objeto de la licitación, así como la correspondiente, por los menos, a cinco de las partidas o conceptos de mayor monto;

**VII.** Lugar y plazo de entrega;

**VIII.** Condiciones de pago, señalando el momento en que se haga exigible el mismo;

**IX.** Los porcentajes de los anticipos que, en su caso, se otorgarían;

**X.** La indicación de que no podrán participar las personas que se encuentren en los supuestos del artículo 50 de esta Ley;

**XI.** En el caso de arrendamiento, la indicación de si éste es con o sin opción a compra, y

**XII.** La indicación de que cualquier persona podrá asistir a los diferentes actos de la licitación en calidad de observador, sin necesidad de adquirir las bases, registrando previamente su participación.”

De las condiciones señaladas podemos resaltar la diferencia existente entre las bases y la convocatoria respecto de los bienes. En la convocatoria se hará una descripción general, en tanto que en las bases deberá de ser detallada, no obstante debe ser lo suficientemente clara para no limitar la libre participación de los interesados y en las bases se deben considerar la totalidad de los bienes a licitarse en tanto que en la convocatoria sólo se señalaran los bienes

correspondientes a las cinco principales partidas.

Los plazos y demás aspectos contenidos en las bases pueden ser modificados, siempre que su modificación se haga del conocimiento de los interesados en los mismos medios en que ésta se hubiere difundido.

## **15.3 FASES DE LA LICITACIÓN**

### **15.3.1 PUBLICACIÓN DE CONVOCATORIA**

La publicación de la convocatoria es el acto que da inicio al procedimiento de licitación y con el cual se da cumplimiento al principio de publicidad derivado del artículo 134 Constitucional; su aplicación a la licitación pública se traduce en su transparencia y por ende en su equidad e imparcialidad.

El maestro Fernández Ruiz señala que es “ la declaración unilateral de voluntad de la administración publica licitante, en ejercicio de la función administrativa, con efectos jurídicos directos respecto de casos individuales específicos, lo cual significa que estamos frente a un acto administrativo creador de un derecho, en favor de los interesados, cual es el de participar – previa satisfacción de los requisitos respectivos – en una licitación para designar al cocontratante de un contrato administrativo.”<sup>16</sup>

La publicación de la convocatoria debe realizarse con la debida anticipación a fin de que los interesados estén en posibilidad de reunir las condiciones del llamado, adquirir las bases y preparar sus ofertas.

Conforme a lo señalado en el artículo 30 de la LAASSP, la convocatoria se publicará en la sección especializada del DOF. Dicha publicación será por una sola ocasión sin que se pueda autorizar otro medio de difusión cuando éste implique el

---

<sup>16</sup> Fernández Ruiz, Jorge. Op. Cit. p. 179.

pago a un tercero; esto no limita el que aprovechando los medios informáticos actuales las dependencias y entidades las puedan difundir a través de sus páginas de internet o de sus portales electrónicos.

### **15.3.2 ENTREGA DE BASES**

El análisis de las fases de la licitación requiere la revisión (por lo menos de forma enunciativa) de la entrega de bases. En nuestro país, en el ámbito federal, las bases están disponibles a través de tres medios:

- a) En el domicilio de la convocante.
- b) En medios de difusión electrónica autorizados (Comprante).
- c) En las páginas de internet de las convocantes.

Las bases se ponen a disposición de los interesados desde la publicación de la convocatoria y hasta inclusive el sexto día natural previo al acto de presentación y apertura de proposiciones (art. 31 párrafo primero LAASSP). Este término tiene como finalidad darle oportunidad a aquellos licitantes que las hubieran adquirido en el último día de elaborar sus propuestas.

En la convocatoria se debe indicar, entre otras cosas como ya se vio en su caso, el costo de las bases y la forma de pago, mismo que se fija en razón de la recuperación de erogaciones por publicación de la convocatoria. Cuando se fije un costo por las bases, su pago será requisito para la participación, para lo cual se le hará entrega de un comprobante.

No obstante el costo de las bases, los interesados tienen derecho a consultarlas previo a su adquisición, lo que se puede hacer directamente en el domicilio de la convocante o en los medios ya señalados, mismos que facilitan su consulta (sin necesidad de acudir al domicilio de la convocante) la cual es necesaria ya que, como se comento, la convocatoria contiene una descripción general, en tanto que

las bases detallan los requerimientos; asimismo, la convocatoria contiene únicamente por cuestión de ahorro en la publicación las cinco partidas más importantes en conceptos o monto, mientras que la convocatoria contiene la totalidad de los requerimientos.

Una vez publicada la convocatoria, la misma y las bases no pueden ser modificadas respecto a los bienes, por lo que no podrán ser sustituidos, ni adicionados, ni podrán variar sus características significativamente.

### **15.3.3 JUNTAS DE ACLARACIONES**

Otra fase importante que tampoco ha sido de interés para la doctrina como parte de la licitación, son las juntas de aclaraciones; estas tienen por objeto resolver las dudas que los interesados formulen respecto al contenido de las bases.

En los procedimientos de licitación es obligatorio celebrar por lo menos una junta, no existiendo impedimento para celebrar las que sean necesarias. Las juntas son de suma importancia ya que a través de éstas las convocantes tienen la oportunidad de modificar el contenido de las bases sin la necesidad de publicar los cambios en el DOF, siempre que se entregue copia del acta correspondiente a cada participante que hubiere adquirido las bases.

De igual forma los interesados, a través de sus cuestionamientos, impulsarán modificaciones a las bases. En todo caso si como resultado de cualquiera de los dos supuestos se modifican las bases, dichas modificaciones estarán limitadas a no representar cambios sustanciales o adición de otros distintos, debiendo constar en acta circunstanciada.

La asistencia a las juntas de aclaraciones es optativa para los interesados, pudiendo inclusive, cuando así lo establecen las bases, plantear sus dudas o cuestionamientos por medios electrónicos.

La junta de aclaraciones, al igual que la revisión de prebases, implica un riesgo para ambas partes y por ende para el interés público, ya que en principio, como se mencionó, al referirnos al contenido de las bases, las condiciones establecidas en las mismas no pueden ser negociadas, por lo que la convocante debe tener mucho cuidado en la forma en que se resuelve los cuestionamientos.

Un error puede dar lugar a la violación de la normatividad y traer como consecuencia la presentación de alguna inconformidad, que de ser procedente puede hacer nulo todo lo actuado.

Por su parte, el interesado debe tener cuidado de expresar y hacer valer el derecho que siente lesionado en la actuación de la junta de aclaraciones, ya que de no ser manifestado no tendrá opción de reclamarlo, además de que para poder manifestarse en la junta, otra condición es haber adquirido las bases.

Finalmente también corre el riesgo que de no inconformarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la celebración de la junta, se tendrá por precluido su derecho para inconformarse.

Por lo anterior, la convocante debe tener cuidado de no establecer requisitos que limiten la libre participación de interesados que puedan dar motivo a la presentación de una inconformidad, como son plazos de entrega en los que no sea posible elaborar los bienes, características especiales no justificadas o dirigidas a una marca en particular y experiencia, entre otros.

#### **15.3.4 ACTOS DE PRESENTACIÓN Y APERTURA DE PROPOSICIONES**

El plazo en que se llevará a cabo este acto se computa a partir de la publicación de la convocatoria y no podrá ser menor de 20 días naturales para licitaciones

internacionales y, si fuera bajo la cobertura de tratados, no menor de 40 días naturales y 15 para nacionales. Sin embargo cuando estos plazos no puedan observarse por causa justificadas previa justificación y aprobación se podrán reducir a no menos de 10 días naturales.

La omisión de esta condición puede dar motivo a observaciones determinadas a los servidores públicos cuando no se acredite la justificación de la reducción y resulte notorio que se trata de una mala planeación del procedimiento. Esta situación es muy común al final de cada ejercicio presupuestal, ya que dicha reducción tiene por objeto ejercer los recursos en el ejercicio fiscal que se convoca, en cuyo caso se corre el riesgo de ser observado por los órganos fiscalizadores.

En la fecha establecida en la convocatoria y las bases, se llevará a cabo el acto de presentación y apertura de proposiciones, el cual se regula en materia de adquisiciones por los artículos 34 y 35 de la LAASSP y 31, 35 y 39 de su Reglamento.

A continuación enunciaremos algunos aspectos que consideramos importante resaltar de dicho acto.

Las proposiciones se entregan en su sobre que contiene la propuesta técnica y la económica. La documentación distinta podrá entregarse dentro o fuera del sobre a elección del licitante. Esta parte del procedimiento sufrió cambios a partir de la reforma de julio de 2005, ya que anteriormente se consideraban dos sobres.

El acto debe dar inicio en la hora señalada para tal efecto, momento a partir del cual no se podrá permitir el acceso a licitantes ni observadores debiendo realizar el registro de asistentes.

Una vez recibidas las propuestas se procede a su apertura y se realizará una revisión en forma cuantitativa, sin entrar al análisis detallado, dando lectura de los precios unitarios y totales de las propuestas, que serán firmadas por lo menos por uno de los participantes y la persona facultada por la convocante y se desecharán las que hubieren omitido algún requisito, debiendo incluirse en acta correspondiente, que será firmada por los participantes.

En el acta se señalará la fecha y hora en que se llevará a cabo el fallo de la licitación, que podrá ser la fecha establecida en bases que deberá quedar comprendido dentro de los 20 días naturales siguientes a la fecha de apertura de ofertas, o bien, se podrá anticipar o diferir, sin exceder de 20 días naturales siguientes al plazo originalmente establecido.

### **15.3.5 EVALUACIÓN DE PROPOSICIONES Y FALLO DE LA LICITACIÓN**

Entre la fecha de el acto de presentación y apertura de proposiciones y la establecida para el fallo, se debe llevar a cabo la evaluación de las propuestas aceptadas, por economía procesal la convocante podrá evaluar al menos dos propuestas cuyo precio resulte ser el más bajo, siempre que no se trate de prestación de servicios en donde se hubiere utilizado el mecanismo de puntos y porcentajes, o en el caso de bienes, el de costo beneficio, en cuyo caso se evaluarán todas las propuestas aceptadas, primero en su parte técnica y luego en su parte económica.

La evaluación consiste en la verificación del cumplimiento de los requisitos solicitados en las bases, los criterios que se utilicen deberán guardar relación directa con los requisitos solicitados, debiendo establecer la metodología utilizada para su evaluación.

No pueden ser objeto de evaluación aquellos requisitos cuyo incumplimiento por sí mismos no afecten la solvencia de las propuestas y se hubieren utilizado para un mejor desarrollo del procedimiento.

Hecha la evaluación, la adjudicación del contrato debe recaer en aquella propuesta que resulte solvente porque reúne las condiciones legales, técnicas y económicas requeridas y garantice satisfactoriamente el cumplimiento de las obligaciones.

El resultado de la evaluación se hace constar en un dictamen que servirá de fundamento para el fallo, mismo que se realizará en junta pública levantándose acta del mismo, o cuando así lo considere la convocante únicamente lo notificará por escrito.

En el acto de fallo o adjunto a la comunicación mencionada, las convocantes notificarán a los licitantes por escrito las razones por las que su oferta no resultó ganadora, teniendo la oportunidad de inconformarse en caso de que consideren que hubo alguna desviación en el procedimiento.

En el caso de licitaciones internacionales bajo la cobertura de los tratados, el fallo debe publicarse en el DOF dentro de los 72 días siguientes a su emisión.

### **15.3.6 ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO**

La adjudicación del contrato obliga a ambas partes a formalizar el contrato, lo cual en principio debe ser en la fecha establecida en las bases, de conformidad con lo señalado en la fracción III del artículo 31 de la LAASSP. Sin embargo, en la práctica no se señala la fecha de firma del contrato, por lo que se cae en el supuesto de que deberá suceder dentro de los 20 días naturales siguientes al de la notificación del fallo, que señala el artículo 46 de la propia ley de la materia.



En virtud de ello, aún cuando la ley permite adjudicar a otro proveedor que hubiere resultado con la siguiente propuesta solvente más baja, si el adjudicado no firma dentro de dicho plazo, el retraso ya causó un daño a la convocante, pues sería necesario volver a dar el plazo de entrega al nuevo proveedor, y en el mejor de los casos, cuando el proveedor se presenta a firmar el contrato de forma tardía, para él representó únicamente una ampliación automática del plazo de entrega.

Por lo que respecta a la dependencia o entidad para el caso de que ella no firmare el contrato dentro del plazo señalado, el proveedor no está obligado a cumplir las obligaciones a su cargo y en caso de no celebrarse el contrato, podría solicitar el pago de los gastos no recuperables erogado en el procedimiento del contratación.

