

20
201-



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS "ARAGON"

ESCUELA DE DERECHO

"APLICACION PRACTICA DEL ARTICULO 52 DEL
REGLAMENTO DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y
OBRAS PUBLICAS"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

OSVALDO ALONSO AVALOS

ASESOR: DR. ROBERTO OLGUIN GARCIA

264273

MEXICO, 1998



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ARAGÓN
DIRECCION

OSWALDO ALONSO AVALOS
PRESENTE.

En contestación a su solicitud de fecha 11 de marzo del año en curso, relativa a la autorización que se le debe conceder para que el señor profesor, Lic. ROBERTO OLGUÍN GARCÍA pueda dirigirle el trabajo de Tesis denominado, "APLICACIÓN PRÁCTICA DEL ARTÍCULO 52 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS", con fundamento en el punto 6 y siguientes, del Reglamento para Exámenes Profesionales en esta Escuela, y toda vez que la documentación presentada por usted reúne los requisitos que establece el precitado Reglamento; me permito comunicarle que ha sido aprobada su solicitud.

Aprovecho la ocasión para reiterarle mi distinguida consideración.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPÍRITU"
San Juan de Aragón, México., 12 de marzo de 1997
EL DIRECTOR

M en f. CLAUDIO C. MERRIFIELD CASTRO

c c p Jefe de la Unidad Académica.
c c p Jefatura de Carrera de Derecho.
c c p Seminario de Derecho Público, vespertino.
c c p Asesor de Tesis.

CCMC'AIR'lla.

A MIS PADRES:

**José Alonso Godoy y Fidelina Ávalos Magallón,
por el impulso, amor y apoyo que durante su vida
me han brindado para ser cada día mejor.**

A MIS HERMANOS:

**Marina, Héctor, Eduardo, Eréndira, Teresa
Julia y Laura, por su comprensión y apoyo
incondicional para el logro de este objetivo.**

**A mi Institución y maestros, principalmente
al Dr. Roberto Olguín García, mi más profundo
agradecimiento.**

**A Dios y a María del Carmen García Carrillo por
brindarme el tesoro más grande de mi vida,
mi hija Daniela.**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I. EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA

A. Antecedentes del contrato en general.	1
B. El contrato de obra en el Derecho Positivo Mexicano.	13
1. Generalidades de los convenios.	13
a. Concepto.	13
b. Marco histórico.	14
c. Naturaleza jurídica del convenio.	16
2. Elementos de los contratos.	17
a. Mutuo consentimiento.	18
b. Manifestación del consentimiento.	19
c. El principio de la autonomía de la voluntad.	19
C. El incumplimiento de las obligaciones.	27
1. La responsabilidad civil.	28
2. La responsabilidad contractual.	28
3. La responsabilidad extracontractual.	29
4. El daño moral.	29

5. Indemnización compensatoria.	29
6. Indemnización moratoria.	30
7. Daños y perjuicios.	30
8. Carácter pecuniario de la indemnización.	31
D. El contrato de obra en el Código Civil para el Distrito Federal.	32
E. El contrato de obra pública.	38
F. Requisitos del contrato de obra pública.	41

CAPITULO II. EXTINCION DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA

A. Extinción de las obligaciones del contrato de obra en el Código Civil para el Distrito Federal.	47
B. Extinción del contrato de obra pública.	49
1. Cumplimiento.	50
2. Por acuerdo entre las partes.	52
3. Terminación anticipada.	53
a. Por causas de interés general.	54
b. Por causas imputables a la dependencia o entidad.	55
c. Por causas imputables al contratista.	58

CAPITULO III. EL PROCEDIMIENTO DE RESCISION ADMINISTRATIVA

A. La rescisión en el Código Civil para el Distrito Federal.	62
B. La rescisión en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.	67
C. Procedimiento de rescisión administrativa del contrato de obra pública.	68
D. Etapas del procedimiento de rescision administrativa del contrato de obra pública.	75
E. Formalidades del procedimiento de rescisión administrativa del contrato de obra pública.	82
F. Las dependencias y entidades como autoridades para aplicar el procedimiento de rescisión administrativa del contrato de obra pública.	84
G. El carácter de autoridad y parte en el procedimiento de rescisión administrativa del contrato de obra publica de la dependencia o entidad.	86
H. Las garantías individuales del contratista en el procedimiento de rescisión administrativa del contrato de obra pública.	89
CONCLUSIONES	94
BIBLIOGRAFIA	99

INTRODUCCIÓN

Una de las Instituciones Jurídicas de mayor importancia de los últimos tiempos, por la trascendencia económica que ello implica, como instrumento característico de la colaboración voluntaria entre las personas para la creación de las obligaciones de casi cualquier género y contenido, lo constituye, sin lugar a dudas, el contrato. Así lo encontramos en las más diversas actividades humanas. Desde las simples y cotidianas compraventas de bienes de uso diario, hasta complejos actos por los que se constituyen fideicomisos en los que en ocasiones se afecta un patrimonio por entero para la realización de los más diversos fines.

La literatura jurídico-administrativa de todos los tiempos y países se ha ocupado con singular frecuencia de los contratos celebrados por la Administración Pública.

No obstante la importancia y trascendencia que reviste este acto, con el tiempo, su naturaleza y función jurídica han venido sufriendo serias modificaciones, a grado que la Doctrina ha llegado a opinar que la noción y utilidad del contrato tiende a desaparecer, por la prevalencia de los intereses sociales sobre los intereses individuales y por lo tanto, ya se proclama la decadencia del contrato, el dirigismo contractual, la publicación del contrato, queriendo dar a entender tales expresiones que hoy día la voluntad de las partes

juega un papel muy limitado y secundario en la formación del contrato por la intervención cada vez mayor del Estado en el contenido del mismo.

Sin embargo, diversas corrientes doctrinales consideran que tales opiniones son exageradas si se tratan de llevar a cabo al extremo, argumentando que sería tanto como afirmar la inexistencia de normas de derecho privado por la intervención del Estado, de una manera u otra, en la formación, vigilancia y aplicación del derecho en general, pues aunque constantemente aumentan las disposiciones de carácter imperativo que intervienen cuando existe de por medio el interés público, concluyen que la regla general sigue siendo la libertad contractual, respetándose el principio de autonomía de la voluntad.

Es indiscutible que el Estado, por sus múltiples y complejos fines, celebra actos jurídicos con los particulares, quienes en diversas ocasiones, actúan como auxiliares de la Administración, y de los cuales obtiene bienes o servicios personales. De ello se deriva el problema de si el Estado puede contratar, que es una de las cuestiones más discutidas en la doctrina. Adviértase que no se dan contratos administrativos entre órganos del Estado, en que hay acuerdo, no contratos.

Se sabe que el contrato es un acuerdo bilateral de voluntades para crear una situación jurídica individual. Es bilateral porque debe haber intereses opuestos y es individual, puesto que produce consecuencias jurídicas subjetivas, ya que si fuera general, tendría el carácter de ley.

Por lo tanto, cuando el Estado no impone soberanamente su voluntad a los particulares, sino llega hasta ellos consensualmente para obtener la prestación de bienes o servicios personales, se puede afirmar que celebra contratos con los mismos, porque de otra manera, todas las prestaciones que recibiera las tendría que imponer mediante actos de soberanía.

Por eso, podemos afirmar que la vida económica, observada desde el punto de vista jurídico, se nos revela como una trama de obligaciones entre los miembros de la sociedad, obligaciones que se cruzan y entrelazan, es decir, las relaciones provenientes de cambios de bienes y servicios las cuales se llevan a cabo mediante acuerdos y transacciones de toda índole entre los sujetos que sienten y tienen la necesidad de su observancia. Así, en las diversas esferas patrimoniales se establecen vínculos, relaciones de crédito, de deuda, de dar y tener, las cuales tienen su origen en la voluntad de los propios interesados.

El mundo jurídico se desenvuelve entonces reflejado en las obligaciones que afectan a los individuos, a las sociedades y a las naciones, y es el conjunto de vínculos jurídicos, de estas obligaciones, el que provoca el movimiento social.

Las obligaciones nacen de diversa manera. Una clásica lo es el Contrato. Desde tiempos remotos, la figura del contrato aparece en la vida jurídica de los pueblos y su reglamentación ha sido objeto de nuestro estudio, con nuestro personal esfuerzo para alcanzar algunas realizaciones interesantes, tal vez, en forma pasajera, o en el mejor de los casos, como semilla del fruto que espero sea

recolectado para mejor provecho de quienes se vean beneficiados con mi aportación.

El contrato administrativo de Obra Pública, al cual se enfocará esta investigación, tiene una función y contenido especial, ya que se ha convertido en el instrumento mediante el cual el Estado obtiene los más variados fines gracias a la composición de intereses opuestos, entre el Estado y los particulares. Es pues como convenio, un instrumento de perfeccionamiento de la vida jurídica, más que de la vida económica y el ámbito de su aplicación se extiende aún hasta las relaciones extra judiciales. Por eso consideramos a este instrumento, como una verdadera y valiosísima institución jurídica.

El principio que regula como norma fundamental la formación del Contrato de Obra Pública, (como toda especie del género Convenio), es que éste se forma por efecto de la unión de las voluntades de las partes. Y los elementos que constituyen y conforman estas voluntades, deben manifestarse exentas de vicio alguno, o por lo menos es lo deseable, según la teoría.

Sin embargo, y a pesar de que este es un instrumento, como ha quedado mencionado, de inigualable valor jurídico en el campo de las obligaciones, alguna de las partes, en este caso el Estado, pudiera ejercer esa voluntad, de forma unilateral, al llevar a ese acto inicial, hasta la rescisión misma del contrato, circunstancia esta que hará ineficaz la existencia de ese acuerdo de voluntades y

en la cual, considero, existe una ilegalidad dentro del procedimiento de rescisión administrativa del contrato de obra pública.

Es pues, esta investigación, un documento que pretende establecer determinadas hipótesis en donde se plantean algunas posibles soluciones para aquellos casos en que la celebración del contrato que intenta poner fin a una necesidad de servicios del Estado, puede llegar a rescindirse, en forma unilateral, y de donde se podría desprender la responsabilidad en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas en el instrumento de referencia.

Considero oportuno señalar a quienes me favorezcan con la lectura de este documento, que la causa principal que motivó a mi persona para la realización de esta investigación, lo constituye el hecho de estar, hasta el momento de la elaboración del mismo, prestando mis servicios en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, en donde me he percatado de la ilegalidad en el procedimiento de rescisión mencionado y no obstante mi vocación de servir a la dependencia señalada, es de mi interés personal, aportar los elementos necesarios para comprobar la hipótesis referida, la ilegalidad del procedimiento de rescisión administrativa del Contrato de Obra Pública.

Ahora bien, en cuanto a la metodología empleada para la realización de esta investigación, es conveniente señalar que se empleó el sistema que va de lo general a lo particular, y procurando ser analistas en donde se ha requerido profundizar en el estudio señalado, y sintéticos en cuanto a la formulación de

nuestras propias ideas las cuales pretenden comprender los argumentos válidos para la demostración de nuestra hipótesis principal.

La investigación se desarrolló, como se mencionó, siguiendo el método deductivo, por lo que el primer paso fue elaborar el primer capítulo, donde se señalan como premisas los Antecedentes del Contrato en General, para continuar con las especificaciones que la Doctrina señala sobre el Contrato dentro del Derecho Positivo Mexicano, pasando por lo que la legislación establece en cuanto al contrato de obra en el Código Civil, continuando en este mismo capítulo sobre el tema específico del Contrato de Obra Pública y terminando el mismo con los requisitos para la celebración del Contrato de Obra Pública.

Se continúa la exposición de esta investigación, dentro del Capítulo II, con el tema de la extinción del contrato de obra pública, en donde abordé el tema genérico de la extinción de las Obligaciones del Contrato de Obra señaladas dentro del Código Civil para el Distrito Federal, así como las formas generales de la extinción del Contrato de Obra Pública, señalando las diversas causas como lo son, el Cumplimiento; el acuerdo entre las partes; la terminación anticipada, señalando las tres diversas hipótesis, las cuales son: Por causas de Interés General; Por causas Imputables a la Dependencia o Entidad; y por último en este capítulo, Por causas imputables al Contratista.

Finaliza este trabajo, con el Capítulo III donde se señala específicamente el procedimiento de rescisión administrativa del contrato de obra pública. En este

último apartado, se trata sobre los temas que en lo personal en la práctica profesional he tenido contacto, dentro de mi actividad como servidor público y éstos se refieren a temas tales como la Rescisión en el Código Civil para el Distrito Federal, como tema genérico y como tópicos específicos, se aborda lo relativo a la rescisión que está establecida dentro de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas. Continúo con la explicación de la Aplicación Práctica del Procedimiento de Rescisión, pasando por las diversas Etapas del Procedimiento de Rescisión Administrativa. En este mismo capítulo, se señalan cuales son las formalidades exigidas en el procedimiento de rescisión. Se señalan asimismo, Las Dependencias y Entidades que participan como Autoridades. Se explica además, cuál es la intervención en cuanto al carácter de autoridad y parte en el procedimiento y culmino mi investigación señalando cuales son o debieran ser las garantías individuales del contratista en el procedimiento.

Así pues, paso a continuación a dar inicio a la exposición de mi investigación, en los términos antes señalados.

CAPÍTULO I. EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

A. Antecedentes del Contrato en General.

Como ya es sabido, el arrendamiento de cosas, de servicios y de obras, no es producto de la jurisprudencia Romana, sino de los Glosadores (escuela dedicada al estudio del Digesto) (Derecho Justiniano)

Durante la Época Clásica Romana, la *Locatio Conductio* era un contrato unitario, su contenido principal o idea fundamental era la circunstancia de poner algo a disposición de otra persona temporalmente a cambio de un precio en dinero.

Parece ser que este contrato tiene un doble origen: Romano por una parte, en cuanto parece derivarse del Derecho Patrimonial Municipal en las *contratas publicas* o *locatio censoriae*, y en parte del Derecho de Gentes.

Según la concepción Romana, "la *locatio conductio* tiene gran semejanza con la compraventa, al grado de llegar a confundirse con ésta en algunas ocasiones".¹

Así lo afirma Pablo y Gayo en las Leyes I y II de la citada fuente: "ambos contratos se perfeccionan por el solo consentimiento sobre el precio o *merces* que en el derecho clásico debía consistir en dinero (salvo en la *colonia Partiaris*; donde consistía en parte de los frutos), pues de no ser así, podía configurarse un *Commodatum* o un *Mandatum*. Afirma Gayo que: "deben aplicarse a ambos las mismas reglas".²

¹De Bacardi, Alexandro. CUERPO DEL DERECHO CIVIL JUSTINIANO Tomo I, Ed. Narciso Ramirez, Barcelona. España. 1874. P 435

² Idem.

Ha sido frecuente la atribución de carácter de contrato real a la *Locatio Conductio* antigua, y según algunos, aún en el derecho Clásico era necesario la entrega de la cosa para el perfeccionamiento del contrato. Esta última opción ha sido rechazada por unanimidad. Parece ser que la atribución de tal carácter se desprende de la idea de que ese contrato, cuando era real, generaba acción para pedir la restitución de la cosa, pero no para exigir la contraprestación característica de tal contrato. "El precio debe reunir las mismas características que en la compraventa. Ulpiano así lo hace ver en la Ley XLVI, D"³

Siendo la *Locatio Conductio* un contrato sinalagmático al igual que la compra-venta, está protegida con acciones *in ius conceptae* y contiene las cláusulas *ex fide bona*. (En general, las fórmulas de principios de la República fueron inspiradas por modelos de acciones que derivan de la compraventa).

El contrato de arrendamiento estaba protegido con dos acciones: la *Actio Locati*, en favor del locator y la *Actio Conducti*, para su contraparte, que resultaba insuficiente para su protección.

Podemos señalar, con argumentos encontrados en la doctrina en general, que en el Derecho Romano, el contrato era un acto jurídico eminentemente solemne y rígido, pues se trataba del pacto o convenio cuyo fin era la creación de una obligación que, como presupuesto para que pudiera producir efectos de derecho, necesitaba estar sancionado por el legislador, dotándolo de una acción para hacer exigible su cumplimiento debiendo, por

³ Cit. Pos. De Bacardi, Alexandro. Op. Cit. p. 441.

tanto, encontrarse específicamente nominado. El simple pacto no creaba obligaciones (*nuda pacto obliationem non parit*)*.⁴

Durante la Edad Media se utilizó la frase "venta rompe arrendamiento", como acuñación Romana. Tal frase resultaba estrecha y llevaba a múltiples errores. En primer término, quiere expresarse con esta fórmula que los derechos y obligaciones nacidas del contrato son "*iura in persona*", es decir, "vinculan únicamente al contratante y a sus herederos".⁵ Por otra parte, el arrendatario no era poseedor sino mero detentador, así que no contaba con interdictos para mantener la posesión de la cosa. De manera que, cuando el dueño de la cosa vendía, no era que el arrendamiento terminara sino que el arrendatario no tenía acción alguna contra el nuevo propietario. Podía hacer uso de su *Actio Conducti*, pero esto no impedía que fuese despojado de la cosa.

Por lo que se refiere a los modos de terminación del contrato, encontramos determinados argumentos que consideramos conveniente señalar al decir que este podía terminar por agotamiento natural de su objeto; por conclusión del plazo; por destrucción de la cosa objeto; de la misma forma que se había formado; por mutuo desistimiento; por rescisión unilateral originada en el incumplimiento de la contraparte".⁶

En la compilación Justiniana, el Patrocinador, intentando ser reconstructor del Imperio Romano, fue en realidad fundador del Imperio Bizantino con su cultura peculiar. Porque es erróneo pensar que las ideas e instituciones pudieran ser transmitidas y conservadas intactas en el devenir de las generaciones, aún en el mismo territorio y con

4 "Que no fue objeto de ninguna definición ni de elaboración doctrinal alguna que lo explicara, debido al enorme formalismo que lo caracterizaba" ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. T. IV. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires. pp. 120-122.

⁵ Ulpiano Ley XIX, Cap. 7 Cit. Pos. De Bacardi, Alejandro. Op. Cit. p.438.

⁶ Pablo, Ley LIV, Cap 1 y Gayo. Ley XXV, Cap. 2, Cit. Pos. De Bacardi, Alejandro. Op. Cit. pp. 439 y 442.

respecto al mismo grupo racial. Así el Derecho Romano de la época tardía no pudo ser el mismo ni tener la misma vigencia que el Clásico.

Después de su estancamiento, originado por la prohibición de Justiniano de comentar su obra para no revivir las contradicciones y dificultades del Derecho Clásico, según él eliminadas, la ciencia jurídica resurge vigorosa con el descubrimiento en Italia del Digesto, a fines del siglo XI. Con Imerio y la Escuela de Bolonia comienza la gestación del Derecho Europeo Moderno.

Los Conciliatores (Postglosadores) ampliaron el campo de la ciencia Jurídica, enriqueciéndola. Fueron paulatinamente aplicando los principios Generales del Derecho Romano a la realidad de sus comunidades, reunieron en su estudio las siguientes áreas del Derecho:

- Derecho Romano;
- Derecho Local Estatutario;
- Derecho Territorial Lombardo; y
- Derecho Feudal.

En esa época, Italia era campo propicio para la ciencia jurisprudencial por la riqueza de situaciones que ofrecía. Estos Jurisconsultos eran nombrados como árbitros, debido a su conocida independencia intelectual y al prestigio alcanzado por el Derecho Romano, fomentado por los Glosadores. La Ciencia Jurídica Italiana, se propagó por los países transalpinos, teniendo como supuesto de este proceso el origen común de la vida social económica de la Edad Media y el íntimo parentesco de las normas jurídicas (comunes tradiciones canónicas, germánicas y de Derecho vulgar.)

Por otro lado, las causas de la recepción iban fuertemente unidas al rechazo de la dominación feudal. Si bien, el Derecho Romano fue visto como "docto, escrito y hecho para letrados", se contempla la necesidad de un Derecho General frente a lo injusto de las leyes feudales.

En el Derecho Canónico, basado en la obligación moral de no engañar ni causar daño a los semejantes y de respetar la palabra empeñada, la simple voluntad de las partes adquiere enorme importancia, contemplándose inclusive la posibilidad de que válidamente se pudieran extinguir derechos creados por disposiciones de la misma ley, encontrando su fundamento las convenciones civiles en el Derecho Natural, el cuál recibía su autoridad de las leyes morales y la ley divina.

Ahora bien, es conveniente señalar que en cuanto al formalismo del Derecho germánico, en el que las concepciones jurídicas estaban fundadas en hechos exteriores y manifestaciones materiales, confundiendo el concepto de las instituciones de derecho con su simbolismo jurídico, al conjugarse con el espiritualismo del Derecho Canónico y los principios lógicos el Derecho Romano, "...vino a reforzar el conceptualismo contractual, obligando al cumplimiento de las convenciones y pactos que en el Derecho Romano no habían sido obligatorios".⁷

En Francia, después de la Revolución, se elaboró el Código Civil, el cuál superó a todos sus contemporáneos. Este se basó en el Absolutismo Racionalista, que al igual que la fe en la racionalidad de la voluntad popular de la Revolución, pretendió la creación de un Estado racional, en donde se encontrara normada por completo la vida de una Nación, a

⁷ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Op. Cit. pp. 120-122.

través de codificaciones que sustituirían la tradición por la planificación, a la segunda se le unió la cristalización de los ideales, largamente buscados de sustituir los antiguos particularismos feudales por un Derecho General. Inclusive su denominación, traduce la idea de un derecho para ciudadanos libres e iguales. En contraposición al *Bürgerliches Recht* (Derecho de la sociedad burguesa) que se distingue del Derecho Canónico.

El racionalismo Francés tiene, en general, una fuerte tendencia antitradicionalista (auténticamente revolucionaria). Fue por eso que todas las naciones que comenzaron a formarse su imagen, sobre todas las que apreciaron principalmente sus rasgos subjetivos, vieron en su legislación una liberación.

Jurídica y objetivamente, es un Código de Derecho Privado de primera categoría, tanto por lo riguroso y diáfano de su construcción y su lenguaje claro y conciso, como por su doctrinarismo optimista que genera uniformidad y generalización.

Las principales características de este Código son tres: la Tradición (Derecho Romano); la transacción entre las leyes consuetudinarias y el Derecho Romano (zonas jurídicas del Norte y este de Francia); y la originalidad, fruto del racionalismo y la revolución. Los fundamentos científicos del Código son las obras de los "Sistemas de Derecho Común".

Por lo que se refiere a la materia de los contratos, nos dice Portalis que "las disposiciones del Código en este punto serán mal entendidas si se les considera de otro modo, que como reglas fundamentales de equidad, cuyos fundamentos todos se encuentran en las leyes Romanas".⁸

⁸ Cit. Pos. Aguilera Velasco, Alberto. COLECCIÓN DE CÓDIGOS EUROPEOS CONCORDADOS Y ANOTADOS
Ed. A. Flores. Madrid. España. 1875.

Como consecuencia de la "recepción del Derecho Romano", el "Code", al tratar el contrato de arrendamiento, lo subdivide en dos especies: el arrendamiento de las cosas, y el de las obras. En relación con este último, nos dice el tributo Morricault en su discurso del 14 Ventoso del año 12 que: "... comprende todos los compromisos en los que aparezca un cambio de salario por trabajos, cuidados o servicios; y el mandato y el depósito mismo, cuando no son gratuitos, viene a relacionarse con él, pueden llegar a confundirse." ⁹

En el Derecho Francés, ya en forma plena, la voluntad de las partes es la base y fundamento de las obligaciones contractuales. Los contratos y convenciones se forman por el simple consentimiento mutuo y recíproco entre las partes y dicha voluntad es la ley entre ellas, que las liga y vincula, cuando lo hacen lícitamente, no importando se creen contratos nominados, innominados, estipulaciones o simples pactos.

Así, a partir del Código Francés de 1804, se establece una verdadera y sistematizada doctrina del contrato basada en las ideas de Demoulin, Dárgentre, Domat y notable de Pothier, que es seguida y plasmada en casi todos los Códigos de Europa y de América.

En el proyecto realizado por García Goyena en el Código Civil Español de 1889, en el Capítulo Quinto se habla, del arrendamiento del trabajo y la industria. También se hace la subdivisión tripartita, aclarando el autor que, al igual que en el Derecho Romano, no cae dentro del arriendo el contrato celebrado con profesores de ciencias o artes liberales.