Para evitar este tipo de problemas el Reglamento de la LAASSP señala en su artículo 55-A que deberá recabarse en primer término la firma por parte de la dependencia o entidad y posteriormente la del proveedor; no obstante la fecha del contrato será la fecha en que suscriba el proveedor y aún cuando en las bases se hubiere señalado fecha para la formalización antes del plazo máximo de 20 días naturales, la administración no podrá argumentar que el proveedor dejó de firmar hasta haberse agotado el plazo.

## **CAPÍTULO IV**

### **LA RESCISIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL PROVEEDOR EN LOS CONTRATOS PARA ADQUISICIÓN DE BIENES EN EL SECTOR PÚBLICO.**

#### **16. CONCEPTO DE RESCISIÓN ADMINISTRATIVA**

Para abordar el tema relativo al concepto de rescisión objeto del presente estudio es necesario precisar que su análisis se orientará a la rescisión de los contratos administrativos para la adquisición de bienes muebles que realiza la administración, mismos que conforme a lo analizado en el capítulo I constituyen actos administrativos. Ahora bien, los actos administrativos se pueden extinguir de dos formas, normal y anormal.

Dentro de los medios de extinción del acto administrativo normales, se tienen aquellos que culminan con el cumplimiento del contenido del acto y que son: el cumplimiento voluntario por los órganos internos de la administración; el cumplimiento voluntario por parte de los particulares; cumplimiento de efectos inmediatos; y cumplimiento de plazo.

Los medios anormales son aquellos que modifican, impiden su realización o lo hacen ineficaz, entre los que se encuentran: revocación; rescisión; prescripción; caducidad; término y condición; renuncia de derechos; irregularidad e ineficacia del acto administrativo.

En el mismo orden de ideas la doctrina también hace una distinción respecto a las formas de extinción del contrato administrativo.

Extinción normal. Se opera por el cumplimiento de todas las prestaciones que configuran el objeto del contrato administrativo o por la satisfacción de vida de las mismas al vencer el término del plazo contractual. Son normales porque lo buscado

por las partes al celebrar el contrato, es que el mismo se extinga una vez que se hayan satisfecho integralmente las prestaciones convenidas dentro del período temporal acordado.

Extinción anormal. Los contratos administrativos pueden extinguirse anticipadamente, o sea antes de que los bienes sean provistos integralmente o de que expire el plazo estipulado para el desarrollo de la actividad convenida. La extinción, en estos casos, obedece a situaciones sobrevinientes, extrañas a la finalidad perseguida por las partes en el momento de entablar la relación contractual.

Para efectos del presente trabajo, nos interesan las formas de extinción anormales de los contratos administrativos, en forma específica la rescisión. Aún cuando más adelante analizaremos las diferentes formas de extinción de los contratos administrativos, por el momento, nos limitamos a mencionarlas a fin de definir el concepto de rescisión, siendo necesario mencionar que al hablar de rescisión en un sentido amplio, para efectos del presente análisis, también se hará referencia a la revocación y la caducidad, ya que la doctrina<sup>1</sup> suele referirse a estas figuras para el mismo fin: Revocación: por oportunidad, mérito o conveniencia; ilegitimidad y rescisión: por hechos y actos relativos al cocontratante, o imputables al cocontratante; caso fortuito o fuerza mayor; mutuo acuerdo; pedida por el cocontratante; y renuncia.

## **17. CONCEPTO DE RESCISIÓN**

El maestro civilista Gutiérrez y González,<sup>2</sup> define la rescisión como el “Acto jurídico unilateral por el cual se le pone fin, salvo que la ley lo prohíba, de pleno derecho *-ipso jure-* sin necesidad de declaración judicial, a otro acto bilateral plenamente válido, por

---

<sup>1</sup> Bercaitz, Miguel Ángel. Op. Cit., p. 495-599

<sup>2</sup> Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, tomo II. México 1998. Editorial Porrúa. p. 647

incumplimiento culpable en este, imputable a una de las partes. A la rescisión también se le conoce con el nombre de pacto comisorio.”

Para el profesor Martínez Alfaro<sup>3</sup> “es un modo de privar de efectos a un contrato bilateral válido, mediante la extinción de las obligaciones provenientes de dicho contrato que se vuelve ineficaz, en virtud de acontecimientos posteriores a su otorgamiento, como es el incumplimiento de las obligaciones que generó.

Es un derecho del acreedor perjudicado por el incumplimiento de su deudor y ese derecho consiste en extinguir la obligación que le incumplieron y así desligarse de su deudor.”

Respecto a la rescisión el maestro Galindo Garfias<sup>4</sup> señala que “Es una de las formas que presenta la ineficacia del contrato, que siendo válido no produce efectos; es decir, no afectado de nulidad ni de inexistencia.

Existe en la práctica forense y en estudio teórico o de esta categoría de la ineficacia, una confusión en el uso de los términos rescisión y resolución como si fueran sinónimos se emplea indiferentemente uno u otro vocablo para referirse a un contrato que ciertamente es ineficaz para producir los efectos que le son propios, pero que resultó a la postre rescindible, cuando en verdad se le aplica el tratamiento propio de las resoluciones, indebidamente. ...

...

La rescisión obra sobre el contrato para privarlo de sus efectos nocivos, producidos por circunstancias externas a él que sufre una de las partes al soportar un daño y muy probablemente perjuicios causados por la otra parte injustamente y en detrimento de su patrimonio por aprovecharse de la situación de inferioridad en que se encuentra por ignorancia o inexperiencia.”

---

<sup>3</sup> Martínez Alfaro, Joaquín. Teoría de la Obligaciones. México. 2001. Edit. Porrúa. p. 253

<sup>4</sup> Galindo Garfias, Ignacio. Teoría General de los Contratos. Porrúa. México. 2000.p 423

El Dr. Gabino Castrejón<sup>5</sup> se refiere a la rescisión como “la facultad que tienen las partes en un contrato de resolver o dar terminadas sus obligaciones en caso de incumplimiento de la otra parte .“ agregando que “Sólo opera en contratos.”

Por último el autor José Pedro López Elías<sup>6</sup> dice que “es una forma de terminar anticipadamente los contratos, validamente celebrados, como consecuencia de un incumplimiento de alguna de las partes. El artículo 1949 del Código Civil establece que la acción rescisoria es facultad de la parte que resulto perjudicada; utilizando el término resolución como sinónimo de rescisión.

La rescisión administrativa, que ya se usa en el derecho mexicano en otras figuras, es un pacto comisorio expreso a favor de la administración, ya que ésta quiere tener la posibilidad de concluir los contratos administrativos de manera anticipada sin ocurrir a los tribunales.

La doctrina le llama la facultad de rescisión (*resiliation*) unilateral o caducidad, en este último caso se entiende como la estipulación mediante la cual se otorga a la entidad contratante la facultad de dar por terminado unilateralmente el contrato, cuando el contratista incurre en alguna de las causales previstas como generadoras de esta decisión.”

De las definiciones antes citadas se desprenden diferentes conceptos que hacen referencia a la rescisión, así tenemos que se le denomina resolución, revocación y caducidad, para establecer en qué casos es utilizada una y otra veremos que dice la doctrina respecto de cada una de ellas.

---

<sup>5</sup> Castrejón García, Gabino Eduardo. Op. Cit. p. 380.

<sup>6</sup> López Elías, José Pedro. Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México. México 1999. Edit Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 197.

El Maestro Canals Arenas<sup>7</sup> dice que la “Revocación es la extinción del contrato por la administración, directamente, por sí y ante sí, sin necesidad de obtener previamente la conformidad del contratista, o aún en contra de su voluntad; o unilateralmente cuando las necesidades colectivas así lo exigen, o por razón de oportunidad o conveniencia.”

En materia civil el maestro Ramón Sánchez Medal<sup>8</sup> se refiere a la resolución del contrato como sinónimo de rescisión y señala. “La resolución del contrato. La rescisión o resolución de un contrato sinalagmático puede producirse por cualquiera de estas causas. a) por incumplimiento de una de las partes, que reconoce expresamente nuestra legislación (1949); b) por imposibilidad superveniente de las obligaciones a cargo de una de las partes en el contrato bilateral, que admite también nuestra legislación tanto en forma general (1949 in fine), como al aplicarla al arrendamiento (2431, 2445 y 2490); y c) por excesiva onerosidad sobreviniente, fundada en la teoría de la imprevisión, que no acoge nuestra legislación ni admite la mayoría de la doctrina, pero que si es aceptada por algunos autores.”

Finalmente, el reconocido jurista Serra Rojas<sup>9</sup> dice respecto a la rescisión: “La rescisión es la sanción mas efectiva de que dispone la administración pública: tiene por finalidad dar por terminado un contrato manteniendo la responsabilidad que resulte al contratista.

Es prudente distinguir:

- a) La rescisión como sanción;
- b) La rescisión que se dicta en interés general.

La jurisprudencia francesa ha llegado a estas importantes conclusiones:

---

<sup>7</sup> Canals Arenas, Jorge Ricardo. El Contrato de Obra Pública dentro de la Teoría General de los Contratos Administrativos, y de su Marco Legal en México. México 1991. Edit. Trillas. p. 212.

<sup>8</sup> Sanchez Medal, Ramon. De Los Contratos Civiles. México 1989. Edit. Porrúa. p. 128.

<sup>9</sup> Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Edit. Porrúa. México 2004. p. 653

- a) El poder de rescisión existe respecto a todos los contratos administrativos.
- b) La rescisión en interés del servicio público constituye para la administración una competencia discrecional.
- c) La rescisión discrecional es de orden público, aún si ella no es prevista en el contrato administrativo, la administración puede ejercerla y no puede comprometer su ejercicio.
- d) La rescisión discrecional implica para el co-contratante un derecho a la indemnización por los daños que se le causen.”

## **18. FORMAS DE EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

A continuación analizaremos las diferentes formas de extinción de los contratos administrativos que contempla la doctrina, en donde se verá que, indistintamente, le denomina revocación, caducidad, resolución y rescisión; asimismo, se hará un análisis de los artículos en los que nuestra legislación en materia de adquisiciones regula estas figuras y la denominación que les da cuando es considerada en la ley, señalando de antemano que nuestra postura personal es que únicamente debería limitarse a dos figuras la revocación y la rescisión.

### **18.1 REVOCACIÓN**

Es decidida unilateralmente por el Estado, que por sí y ante sí extingue el vínculo contractual sin necesidad de recurrir a la justicia, sea por razones de ilegitimidad, mérito, oportunidad o conveniencia.

#### **18.1.1 REVOCACIÓN UNILATERAL POR RAZONES DE OPORTUNIDAD, MÉRITO, OPORTUNIDAD O CONVENIENCIA**

Opera para el futuro y genera a favor del co-contratante el derecho a ser indemnizado por daños y perjuicios irrogados por la extinción anticipada del

contrato administrativo, deriva de una circunstancia posterior a la formalización del primer acto.

El reconocido tratadista Miguel Ángel Bercaitz<sup>10</sup> señala que “la causa directa, inmediata de la revocación por razones de oportunidad o conveniencia, corresponde a una modificación profunda de los motivos de hecho determinantes del contrato que el Estado se ve obligado a revocar, por haber desaparecido la necesidad pública que se quería satisfacer con él o porque nuevas exigencias públicas lo imponen.”

En el supuesto de que desaparezca la necesidad pública, por tanto desaparece la causa que sería el fin público que se perseguiría con la necesidad que originó el contrato, por lo que satisfecha ésta o desaparecida, el contrato carece de causa y por ello es revocable.

En el caso de nuevas exigencias públicas, si el contrato es incompatible con las mismas, el contrato se debe revocar para satisfacer las necesidades colectivas.

Por lo que toca a nuestra legislación en particular la que regula la materia de adquisiciones que estamos analizando, el último párrafo del artículo 54 de la LAASSP señala:

**“Artículo 54.-**

...

Asimismo, podrán dar por terminados anticipadamente los contratos cuando concurren razones de interés general, o bien, cuando por causas justificadas se extinga la necesidad de requerir los bienes o servicios originalmente contratados, y se demuestre que de continuar con el cumplimiento de las obligaciones pactadas, se ocasionaría algún daño o perjuicio al Estado, o se determine la

---

<sup>10</sup> Bercaitz, Miguel Ángel Op. Cit. p. 561.



nulidad total o parcial de los actos que dieron origen al contrato, con motivo de la resolución de una inconformidad emitida por la Secretaría de la Función Pública. En estos supuestos la dependencia o entidad reembolsará al proveedor los gastos no recuperables en que haya incurrido, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato correspondiente.”

Como se desprende del artículo citado, nuestra legislación le denomina terminación anticipada, no revocación como lo hace la doctrina, no obstante que se refiere a la misma figura y precisa que procederá cuando concurren razones de interés general, o cuando se extinga por causas justificadas la necesidad de requerir los bienes, como podría ser el caso por citar alguno en que se adquirieran refacciones para una maquinaria a la que se pretendía dar mantenimiento y durante el plazo de entrega ésta se siniestrara ocasionando la pérdida total del activo. En tal caso se procedería a la terminación anticipada del contrato, ya que de lo contrario se adquirirían bienes que la administración no ocuparía con posterioridad, ocasionando un gasto innecesario.