En la segunda sección de dicho capítulo se regula el contrato de arrendamiento de obras por ajuste a precio alzado. Continuar los mismos principios que el Código Francés con

⁹ Idem.

la innovación de haber introducido la obligación a cargo del operario de advertir al dueño de los riesgos que implica la mala calidad de los materiales. Según dicho autor, ésta novedad fue tomada del Código Austriaco.

También se modifica el principio de la responsabilidad del constructor durante diez años, extendiéndose al caso de que el arrendamiento de obra no sea necesariamente para ajuste alzado.

La facultad del dueño para terminar el contrato por su voluntad, se hace extensiva indistintamente para contratos a destajo o a precio alzado.

Se indica en este sentido, que la muerte del operario también termina con el contrato, pero el proyecto aclara que esto sucede siempre y cuando haya sido celebrado *intuitu personae* con respecto a éste. Se extiende la causal al impedimento de terminar la obra con respecto al empresario, por cualquier circunstancia ajena a su voluntad. Aquí el proyecto usa el término "Rescindir".

Contrariamente al Código Francés, que se refiere a la modalidad "a destajo", concede acción a quienes reportan su trabajo o materiales en una obra concertada a precio alzado, contra el dueño, hasta en la cantidad que este adeude al empresario cuando se hace la reclamación. Comenta el proyectista que: "este favor de la ley no debería ir, ni va, hasta perjudicar al propietario que ha pagado al empresario".¹⁰

El Título Trece del Código Español trata del contrato de obras o prestación de servicios, es decir, que la ejecución de una obra o la prestación de un servicio han dejado de

¹⁰ García Goyena, Florencio. CONCORDANCIA, MOTIVOS Y COMENTARIOS DEL CÓDIGO ESPAÑOL. Tomo III. Ed. Sociedad Tipográfica. Madrid, España. 1852 pp. 375 y ss.

ser objetos de un contrato de arrendamiento y se erigen en una figura jurídica específica contractual.

Son sumamente interesantes las razones que ofrece la Comisión acerca del Servicio Doméstico, dice que : "este contrato, que forma el Capítulo Trece del Título de Arrendamiento en el Código Francés, se llama comúnmente alquiler o locación de obras, pero que, sea cual fuere la esfera social en la cual el hombre se halle colocado, nunca puede ser comparado con seres irracionales, y menos aún, con las cosas inanimadas."¹¹ Le pareció un atentado contra la dignidad humana llamada alquiler a la prestación de servicios personales, pues éste, tiene una semejanza al mandato, ya porque en ambos contratos el mandante encarga a otro la ejecución de ciertos actos que no puede o no quiere ejecutar por si mismo, ya sea porque en ambos contrae el mandatario proporcionalmente obligaciones personales, o bien, porque en ambos se busca la aptitud; y aunque será más intelectual en uno, o más material en otro. Sin embargo, en ambos supone una cualidad moral, supuesto que nadie puede prestar un servicio, sea el que fuere, sin emplear su libre voluntad y poner en ejercicio algunas de las facultades peculiares del hombre.

Por estas razones, no solo separó el contrato de obras del de arrendamiento sino que considerándolo como cualquiera otro pacto, lo colocó después del mandato, por los muchos puntos de semejanzas que con él tiene."

Este Código defiende los derechos de las personas a tomar sus propias decisiones con respecto a los contratos. Además, defiende la dignidad humana de los contratantes al definir el concepto del contrato.

¹¹ Idem.

Se antoja extraño que no haya sido el Código Francés de Napoleón quien lo introdujera, dados los principios que lo alimentaron, sin embargo, antes de que el Código Español fuera publicado, múltiples anteproyectos y estudios se llevaron a cabo por eminentes juristas españoles.

Dentro de sus lineamientos, podemos encontrar que éste Código señala la legislación relativa a los siguientes temas:

- El servicio doméstico;
- El servicio por jornal;
- El contrato de obras a destajo o precio alzado;
- El contrato de portadores o alquiladores;
- El contrato de aprendizaje; y,
- El contrato de hospedaje.

En el Capítulo Tres, Libro Tres, se regula el contrato de obras. Aunque erigido ya en contrato específico, conserva casi todos los principios establecidos en el Código Francés: conserva la posibilidad de que el empresario ponga los materiales, por esto lo refiere el contrato celebrado a destajo únicamente.

En el Código Mexicano de 1870, en la Exposición de Motivos, la parte relativa a las causas de elección en contrato específico de la prestación de servicios y ejecución de obras, es idéntica a la del Código Español al igual que el plazo de diez años para la responsabilidad de arquitectos, tomando en cuenta "la naturaleza de nuestros terrenos"¹²

¹² Mateos Alarcón, Manuel. CÓDIGO CIVIL DEL D.F. CONCORDADO Y ANOTADO. Ed. Librería de la Viuda de Ch. Bouret. México, 1904. p. 89.

La Comisión se inspiró en el Código Español, en la parte relativa al contrato específico, toda vez que después de varias guerras internas, se consideró que este Código era el más adecuado, debido a la similitud que se tenía con respecto a este tema.

Dentro del Título Décimo Tercero se hace la división tripartita antes aplicada al arrendamiento de servicios en:

Servicio doméstico;
Servicio por jornal; y
Contratos de obra a destajo o a precio alzado.

Al igual que el Código Español, confunde la prestación de servicios o el mandato con el contrato de obra y establece a falta de plano o diseño, toda controversia se decidirá a favor del propietario, a falta de otra prueba, cuando el contrato sea por ajuste cerrado.

Igualmente, se afirma que la muerte del empresario "puede rescindir el contrato".
(SIC) En cuanto a los demás principios, se encuentran idénticos.

Para 1928, reconoce la Comisión haberse inspirado en legislaciones extranjeras para la elaboración del Código, "en aquellos puntos que era deficiente la legislación nacional", y haber tomado en cuenta "las teorías de reconocidos tratadistas europeos para proponer algunas reformas", todo esto "sin descuidar nuestros propios problemas y necesidades, sobre todo, procurando que enraizaran en el Código Civil los anhelos que alentaron nuestra última Revolución Social".¹³

¹³ Exposición de Motivos. CÓDIGO CIVIL PARA EL D.F. Ed. Porrúa, México 1979.

En lo que se refiere a los contratos, nos dice la Comisión que en las Disposiciones Generales se intentó fijar con mayor certidumbre y precisión la naturaleza de las obligaciones contraídas y principalmente las emanadas de los contratos onerosos.

Se establece que algunos de los contratos de prestación de servicios deben integrarse a la regularización del Derecho Público porque afectan los intereses de la colectividad.

Se señala claramente en la Exposición de Motivos que por tal motivo se suprimieron en el proyecto los contratos sobre servicios domésticos, aprendizaje, servicios por jornal, y servicios a precio alzado en los que el operario no pone los materiales de la obra, reservándose la reglamentación de estos contratos a la Ley Orgánica del Artículo 123 Constitucional.¹⁴

¹⁴ Idem.

B. El Contrato en el Derecho Positivo Mexicano.

1. Generalidades de Los Convenios

a. Concepto

El término convenio puede definirse como simple acuerdo de voluntades que, sin ser un contrato, produce consecuencias jurídicas o en orden al nacimiento, modificación o extinción de obligaciones.

El convenio es el consentimiento de dos o más personas que se ponen de acuerdo respecto a un objeto determinado - *et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus* -.*

Las partes que celebran un convenio pueden proponerse crear, modificar o extinguir un derecho. Las partes que celebran un pacto casi siempre se proponen crear o extinguir una obligación, aunque no siempre alcancen su finalidad, pues si el consentimiento no ha sido revestido de una forma solemne, ni acompañado de un acto material, no presenta un carácter suficiente de certidumbre. De ahí esta sentencia *ex pacto actio neque nascitur neque tollitur* el pacto no dará acción ni la quitará, pero en derecho natural si el objeto de la convención es lícito, el que se ha comprometido está obligado, aunque su acreedor no tenga acción para coaccionarlo.

El convenio tiene mayor extensión que el contrato de modo que todo contrato es una convención, pero no toda convención será contrato.

Los contratos, por lo mismo que son la obra común y conciente de dos o más partes, son también la más usual de las fuentes de las obligaciones y la única verdaderamente normal.

Los jurisconsultos no se preocuparon en definir a los contratos, aunque pusieron un gran celo en clasificarlos y en precisar el carácter distintivo de cada uno de ellos.¹⁵

Cabe formularnos la siguiente pregunta: ¿es lo mismo contrato que convenio.?

A este respecto es conveniente aclarar que, el convenio es el género y el contrato la especie. El Convenio crea, transmite, modifica y extingue derechos y obligaciones, en tanto que el contrato sólo las crea y las transmite.¹⁶

b. Marco Histórico

Pasaremos ahora a señalar brevemente, dentro del marco histórico, algunas consideraciones en cuanto a lo acontecido en el Derecho Romano, relativo a los convenios, en donde eran considerados como una fuente de obligaciones de inferior categoría de los contratos en virtud de que por sí solos no generaban obligaciones, para ello, era necesario que:

- a) estuvieran unidos a un contrato principal (*pacta adiecta*):
- b) los amparara el derecho pretorio (*pacta pretoria*), o
- c) los amparara el derecho imperial (*pacta legitima*).

¹⁵ BRAVO GONZÁLEZ, Agustín, Beatriz Bravo Valdez, *Segundo Curso de Derecho Romano*, Pax-México Ed., Librería Carlos Cesarman, S.A., México, D.F. 1989, pags. 32 y 33 Cfr. como antecedente: "*La Decadencia del Contrato*", De Buen Lozano, Néstor 2ª. ed., Porrúa, México 1986.

¹⁶ CAVAZOS, Baltasar " *500 preguntas...*" - p. 60

Para que surtieran efectos iban acompañados de palabras solemnes o menciones escritas y su cumplimiento se garantizaba a través de estipulaciones penales, de la entrega de arras, de la constitución de hipoteca o permuta, o del aval de una tercera persona.¹⁷

En Roma surge el contrato, pero originalmente no es una fuente genérica de obligaciones, ya que sólo algunas figuras típicas del acuerdo de voluntades producían acción y era sancionado su incumplimiento. El sistema contractual romano en una larga evolución histórica que va del formalismo al consensualismo ve aparecer las siguientes figuras:

- 1) *Contratos verbis* que se perfeccionaban (es decir adquirían obligatoriedad) sólo mediante el uso de determinadas frases verbales, por ejemplo: la *stipulatio*.
- 2) *Contratos litteris* que se perfeccionaban mediante la inscripción de un registro (*codex accepti et expensi*) de una deuda. Eran una forma contractual que tuvo escasa importancia.
- 3) *Contratos re* que se perfeccionaban mediante el consentimiento de las partes aunado a la entrega (*traditio*) de una cosa (*res*), eran el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda; generalmente creaban obligaciones sólo para la parte que recibía la cosa (exigibles por una *actio directa*) pero eventualmente podía surgir para la otra parte (exigiéndose por una *actio contraria*) por ejemplo: cuando un depositario hacía gastos extraordinarios para la conservación de la cosa, el depositante debía reembolsarlos.
- 4) *Contratos consensuales* que se perfeccionaban por el mero consentimiento de las partes y eran la compraventa o *emptio-venditio*, el arrendamiento o *locatio-conductio*, la sociedad y el mandato.
- 5) *Contratos innominados*, eran aquellos que no encuadraban dentro de una figura típica y que resultaban obligatorios cuando concurrían el consentimiento y la prestación de una de las partes.

¹⁷ Instituto de Investigaciones Jurídicas *Diccionario Jurídico Mexicano* Tomo A-CH p. 739

6) Pactos, que eran los acuerdos que no producían ningún efecto jurídico (*nuda pacta*), posteriormente para algunos de ellos se concedió acción para exigir su cumplimiento (*pacta vestita*).

La concepción romana del contrato subsiste prácticamente inalterada hasta la aparición del liberalismo a fines del siglo XVIII. Es en esta época que se otorga a esta figura jurídica un valor fundamental, pues incluso la existencia de la sociedad se quiere hacer depender de un pacto (como en las doctrinas de Rousseau). Se estatuye el principio de la autonomía de la voluntad y el de una casi absoluta libertad de contratación.