En el mismo sentido el artículo citado en su última reforma considera la terminación anticipada derivada de la determinación de nulidad total de los actos que dieron origen al contrato; como ejemplo podemos señalar el caso en que la convocante hubiere otorgado la adjudicación al cocontratante y como resultado de la resolución de una inconformidad la autoridad determinara que la propuesta de un tercero fue desechada injustamente declarando la nulidad del procedimiento de contratación.

Así como la doctrina, señala que la revocación genera a favor del cocontratante el derecho a ser indemnizado, la legislación en el multicitado artículo y en el artículo 65 del Reglamento de la LAASSP contempla la obligación para la convocante de reembolsar al proveedor los gastos no

recuperables, con la limitación de que sea previa solicitud y que correspondan a los conceptos señalados en el mencionado artículo 65 debidamente comprobados.

**“Artículo 65.-** Previa solicitud por escrito de los licitantes, el pago de los gastos no recuperables a que se refieren los artículos 46 y 57 de la Ley, se limitará según corresponda, a los siguientes conceptos debidamente comprobados:

I. Costo de las bases de licitación;

II. Pasajes y hospedaje debidamente comprobados de acuerdo a los montos y aspectos previstos en las políticas, bases y lineamientos en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios de la dependencia o entidad, de una persona que haya asistido a la o las juntas de aclaraciones, al acto de presentación y apertura de proposiciones, al fallo de la licitación, y a la firma del contrato, en caso de que el licitante no resida en el lugar en que se realice el procedimiento, y

III. Costo de la garantía de cumplimiento, exclusivamente en el caso del ganador.”

Adicionalmente, el artículo 66 del Reglamento de la LAASSP considera para este supuesto de terminación anticipada, la obligación de sustentar mediante dictamen las razones que la determinen, y señala un término para el pago de los gastos no recuperables reclamados.

**“Artículo 66.-** La terminación anticipada de los contratos a que se refiere el último párrafo del artículo 54 de la Ley, se sustentará mediante dictamen que precise las razones o las causas justificadas que den origen a la misma.

Los gastos no recuperables por el supuesto a que se refiere este artículo y el anterior, serán pagados dentro de un término que no podrá exceder de cuarenta y cinco días naturales posteriores a la solicitud fundada y documentada del proveedor.”

### **18.1.2 REVOCACIÓN UNILATERAL POR RAZONES DE ILEGITIMIDAD**

El Estado podrá revocar un contrato en razón de vicios que afectan la competencia, consentimiento, forma, objeto o causa del contrato administrativo, o bien, si no se observan dichos elementos. Por tanto procede toda vez que el contrato es nulo de nulidad manifiesta, tiene efectos retroactivos y es consecuencia de vicio que afectaba al acto primitivo.

En materia de adquisiciones, el último párrafo del artículo 54 ya mencionado y el 57, ambos de la LAASSP consideran respectivamente la terminación anticipada del contrato y la nulidad total del procedimiento de contratación, en ambos casos la determinación puede llegar a darse una vez firmado el contrato, no obstante considerando que éste se llevó a cabo mediante un procedimiento de derecho público cuya inobservancia conlleva vicios de ilegitimidad, la cual será declarada con la nulidad. Esta puede versar sobre la voluntad, verbigracia, cuando en el procedimiento se solicitaron manifestaciones bajo protesta de decir verdad y el proveedor actuó con falsedad, o bien, vicios relativos a los elementos del contrato, como puede ser la competencia de la administración, la capacidad del contratante, y la licitud del objeto.

**“Artículo 57.-** La Contraloría, en el ejercicio de sus facultades, podrá verificar, en cualquier tiempo, que las adquisiciones, arrendamientos y servicios se realicen conforme a lo establecido en esta Ley o en otras disposiciones aplicables. Si la Contraloría determina la nulidad total del procedimiento de contratación por causas imputables a la convocante, la dependencia o entidad

reembolsará a los licitantes los gastos no recuperables en que hayan incurrido, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con la operación correspondiente. ...”

## **18.2 RESCISIÓN POR HECHOS Y ACTOS**

### **18.2.1 POR HECHOS RELATIVOS AL CO-CONTRATANTE**

La rescisión por hechos relativos al cocontratante, se trata de hechos que no son imputables al cocontratante, es decir, no hay culpa del mismo, como es el caso de muerte o inhabilidad sobre viniente, cuando el cocontratante sea persona física; quiebra, disolución o retiro de personería, en el caso de que sea persona jurídica.

Se opera la extinción del contrato por decisión unilateral de la administración sin derecho a indemnización alguna. Su fundamento radica en la circunstancia de que los contratos administrativos son *intuitu personae* y por ende, intransferibles.

La doctrina considera esta forma de rescisión, que es factible de suceder, sin embargo, la LAASSP no contempla un procedimiento para dar por terminada la relación contractual en estos supuestos, por lo que sería necesario contar con dicha figura en el texto de la ley para la resolución de situaciones como las mencionadas.

### **18.2.2 POR HECHOS IMPUTABLES AL CO-CONTRATANTE**

La doctrina señala que este tipo de Rescisión es declarada unilateralmente por los órganos de la administración por hechos imputables al cocontratante, como sanción al incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Estos modos de rescisión denotan una sanción al co-contratante, y esa extinción anticipada no genera derecho indemnizatorio para el co-contratante, sino que deberá ser éste quien compensará al estado por los daños irrogados.

La rescisión debe fundarse en un hecho grave que ponga en peligro la satisfacción de los fines determinantes de su celebración o produzca una conducta incompatible con esos fines.

Sólo debe llegarse a la rescisión cuando se hayan agotado todas las vías conminatorias previas, intimaciones, apercibimientos, multas previstos en el régimen de contratación correspondiente.

En esta forma de rescisión es en la que se centra el presente trabajo de investigación, y es la única para la cual la LAASSP establece un procedimiento denominándola rescisión administrativa. Por lo que toca al procedimiento este será analizado en el numeral siguiente; por lo que hace a la figura en sí, el artículo 54 señala:

**“Artículo 54.-** Las dependencias y entidades podrán en cualquier momento rescindir administrativamente los contratos cuando el proveedor incurra en incumplimiento de sus obligaciones, conforme al procedimiento siguiente: ...

...

Si previamente a la determinación de dar por rescindido el contrato, se hiciere entrega de los bienes o se prestaren los servicios, el procedimiento iniciado quedará sin efecto, previa aceptación y verificación de la dependencia o entidad de que continúa vigente la necesidad de los mismos, aplicando, en su caso, las penas convencionales correspondientes. ...”

De dicho precepto se desprende que en el caso de adquisición de bienes, la rescisión se dará por atraso en la entrega de los bienes o por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor.

En ambos casos cabe destacar que de determinarse la rescisión, se hará efectiva la fianza de cumplimiento de contrato respectiva, sin que proceda el cobro de la penalización que se hubiere contabilizado.

En el caso de rescisión por retraso en la entrega de los bienes, una vez agotado el plazo señalado para la aplicación de penas convencionales, se podrá dar inicio a la rescisión. Si la rescisión deriva de cualquier otra causa establecida en el contrato su inicio podrá ser en cualquier momento posterior al incumplimiento, conforme a lo establecido en los párrafos quinto y sexto del artículo 64 del Reglamento de la LAASSP que indica:

**“Artículo 64.- ...**

...

Cuando el incumplimiento de las obligaciones del proveedor no derive del atraso a que se refiere el primer párrafo, sino por otras causas establecidas en el contrato, las dependencias y entidades podrán iniciar en cualquier momento posterior al incumplimiento, el procedimiento de rescisión del contrato.

Los proveedores que por motivos diferentes a atrasos incumplan con sus obligaciones, se sujetarán al procedimiento de rescisión del contrato, conforme al procedimiento establecido en el artículo 54 de la Ley.”

Un ejemplo de otra causa distinta al atraso mencionado puede ser la falta de entrega de la garantía de cumplimiento del contrato, en cuyo incumplimiento podrá iniciarse el procedimiento de rescisión.

### **18.3 RESCISIÓN POR CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR**

Este tipo de rescisión deriva de un acontecimiento imprevisto o imprevisible, sobreviniente a la celebración del contrato, ajeno a la persona y voluntad de las partes, que al imposibilitar su cumplimiento, total o parcial, libera de toda responsabilidad a quien lo invoca.

El caso fortuito o fuerza mayor es causal de rescisión unilateral por parte del Estado sin necesidad de concurrir a la justicia. Esta modalidad de extinción anticipada, no genera derecho a indemnización.

Aún cuando nuestra legislación no suele hacer una distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, la Jurisprudencia recurriendo a la doctrina generalmente aceptada se ha pronunciado al respecto, en lo personal coincido con aquélla que ha señalado que los hechos de la naturaleza son caso fortuito y los hechos del hombre son de fuerza mayor.

“ADUANAS EXCEPCIÓN EN EL PAGO DE DERECHOS DE ALMACENAJE DE MERCANCIAS, POR CAUSA DE FUERZA MAYOR.- Por causa de fuerza mayor, el quejoso está exceptuado del pago de derechos de almacenaje de sus mercancías, si no puede retirarlas oportunamente del recinto fiscal, por causa imputable a la Secretaría de Economía, por haberse retraso en expedirle el permiso de importación correspondiente. Y aunque la autoridad recurrente alegue que no existe causa de fuerza mayor sino caso fortuito, debe decirse que, de acuerdo a la doctrina generalmente aceptada, por caso fortuito se entiende el acontecimiento natural inevitable, previsible o imprevisible, que impide, en forma absoluta, el cumplimiento de la obligación, en tanto que la fuerza mayor se define como el hecho del hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide también, en forma absoluta, el cumplimiento de la obligación.

Procedente:

Amparo en revisión 220/51. Diego Iñosa Hinojosa. 23 de enero de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Franco Carreño. SJF, 6ª. Época. Vol. VII, p.10.”

En materia de adquisiciones pero sólo para caso de servicios y no de bienes que es la figura en la cual se basa el presente estudio, sin embargo es importante mencionarlo, nuestra legislación establece previo a la terminación anticipada (rescisión) del contrato, una suspensión, y de continuar el motivo que la originó se procedería a la terminación anticipada, conforme a lo establecido en el artículo 55 bis de la LAASSP que señala:

**“Artículo 55 Bis.- Cuando en la prestación del servicio se presente caso fortuito o de fuerza mayor, la dependencia o entidad, bajo su responsabilidad podrá suspender la prestación del servicio, en cuyo caso únicamente se pagarán aquellos que hubiesen sido efectivamente prestados y se reintegrarán los anticipos no amortizados.**

Cuando la suspensión obedezca a causas imputables a la dependencia o entidad, en las bases de la licitación y el contrato deberá preverse la forma de pagar al proveedor los gastos no recuperables durante el tiempo que dure esta suspensión.

En cualquiera de los casos previstos en este artículo, se pactará por las partes el plazo de suspensión, a cuyo término podrá iniciarse la terminación anticipada del contrato.”

Asimismo, el artículo 63 del Reglamento de la LAASSP, permite en caso fortuito o de fuerza mayor, el otorgar una prórroga sin la aplicación de penas convencionales, celebrando el convenio modificadorio correspondiente:



“**Artículo 63.-** Por caso fortuito o fuerza mayor, o por causas atribuibles a las dependencias y entidades, éstas podrán modificar los contratos a efecto de prorrogar la fecha o plazo para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios. En este supuesto deberá formalizarse el convenio modificador respectivo, no procediendo la aplicación de penas convencionales por atraso. Tratándose de causas imputables a la dependencia o entidad, no se requerirá de la solicitud del proveedor.

En caso de que el proveedor no obtenga la prórroga de referencia, por ser causa imputable a éste el atraso, se hará acreedor a la aplicación de las penas convencionales.”

#### **18.4 RESCISIÓN POR EL COCONTRATANTE**

Independientemente del supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, el cocontratante puede reclamar la rescisión por las causas siguientes:

- a) Por un hecho de la administración o por un hecho económico grave e imprevisible que hace imposible su cumplimiento derivado de una variación sustancial.

Si el hecho provoca un desequilibrio que haga peligrar el cumplimiento haciéndolo extraordinariamente más oneroso podrá solicitar la ayuda del estado (teoría de la imprevisión), pero si ese desequilibrio se vuelve irreversible, podrá pedir la rescisión tomando en cuenta que si son hechos ajenos a la administración, no genera responsabilidad para la misma.

- b) Por violación del contrato o incumpliendo de las obligaciones a cargo de la administración.

Cuando la administración deja de cumplir las obligaciones a su cargo o cuando realiza modificaciones que desvirtúan el objeto del contrato o superan los límites previstos podrá el cocontratante reclamar la rescisión.

- c) Por existencia de vicios que afectan la validez jurídica del contrato.

Aunado a los vicios que pueden afectar la validez del contrato en el derecho común, en el derecho administrativo sobresale el relativo al error, en particular cuando se da una equivocación en el presupuesto.

No obstante lo señalado por la doctrina, nuestra legislación en forma específica sólo considera el supuesto señalado en el tercer párrafo del inciso a) anterior, estableciendo para tal efecto la LAASSP en su artículo 44 lo siguiente:

**“Artículo 44.-** En las adquisiciones, arrendamientos y servicios deberá pactarse preferentemente la condición de precio fijo. No obstante, en casos justificados se podrán pactar en el contrato decrementos o incrementos a los precios, de acuerdo con la fórmula o mecanismo de ajuste que determine la convocante previamente a la presentación de las propuestas.

Cuando con posterioridad a la adjudicación de un contrato se presenten circunstancias económicas de tipo general, como resultado de situaciones supervenientes ajenas a la responsabilidad de las partes, que provoquen directamente un aumento o reducción en los precios de los bienes o servicios aún no entregados o prestados o aún no pagados, y que por tal razón no pudieron haber sido objeto de consideración en la propuesta que sirvió de base para la adjudicación del contrato correspondiente, las dependencias y

entidades deberán reconocer incrementos o requerir reducciones, conforme a los lineamientos que expida la Contraloría.

Tratándose de bienes o servicios sujetos a precios oficiales, se reconocerán los incrementos autorizados.”

Tal estipulación representa un equilibrio entre la satisfacción de las necesidades públicas y el límite de responsabilidad del proveedor ante lo imprevisible, este tipo de determinaciones se han tenido que tomar en nuestro país. En el pasado como resultado de devaluaciones se originó una gran problemática que dio lugar a que se considerara en la ley, y recientemente se aplicó debido al aumento en los precios del acero.

Por último, debemos mencionar que la rescisión por el cocontratante se sujeta a un régimen esencialmente diferente al del Estado que lo realiza de forma administrativa, e inclusive desde mi particular punto de vista, podría decirse que la LAASSP no determina con claridad el procedimiento ni las vías que deberá seguir el particular para reclamar su derecho en caso de verse afectado en sus intereses por culpa de la administración, limitándose a señalar como resultado de las recientes reformas de su Reglamento, al final del segundo párrafo del artículo 66-A, que si es el proveedor quien decide rescindirle debe acudir ante la autoridad judicial federal y obtener la declaración correspondiente:

**“Artículo 66-A.-** Concluido el procedimiento de rescisión de un contrato, se formulará el finiquito correspondiente, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha en que se notifique la rescisión, a efecto de hacer constar los pagos que deban efectuarse y demás circunstancias del caso. Al efecto deberá considerarse lo dispuesto en el artículo 68, fracciones I, inciso b) y III, de este Reglamento, ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 60, fracción III de la Ley.

Quando la dependencia o entidad sea la que determine rescindir un contrato, bastará para ello que se cumpla el procedimiento que para tal efecto establece la Ley en su artículo 54; en tanto que si es el proveedor quien decide rescindirlo, será necesario que acuda ante la autoridad judicial federal y obtenga la declaración correspondiente.”

## **18.5 RESCISIÓN POR MUTUO ACUERDO**

Así como todo contrato nace por el acuerdo de las partes expresado en el consentimiento, esas voluntades pueden legítimamente extinguirlo de forma anticipada. Con la rescisión del contrato de común acuerdo, también llamada bilateral, convencional o amigable, se pone fin al contrato antes de la expiración de su término, o antes del cumplimiento de su objeto. En el caso de adquisición de bienes sólo se justifica por motivos muy graves y debidamente fundados sobrevinientes a la licitación.

Antes de la firma del contrato, de conformidad con la fracción X del artículo 30 del Reglamento de la LAASSP, las proposiciones no pueden ser retiradas o dejadas sin efecto y se considerarán vigentes hasta la conclusión de la licitación; ahora bien, si el adjudicado no firma el contrato, será sancionado e inhabilitado por la SFP, por lo que para llevar a cabo la rescisión en comento deberá justificarse plenamente tanto por el proveedor como por la administración.

De forma expresa la LAASSP únicamente regula la figura de cancelación que encuadra en el supuesto en estudio, para el caso de que el proveedor demuestre la existencia de causas justificadas que le impidan cumplir con la entrega total de los bienes, siempre y cuando no rebase el cinco por ciento del total del contrato respectivo, conforme a lo señalado en el cuarto párrafo del artículo 52 de la propia ley, que dice:

**“Artículo 52.- ...**

Cuando los proveedores demuestren la existencia de causas justificadas que les impidan cumplir con la entrega total de los bienes conforme a las cantidades pactadas en los contratos, las dependencias y entidades podrán modificarlos mediante la cancelación de partidas o parte de las cantidades originalmente estipuladas, siempre y cuando no rebase el cinco por ciento del importe total del contrato respectivo.”

**18.5.1 RESCISIÓN POR RENUNCIA**

Este tipo de rescisión puede ser total o parcial, deriva de una rescisión de común acuerdo, es muy usual en el contrato de empleo o función pública y no puede ejercitarse por sí y ante sí, sino que se debe solicitar al Estado.

**19. PROCEDIMIENTO DE RESCISIÓN**

El análisis del procedimiento de rescisión es el punto central del presente trabajo de investigación y con el mismo se pretende demostrar la falta de eficacia del procedimiento.

Como se ha venido señalando, nos enfocamos al procedimiento de rescisión de los contratos para adquisición de bienes regulados por la LAASSP, dentro de su estudio, será necesario hacer referencia a las figuras de penas convencionales por atraso en la entrega de los bienes, así como a la garantía de cumplimiento del contrato que están directamente vinculadas al procedimiento de rescisión.

También será necesario realizar una comparación del procedimiento vigente con el establecido antes de las reformas a la ley de fecha 7 de julio de 2005 y a las reformas al Reglamento del 30 de noviembre de 2006.

El primer párrafo del artículo 54 de la LAASSP, señala:

**“Artículo 54.-** Las dependencias y entidades podrán en cualquier momento rescindir administrativamente los contratos cuando el proveedor incurra en incumplimiento de sus obligaciones, conforme al procedimiento siguiente:”

De su texto se deduce que es una opción el proceder a la rescisión y que ésta podrá iniciar en cualquier momento derivado del incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor.

Actualmente se ha clarificado la opción de rescindir, ya que anteriormente, si bien el texto era igual, no había ninguna salvedad ni en la ley ni en el reglamento que justificara el decidir no rescindir, y en caso de decidirlo así, posteriormente se tendría que justificar ante las instancias fiscalizadoras, por lo que se solía interpretar como un “deberá rescindir”.

En este orden de ideas, la adición del tercer párrafo del citado artículo 54 de la LAASSP da luz al señalar:

“La dependencia o entidad podrá determinar no dar por rescindido el contrato, cuando durante el procedimiento advierta que la rescisión del contrato pudiera ocasionar algún daño o afectación a las funciones que tiene encomendadas. En este supuesto, deberá elaborar un dictamen en el cual justifique que los impactos económicos o de operación que se ocasionarían con la rescisión del contrato resultarían más inconvenientes.”

De donde se desprende que de ocasionar algún daño o afectación a las funciones encomendadas, se podrá determinar no dar por rescindido el contrato.

Cabe precisar que del texto se infiere que el procedimiento de rescisión de cualquier forma se debe iniciar y será durante su tramitación que se tome la determinación de no rescindir.

Asimismo, se desprende que debe contarse con un dictamen que justifique los impactos que se ocasionan con la rescisión, los cuales podrán ser económicos, u operativos y tal determinación estará condicionada que dichos impactos resulten más inconvenientes.

Al respecto, aún quedan algunas lagunas con relación a la interpretación que a dicho texto debe darse, ya que si como se menciona en el capítulo III del presente trabajo, las adquisiciones derivan de una planeación contenida en programas sectoriales y específicos, y en la justificación de compra se debe señalar la fecha y lugar de su instalación, es difícil imaginar una adquisición que no causara daño o afectación a las funciones encomendadas, salvo que se tratara de bienes consumibles o de alta rotación en los que se tuvieran establecidos niveles de inventario, en cuyo punto de reorden se absorbiera el impacto del retraso del proveedor.

Si esto fuera así, entonces en la mayor parte de los procedimientos de rescisión se podría determinar validamente no rescindir, lo cual no sería lógico ni cumpliría el espíritu de sanción al proveedor que dicho procedimiento de rescisión conlleva.

Por lo anterior, se concluye que es necesario acotar la magnitud de los daños o afectaciones que se causan a la administración para determinar de forma objetiva la rescisión.

Por otra parte, el párrafo cuarto del multicitado artículo 54 de la LAASSP que señala:

“Al no dar por rescindido el contrato, la dependencia o entidad establecerá con el proveedor otro plazo, que le permita subsanar el incumplimiento que hubiere motivado el inicio del procedimiento. El

convenio modificatorio que al efecto se celebre deberá atender a las condiciones previstas por los dos últimos párrafos del artículo 52 de esta Ley.”

Dicho texto representa una prórroga para el cumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor, y no obstante el señalamiento de que se debe cumplir con lo establecido en los dos últimos párrafos del artículo 52 de la propia ley, invariablemente tal supuesto representaría otorgar condiciones más ventajosas al proveedor, por lo que en mi opinión personal resulta contradictorio y puede ser utilizado en un momento determinado en perjuicio de los servidores públicos que autorizaran el convenio correspondiente.

Por lo que se concluye que si el espíritu del párrafo de referencia es modificar en beneficio de la administración por razones de interés público, se debe indicar que es una excepción a lo señalado en el último párrafo del artículo 52 mencionado.

Un ejemplo claro de este tipo de situaciones es cuando el incumplimiento es de un proveedor que es fabricante único del insumo requerido por la administración, y no exista un sustituto técnicamente razonable, lo que obliga a la administración a dar continuidad al contrato a fin de no provocar un problema mayor al Estado.

Ahora bien, el procedimiento específico de la rescisión administrativa está señalado en las fracciones I a IV del multicitado artículo 54 de la LAASSP y establecen:

“I. Se iniciará a partir de que al proveedor le sea comunicado por escrito el incumplimiento en que haya incurrido, para que en un término de cinco días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte, en su caso, las pruebas que estime pertinentes;

II. Transcurrido el término a que se refiere la fracción anterior, se resolverá considerando los argumentos y pruebas que hubiere hecho valer;



**III.** La determinación de dar o no por rescindido el contrato deberá ser debidamente fundada, motivada y comunicada al proveedor dentro de los quince días hábiles siguientes a lo señalado en la fracción I de este artículo, y

**IV.** Cuando se rescinda el contrato se formulará el finiquito correspondiente, a efecto de hacer constar los pagos que deba efectuar la dependencia o entidad por concepto de los bienes recibidos o los servicios prestados hasta el momento de rescisión.”

Por lo que hace a la fracción I, que indica el inicio de la rescisión a partir de la comunicación al proveedor del incumplimiento que motivó la rescisión, cabe mencionar que tratándose del atraso en la entrega de los bienes, una vez vencido el tiempo de entrega iniciará el computo de aplicación de penas convencionales y cuando éstas lleguen al monto límite establecido en la garantía de cumplimiento del contrato, se podrá dar inicio al procedimiento de rescisión, lo cual de entrada, en mi opinión, es una prórroga automática al proveedor, que si la tiene calculada y considerada desde la elaboración de su propuesta por saber de antemano que no cumpliría con los plazos señalados, en realidad no lo afectaría económicamente, en virtud de que se trataría de un riesgo calculado; sin embargo, como ya se mencionó, a la administración si le afectaría el retraso en las funciones encomendadas y la penalización que en su caso se cobrara, no rezarse el daño ocasionado.

Es necesario señalar que el texto actual considera que en cualquier momento después del incumplimiento se puede iniciar el procedimiento de rescisión, no obstante, esto no es así en el caso de retraso en la entrega de bienes, como se mencionó en el párrafo anterior. Como antecedente tenemos el texto hoy reformado del artículo 54 de la LAASSP, que señalaba:

*“ARTICULO 54.- Las dependencias y entidades podrán rescindir administrativamente los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor, en cuyo caso el procedimiento deberá iniciarse dentro de los quince días naturales siguientes a aquél en que se hubiere agotado el monto límite de aplicación de las penas convencionales. Si previamente a la determinación de dar por rescindido el contrato, se hiciera entrega de los bienes o se prestaren los servicios, el procedimiento iniciado quedará sin efecto.”*

Por lo que se considera que salvo que esté expresamente autorizado por la ley y señalado en el contrato, que no obstante no haber llegado al límite de penalización, se dará inicio al procedimiento de rescisión, ya que de lo contrario no sería válido iniciar el mismo por atraso en el cumplimiento de la entrega de bienes.