Actualmente con el auge de las ideas colectivistas, el ámbito del contrato se va reduciendo paulatinamente.¹⁸

c. Naturaleza Jurídica del Convenio

En la doctrina francesa se considera lo que propone Planiol: "En el contrato la voluntad de las partes crea la obligación; es ella su fuerza creadora y la que determina, a la vez, su objeto y extensión; el legislador solamente interviene para sancionar la obra de las partes, concediéndoles una acción, o para vigilarla estableciendo límites a su libertad, por medio de prohibiciones y nulidades.

La crítica que se hace a este respecto es: que el contrato produce sus consecuencias jurídicas, en tanto y cuanto la Ley las autoriza y reconoce. El contrato es un simple acontecimiento cuya función se concreta a realizar la hipótesis normativa para que se

¹⁸ *Ibidem* Tomo A-CH p. 691

produzcan las consecuencias de derecho. Los contratantes gozan de una autonomía delegada por la Ley, y en la medida que ésta lo determine.

El contrato y el convenio se encuentran clasificados dentro de los actos jurídicos que producen consecuencias de derecho.¹⁹

2. Elementos de los Contratos

A continuación, se presenta la exposición de algunos conceptos en relación al análisis de los elementos que se señalan en el Derecho Positivo Mexicano, considerados dentro de la temática de los elementos de los contratos. Daremos inicio con el objeto, motivo o fin.

Que el fin o motivo determinante del contrato sea lícito, es decir que no sea contrario a las Leyes de Orden Público o a las buenas costumbres, significa que debe ser conforme a derecho. La noción de fin o motivo determinante, es la técnica utilizada para introducir la noción de orden público, en función de la cuál debe apreciarse el principio de libertad contractual. Este principio, lejos de ser el que gobierna el derecho de las obligaciones, está sometido al principio de la legalidad, en cuyos términos se ejercita la libertad contractual; el orden público es el límite de la libertad contractual. Lejos de ser inútil por lo tanto, la noción de causa (fin o motivo determinante) tiene una importancia capital; es el principio de libertad contractual. La noción de causa enseña cómo la teoría de la autonomía de la voluntad, es principio esencialmente relativo, ya que sometida al principio de la legalidad, impone en todo tiempo el respeto a las normas de orden público. "Si el concepto de fin determinante es relativo, en tanto noción técnica, sus funciones son

¹⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo III, 17ª ed., México, Ed. Porrúa, 1991, pags. 45 a 49.

permanentes y generales y constituyen constantes jurídicas, cuyo fin es asegurar la defensa del orden social contra la voluntad ilícita o inmoral²⁰

a. Mutuo Consentimiento.

Efectivamente, el primero de los elementos como es común que ocurra en todos los contratos, se refiere al mutuo consentimiento de las partes. A este respecto es conveniente señalar que resulta ser el elemento indispensable para la celebración de un convenio. Es el acuerdo de voluntades exteriorizado en forma libre y exenta de vicios, y sobre el mismo, pasaremos a continuación a realizar algunos comentarios a este respecto.

El consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones.

En los convenios, lato sensu, el consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos. Todo consentimiento, por tanto implica la manifestación de dos o más voluntades, y su acuerdo sobre un punto de interés jurídico.

Por esta razón se considera que para que haya contrato, es requisito indispensable el llamado concurso de voluntades. El consentimiento es el elemento esencial del contrato. Consistente en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior.²¹

²⁰ Sánchez Cordero Dávila, Jorge EL CONCEPTO DE CAUSA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO. Anuario Jurídico, No. 3 y 4, México, 1976-1977, pp. 265-273.

²¹ BORJA SORIANO, Op. Cit p. 121

El consentimiento, dada su naturaleza, se forma por una oferta o policitud y por la aceptación de la misma. Como es el acuerdo de dos o más voluntades, necesariamente una voluntad debe manifestarse primero y es la oferta o policitud; es decir, que una parte propone algo a la otra respecto a un asunto de interés jurídico.

La aceptación a la oferta efectuada, implicará la conformidad con la policitud realizada.²²

b. Manifestación del Consentimiento.

El consentimiento en los contratos debe manifestarse por cualquier medio que revele cuál es la voluntad de los contratantes.

La exteriorización de la voluntad es indispensable para que se forme el consentimiento en los contratos.²³

c. El Principio de La Autonomía de La Voluntad

El concurso de voluntades que caracteriza al contrato, se entiende, según la teoría clásica, como el acuerdo de las libres voluntades de los contratantes.

La noción de libertad individual se expresa habitualmente diciendo que todo lo que no está prohibido, está permitido. Esto es lo que en el dominio del Derecho se llama el principio de la autonomía de la voluntad.

²² ROJINA VILLEGAS. *Op. Cit.* p. 53.

²³ *IBÍDEM* p. 91.

La concepción de la voluntad soberana en el contrato tiene su raíz en el Derecho Canónico, la cual estuvo sostenida por la escuela del Derecho Natural y por los filósofos del Siglo XVIII y ha sido exaltada por los partidarios del individualismo liberal en el siglo XIX.

El principio fue acogido por el Código Napoleón según el Artículo 1134 y por nuestros Códigos de 1870 en el Artículo 1535; y en el Código de 1884 por el Artículo 1419.

De acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para celebrar o no, contratos, y al celebrarlos, obran libremente y sobre un pie de igualdad, poniéndose de acuerdo unos contratantes con otros, fijando los términos del contrato, determinando su objeto, sin más limitación que el orden público.

Esta limitación se encuentra consignada en términos generales en el artículo 6 del Código Napoleón, en el artículo 15 del Código de 1884 y en el artículo 6 del Código de 1928, según el cual: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero." Esto quiere decir que los particulares pueden estipular en sus contratos todo lo que no sea contrario a una ley, y aun pueden convenir en lo que sea contrario a una ley si ésta no es de interés público, sino sólo supletoria de la voluntad de las partes.

A este respecto, se ha formulado la siguiente crítica por la Doctrina: El papel creador de la voluntad en la formación de las obligaciones convencionales ha sido negado categóricamente por Duguit, y también se ha negado la posibilidad de un concurso real de las voluntades.

También se ha atacado el principio de la autonomía de la voluntad diciéndose que la libertad de ésta no es completa, que los contratos siempre son celebrados bajo el imperio de necesidades frecuentemente muy imperiosas. Así, por ejemplo, el que necesita dinero y acude al capitalista para obtenerlo tiene que aceptar las condiciones que éste le imponga. Sin embargo, cuando hay abundancia de dinero para prestarse, el capitalista tiene que reducir sus pretensiones.

Se ha dicho también que no siempre los contratantes se encuentran en un plano de igualdad. Tal es el caso del trabajador que se encuentra en condiciones de inferioridad respecto del patrón. Pero cuando los trabajadores se agrupan en sindicatos, la fuerza de ellos se equilibra con la de los patrones y a veces supera a ésta.

Actualmente el principio de la autonomía de la voluntad no ha desaparecido sino que sigue siendo la base del derecho moderno en materia de contratos, pero esa autonomía está ya considerablemente debilitada, pues cada vez la ley impone mayor número de limitaciones a la libertad contractual bajo una doble influencia: la dependencia material, cada día más estrecha del individuo con relación al medio en que vive, el sentimiento más claro de que ninguna sociedad puede quedar indiferente a los fines perseguidos por los contratantes y que debe velar por el mantenimiento de cierto grado de justicia, distributiva o conmutativa.

Las teorías sociales contemporáneas han ejercido gran influencia en cuanto al Principio en comento, las cuales señalan que el principio de la autonomía de la voluntad ha tenido su apogeo en el siglo XIX con el triunfo de las ideas individualistas y liberales. La

reacción ha venido después. Las teorías sociales,²⁴ en favor en nuestros días han ejercido su influencia sobre la materia de las obligaciones, como sobre las otras partes del derecho.

Esta influencia se ha traducido por una triple manera:

1º, desde luego por la importancia mayor concedida a los intereses colectivos al lado de los intereses puramente individuales.

2º, en seguida por cierto renacimiento del formalismo.

3º, en fin, por un desarrollo más y más considerable de las leyes imperativas de orden público que vienen a restringir, en el fondo, la libertad de los contratantes. Habiendo muy a menudo terminado la libre competencia en el aplastamiento del débil por el fuerte, el Estado ha debido intervenir. Lo ha hecho para tratar de hacer reinar más justicia social en las relaciones contractuales entre vendedores y compradores, entre propietarios y arrendatarios, entre patrones y obreros, entre aseguradores y asegurados, etc. Su intervención, primero excepcional, tiende a convertirse en la regla.

A continuación haremos la exposición del Principio que se manifiesta en relación a los efectos que puede tener los contratos entre las partes. El artículo 1134 del Código Napoleón expresa enérgicamente la fuerza del contrato diciendo que los convenios legalmente formados equivalen a Ley para aquellos que los han hecho²⁵. Concuera con este artículo el 1419 de nuestro Código de 1884, cuando dice que "Los contratos legalmente celebrados serán puntualmente cumplidos."

²⁴ BORJA SORIANO, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones* pp 142-144. citando a COLIN ET CAPITANT y Julliot de la Morandière.

²⁵ PLANIOL, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, t. II, núm. 1165 11e. et 12e. éd., 3 vols., Francia, 1932 citado por BORJA SORIANO *Op. Cit.* p. 317

Con las palabras "legalmente celebrados", este texto se refiere a los contratos que se hacen conforme a la Ley, es decir, que no son ilícitos.²⁶ Las palabras "serán puntualmente cumplidos", significan no sólo que deben ser observados rigurosamente, sino que deben ser también cumplidas todas las cláusulas secundarias o accesorias sobre el lugar, calidad, cantidad, condiciones, pago, moneda, etc., pues todo esto forma parte del contrato²⁷ significan asimismo que la observancia del contrato se impone a las partes²⁸, que cada contratante tiene que efectuar su prestación bajo pena de ser constreñido a ello por la fuerza pública, y si la ejecución directa no es posible, será condenado a indemnizar al otro contratante por los daños y perjuicios que le causare²⁹

Así lo dice el mismo Código de 1884 en su artículo 1421: si el obligado en un contrato dejare de cumplir su obligación, podrá el otro interesado exigir judicialmente el cumplimiento de lo convenido y el pago de daños y perjuicios.

La idea contenida en el citado artículo 1419 se encuentra también en el artículo 1276 del mismo Código y en el artículo 1796 del Código de 1928, según los cuales los contratos legalmente celebrados obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado, o en otros términos, los contratos desde que se perfeccionan obligan a los contratantes al cumplimiento de lo expresamente pactado.

²⁶ COLIN ET CAPITANT, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français, entièrement refondu et mis à jour par Julliot de la Morandière* 3 vols. Tomé. II, 10e. éd., Francia 1948 núm. 67 y PLANIOL, *loc. cit.* citados por BORJA SORIANO *Op. Cit.* p. 318.

²⁷ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil, em comentário a o Código Civil Português*, 14 vols., Portugal 1929-1942 t. IV., núm. 555, p. 485; citado por BORJA SORIANO *Idem.*

²⁸ PLANIOL, *Idem.* Citado por BORJA SORIANO *Loc. Cit.*

²⁹ COLIN ET CAPITANT, *Idem.* citados por BORJA SORIANO *Loc. Cit.*

Se ha comprobado que este principio ha sido confirmado según diversos ordenamientos. A continuación, la exposición de los argumentos que señalan la confirmación del principio.

La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (Arts. 1278 del Código de 1884 y 1797 del Código de 1928). Garcia Goyena, en su comentario al artículo 979 del Proyecto de Código Español, cita la Ley 9, título 5, Partida 5, que contiene este ejemplo: "Si el vendedor dijese: véndote esta cosa por cuanto tú quisieres o por cuanto yo quisiere; la vendita no valdría." En el mismo sentido deciden nuestros Códigos, previniendo que "El señalamiento del precio no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes" ³⁰.

Sin embargo, se ha podido constatar la existencia de casos excepcionales. A este respecto es conveniente señalar lo dispuesto por el artículo 1278 del Código de 1884, el que después de decir que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes, agrega "a excepción de los casos expresamente señalados en la Ley". Sobre estos casos hacemos observar que el Código de 1928 ha suprimido las palabras que acabamos de transcribir.