Dicha estipulación podría ser similar a la que el propio artículo 54 en su párrafo quinto establece para el caso de deducciones por incumplimiento parcial del contrato:

*“Las dependencias y entidades podrán establecer en las bases de licitación, invitaciones y contratos, deducciones al pago de bienes o servicios con motivo del incumplimiento parcial o deficiente en que pudiera incurrir el proveedor respecto a las partidas o conceptos que integran el contrato. En estos casos, establecerán el límite de incumplimiento a partir del cual podrán cancelar total o parcialmente las partidas o conceptos no entregados, o bien rescindir el contrato en los términos de este artículo.”*

Por lo que se concluye que en la mencionada fracción I, se debe precisar que la comunicación del incumplimiento se podrá dar independientemente de que no se hubiere agotado el período de mora, cuando así se hubiere establecido en el contrato.

Por último también respecto de la fracción I debemos considerar el actual término de 5 días hábiles que se otorga al proveedor para que exponga lo que su derecho

convenga, que aún cuando se ha reducido en comparación con el señalado en la fracción I del artículo 54 reformado de la LAASSP que señalaba:

*“I. Se iniciará a partir de que al proveedor le sea comunicado por escrito el incumplimiento en que haya incurrido, para que en un término de diez días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte, en su caso, las pruebas que estime pertinentes;”*

Como se puede observar, se ha reducido, sin embargo como se verá al final del análisis, en suma es un término que corre en contra de la administración, ya que de entregar los bienes antes de la determinación de rescisión, aún cuando se aplique la pena convencional, habrá representado una prórroga para el proveedor y la rescisión quedara sin efectos conforme al párrafo segundo del artículo 54 de la LAASSP, que indica:

*“Si previamente a la determinación de dar por rescindido el contrato, se hiciera entrega de los bienes o se prestaren los servicios, el procedimiento iniciado quedará sin efecto, previa aceptación y verificación de la dependencia o entidad de que continúa vigente la necesidad de los mismos, aplicando, en su caso, las penas convencionales correspondientes.”*

En relación con la fracción II, que tutela la seguridad jurídica del proveedor de que se resuelva tomando en cuenta los argumentos que se hubieren hecho valer, no se hacen comentarios por considerar que es lo correcto en un sistema de derecho.

La fracción III, establece que la determinación que se tome respecto a la rescisión deberá estar debidamente motivada y fundamentada, debiendo informarse al proveedor dentro de los 15 días hábiles siguientes al término señalado en la fracción I. Al respecto, se considera únicamente por lo que se refiere al término para la determinación, que debe tomarse en consideración un término similar al otorgado al proveedor para manifestar sus argumentos, ya que de nueva cuenta si la administración opta por tomar la determinación, utilizando todo el plazo establecido, el mismo correrá en perjuicio de la administración, además que otorga

simultáneamente mayor tiempo al proveedor para en su caso entregar los bienes, no obstante que para que quedara sin efecto el procedimiento, conforme al párrafo segundo del propio artículo ya citado, la administración debe aceptar y verificar que continua vigente la necesidad de adquirirlos, lo cual presenta el problema de si de desaparecer la necesidad conforme a lo ya mencionado en el apartado 18.1 relativo a la revocación unilateral por razones de oportunidad, mérito, oportunidad o conveniencia procedería la rescisión o la terminación anticipada (revocación).

Entendemos que procedería la rescisión, sin embargo consideramos que la simple aceptación y verificación de que continua vigente la necesidad no es suficiente, sino que se debería de contar con un dictamen que determine los daños que pudiera causar a las funciones encomendadas, así como el alcance la repercusión económica que se cause.

Asimismo, el texto del párrafo citado nos lleva a la problemática de lo que pasaría si no obstante el pronunciamiento de la administración de ya no requerir los bienes, estos fueran entregados y recibidos a entera satisfacción de la administración, ya que la administración podría hacer valer la determinación de rescisión, pero al mismo tiempo el proveedor podría demostrar el cumplimiento de la obligación.

El penúltimo párrafo del artículo 54 en comentario señala que :

“Cuando por motivo del atraso en la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, o el procedimiento de rescisión se ubique en un ejercicio fiscal diferente a aquél en que hubiere sido adjudicado el contrato, la dependencia o entidad convocante podrá recibir los bienes o servicios, previa verificación de que continúa vigente la necesidad de los mismos y se cuenta con partida y disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal vigente, debiendo modificarse la vigencia del contrato con los precios originalmente pactados. Cualquier pacto en contrario a lo dispuesto en este artículo se considerará nulo.”

Con el contenido del texto transcrito de la legislación busca resolver una problemática que se presenta regularmente en cada cierre de ejercicio y que deriva de una mala planeación de las adquisiciones, ya que se hacen compras de última hora y se establecen plazos en los que no es posible surtir los bienes, esto con la finalidad de agotar el presupuesto no devengado en el ejercicio, condicionándolo a que se continúe requiriendo los bienes y se cuente con el presupuesto disponible en el ejercicio que se afectará, lo que de llevarse a cabo traería como consecuencia, en el caso de la figura que estamos analizando, dejar sin efectos la rescisión. En tal supuesto, si bien es cierto que la administración cumplirá con las funciones encomendadas con tal determinación, también lo es que para ello deberá afectar otras necesidades pronosticadas para el ejercicio afectado, ya que como se mencionó en el capítulo III, el presupuesto se realiza en función de las necesidades determinadas previamente conforme a una planeación y programación.

## **19.1 CONSIDERACIONES RESPECTO DEL PROCEDIMIENTO DE RESCISIÓN**

Una vez llevado a cabo el análisis de las disposiciones que rigen el procedimiento de rescisión e identificadas las problemáticas que se observan en el mismo, me abocaré a hacer el planteamiento de aquellas consideraciones que en mi opinión, darían como resultado dar mayor eficacia al procedimiento de rescisión y por ende motivarían un mayor cumplimiento de la proveeduría en los contratos que celebra la Administración Pública.

### **19.1.1 CONSIDERACIONES GENERALES RESPECTO A LA FIGURA DE RESCISIÓN**

La figura de rescisión administrativa que contempla la LAASSP se limita a regular el incumplimiento del proveedor, aún cuando también considera la posibilidad de

que sea el proveedor quien solicite la rescisión ya no en el régimen administrativo sino judicial, sin embargo, como ya se señaló, la doctrina, al hablar de rescisión en sentido amplio, se refiere a las diferentes formas de terminación anticipada del contrato, por lo que se considera que la LAASSP debería referirse a la rescisión en sus diferentes modalidades de acuerdo al caso concreto para la resolución de los contratos.

**a) DENOMINACIONES UTILIZADAS EN LA LAASSP PARA HACER ALUSIÓN A LA RESCISIÓN.**

**1. Terminación Anticipada.-** Tres son las causas por las que la LAASSP contempla la terminación anticipada de los contratos de acuerdo a lo señalado en el artículo 54 de la misma: por razones de interés general; porque se extinga por causas justificadas la necesidad de requerir los bienes; y por nulidad total.

Al respecto considero que en los tres casos se trata de rescisión determinada por la administración, por lo que sería válido señalar dentro de la ley una clasificación de tipos de rescisión aún cuando la doctrina para estos caso se refiere a revocación unilateral por razones de oportunidad, mérito, oportunidad o conveniencia, con la correspondiente aclaración que este tipo de rescisión no sería considerada para efectos de sanción e inhabilitación, salvo que fuera imputable al proveedor.

Asimismo, con la finalidad de clarificar los casos en que sería aplicable cada uno de los supuestos mencionados, sería necesario que se reglamentara y acotara cuándo procede, a fin de no afectar al particular al que se le haría efectiva la rescisión, en forma particular por lo subjetivo que puede resultar su determinación.

Por lo que se refiere a las razones de interés general la autora Maria del Pilar Hernández Martínez<sup>11</sup> concluye que:

“El interés general es aquel que hace referencia a la generalidad de los ciudadanos, por lo que es frecuentemente identificable con el interés público.

La ideología del interés general opera una conciliación entre el interés común, inmanente de los intereses particulares y el interés público, trascendente de estos mismos intereses.

Se identifica a la vez con el interés de estado y con el interés de toda institución que tenga por objeto reunir y trascender los intereses particulares de sus miembros.”

Como se desprende de lo anterior los conceptos de interés general, común y público están íntimamente ligados y no existe una definición ni en la ley ni en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia que lo aclaren, por lo que sería necesaria su precisión cuando se trate de afectación de intereses de particulares, como sería el caso de la terminación anticipada en estudio (rescisión).

Para el caso de que se extinga la necesidad por causas justificadas, como ya se mencionó con anterioridad, ya que deriva de una circunstancia posterior a la formalización del primer acto, por tanto desaparece la causa que sería el fin público que se perseguiría con la necesidad que originó el contrato, por lo que satisfecha ésta o desaparecida, el contrato carece de causa y por ello es rescindible para satisfacer las necesidades colectivas.

Por lo que toca al tercer supuesto correspondiente al caso de nulidad total, conforme a la doctrina estaríamos en el supuesto de rescisión (revocación) por razones de ilegitimidad y se tendría que determinar en consecuencia, si la misma es imputable al proveedor o la administración, ya que para la ley se trata de una

---

<sup>11</sup> Hernández, Maria del Pilar. Mecanismos de Tutela de los Intereses Difusos y Colectivos. México 1997. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. p. 54, 59 y 61.

terminación anticipada. Como se mencionó al hacer el análisis de esta figura, la misma puede versar sobre la voluntad, por ejemplo, cuando en el procedimiento se solicitaron manifestaciones bajo protesta de decir verdad y el proveedor actuó con falsedad, o bien, vicios relativos a los elementos del contrato, como puede ser la competencia de la administración, la capacidad del contratante, y la licitud del objeto.

Por lo antes expuesto en la ley se debe considerar la rescisión para estos supuestos y aclarar que cuando ésta sea imputable al proveedor, el mismo deberá ser sancionado y cuando sea imputable a la administración tendrá derecho al pago de los gastos no recuperables.

**2. Cancelación.** Otra figura que la LAASSP contempla en el cuarto párrafo del artículo 52 es la denominada cancelación que tiene por objeto la modificación del contrato para darlo por terminado anticipadamente, o bien, la disminución parcial del contrato o de las cantidades originalmente contratadas aún cuando dicha modificación esta limitada al 5% del total del contrato.

Al respecto considero que la denominación que debería tener esta figura corresponde a la identificada por la doctrina como rescisión por mutuo acuerdo, por lo que se propone que sea ésta la denominación con la que la ley se refiera a ella.

#### **19.1.2 FIGURAS JURÍDICAS NO CONSIDERADAS EN LA LEY QUE TIENEN COMO FINALIDAD LA RESCISIÓN DE LOS CONTRATOS**

Un aspecto importante que no se encuentra regulado por la LAASSP es el analizado en la figura de rescisión por hechos relativos al cocontratante y que corresponde a la resolución de aquellos contratos en donde se presenta la muerte o inhabilidad sobreviniente del proveedor, ya que es inevitable que este tipo de casos se lleguen a presentar y al no contar con disposiciones en la ley que



indiquen la forma en que debe proceder la administración y la forma de determinar que no existió responsabilidad por parte del proveedor, representan un problema para la administración que debería regularse.

Otro supuesto que considero se debe modificar en la ley a fin de hacer más eficaz la rescisión de los contratos, es la modalidad de rescisión por el cocontratante, ya que como se señalo en el análisis de las diferentes formas de rescisión, la legislación se limita a indicar en la parte final del artículo 66-A del Reglamento de la LAASSP, que si es el proveedor quien decide rescindir debe acudir ante la autoridad judicial federal a obtener la declaración correspondiente.

Sobre este particular considero necesario, bajo un principio de transparencia, que la ley contenga el procedimiento a seguir por el proveedor en caso de incumplimiento de la administración que no se limite a señalar que podrá acudir a la autoridad judicial a obtener la declaración correspondiente.

### **19.1.3 CONSIDERACIONES RESPECTO A LA RESCISIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL PROVEEDOR**

La rescisión por incumplimiento del proveedor es la única modalidad de rescisión para la cual la LAASSP establece un procedimiento, sin embargo en mi opinión personal no resulta eficaz para cumplir el espíritu de sanción que implica la misma, principalmente por los aspectos ya citados que nos avocaremos a resumir a continuación.

#### **a) RESPECTO A LA DISCRECIONALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE RESCISIÓN**

Como citamos en el apartado anterior la doctrina señala que sólo debe llegarse a la rescisión cuando se hayan agotado todas las vías conminatorias previas,

intimaciones, apercibimientos, multas previstos en el régimen de contratación correspondiente, en el mismo orden de ideas la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, al hablar de la rescisión recoge esa idea que además es ratificada por la autoridad mediante el criterio normativo **OP-02/2003**,

**“LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS, FACULTAD DISCRECIONAL DE LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES PARA DETERMINARLA.**

Se ha venido cuestionando y solicitando la emisión de un criterio normativo de aplicación respecto a la rescisión administrativa de los contratos de obras públicas y servicios relacionados con las mismas, derivado de incumplimiento de los contratistas, toda vez que los artículos 61 y 63 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, establecen que dichas dependencias y entidades **podrán** rescindir administrativamente los contratos, en tanto que el artículo 127 de su Reglamento, dispone que éstas **procederán** a la rescisión administrativa, cuando se presente alguna de las causas de incumplimiento que dicho precepto establece.

Sobre este particular, se requiere el criterio normativo que permita referenciar los supuestos en los que las citadas dependencias y entidades tendrían la potestad o derecho de rescindir los contratos y en cuales la obligación de hacerlo.

Al respecto, es de manifestar que el artículo 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, dispone que las dependencias y entidades podrán rescindir administrativamente los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, estableciendo las fases del procedimiento relativo, mismo que se inicia a partir de que el contratista le sea comunicado el incumplimiento en que haya incurrido, para que en un término de quince días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte en su caso, las pruebas que estime pertinentes. Transcurrido dicho plazo, se resolverá considerando los argumentos y pruebas hechas valer, y la determinación de dar o no por rescindido el contrato deberá ser fundada, motivada y comunicada al contratista dentro de los quince días hábiles siguientes de su resolución.

Por su parte, el Reglamento de la Ley en cita, en sus artículos 124 al 134 inclusive, establecen que la rescisión administrativa de los contratos deberá ser el último medio que las dependencias y entidades utilicen privilegiando la ejecución de las obras y el menor retraso posible, causales de rescisión y señalamiento de las mismas al contratista, términos para expresar argumentos de defensa de los contratistas y sus consecuencias, así como los elementos que

contendrá el acta circunstanciada de la resolución que se emita y efectos de la misma.

En consideración de lo anterior, al tenor de las disposiciones citadas de la Ley y su Reglamento, para externar el criterio que se solicita, se considera pertinente precisar la discrecionalidad u obligatoriedad de la acción de rescisión administrativa de los contratos por las dependencias y entidades, en atención a que la Ley en su artículo 61, dispone que podrán rescindirse administrativamente los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, en tanto que el artículo 127 de su Reglamento dispone que se procederá a la rescisión administrativa del contrato, cuando se presente alguna de las causas que dicho precepto establece.

En este contexto, deberá prevalecer el texto del artículo 61 de la Ley que establece como facultad potestativa y discrecional de las dependencias y entidades, la rescisión administrativa de los contratos por incumplimiento de las obligaciones del contratista, toda vez que dicho dispositivo legal se encuentra directamente correlacionado al artículo 124 de su Reglamento, al establecer como prevención general de que dicha rescisión será el último medio que aquéllas utilicen, ya que en todo caso deberán promover la ejecución de los trabajos y el menor retraso posible e inclusive al disponer que cuando el incumplimiento derive del atraso en la ejecución de los trabajos se optara por la aplicación de retenciones o de penas convencionales, antes de iniciar el procedimiento de rescisión, quedando en consecuencia la aplicación del diverso artículo 127 del citado Reglamento con respecto a las causas de rescisión que establece, sujeto a tales acciones previas que se exige de las dependencias y entidades contratantes.

Por último, concluyendo en este orden de ideas, se sustenta el criterio de que antes de iniciar la rescisión administrativa de los contratos, en los términos del artículo 61 de la Ley y 124 de su Reglamento, por los incumplimientos del contratista que como causales establece el diverso artículo 127 del citado Reglamento, incluidas aquellas que se pacten en los contratos, las dependencias y entidades antes de rescindir los contratos, deberán promover la ejecución total de los trabajos y el menor retraso posible, circunstancias que tendrán que acreditarse de manera fundada y motivada en su caso, por las propias dependencias y entidades contratantes, cuando por funciones de revisión de los órganos de control se hayan detectado incumplimientos de los contratistas, sin que se haya iniciado la rescisión administrativa que nos ocupa.

**OP-02/2003”**

De donde se desprende que la discrecionalidad y obligatoriedad de la rescisión, tienen como limitante promover previamente la ejecución de los trabajos y el menor retraso posible e inclusive disponer que cuando el incumplimiento derive del atraso en la ejecución de los trabajos se optará por la aplicación de retenciones o de penas convencionales, antes de iniciar el procedimiento de rescisión.

No obstante, en materia de adquisiciones no se cuenta con tal criterio, por lo que sostengo que conforme a lo indicado en los párrafos primero y tercero del artículo 54 de la LAASSP, la discrecionalidad y obligatoriedad aludidas están condicionadas a que el procedimiento de rescisión de cualquier forma se debe iniciar y será durante su tramitación que se tome la determinación de no rescindir cuando con la misma se ocasione algún daño o afectación a las funciones encomendadas y que debe contarse con un dictamen que justifique los impactos que se ocasionan con la rescisión, los cuales podrán ser económicos u operativos, y tal determinación estará condicionada a que dichos impactos resulten más inconvenientes.

#### **b) INADECUADOS PLAZOS DE EJECUCIÓN**

Ya vimos que el procedimiento de rescisión está regulado en las fracciones I a IV del artículo 54 de la LAASSP, y que en forma específica respecto a los plazos en que debe llevarse a cabo señala en la fracción I, que una vez iniciado el procedimiento de rescisión con la notificación al proveedor, éste tendrá 5 días hábiles para exponer lo que a su derecho convenga y en la fracción III indica que la determinación de rescisión deberá darse dentro de los 15 días hábiles siguientes.

Analizado de forma aislada pareciera un procedimiento ágil, sin embargo se debe considerar que para llegar al inicio de la rescisión, como se indicó con anterioridad, es necesario agotar hasta el límite establecido el monto de penalización, para lo cual se debió vencer previamente el plazo de entrega preestablecido, y en ese

momento se realizaría la notificación al proveedor que, cabe señalar, anteriormente se establecía un límite de 15 días naturales para dar inicio al procedimiento (Párrafo primero del art. 54 de la LAASSP reformado), y hoy en día no se cuenta con disposición alguna que obligue a iniciar de inmediato, por lo que el plazo de inicio es indeterminado, aunado esto a que, se reitera que mi opinión personal aún cuando la ley señala que en cualquier momento se puede dar inicio a la rescisión, si no está señalado de forma expresa en el contrato se tendría que esperar el periodo de penalización correspondiente.

La suma de estos plazos más los utilizados para el procedimiento de contratación, hacen compleja la planeación que debe realizar la administración pública y aún cuando para dejar sin efecto la rescisión, se requiere de la aceptación y verificación de que continua vigente la necesidad, difícilmente después del camino recorrido para su adquisición se resolverá que ya no son necesarios, por lo que de entregar los bienes antes de la determinación de la rescisión ésta quedará sin efecto y habrá representado una prórroga normada para el proveedor en perjuicio de la administración.

Por lo expuesto se concluye que para su determinación debe tomarse en consideración un término similar al otorgado al proveedor para manifestar sus argumentos (5 días hábiles), así como establecer con claridad el tiempo en que se deberá dar inicio al procedimiento de rescisión.

### **c) DETERMINACIÓN DE NO RESCINDIR**

Esta determinación puede darse entre otras por las siguientes causas, por entrega de los bienes antes de la determinación de rescisión, o bien cuando durante el procedimiento advierta que la rescisión del contrato pudiera ocasionar algún daño o afectación a las funciones que tiene encomendadas, al respecto analizaré los efectos que en cada caso produce tal determinación.

## **1. POR LA ENTREGA DE LOS BIENES ANTES DE LA DETERMINACIÓN DE RESCISIÓN**

El segundo párrafo del artículo 54 de la LAASSP regula esta forma de conclusión de la rescisión condicionándola a la aceptación y verificación de que continúa vigente la necesidad.

La simple aceptación y verificación de que continúa vigente la necesidad, no es suficiente, ya que en muchos casos la pena convencional aplicable no resarce el daño causado por el retraso y por la propia necesidad de los bienes la administración debe absorber ese sobre costo.

Por lo que se concluye que se debería de contar con un dictamen que determine los daños que pudiera causar a las funciones encomendadas, así como el alcance y la repercusión económica que se cause, para que en su caso se sancione al proveedor por el cumplimiento con atraso.

## **2. CUANDO DURANTE EL PROCEDIMIENTO ADVIERTA QUE LA RESCISIÓN DEL CONTRATO PUDIERA OCASIONAR ALGÚN DAÑO O AFECTACIÓN A LAS FUNCIONES QUE TIENE ENCOMENDADAS**

En este supuesto, se debe elaborar un dictamen en el cual justifique que los impactos económicos o de operación que se ocasionarían con la rescisión del contrato resultarían más inconvenientes; no obstante se debe tener presente que en cualquier caso el retraso en las funciones encomendadas y la penalización que se cobrara, no rezarse el daño ocasionado.

Si esto fuera así, entonces en la mayor parte de los procedimientos de rescisión se podría determinar validamente no rescindir, lo cual no sería lógico ni cumpliría el espíritu de sanción al proveedor que dicho procedimiento de rescisión conlleva, por lo que se concluye que, independientemente de la aplicación de las penas

convencionales, se debe prever una sanción que inhiba a los proveedores a este tipo de incumplimientos.

Lo anterior debido a que la determinación de no rescindir trae como consecuencia la modificación del contrato para otorgar un nuevo plazo de entrega y no obstante el señalamiento de que se debe cumplir con lo señalado en los dos últimos párrafos del artículo 52 de la propia ley, (previo convenio y no realizar modificaciones que otorguen condiciones mas ventajosas) invariablemente tal supuesto representaría otorgar condiciones mas ventajosa al proveedor, por lo que en mi opinión personal resulta contradictorio y puede ser utilizado en un momento determinado en perjuicio de los servidores públicos que autorizaran el convenio correspondiente.

#### **d) EFICACIA DE LA RESCISIÓN COMO SANCIÓN**

Por lo anteriormente expuesto se concluye que el procedimiento de rescisión es ineficaz como sanción al proveedor por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, y en un momento determinado inclusive puede representar un beneficio para el proveedor, ya que le permite contar con mayor tiempo para la entrega de los bienes.

Por ello se propone que para efectos de sanción, inhabilitación o impedimento para contratar, se considere no sólo a los proveedores a los que se hubiere rescindido más de un contrato, o los que se encuentren en situación de atraso por el que hubiere resultado gravemente perjudicada la administración, a que se refieren las fracciones III y V del artículo 50, y fracciones II y III del artículo 60 de la LAASSP, sino todos aquellos en los que se hubiere determinado un incumplimiento imputable al proveedor que dé como consecuencia el inicio de la rescisión, o bien los que hagan entrega de los bienes durante el periodo de determinación de rescisión, así como aquellos que se hubiere determinado no rescindir por evitar ocasionar un daño o afectación grave.

## 20. MEDIOS DE DEFENSA

En el estudio de la figura de rescisión administrativa que fue objeto del presente trabajo de investigación no se puede omitir tocar el tema relativo a los medios de defensa, aún cuando estos se aborden de forma general y exclusivamente por lo que se refiere a la rescisión administrativa, no obstante que también aplica para otros actos administrativos derivados del procedimiento de contratación, como es el caso de la inconformidad.

Ahora bien, la determinación de rescisión constituye un acto administrativo que, entre otros requisitos, deberá contener conforme a lo señalado por la fracción XV del artículo 3 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, la mención de los recursos que procedan en caso de ser recurrible.

El maestro Andrés Serra Rojas<sup>12</sup> señala en relación al recurso administrativo que: “El medio mas conveniente de defensa es el recurso administrativo cuando lo establece la ley y obliga a la administración a sustanciarlo para modificar o restablecer la situación administrativa legal.

El recurso administrativo es la impugnación legal que hace un particular agraviado por un acto de la administración pública.

Se trata de un medio jurídico para poner en marcha el control de la administración. Nadie mejor que el propio particular, obligado a la defensa de sus intereses, de utilizar los caminos que la ley le brinda para destruir el acto administrativo que le perjudica.

El recurso administrativo es la defensa que antecede a cualquier intervención jurisdiccional.”

Asimismo, el maestro González Rivas<sup>13</sup> señala que “La necesidad de que la administración cuente con un adecuado medio de control de sus actos, a través del

---

<sup>12</sup> Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Op. Cit. p. 732.

<sup>13</sup> González Rivas, Alejandro. Los Contratos Administrativos. Universidad Abierta De San Luis Potosí. [Http://Www.Fisnet.Com.Mx/Cargar/Vision/Mfis02/18/Gratis/Artg2.Htm](http://www.fisnet.com.mx/Cargar/Vision/Mfis02/18/Gratis/Artg2.Htm)



examen que le permita recorrer nuevamente el procedimiento que los generó con el fin de verificar que se ajusten al orden legal y asegurar la legalidad administrativa, dio lugar al establecimiento de los recursos administrativos.