En cuanto al alcance del principio, debemos señalar que los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la Ley, según lo preceptuado en nuestros ordenamientos civiles. ³¹

³⁰ Código anterior. Artículo 2817 y Código vigente. Artículo 2254

³¹ Cfr. Arts. 1276 Código de 1884 y 1796 del Código vigente.

Los autores más tradicionales quienes abordan esta temática nos señalan que la buena fe es la obligación de conducirse como hombre honrado y concienzudo no solamente en la formación sino en la ejecución del contrato y de no atenerse a la letra de éste. La buena fe exige tanto del acreedor cuanto del deudor. Para determinar lo que es debido hay que averiguar lo que la honradez permite exigir y lo que la misma obliga a cumplir.³²

Ahora, en relación a las cláusulas, se ha dicho, según Pothier, que hay que distinguir en cada contrato:

1º Las cosas que son de la esencia del contrato sin las cuales ese contrato no puede subsistir. Faltando una de estas cosas o no hay contrato absolutamente o es otra especie de contrato.

2º Las cosas naturales son aquellas que están sobreentendidas en el contrato, cuando las partes no se han explicado, pero que, no siendo de la esencia del contrato pueden ser suprimidas en él por una estipulación formal.

3º Las cosas accidentales son aquellas que no estando en la naturaleza del contrato no pueden estar contenidas en él sino en virtud de una cláusula particular.³³

De acuerdo con lo expuesto, disponen nuestros Códigos que "Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen; a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por el derecho."³⁴

³² BORJA SORIANO *Op. Cit.*, p. 319, citando a PLANIOL, RIPERT Y ESMEIN, T. VI, núm. 397, p. 524.

³³ BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, Des Obligations* 3e. éd., 29 vols. Tomé. XII, Francia, 1905-1908 núm. 25. citados por BORJA SORIANO *Op. Cit*

³⁴ Artículos. 1310 del Código de 1884 y 1839 del Código de 1928.

Así, por ejemplo, si A vende a B una cosa por un precio cierto y en dinero, se tendrá por puesta una cláusula conteniendo la obligación del vendedor de transferir la propiedad de la cosa al comprador. Esta cláusula será esencial.³⁵

En el mismo contrato se tendrá por puesta una cláusula según la cual los gastos de la entrega de la cosa vendida son de cuenta del vendedor.³⁶

En el repetido contrato puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona.³⁷

El Código de 1928, dispone a su vez lo que sigue: "Artículo 6º La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la Ley ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse a los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero. Artículo 7º La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia." ³⁸

En atención a la posibilidad de revocación por los contratantes el artículo 1419 del Código de 1884, establece que "Los contratos... no podrán revocarse ni alterarse sino por mutuo consentimiento de los contratantes." "Si en efecto, cada uno de los contratantes pudiera, sin la adhesión del otro, destruir el convenio, no sería verdad decir que aquél tiene fuerza legal respecto de las partes. Pero, puesto que el consentimiento forma el contrato, un

³⁵ Según lo dispone el Artículo 2248 del Código vigente, que define el contrato de compraventa.

³⁶ Esta sería una cláusula natural, pues los contratantes pueden convenir lo contrario según previene el Artículo 2285 del Código Sustantivo Civil.

³⁷ Según el Artículo 2301 esta será una cláusula accidental

³⁸ En cuanto a renunciaciones, el Código de 1884 contenía las siguientes prevenciones: "Artículo 1307. Las renunciaciones que legalmente pueden hacer los contrayentes, no producen efecto alguno si no se expresan en términos claros y precisos, y citándose la ley cuyo beneficio se renuncia. Artículo 1308. Las renunciaciones legalmente hechas, no podrán extenderse a otros casos que aquellos que estén comprendidos en la disposición renunciada. Artículo 1309. La renuncia que estuviere prohibida por la Ley, se tendrá por no hecha."

consentimiento contrario debe poder disolverlo. Sin embargo, la revocación que resulta del consentimiento manifestado en sentido contrario por las partes contratantes no produce sus efectos sino en el porvenir, no en el pasado.

El pasado no pertenece ya a las partes contratantes y no está en su poder suprimir lo que contiene. Los efectos que el contrato ha producido en el pasado serán pues mantenidos; por otra parte, su destrucción habría podido causar perjuicio a derechos adquiridos por terceros. Se sigue igualmente que la revocación no podrá causar perjuicio alguno a los derechos adquiridos por terceros sobre la cosa de parte del adquirente. Sucede de otra manera con la resolución que se opera en virtud de una condición resolutoria expresa o tácita: obra en el pasado como en el porvenir; porque la condición resolutoria cumplida pone las cosas en el mismo estado que si la obligación no hubiera existido.³⁹ Así sucede en nuestro Derecho.

C. El Incumplimiento de Las Obligaciones

Hablamos de incumplimiento de las obligaciones cuando el deudor no paga y la obligación se hace exigible por tener un plazo determinado o bien, porque se cumplen los requisitos legales para ello; se incurre en mora, que tiene, en el derecho, las siguientes consecuencias:

1. Dar lugar a la acción llamada rescisoria (en los contratos) con el pago de daños y perjuicios (indemnización compensatoria).
2. Exigir el cumplimiento exacto de la prestación no cumplida.

³⁹ BAUDRY-LACANTINERIE ET BARDE, Op. Cit. t. XII, núms. 338-339 citados por BORJA SORIANO Op. Cit. p..321

3. Originar la indemnización moratoria, es decir, el pago de los daños y perjuicios causados por el retardo con el cumplimiento de la obligación.

1. La Responsabilidad Civil

Es la obligación que tiene una persona de indemnizar a otra, los daños y perjuicios que se le han causado.

2. La Responsabilidad Contractual

El código de 1884 toma en consideración tal responsabilidad en los artículos siguientes:

Artículo 1458 La falta de cumplimiento de un contrato será responsable de daños y perjuicios que cause al otro contratante.

Artículo 1423 El que se hubiera obligado a prestar algún hecho y dejare de prestarlo será responsable de los daños y perjuicios.

En el código de 1928 se mencionan en los artículos:

Artículo 2104 El que estuviera obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo, o no lo prestare conforme a lo convenido será responsable de daños y perjuicios.

Artículo 2028 El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención.

Artículo 2105 Establecer la responsabilidad en las obligaciones de dar que tengan plazo y alude a las que no tuvieron plazo fijo.

3. La Responsabilidad Extracontractual

Producen la obligación de indemnizar daños y perjuicios, los hechos ilícitos, pago de lo indebido, gestión de negocios y el riesgo creado.

Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación. Teniendo por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación.

4. El Daño Moral

El Código Civil de 1928 reconoce expresamente el daño moral en el Artículo 1916 Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar en favor de la víctima de un hecho ilícito o de su familia, si aquella muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho.

Esa indemnización no podrá exceder de la tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil, pero hay que observar que no podrá haber indemnización de un daño moral si no acompaña a un daño material.

5. Indemnización Compensatoria

Es la merma que sufre el acreedor en su patrimonio por no cumplirse definitivamente la obligación (daño emergente). En las obligaciones en dinero, esa merma esta representada por el mismo valor de la obligación, ya que la indemnización compensatoria es exactamente igual al valor de la prestación omitida pero en las obligaciones que no son de dinero, el incumplimiento de la prestación no cumplida. El acreedor tiene dos acciones; o exige la prestación o la cosa para que se cumpla la

obligación de dar en la transmisión del dominio o del uso y la segunda acción de exigir el pago de un valor compensatorio de los daños y perjuicios que hubiere sufrido por el incumplimiento.

6. Indemnización Moratoria

Existe la obligación en el deudor de resarcir los daños y perjuicios causados por el retardo, por consiguiente, es diferente de la prestación misma y de su equivalente en dinero.

No admite nuestro derecho los daños y perjuicios compensatorios o moratorios que no estén en una relación necesaria o causal con el incumplimiento de la obligación o con el hecho ilícito en la responsabilidad delictuosa.

7. Daños y Perjuicios

Teóricamente no puede darse el caso de que el incumplimiento de una obligación no origine daños y perjuicios, cuando se trata de deudas unilaterales, cualesquiera que sean las prestaciones debidas (dar, hacer o no hacer). Su incumplimiento originará por lo menos daños compensatorios.

Solo en las obligaciones recíprocas o bilaterales podrá darse el caso de que su no pago no perjudicase al acreedor, al quedar éste liberado de la prestación que a su vez deba cubrir.

El Código de Napoleón en su artículo 1142 consagra el siguiente principio "Toda obligación de hacer o de no hacer, se convertirá en indemnización de daños y perjuicios" en caso de falta de cumplimiento por parte del deudor. Refiriéndose a las obligaciones de dar

previene: "Comprenderá la de entregar la cosa y conservarla hasta su entrega, so pena de indemnizar los daños y perjuicios al acreedor". Artículo 1136.

Los artículos anteriores, están contenidos fundamentalmente en el artículo 2104 de nuestro Código Civil.

8. Carácter Pecuniario de La Indemnización

Enseñan Colin y Capitant que "la indemnización de daños y perjuicios consiste siempre en la atribución de una suma de dinero destinado a compensar el daño causado por el retardo o por la inejecución."⁴⁰

En el incumplimiento de obligaciones previamente constituidas, aún cuando el Código Civil no lo diga, la doctrina ha entendido siempre que los daños y perjuicios deban fijarse en dinero. En cambio, para el caso de hechos ilícitos el Artículo 1915 del Código Civil establece que la reparación del daño debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él y cuando ello sea imposible en el pago de daños y perjuicios.

Como principio básico se señala que la indemnización es pecuniaria, los daños y perjuicios concedidos al acreedor se fijan siempre en dinero, ésta es una antigua regla que no ha sido consagrada expresamente por el Código Civil pero que se sobreentiende.

⁴⁰ COLIN ET CAPITANT, *Op. Cit.* citados por BORJA SORIANO *Teoría General de las Obligaciones* México, Porrúa, 1966, pp 437- 438.

D. El Contrato de Obra en el Código Civil para el Distrito Federal.

Partiendo de la clasificación de las fuentes creadoras de obligaciones, entre las que encontramos a los actos y a los hechos jurídicos, en la que los primeros se caracterizan por formar parte de la actuación voluntaria del hombre, que se realiza con la intención de producir consecuencias de derecho; en tanto que los segundos, se originan de los acontecimientos naturales o del hombre, produciendo consecuencias de derecho sin la intervención de la voluntad humana, se ubica el contrato como un acto jurídico plurilateral, que el Código Civil para el Distrito Federal, considera como una especie del género convenio, al señalar:

"Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones."

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

De lo anterior se desprende que el contrato es el acuerdo de dos o más voluntades con objeto de crear o transmitir derechos y obligaciones, por lo que se le puede asignar una función positiva, en tanto que el convenio, poseerá una de carácter negativo, puesto que el primero se caracteriza por crear y transferir derechos y obligaciones, mientras que el segundo los modifica o los extingue.

Para que pueda tener real existencia en el ámbito de derecho, el contrato presupone la concurrencia forzosa de ciertos elementos de formación. Asimismo, de determinados atributos, para que una vez objetivada su existencia pueda surtir plena y válidamente todos los efectos jurídicos.

- Los elementos de existencia se desprenden del texto en el artículo 1794 del Código Civil, que expresamente señala:

"Artículo 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

I.- Consentimiento.

II.- Objeto que pueda ser materia del contrato."

En términos generales, se señala que el consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades que implica una oferta y una aceptación, manifestada externamente de forma expresa o tácita, con el fin de producir o transmitir derechos y obligaciones; siendo el objeto, precisamente la obligación que se crea y que se traduce en una conducta por parte del obligado, que puede consistir en dar una cosa, en el prestar un hecho o en el abstenerse de realizar una conducta determinada.

Cuando la obligación consiste en dar una cosa, ésta debe reunir los siguientes requisitos:

- Existir en la Naturaleza.
- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.
- Estar en el Comercio.

Cuando el objeto reviste una prestación o una abstención de hechos, estos deben ser a su vez:

- Posibles
- Lícitos

A este respecto, resulta conveniente consultar los preceptos 1803, 1824, 1825, y 1827 del Código Civil vigente.