Podemos afirmar que el recurso administrativo constituye una pretensión del gobernado en contra de un acto administrativo, mediante un procedimiento establecido en la ley.”

Cabe mencionar que la LAASSP y su Reglamento no consideran recursos en contra de la determinación de rescisión; sin embargo, en términos del artículo 11 de la LAASSP, en lo no previsto en la misma es aplicable la LFPA, la cual considera en su artículo 83 el recurso de revisión, que procede contra actos y resoluciones que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, de donde se colige que en el caso en estudio procede el recurso de revisión contra la determinación de rescisión.

Contra la resolución del recurso podrá interponerse el Juicio contencioso administrativo, en términos del artículo 2° de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo que señala:

**“ARTÍCULO 2o.-** El juicio contencioso administrativo federal, procede contra las resoluciones administrativas definitivas que establece la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Asimismo, procede dicho juicio contra los actos administrativos, Decretos y Acuerdos de carácter general, diversos a los Reglamentos, cuando sean autoaplicativos o cuando el interesado los controvierta en unión del primer acto de aplicación.

Las autoridades de la Administración Pública Federal, tendrán acción para controvertir una resolución administrativa favorable a un particular cuando estime que es contraria a la ley.”

Por lo que se refiere al primer párrafo del artículo citado, el artículo 11 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa establece que:

**“Artículo 11.** El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas que se indican a continuación:

**VII.** Las que se dicten sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada.

**XIII.** Las dictadas por las autoridades administrativas que pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.”

De donde se desprende que en materia de rescisión de contratos de adquisición de bienes, si bien no se establece la competencia del TFJFA de forma específica como sucede en el caso de obra pública, sí conforme al contenido de la fracción XIII antes citada sería competente.

Contra las sentencias emitidas en el juicio contencioso administrativo podrá promoverse recurso de revisión del cual conocerán los tribunales de la federación conforme a lo señalado por el artículo 104 fracción I-B de nuestra constitución.

**“Artículo 104.** Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer:

...

**I-B.** De los recursos de revisión que se interpongan contra las resoluciones definitivas de los tribunales de lo contencioso-administrativo a que se refieren la fracción XXIX-H del artículo 73 y fracción IV, inciso e) del artículo 122 de esta Constitución, sólo en los casos que señalen las leyes. Las revisiones, de las cuales conocerán

los Tribunales Colegiados de Circuito, se sujetarán a los trámites que la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución fije para la revisión en amparo indirecto, y en contra de las resoluciones que en ellas dicten los Tribunales Colegiados de Circuito no procederá juicio o recurso alguno; ...”

Finalmente, por lo que hace al juicio de garantías en materia administrativa, el artículo 107 Constitucional establece los casos en que procede el amparo, en sus fracciones III, IV y V inciso b), que señalan:

**Artículo 107.** Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes:

...

**III.** Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:

**a)** Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo; siempre que en materia civil haya sido impugnada la violación en el curso del procedimiento mediante el recurso ordinario establecido por la ley e invocada como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera. Estos requisitos no serán exigibles en el amparo contra sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y a la estabilidad de la familia;

**b)** Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan, y

**c)** Contra actos que afecten a personas extrañas al juicio;

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

**V.** El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, se promoverá ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda, conforme a la distribución de competencias que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en los casos siguientes:

...

**b)** En materia administrativa, cuando se reclamen por particulares sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al juicio dictadas por tribunales administrativos o judiciales, no reparables por algún recurso, juicio o medio ordinario de defensa legal;

Una vez que se han señalado los diferentes medios de defensa que considera nuestra legislación aplicables a la rescisión, sólo resta reiterar que la LAASSP no determina con claridad el procedimiento y las vías que deberá seguir el particular para reclamar su derecho, en caso de verse afectado en sus intereses por culpa de la administración, limitándose a señalar al final del segundo párrafo del artículo 66-A del Reglamento de la LAASSP, que si es el proveedor quien decide rescindir, debe acudir ante la autoridad judicial federal y obtener la declaración correspondiente, por lo que se concluye que se deberían considerar en la LAASSP al menos las bases para la tramitación del recurso de revisión en el caso de que la administración decida rescindir el contrato, y las bases para el juicio contencioso administrativo en caso de que sea el particular quien decida rescindir.

## CONCLUSIONES

**Primera.** Como resultado del presente trabajo de investigación se tiene que las funciones son los medios de que el Estado se vale para ejercitar sus atribuciones, encaminadas éstas al logro de su fines, y son ejercidas por éste en sus diversos ámbitos de competencia: federación, entidades federativas, distrito federal y municipios, a través de los respectivos órganos del poder público, resultando la más trascendente, por su relación con el tema que se aborda, la relativa al Ejecutivo, que es el ámbito de actividad del derecho administrativo.

**Segunda.** Dentro de las situaciones jurídicas individuales, que se crean con la función administrativa, está la concesión, el permiso, la licencia, la autorización, la nulidad, la revocación y la cancelación de la licencia y el contrato, siempre que sea contrato administrativo, y por tanto, exorbitante del derecho privado, así como todos aquellos actos por los cuales pueden ser modificados o quedar sin efectos los actos jurídicos mencionados, resultando de nuestro interés la rescisión administrativa.

**Tercera.** Luego de analizar diferentes definiciones que nos da la doctrina, se adopta la emitida por el Dr. Gabino Castrejon por considerar que contiene todos los elementos que caracterizan a los contratos administrativos, señalándose que son aquellos actos en los cuales un órgano de la Administración Pública contrata la adquisición de bienes y servicios relacionados con los cometidos del Estado, es decir, la satisfacción de necesidades colectivas. Estos actos jurídicos son regulados a través de un régimen de derecho público y con facultades exorbitantes por parte del Estado.

**Cuarta.** Se difiere de la opinión sostenida por la doctrina, en el sentido de que la regla general es el sistema de libre elección, dado que el artículo 134 Constitucional es el que da origen a los contratos administrativos y él mismo regula

en forma expresa la contratación en materias como la Obra Pública, Adquisición y Enajenación de bienes, por lo que este tipo de contrataciones cumplen con el principio de Juridicidad necesario en el derecho administrativo.

De donde se concluye que la inclusión de la figura jurídico administrativa de la licitación pública, como regla general de selección del cocontratante de la Administración Pública, determina el sistema de selección restrictivo en la contratación de adquisiciones, arrendamientos y servicios, enajenaciones y obra pública. De aquí se desprende que el sistema restrictivo debería ser la regla y el de libre elección la excepción, ya que la inmensa mayoría de materias que a diario son sujetas de la actividad contractual administrativa, no encuentran como las mencionadas su sustento en nuestra carta magna.

**Quinta.** La licitación pública tiene como finalidad la obtención de la mejor oferta de compra para el Estado, considerando las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

No obstante lo sostenido por parte de la doctrina, se concluye que la licitación es un elemento esencial del contrato administrativo, dado que el origen de los contratos administrativos es el artículo 134 Constitucional, el cual, como regla general, establece la condición de licitar públicamente las contrataciones en él reguladas (*adquisiciones, obra pública, enajenación de bienes y prestación de servicios*), y por excepción autoriza que las leyes permitan otro tipo de selección, cuando la licitación no sea la idónea para asegurar al estado las mejores condiciones.

**Sexta.** Del contenido de los artículos de la LAASSP analizados se infiere que no puede ser categórica la negación del vínculo entre el procedimiento administrativo

de la licitación y el contrato, ya que la licitación concluye con la firma del contrato; en el caso del contrato, éste debe contener las estipulaciones establecidas en las bases y no deben de variar.

Es de concluirse que no puede argumentarse que el procedimiento de licitación se limita a ser un requisito procedimental del contrato, sino que la propia legislación aplicable reconoce su vinculación.

**Séptima.** De la misma forma en que se sostiene que la licitación está vinculada al contrato, siendo un elemento del mismo, debemos mencionar que no se puede limitar su estudio a los parámetros de inicio y conclusión que la normativa nos da, sino que se debe considerar todos los actos de la administración y los actos administrativos llevados a cabo para la realización de la licitación, ya que no se podría hablar por ejemplo de pliego de condiciones o como se conocen normativamente "bases de licitación", sin considerar el procedimiento para su elaboración y aprobación, dado que si se realizara el estudio de la licitación desde la publicación de la convocatoria, se daría por hecho la preexistencia de las bases, sin tomar en el procedimiento para su elaboración.

**Octava.** La figura de rescisión administrativa que contempla la LAASSP se limita a regular el incumplimiento del proveedor, aún cuando también considera la posibilidad de que sea el proveedor quien solicite la rescisión ya no en el régimen administrativo, sino judicial, sin embargo, la doctrina, al hablar de rescisión en sentido amplio, se refiere a las diferentes formas de terminación anticipada del contrato, por lo que se considera que la LAASSP debería referirse a la rescisión en sus diferentes modalidades de acuerdo al caso concreto para la resolución de los contratos.

**Novena.** La rescisión por incumplimiento del proveedor es la única modalidad de rescisión para la cual la LAASSP establece un procedimiento; al respecto se concluye que no resulta eficaz para cumplir el espíritu de sanción que implica la misma, principalmente por los siguientes aspectos:

- La doctrina señala que sólo debe llegarse a la rescisión cuando se hayan agotado todas las vías conminatorias previas, intimaciones, apercibimientos, multas, previstos en el régimen de contratación correspondiente, en el mismo orden de ideas el Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, al hablar de la rescisión recoge esa idea, de donde se desprende que la discrecionalidad y obligatoriedad de la rescisión, tienen como limitante promover previamente la ejecución de los trabajos y el menor retraso posible e inclusive disponer que cuando el incumplimiento derive del atraso en la ejecución de los trabajos se optará por la aplicación de retenciones o de penas convencionales, antes de iniciar el procedimiento de rescisión.

No obstante, en materia de adquisiciones no se cuenta con tal criterio, por lo que se concluye que conforme a lo indicado en los párrafos primero y tercero del artículo 54 de la LAASSP, la discrecionalidad y obligatoriedad aludidas están condicionadas a que el procedimiento de rescisión de cualquier forma se debe iniciar y será durante su tramitación que se tome la determinación de no rescindir cuando con la misma se ocasione algún daño o afectación a las funciones encomendadas y que debe contarse con un dictamen que justifique los impactos que se ocasionan con la rescisión, los cuales podrán ser económicos u operativos, y tal determinación estará condicionada a que dichos impactos resulten más inconvenientes.

- El procedimiento de rescisión está regulado en las fracciones I a IV del artículo 54 de la LAASSP, y en forma específica respecto a los plazos en que debe llevarse a cabo señala en la fracción I, que una vez iniciado el



procedimiento de rescisión con la notificación al proveedor, éste tendrá 5 días hábiles para exponer lo que a su derecho convenga y en la fracción III indica que la determinación de rescisión deberá darse dentro de los 15 días hábiles siguientes.

Analizado de forma aislada, pareciera un procedimiento ágil; sin embargo se debe considerar que para llegar al inicio de la rescisión, es necesario agotar hasta el límite establecido el monto de penalización, para lo cual se debió vencer previamente el plazo de entrega preestablecido, y en ese momento se realizaría la notificación al proveedor, hoy en día no se cuenta con disposición alguna que obligue a iniciar de inmediato, por lo que el plazo de inicio es indeterminado, aunado esto a que, se reitera que mi opinión personal aún cuando la ley señala que en cualquier momento se puede dar inicio a la rescisión, si no está señalado de forma expresa en el contrato se tendría que esperar el periodo de penalización correspondiente.

La suma de estos plazos más los utilizados para el procedimiento de contratación, hacen compleja la planeación que debe realizar la administración pública y aún cuando para dejar sin efecto la rescisión, se requiere de la aceptación y verificación de que continua vigente la necesidad, difícilmente después del camino recorrido para su adquisición se resolverá que ya no son necesarios, por lo que de entregar los bienes antes de la determinación de la rescisión ésta quedará sin efecto y habrá representado una prórroga normada para el proveedor en perjuicio de la administración.

Por todo lo expuesto, se concluye que para su determinación debe tomarse en consideración un término similar al otorgado al proveedor para manifestar sus argumentos (5 días hábiles), así como establecer con claridad el tiempo en que se deberá dar inicio al procedimiento de rescisión.

- La determinación de no rescindir puede darse entre otras por las siguientes causas, por entrega de los bienes antes de la determinación de rescisión, o

bien, cuando durante el procedimiento se advierta que la rescisión del contrato pudiera ocasionar algún daño o afectación a las funciones que tiene encomendadas.