Artículo 1803.- El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El Tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por la ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Artículo 1824 Son objeto de los contratos:

- I.- La cosa que el obligado deba dar.
- II.- El hecho que el obligado deba hacer o no hacer.

Artículo 1825 Las cosas objeto del contrato debe:

- 1o.- Existir en la Naturaleza.
- 2o.- Ser determinada o determinare en cuanto a su especie;
- 3o.- Estar en el comercio.

Artículo 1827.- El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

- I.- Posible
- II.- Lícito

Los requisitos de validez del contrato, se desprenden del contenido del artículo 1795 del Código Civil, aplicado a *contrario sensu*, siendo éstos:

- I.- Capacidad de las partes.
- II.- Ausencia de vicios del consentimiento.
- III.- Objeto, motivo o fin lícitos
- IV.- Manifestación del consentimiento en la forma establecida por la Ley.

Con los elemento esenciales y los requisitos de validez, el contrato se perfecciona y surte plenamente todos sus efectos, produciendo las consecuencias jurídicas que los contratantes se propusieron, es decir, se convierte en un instrumento obligatorio entre las partes que lo celebraron, a las que normalmente solo aprovechará o perjudicará directamente, inclusive frente a terceros cuyo cumplimiento no puede ser dejado al arbitrio de una de ellas: por lo tanto, no puede disolverse o modificarse en forma unilateral, aún y

cuando cambien la circunstancias en que fue otorgado, salvo los casos expresamente previstos por la ley, creando una situación de seguridad jurídica.⁴¹

Acudiendo a los conceptos que vierte la Doctrina en este punto, nos señala Sánchez Medal que los efectos de los contratos tienen las siguientes características:

- *Obligatoriedad* porque el contrato vincula a las partes;
- *Intangibilidad*, porque no puede el contrato modificarse por voluntad unilateral;
- *Relatividad*, porque el contrato produce efectos directos entre las partes;
- *Oponibilidad*, porque el contrato produce efectos reflejos o indirectos con respecto a terceros cuando se tiene un objeto-cosa y,
- *Seguridad*, porque no esta permitida la revisión del contrato.⁴²

Ahora bien, en cuanto a las notas que caracterizan al contrato de obra frente a los demás, hemos acudido también a la opinión de la doctrina, de donde se afirma:

- Que se trata de un contrato consensual meramente productor de obligaciones.
- Que su objeto no lo constituye la actividad humana en sí misma, sino en cuanto va dirigida a un resultado (obra) o únicamente el resultado de tal actividad (empresa).
- Que exige una contraprestación determinada o indeterminable.⁴³

⁴¹ A este respecto nos señala el Código Civil: "Artículo 1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley".

⁴² Sánchez Medal, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. Ed. Porrúa, México D.F., 1973. p. 3.

⁴³ Nat. Citado por De Pina, Rafael. ELEMENTOS DEL DERECHO CIVIL MEXICANO. Ed. Porrúa, México, 1961. p. 175.

El contrato de obra a precio alzado que regula nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en cuanto a su naturaleza jurídica, debe ser calificado como bilateral, consensual, oneroso y de tracto sucesivo.

Del contenido del artículo 2618 del Código citado⁴⁴ se desprende también su naturaleza formal en los casos a que dicho precepto se refiere, es decir, siempre que el empresario se encargue por ajuste cerrado de la obra en cosa inmueble cuyo valor exceda de cien pesos, en los cuales deberá otorgarse por escrito.

El de obra es esencialmente, un contrato de los llamados de resultado, calificación que sirve para distinguirlo del de prestación de servicios.

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 2616, que es el inicial del capítulo que trata "Del contrato de obras a precio alzado", dispone:

"El contrato de obras a precio alzado, cuando el empresario dirige la obra y pone los materiales, se sujetará a las reglas siguientes..."

Cabe hacer notar que no se contempla la realización de la obra cuando el empresario dirige la obra y no pone el material.

Las reglas que rigen el contrato de obra, están contenidas en los artículos 2617 y 2645 del ordenamiento invocado, que se refieren expresamente al contrato de obra en que el empresario pone trabajo y material.

⁴⁴ Cfr. Artículo 2618 del Código Civil vigente para el D.F.

En el caso del empresario que no pone el material, también debería estar contemplado en estas reglas, ya que considerando los principios generales del derecho habría que aplicar aquel que señala que en casos análogos deben tener la misma solución, siempre que se trate de dar vida a un contrato de obra en el que el contratista ponga solamente el trabajo.

También debe ser recordado el contenido del artículo 1858 del Código Civil, según el cuál los contratos que no estén especialmente reglamentados en él, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentos en dicho ordenamiento.⁴⁵

⁴⁵ De Pina, Rafael. Op. Cit. pp. 175-178.

E. El Contrato de Obra Pública.

El Contrato de obra pública, es un contrato administrativo, que a la fecha no ha sido tratado íntegramente por la doctrina.

El contrato de obras es aquel que tiene por objeto: "La construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración a cambio de un precio." ⁴⁶

La Constitución es precisa en cuanto a los requisitos de forma del contrato de obra pública y otros en términos del artículo 134 que ordena:

"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 objetos a los que estén destinados.

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de 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 en cuanto al 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.

⁴⁶ Serra Rojas, Andrés. DERECHO ADMINISTRATIVO, T. II. Ed. Porrúa. México., D.F., 1988. p. 551.

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".⁴⁷

Este texto constitucional no excluye otras formas para la realización de las obras públicas o sea:

a) la construcción directa por parte del Estado, es decir, la conferida para ejecutarla mediante los órganos de la administración; y

b) la concesión de obras públicas practicadas principalmente en aquellos contratos que se amortizan por medio del peaje (derecho que se paga por la utilización de un puente, una carretera o como en el caso de algunos puentes internacionales).

Por lo que se refiere al contrato de obra pública, Manuel María Díez, nos expresa: Es aquel por medio del cuál una persona, sea física o jurídicamente, en general una empresa, se encarga, con relación al Estado, de construir, demoler o conservar una obra pública en las condiciones que fueran establecidas mediante un precio a abonar al dueño de la obra, vale decir, el Estado."⁴⁸

De lo anterior se puede definir al contrato de obra pública como el contrato administrativo mediante el cuál una persona física o jurídica, se obliga a realizar, con base a un catálogo de precios o con base de un monto determinado, una obra a cambio de una

⁴⁷ Moreno Gil, Oscar. Citado por Serra Rojas, Andrés. Op. Cit. pp. 551-552.

⁴⁸ Mario Díaz, Manuel. Citado por Serra Rojas, Andrés. Op. Cit. p. 553.

remuneración, en efectivo o en especie, o en ambos, que deberá cubrir la administración pública de conformidad con lo acordado por las partes en el contrato.

Por su importancia se reiterará que los contratos administrativos son precisamente eso, contratos, participando de una naturaleza común, de una misma identidad y de unos principios generales en la misma forma que otros tipos de contratos, como los civiles, los mercantiles y los laborales.

"El contrato es una noción unívoca, que se encuentra regulado en nuestro país por el derecho común, no existiendo, dentro de la legislación administrativa, algún ordenamiento que defina a los contratos o que señale sus principios generales."⁴⁹

Como afirma Ramón López Vilas: "El contrato como tal, sea civil, sea administrativo, es en un principio una institución básica y general que pertenece a la Teoría General del Derecho y que debe estar por encima de cualquier encasillamiento de una parcela específica de la ciencia jurídica. Lo que ocurre es que esta institución llamada contrato ha obtenido, sin duda, su más acabada y completa elaboración en el campo secular del Derecho Civil y esta fuente normativa inagotable de donde el derecho administrativo ha tomado figura del contrato administrativo que, análogo en esencia al civil, presenta la especialidad que supone la presencia de un elemento original y genuino: la administración".⁵⁰

Así como el contrato de obra pública se le considera el prototipo de los contratos administrativos, hay que aclarar que la esencia de este contrato está en su configuración

⁴⁹ Canals Arenas, Jorge Ricardo. EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. Ed. Trillas. México, D.F. 1991. p. 94.

⁵⁰ López Vilas, Ramón. Citado por Canals Arenas, Jorge Ricardo. Op. Cit. p.94

como una *locatio operaris* de Derecho Romano; no dejando de ser civil, con las adaptaciones necesarias que el derecho administrativo le impone en su regulación.

"En este contrato, más que en cualquier otro, se aprecia como el contrato privado y el contrato administrativo, no constituyen realidades radicales y rigurosamente diferentes y separadas, sino que al contrario, reflejan elementos de uno y de otro, partiendo de una concepción unívoca y de principios tanto generales como específicos"⁵¹

F. Requisitos del Contrato de Obra Pública.

Los requisitos de existencia del contrato de obra pública son los que se encuentran señalados en el artículo 1794 del Código Civil, es decir, el consentimiento y el objeto, pero además, que no sean contrarios al texto expreso de un precepto constitucional y el cumplimiento de la forma, en los celebrados por el procedimiento normal de licitación pública, que reúne características especiales de solemnidad.⁵²

Aunque por tratarse de un contrato bilateral, la doctrina señala que el objeto será doble, constituyéndolo por una parte la obra a realizar y por la otra, el precio de la misma.

El contrato de obra pública, como contrato administrativo, al igual que los contratos de derecho privado, consta de dos clases de elementos:

- a. Elementos de existencia que son el consentimiento y el objeto: y
- b. elementos de validez que son la forma y la capacidad de las partes.

Como elementos de existencia del contrato de obra pública, tenemos:

⁵¹ Canals Arenas, Jorge Ricardo. Op. Cit. p.97

⁵² Ibidem. p. 100.

El consentimiento: Para que un contrato surta sus efectos es necesario que exista el consentimiento de las partes, ya que este elemento no se puede suplir en el contrato; el contrato de obra pública no es excepción a dicho principio y requiere de la manifestación de la voluntad de los contratantes, esto es, el consentimiento que resulta ser la manifestación expresa del acuerdo de las voluntades.

En este caso concurren dos voluntades que tienen diferentes formas de manifestarse. Por una parte, la Administración Pública, sujeto necesario de estos contratos; y por otra parte, la de los particulares que contratan con ella.

La voluntad del particular se forma y exterioriza en la misma manera y modo que en los contratos de derecho privado. La voluntad administrativa, en cambio está sujeta a procedimientos determinados, más o menos complejos, cuyo desarrollo está regulado por el derecho administrativo y que deben ser cumplidos, ya que si no se cumplen, la voluntad administrativa sería viciada y no llegaría a producir los efectos debidos en la formación del contrato.

La voluntad de las partes, mantiene en el contrato administrativo, el mismo papel que tiene en el contrato de derecho privado, como elemento generador de la relación contractual, adquiriendo la formación de la voluntad contractual, en el derecho administrativo, un carácter muy especial por las normas particulares a que está sometida. De ahí que un régimen contractual administrativo, al tratar este aspecto, debe estar dirigido a lograr un doble objetivo: garantizar la debida formación y expresión de esa voluntad contractual, pero previendo, al mismo tiempo, procedimientos ágiles y simples que no sacrifiquen aquella exigencia de seguridad, la rapidez, movilidad y libertad que corresponden a una acción administrativa verdaderamente eficaz.

Lo anterior pone en evidencia que nunca debe confundirse lo que es la formación en si de la voluntad administrativa, voluntad de contratar y de hacerlo de una determinada forma, con la formación del contrato administrativo, procedimiento en el cuál se llega a la selección del contratante particular y al acuerdo de voluntades que dará lugar al contrato.

Son dos etapas distintas, de las cuales la primera es antecedente necesario de la segunda, y que mantiene su singularidad, al punto de que están normativamente regladas de manera diferente, teniendo en cuenta la finalidad que en cada una de ellas se persigue.

Para el caso del contrato de obra pública, se puede decir que el procedimiento de formación de la voluntad administrativa se inicia, cuando la dependencia de la Administración Pública realiza su proyecto de obra y solicita, en base al mismo, la autorización de su ejecución, y en especial, el monto destinado a cubrir el costo de la obra. La entidad se encuentra posibilitada para contratar, y en este momento existe ya, la voluntad administrativa, aún y cuando no se haya formalizado el contrato respectivo ni se haya hecho la selección del contratista que ejecutará la obra pública.