1.- El segundo párrafo del artículo 54 de la LAASSP regula la conclusión de la rescisión por la entrega de los bienes, condicionándola a la aceptación y verificación de que continúa vigente la necesidad.

La simple aceptación y verificación de que continúa vigente la necesidad, no es suficiente, ya que en muchos casos la pena convencional aplicable no resarce el daño causado por el retraso y por la propia necesidad de los bienes la administración debe absorber ese sobre costo.

Por lo que se concluye que se debería de contar con un dictamen que determine los daños que pudiera causar a las funciones encomendadas, así como el alcance y la repercusión económica que se cause, para que en su caso se sancione al proveedor por el cumplimiento con atraso.

2. En el supuesto que la rescisión del contrato pudiera ocasionar algún daño o afectación a las funciones que tiene encomendadas, se debe elaborar un dictamen en el cual justifique que los impactos económicos o de operación que se ocasionarían con la rescisión del contrato resultarían más inconvenientes; no obstante se debe tener presente que en cualquier caso el retraso en las funciones encomendadas y la penalización que se cobrara, no rezarse el daño ocasionado.

Si esto fuera así, entonces en la mayor parte de los procedimientos de rescisión se podría determinar validamente no rescindir, lo cual no sería lógico ni cumpliría el espíritu de sanción al proveedor que dicho procedimiento de rescisión conlleva, por lo que se concluye que, independientemente de la aplicación de las penas convencionales, se debe prever una sanción que inhiba a los proveedores a este tipo de incumplimientos.

**Décima.** Por lo anteriormente expuesto se concluye que el procedimiento de rescisión es ineficaz como sanción al proveedor por el incumplimiento de las

obligaciones a su cargo, y en un momento determinado inclusive puede representar un beneficio para el proveedor, ya que le permite contar con mayor tiempo para la entrega de los bienes.

Por ello se propone que para efectos de sanción, inhabilitación o impedimento para contratar, se considere no sólo a los proveedores a los que se hubiere rescindido más de un contrato, o los que se encuentren en situación de atraso por el que hubiere resultado gravemente perjudicada la administración, a que se refieren las fracciones III y V del artículo 50, y fracciones II y III del artículo 60 de la LAASSP, sino todos aquellos en los que se hubiere determinado un incumplimiento imputable al proveedor que dé como consecuencia el inicio de la rescisión, o bien los que hagan entrega de los bienes durante el periodo de determinación de rescisión, así como aquellos que se hubiere determinado no rescindir por evitar ocasionar un daño o afectación grave.

## **PROPUESTAS**

**Primera.** Tres son las causas por las que la LAASSP contempla la terminación anticipada de los contratos de acuerdo a lo señalado en el artículo 54 de la misma: por razones de interés general; porque se extinga por causas justificadas la necesidad de requerir los bienes; y por nulidad total.

Al respecto considero que en los tres casos se trata de rescisión determinada por la administración, por lo que sería válido señalar dentro de la ley una clasificación de tipos de rescisión, aún cuando la doctrina para estos casos se refiere a revocación unilateral por razones de oportunidad, mérito, oportunidad o conveniencia, con la correspondiente aclaración que este tipo de rescisión no sería considerada para efectos de sanción e inhabilitación, salvo que fuera imputable al proveedor.

Asimismo, con la finalidad de clarificar los casos en que sería aplicable cada uno de los supuestos mencionados, sería necesario que se reglamentara y acotara cuándo procede, a fin de no afectar al particular al que se le haría efectiva la rescisión, en forma particular por lo subjetivo que puede resultar su determinación.

Por lo que se refiere a las razones de interés general, los conceptos de interés general, común y público están íntimamente ligados y no existe una definición ni en la ley ni en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia que lo aclaren, por lo que sería necesaria su precisión cuando se trate de afectación de intereses de particulares, como sería el caso de la terminación anticipada en estudio (rescisión).

Para el caso de que se extinga la necesidad por causas justificadas, ya que deriva de una circunstancia posterior a la formalización del primer acto, por tanto desaparece la causa que sería el fin público que se perseguiría con la necesidad que originó el contrato, por lo que satisfecha ésta o desaparecida, el contrato carece de causa y por ello es rescindible para satisfacer las necesidades colectivas.

Por lo que toca al tercer supuesto correspondiente al caso de nulidad total, conforme a la doctrina estaríamos en el supuesto de rescisión (revocación) por razones de ilegitimidad y se tendría que determinar en consecuencia, si la misma es imputable al proveedor o la administración, ya que para la ley se trata de una terminación anticipada. Como se mencionó al hacer el análisis de esta figura, la misma puede versar sobre la voluntad, por ejemplo, cuando en el procedimiento se solicitaron manifestaciones bajo protesta de decir verdad y el proveedor actuó con falsedad, o bien, vicios relativos a los elementos del contrato, como puede ser la competencia de la administración, la capacidad del contratante, y la licitud del objeto.

Por lo antes expuesto, en la ley se debe considerar la rescisión para estos supuestos y aclarar que cuando ésta sea imputable al proveedor, el mismo deberá

ser sancionado y cuando sea imputable a la administración tendrá derecho al pago de los gastos no recuperables.

**Segunda.** Otra figura que la LAASSP contempla en el cuarto párrafo del artículo 52 es la denominada cancelación que tiene por objeto la modificación del contrato para darlo por terminado anticipadamente, o bien, la disminución parcial del contrato o de las cantidades originalmente contratadas aún cuando dicha modificación esta limitada al 5% del total del contrato.

Al respecto considero que la denominación que debería tener esta figura corresponde a la identificada por la doctrina como rescisión por mutuo acuerdo, por lo que se propone que sea ésta la denominación con la que la ley se refiera a ella.

**Tercera.** Un aspecto importante que no se encuentra regulado por la LAASSP es el analizado en la figura de rescisión por hechos relativos al cocontratante y que corresponde a la resolución de aquellos contratos en donde se presenta la muerte o inhabilidad sobreviniente del proveedor, ya que es inevitable que este tipo de casos se lleguen a presentar y al no contar con disposiciones en la ley que indiquen la forma en que debe proceder la administración y la forma de determinar que no existió responsabilidad por parte del proveedor, representan un problema para la administración que debería regularse.

**Cuarta.** Otro supuesto que considero se debe modificar en la ley a fin de hacer más eficaz la rescisión de los contratos, es la modalidad de rescisión por el cocontratante, ya que como se señaló en el análisis de las diferentes formas de rescisión, la legislación se limita a indicar en la parte final del artículo 66-A del reglamento de la LAASSP, que si es el proveedor quien decide rescindir debe acudir ante la autoridad judicial federal a obtener la declaración correspondiente.

Sobre este particular considero necesario, bajo un principio de transparencia, que la ley contenga el procedimiento a seguir por el proveedor en caso de

incumplimiento de la administración que no se limite a señalar que podrá acudir a la autoridad judicial a obtener la declaración correspondiente.

**Quinta.** La LAASSP no determina con claridad el procedimiento y las vías que deberá seguir el particular para reclamar su derecho, en caso de verse afectado en sus intereses por culpa de la administración, limitándose a señalar al final del segundo párrafo del artículo 66-A del Reglamento de la LAASSP, que si es el proveedor quien decide rescindirlo, debe acudir ante la autoridad judicial federal y obtener la declaración correspondiente, por lo que se concluye que se deberían considerar en la LAASSP al menos las bases para la tramitación del recurso de revisión en el caso de que la administración decida rescindir el contrato, y las bases para el juicio contencioso administrativo, en caso de que sea el particular quien decida rescindirlo.

**Sexta.** En virtud de que se ha demostrado que el procedimiento de rescisión es ineficaz como sanción al proveedor por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, se propone que para efectos de sanción, inhabilitación o impedimento para contratar, se considere no sólo a los proveedores a los que se hubiere rescindido más de un contrato, o los que se encuentren en situación de atraso por el que hubiere resultado gravemente perjudicada la administración, a que se refieren las fracciones III y V del artículo 50, y fracciones II y III del artículo 60 de la LAASSP, sino todos aquellos en los que se hubiere determinado un incumplimiento imputable al proveedor que dé como consecuencia el inicio de la rescisión, o bien los que hagan entrega de los bienes durante el periodo de determinación de rescisión, así como aquellos que se hubiere determinado no rescindir por evitar ocasionar un daño o afectación grave.

## BIBLIOGRAFÍA

Abella Flores, Fermín. La Licitación Pública Santiago de Chile 2002 Edit. Omega

Acosta Romero, Miguel. Teoría General del derecho Administrativo, Primer Curso. México. 1995, Edit. Porrúa.

Andrade Sánchez, Eduardo, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Edit. UNAM 1994,

Bercaitz, Miguel Ángel, Teoría General de los Contratos Administrativos, Buenos Aires, 1993, Ediciones De Palma.

Canals Arenas, Jorge Ricardo. El Contrato de Obra Pública dentro de la Teoría General de los Contratos Administrativos, y de su Marco Legal en México. México 1991. Edit. Trillas.

Castán Tobeñas, José, Derecho Civil Español Común y Foral. Madrid, España. 1941 Edit. Instituto Editorial Reus.

Castrejón García, Gabino Eduardo, Derecho Administrativo Constitucional, México, 2005, Cárdenas Velasco Editores.

Castrejón García, Gabino Eduardo. Derecho Administrativo I, México. 2002, Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor.

Comadira, Julio. La Licitación Pública. Buenos Aires. 2000. Edit.de Palma.

De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho. México 2000. Edit. Porrúa.

Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, Elementos del Derecho Administrativo., México, 2000, Editorial Limusa Noriega,

Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Manuel Lucero Espinosa, Compendio de Derecho Administrativo, segundo Curso, Editorial Porrúa, México, 2001.

Derechos del pueblo Mexicano, México, XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, 1967,

Dromí, José Roberto. La Licitación Pública. Buenos Aires. 1989. Edit. Astrea de Palma,

Escola, Jorge Héctor. Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Buenos Aires 1977. Edit De Palma.

Escola Sáenz, Emilio. Teoría de la Contratación Administrativa. Buenos Aires. Argentina.2001. Edit. Astrea.

Fernández Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo Contratos. México, 2003. Edit. Porrúa,

Fraga, Gabino. Derecho Administrativo. México. 2005. Edit. Porrúa .

Galindo Camacho, Miguel. Derecho Administrativo. México. 2000. Edit. Porrúa.

Galindo Garfias, Ignacio. Teoría General de los Contratos. Porrúa. México. 2000.

González Rivas, Alejandro. Los Contratos Administrativos. Universidad Abierta De San Luis Potosí.  
[Http://Www.Fisnet.Com.Mx/Cargar/Vision/Mfis02/18/Gratis/Artg2.Htm](http://www.fisnet.com.mx/cargar/vision/mfis02/18/gratis/artg2.htm)

Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, tomo II. México 1998. Editorial Porrúa.

Hernández, María del Pilar. Mecanismos de Tutela de los Interese Difusos y Colectivos. México 1997. Edit Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Jellinek, George. Teoría General del Estado, México. 2000, Edit. Fondo de Cultura Económica.

López Elías, José Pedro. Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México. México 1999. Edit Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Lucero Espinosa, Manuel. La Licitación Pública. México. 2004. Edit.Porrúa,

María Díez, Manuel. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid, España 2002.Edit. Editora Nacional.

María Díez, Manuel. Derecho Administrativo. Buenos Aires. Argentina. 1967, Edit. Bibliográfica Omeba.

Martínez Alfaro, Joaquín. Teoría de la Obligaciones. México. 2001. Edit. porrúa.

Martínez Morales, Rafael. Derecho Administrativo Primer Curso. México. 1995. Edit. Harla.

Nava Negrete, Alfonso. Derecho Administrativo Mexicano. México, 1999. Edit. Fondo de cultura Económica.

Nava Negrete, Alfonso, "Contrato Administrativo", Diccionario Jurídico Mexicano III, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México, 1985, Ob.Cit. Fraga Gabino



Nava Negrete, Alfonso, Contratos Privados de la Administración Pública, Revista de la Facultad de Derecho, No. 51, México 1963.

Sánchez Medal, Ramón. De Los Contratos Civiles. México 1989. Edit. Porrúa.

Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Edit. Porrúa. México 2004.

Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Segundo Curso Doctrina. Legislación y Jurisprudencia. Editorial Porrúa. México, 2003,

Serrano Rodríguez, Carlos Eduardo. La Contratación Administrativa. San José. 1991 Edit.de la Universidad de Costa Rica

Sayagués Laso, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo. 1963. Edit. Talleres Gráficos Barreiro y Ramos.

Valle Sánchez, Lucía. La Contratación Administrativa. México.2004. Edit. Trillas.

Wigny, Pierre. La Litación Pública y Contratación Administrativa. París Francia 2003. Orión

## LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.  
<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

Código Civil Federal.

Código Fiscal de la Federación.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley Orgánica del Poder Judicial Federal.

Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaría.

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.