A mayor abundamiento, en el contrato de obra pública, la formación de la voluntad se inicia, con el estudio, análisis y resolución de las obras públicas que debe realizar la entidad, dependiendo de la Dependencia que se trate, deberá hacer un anteproyecto de presupuesto para obra pública, el cual deberá remitir con oportunidad a su coordinadora de sector. En caso de ser organismo descentralizado, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con el Decreto del Presupuesto de Egresos anual de la Federación.

Dicho anteproyecto se presentará a la Cámara de Diputados para su discusión y aprobación, en cumplimiento a lo ordenado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El objeto en el contrato de obra pública, al igual que en los contratos de derecho privado, son directo e indirecto, entendiéndose como el objeto directo, la creación o transmisión de obligaciones y derechos. En cuanto al objeto indirecto consiste en la prestación del hecho mismo, es decir, la obligación de hacer la obra encargada y el pago del precio.

Para que el objeto sea válido, este debe existir o su existencia debe ser posible, así como que la cosa sea determinada. Por otra parte, la cosa debe ser posible física y jurídicamente, y ser lícita.

Entre los elementos de validez del contrato de obra pública se encuentra la capacidad de las partes. La capacidad de ejercicio es la aptitud reconocida por la ley en una persona para celebrar por sí misma un contrato. Puede haber incapacidad para obrar o para ejercicio, cuando una persona no puede contratar por sí misma, pero está en posibilidad de hacerlo mediante un representante. La regla general es que todas las personas son hábiles para contratar, salvo las impedidas por la ley.

Esta regla es aplicada en ambas partes, ya que deben contar con la capacidad necesaria para contratar. Además, el servidor público, si pertenece a la Administración Pública Centralizada, deberá contar con la competencia para suscribir el contrato, la cuál le es conferida por normatividad administrativa. Básicamente se estará a lo previsto por el

reglamento interior de la Dependencia, el cuál lo expide el titular, de conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Por lo que se refiere a los vicios del consentimiento, el derecho administrativo no ha llevado un análisis completo respecto de este tema. No obstante, es necesario que el derecho administrativo inicie sus estudios sobre los vicios del consentimiento, para poder llegar de ésta manera a una posible regulación de las ineficiencias en los contratos administrativos que resuelva la problemática que esto suscita.

En lo que se refiere a los requisitos de validez, serán nulos los mismos que para todo contrato señala el artículo 1795 del Código Civil, aplicado a *contrario sensu*, es decir: capacidad de las partes; ausencia de vicios en el consentimiento; objeto, motivo, o fin lícito; y, forma establecida por la ley. A este último aspecto, es notorio que sólo existan algunos comentarios sobre las diversas hipótesis normativas consagradas en el texto legal, por los autores de la Doctrina.

En efecto, el artículo 2618 del Código Civil sólo exige la forma escrita cuando el objeto del contrato sea sobre bienes inmuebles cuyo valor sea superior a cien pesos y el precio se pacte por ajuste cerrado, exigiendo además, se incluya la descripción de la obra y en caso de ser necesario, también plano, diseño o presupuesto, aunque se puede considerar que estas últimas exigencias, más que constituir requisitos de forma, son procedimientos para determinar las características técnicas que deberá contener la obra que se vaya a ejecutar, ya que su ausencia, según establece el artículo 2619, solo trae como consecuencia que las diferencias que surjan entre las partes sean resueltas por peritos, tomando en cuenta la naturaleza y precio de la obra o la costumbre del lugar, no produciendo nunca la nulidad relativa del contrato, como sucedería si fuera parte de

formalidad antes señalada, según lo dispone el artículo 2228 del ordenamiento legal en comento.

La doctrina administrativa únicamente se ha concretado a establecer la nulidad de pleno derecho, cuando se presenta alguna contravención a la ley respectiva, en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas. La regla general se encuentra contenida en el artículo 15 y en forma particular existen algunas disposiciones que establecen la misma sanción, situación que no resuelve el problema.

Cualquier contravención a la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas (que en la doctrina del derecho privado es considerada como un error en la formación del contrato), en la obra pública tendría el efecto de producir la nulidad de pleno derecho del acto y podría dar lugar a la responsabilidad administrativa e incluso penal del Servidor Público. Dicha circunstancia crea un estado de inseguridad que no permite el desarrollo de las actividades en forma adecuada.

CAPÍTULO II. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

A. Extinción de las obligaciones del Contrato de Obra en el Código Civil.

El Código Civil contempla el contrato como un acto jurídico plurilateral, por lo que dentro de su texto se regula su existencia, sin embargo, puede dejar de producir efectos ya sea por hechos ocurridos desde su celebración o por haberlos cumplido en su totalidad. En el primer caso, puede ser por las siguientes causas:

1. Por inexistencia, es decir, por falta de uno o más elementos esenciales, según se puede observar en el artículo 2224 que preceptúa:

Artículo 2224.- El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

2. Por encontrarse afectado de nulidad, cuando el objeto es ilícito, al respecto señalan los artículos 8 y 2225:

Artículo 8.- Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley señale lo contrario.

Artículo 2225.- La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según disponga la ley.

3. Por encontrarse viciado el consentimiento por falta de formalidad, de capacidad, o lesión, según lo disponen los artículos 17 y 2228:

Artículo 17.- Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más por el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

Artículo 2228.- La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.

4. Por la ineficiencia, es decir, cuando no se cumplen determinadas conductas del hombre sujetas a situaciones de tiempo o espacio a que pueda estar sujeto para que surta plenamente sus efectos. Por ejemplo, el plazo o la condición a que se refieren los artículos 1938 y 1953:

Artículo 1938.- La obligación es condicional cuando su existencia o resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto.

Artículo 1953.- Es obligación a plazo aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto.

Otra causa por la que el contrato puede dejar de surtir sus efectos sería por su terminación, teniendo los siguientes casos:

- Por vencimiento del término.
- Por ejecución total
- Por imposibilidad de ejecución por caso fortuito o fuerza mayor.
- Por mutuo acuerdo
- Por Resolución.

B. Extinción del Contrato de Obra Pública.

Los contratos se pueden extinguir por su conclusión o cumplimiento. Diversas son las causas de resolución de los contratos, se mencionan:

- La muerte del contratista individual;
- La extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista;
- La quiebra del contratista o la suspensión de pagos; el mutuo acuerdo de la administración y el contratista; y,
- Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.

La doctrina menciona también causas específicas como:

- Las modificaciones del proyecto, tal como sucede en las alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, o en todo caso, cuando representen una alteración sustancial del proyecto;
- La suspensión definitiva de las obras;
- El incumplimiento de las cláusulas del contrato.

En el contrato de gestión de servicios públicos se alude a:

- La reversión del servicio de la Administración;
- el rescate del servicio por la administración;
- la supresión del mismo por razones de interés público; y,
- el cumplimiento del contratista o de la administración.

Las consecuencias que se pueden originar, aluden a dos casos:

1. Cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista. En este caso le será incautada la fianza; y deberá indemnizar los daños y perjuicios.
2. Cuando la administración es la responsable, ésta deberá pagar los perjuicios que por tal causa se originen al contratista, del precio de las obras e instalaciones; en caso de

rescate, los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a la ley, y como en todo caso de resolución, se procederá a la liquidación del contrato por el órgano de la administración que sea competente.⁵³

Siguiendo la nueva terminología en la legislación comparada y en la doctrina, la extinción de la relación contractual puede resultar, en general, de dos formas: normal y anormal.

La forma normal se da por el cumplimiento del contrato o por el vencimiento del término.

En cambio, la anormal, se refiere a los casos de nulidad y resolución de la relación contractual.

"Aunque el término resolución no resulta demasiado preciso técnicamente hablando, comprende tanto la rescisión como otros supuestos de extinción anticipada"⁵⁴.

1. Cumplimiento

En cuanto a la extinción por cumplimiento se refiere, como el mismo sustantivo lo indica, que es dable cuando el contratista entrega los trabajos de acuerdo al proyecto, los planos y en general, todas las órdenes e instrucciones de trabajo dadas por la dependencia o entidad y las demás estipulaciones convenidas.

Tanto en el vencimiento del término como en el cumplimiento del objeto, los efectos no cesan automáticamente, sino hasta que el contratista hace entrega de las obras y la

⁵³ Serra Rojas, Andrés. Op. Cit. P. 549.

⁵⁴ Canals Arenas, Jorge Ricardo. Op. Cit. p. 209.

administración las recibe, en entrega total y definitiva (pues pudiera existir entregas parciales de los trabajos identificables). Para tal efecto, el contratista notificará por escrito la terminación de los trabajos, adjuntando la documentación referente a los pagos, monto ejercido, créditos a favor o en contra, y saldos, que verificará la dependencia o entidad dentro de los treinta días calendario siguientes.

La recepción de los trabajos se hace dentro de los treinta días naturales siguientes a los de la verificación, haciendo la liquidación correspondiente, pagando los trabajos ordinarios y extraordinarios ejecutados, las modificaciones y, en los contratos de servicios relacionados con la obra pública, todos los gastos directos e indirectos, la utilidad y el costo de las obligaciones estipuladas a cargo del propio contratista.

El importe de las responsabilidades, debidamente comprobadas del contratista, se deducirá de las cantidades pendientes y si no fueren suficientes, se hará efectiva la fianza otorgada.

Si al recibirse la obra existen reclamaciones del contratista pendientes de resolver, se decidirá sobre las mismas en un plazo de otros treinta días, a partir de la recepción.

"La Recepción total o parcial y su pago, se realizarán sin perjuicio de las deducciones que deban hacerse por concepto de retenciones y sanciones."⁵⁵

Todos los contratos de obra pública se celebran para la realización de una obra. El contratante particular, por su parte, se propone cumplir todas las prestaciones debidas y necesarias a ese fin para alcanzar por esa vía el beneficio que pretende.

⁵⁵ Ibidem, p. 210.

Una vez cumplido el objeto del contrato de obra pública, lo natural es que la relación contractual termine, ya que no hay motivo para que perdure una relación jurídica establecida en aras de un resultado que ya se ha obtenido. Realizada la obra pública y pagado el precio, el contrato queda finiquitado, desapareciendo del mundo jurídico. Como las partes han cumplido con sus obligaciones en forma debida, no existe derecho de alguna de ellas a reclamar a la otra, por lo que únicamente se llevará a cabo la liquidación final.

2. Por Acuerdo entre las Partes.

El contrato de obra pública puede terminar en virtud de una rescisión convencional acordada por las partes que lo crearon, es decir, la Administración Pública y el Contratista.

De este modo, las voluntades que se concertaron para dar nacimiento al contrato, se ponen de acuerdo para darle fin, sin esperar el cumplimiento del objeto del contrato, o sin aguardar la expiración del término fijado como duración de aquél.

El mutuo consentimiento, que fue lo que creó la relación contractual, es también el que la extingue, y será igualmente la voluntad acordada de las partes las que habrán de determinar los efectos que producirá la extinción del contrato, que por lo general se limitará al pago de la parte del precio contractual correspondiente a los trabajos o prestaciones que hubiere cumplido y a la liquidación definitiva de la situación contractual, según su estado.

La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas ⁵⁶ prevé este caso y en el Reglamento de dicha ley, se disponen las consecuencias que conlleva una terminación anticipada del contrato por causa no imputable al contratista, que principalmente es el pago de la obra o

⁵⁶ Cfr. LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de diciembre de 1993.

servicios ejecutados y los gastos no recuperables.⁵⁷ Por gastos no recuperables se debe entender todos aquellos que realizó el contratista para llevar a cabo la obra, como instalaciones, contratación de equipo a instalar en la obra, etc., que variarán en cada contrato.

3. Terminación Anticipada.

La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, en su artículo 40 contempla la rescisión de los contratos al señalar:

"Artículo 40. Las Dependencias y entidades podrán rescindir administrativamente los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor o contratista.

Asimismo, las Dependencias o Entidades podrán dar por terminados anticipadamente los contratos cuando concurren razones de interés general."

Otra forma de conclusión del contrato de obra pública extraordinaria, es cuando desaparece el objeto del contrato. Es evidente que, si el contrato de obra pública ha quedado privado del objeto, si este ya no existe, la subsistencia de aquél no tiene ninguna justificación, pues la relación jurídica no tendría contenido.

Ahora bien, es necesario analizar las causas que originan que desaparezca el objeto del contrato, ya que dependiendo de ello, se finiquita la relación contractual. Así encontramos que:

⁵⁷ Cfr. REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PUBLICAS, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de Febrero de 1985.

- Si las causas que producen la desaparición del objeto son imputables al contratista, dará lugar a que la Administración Pública inicie el procedimiento de rescisión administrativa.
- Si las causas, que provocan la desaparición del objeto del contrato, son atribuibles a la Administración Pública, el contratista deberá ser indemnizado de conformidad a lo pactado en el contrato, salvo que la Administración Pública haya buscado la protección del interés público, caso en el cual, se resarcirán los perjuicios ocasionados al contratista.

a. Por Causas de Interés General.

Se considera la revocación del contrato, cuando las exigencias públicas así lo demanden, esto es, cuando afecte al interés público. Por tal motivo, 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 ocasiones se produce una profunda modificación en los motivos de hecho que determinaron el contrato o convenio, teniéndose que revocar por haber desaparecido la necesidad pública. En este caso, se revoca por carácter de causa y sus efectos se proyectan hacia el futuro, *ex tunc*, es decir, con efectos retroactivos.

Puede suceder que la revocación sea por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, en miras de una correcta administración. En este caso, debe motivarse el acto de la revocación, dejando en forma clara y precisa la legitimidad del obrar administrativo, constituyendo una competencia discrecional.

Este último modo de revocación tiene su origen en nuevas exigencias públicas que la imponen, haciendo incompatible la vigencia del contrato con las necesidades públicas colectivas, que se afectarán con la ejecución del mismo.

b. Por Causas Imputables a la Dependencia o Entidad.

El contratista no posee la facultad rescisoria que detenta la Administración Pública, sin embargo, esto no es obstáculo para que el contratista rescinda el contrato de obra pública.

A diferencia de la Administración Pública, el contratista debe demandar en vía judicial la rescisión del contrato, y el órgano judicial determinará la procedencia o improcedencia de la acción intentada. En este procedimiento deberá ser parte la dependencia o entidad contratante.

En la legislación de obra pública no se establece esta posibilidad, sino que únicamente prevé los supuestos de incumplimiento en los cuales pueda incurrir el órgano de la administración pública. Igualmente preve las posibilidades de considerar las formas para su solución. Por ejemplo, se encuentra que:

a) Si la administración pública no entrega el monto total del anticipo con oportunidad, dará lugar a diferir sin modificar, en igual plazo, el programa de ejecución pactado y formalizar mediante convenio la nueva fecha de iniciación de los trabajos.

b) En caso de incumplimiento en los pagos de estimaciones y de ajuste de costos, la dependencia o entidad, a solicitud del contratista, deberá pagar gastos financieros conforme a una tasa igual a la establecida por la Ley de Ingresos de la Federación en los casos de prórroga para el pago de crédito fiscal.

A este respecto, resulta conveniente destacar lo señalado en el Reglamento de la Ley de Obras Públicas. Específicamente el Artículo 52 en su sexto párrafo dispone: "...No implicará retraso en el programa de ejecución de obra y por tanto no se considerará como incumplimiento del contrato y causa de su rescisión, cuando el retraso tenga lugar por falta de pago de estimaciones y del ajuste de costos dentro de los plazos establecidos en el artículo 43 del Reglamento, de información referente a planos, especificaciones y normas de calidad, de entrega física de las áreas de trabajo y de entrega oportuna de materiales y equipos que deba suministrarlos la contratante, así como cuando la dependencia o entidad hubiere ordenado por escrito la suspensión de los trabajos."⁵⁸

Se puede observar que la legislación aplicable no prevé el supuesto de la rescisión por parte del contratista, sino únicamente se establecen mecanismos con los que se

⁵⁸ Cfr. REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PUBLICAS.

pretende no producirle perjuicio al contratista. Sin embargo, si el contratista logra demostrar que los perjuicios producidos por el incumplimiento de la contratante, no son resarcidos con dichos mecanismos, podrá solicitar ante la autoridad judicial competente la rescisión del contrato mediante un Juicio Ordinario Mercantil, de conformidad con el artículo 13 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas que remite al Código Civil para el Distrito Federal y al Código Federal de Procedimientos Civiles en forma supletoria para lo no previsto por la Ley citada.

En este sentido señalan los preceptos 13 y 15.

*Artículo 13. En lo no previsto por esta Ley serán aplicables el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda República en Materia Federal; y, el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Artículo 15. Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de esta ley o de los Contratos celebrados con base en ella, salvo aquellas en que sean parte empresas de participación estatal mayoritaria o fideicomisos públicos, serán resueltas por los Tribunales Federales.

Lo dispuesto por este artículo se aplicará a los organismos descentralizados sólo cuando sus leyes no regulen esta materia de manera expresa.

Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en los tratados de que México sea parte o de que la Contraloría conozca, en la esfera administrativa de las inconformidades que presenten los particulares en relación con los contratos antes referidos, en los términos del Título Sexto de esta Ley.

Sólo podrá pactarse cláusula arbitral en contratos respecto de aquellas controversias que determine la Secretaría, mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Contraloría y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos de pleno derecho."

c. Por Causas Imputables al Contratista.

Otra forma de terminación anticipada del contrato de obra pública que produce la conclusión del contrato, es la muerte o quiebra del contratista, en virtud de que es un contrato *intuitu personae* por lo que se refiere a la contratista.

El contrato de obra pública, como todo contrato administrativo, sigue el principio de que el contratista tiene en todos los casos la obligación de ejecutar personalmente, las obligaciones que han sido puestas a su cargo por virtud del contrato.

"En el caso de incumplimiento del contratista, la dependencia o entidad podrá optar entre exigir el cumplimiento del contrato y el hacer efectivas las penas convenidas en su caso, o declarar la rescisión del contrato. En este último supuesto, el contratista pagará una pena convencional que podrá ser hasta por el monto de las garantías otorgadas en reparación de los daños y perjuicios causados a éstas"⁵⁹

Este supuesto se encuentra previsto en el artículo 41 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas, donde se señala que "En ningún caso los derechos y obligaciones derivados de los contratos para realización de las obras públicas podrán ser cedidos en todo o en parte a otras personas físicas o morales distintas de aquellas a la que se le hubiere adjudicado el contrato, con excepción de los derechos de cobro sobre las estimaciones por trabajos

⁵⁹ Canals Arenas, Jorge Ricardo. Op. Cit. p. 213.

ejecutados que cuenten con la aprobación previa y por escrito de la contratante.⁶⁰ Este precepto ha sido modificado, sin embargo, anteriormente sostenía una hipótesis similar.⁶¹

Se puede observar claramente que este precepto se contiene también en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas en el texto del Artículo 62 in fine que establece en forma "Los derechos y obligaciones que se deriven de los contratos de obra pública no podrán cederse en forma parcial o total en favor de cualesquiera otra persona física o moral, con excepción de los derechos de cobro sobre las estimaciones por trabajos ejecutados, en cuyo supuesto se deberá contar con la conformidad previa de la dependencia o entidad de que se traten".

Es ampliamente notoria la similitud que guarda el precepto antes señalado con respecto al Artículo 41 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas, y es oportuno comentar que carece de técnica legislativa la actividad desarrollada por quien haya dado creación al Reglamento, en razón a que únicamente se reprodujo, en forma textual, lo que en la ley ordinaria se establece. Es deseable, en todo caso, que el reglamento se hubiese dedicado precisamente a reglamentar las hipótesis consagradas en la ley ordinaria ya señalada.

En este caso se distinguen dos supuestos que son:

1. Si el Contratista es persona física y muere antes de la terminación del contrato, sus derechos y obligaciones no se subrogarán a sus causahabientes, sino que se actualizará una

⁶⁰ El texto del Reglamento de la Ley de Obras Públicas señala: "Se prohíbe que los derechos y obligaciones derivados de los contratos puedan cederse total o parcialmente a otras personas físicas o morales distintas de aquellas a las que se les hubiere adjudicado el contrato, con excepción de los derechos de cobro que podrán cederse previa autorización de la dependencia o entidad contratante".

⁶¹ Cfr. Reglamento de La Ley de Obras Públicas.

causal de rescisión del contrato sin responsabilidad de las partes.

2. Si el contratista es una persona jurídica que cae en estado de quiebra o en algún procedimiento de extinción de la sociedad, en este caso se estará ante una causal de rescisión que podrá ser o no imputable al contratista, lo que dependerá del sentido de la resolución que declare la extinción de la sociedad en el procedimiento que se siga para tal fin, de conformidad con la legislación legal aplicable en cada caso.

Otras causas que pueden originar que la administración pública rescinda el contrato por incumplimiento del contratista son:

- 1.- Que el contratista no inicie los trabajos en la fecha convenida.
- 2.- Suspensión injustificada de los trabajos o cuando la dependencia o entidad rechace por defectuosas algunas partes y el contratista se niegue a repararla o a componerla.
- 3.- Por no efectuarse los trabajos de conformidad con lo estipulado o no acatar las órdenes por escrito, planos, etc.

- 4.- No cumplir con el programa de trabajo, acarreado este atraso la dificultad de terminar los trabajos en el plazo estipulado, a juicio de la dependencia o entidad.
- 5.- Ser declarado en quiebra o en suspensión de pagos.
- 6.- Por la subcontratación, sin la debida notificación y sin consentimiento.
- 7.- Por ceder los derechos de cobro sin la aprobación previa por escrito.
- 8.- No facilitar la inspección, vigilancia y supervisión de los trabajos.
- 9.- Cambiar la nacionalidad cuando se haya establecido como requisito tener esa.
- 10.- Invocar los extranjeros la protección de su gobierno en relación con el contrato.
- 11.- Incumplimiento del contrato y de la legislación aplicable en general.

CAPÍTULO III. EL PROCEDIMIENTO DE RESCISIÓN ADMINISTRATIVA

A. La Rescisión en el Código Civil.

Nuestra legislación civil considera a la rescisión, por un lado, bajo un trato genérico, el cual abarca a todos los contratos bilaterales y, por otro lado, el contrato exclusivo en el cual, en forma particular, regula al pacto comisorio de la compraventa, de la prenda e hipoteca.

En cuanto a la compraventa, el pacto comisorio se encuentra previsto en el artículo 2312 del Código Civil para el Distrito Federal.

En el Código Civil, la rescisión de los contratos bilaterales por incumplimiento, tienen su fundamento en la interdependencia de las obligaciones recíprocas, porque presuponen que ninguno quiere quedar obligado, sino en el caso de que la otra parte cumpla con su obligación. En el Código en su artículo 1949 establece:

"Artículo 1949.- La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible." ⁶²

⁶² Código Civil para el Distrito Federal.

Existen algunas discrepancias en las opiniones de los tratadistas de Derecho Público. Bercainz⁶³ llama caducidad a la terminación de un contrato administrativo teniendo como causal el incumplimiento culpable del contratista, reservando el término Rescisión a otra causa de terminación o extinción del contrato y nos ilustra diciendo:

"La caducidad se decreta como sanción por incumplimiento del contratista a las obligaciones a su cargo, esta idea de culpa y de sanción no existe en el caso de la rescisión por hecho relativo al contratista."⁶⁴ Continuando en su exposición, Bercainz reafirma: "Cuando hablamos de caducidad de cualquier otro contrato administrativo, queda claramente establecido que se trata de una rescisión unilateral declarada por los órganos administrativos del Estado, por un hecho imputable al contratista, como sanción ante el incumplimiento de las obligaciones a su cargo".⁶⁵ Así, de lo anterior se puede inferir que en opinión de Miguel Ángel Bercainz, la caducidad es una especie de rescisión, con la particularidad que tiene como móvil el incumplimiento de las obligaciones del contratista. Se puede estimar que entre rescisión y caducidad existe la misma relación que se puede encontrar entre resolución y rescisión dentro del Derecho Común.

Por su parte, Sayaguez Lazo, opina que "...cuando el contratista incumple con sus obligaciones, la Administración tendrá derecho de rescindir el contrato pudiendo, además reclamarle daños y perjuicios y la pérdida del depósito otorgado por aquel. Por lo que el incumplimiento del contratista a sus obligaciones puede dar lugar a la rescisión del contrato.... El incumplimiento puede referirse a los plazos para la ejecución de la obra o de las demás obligaciones a su cargo... la rescisión es resuelta unilateralmente por la

⁶³ Bercainz, Miguel Ángel. TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Ed. De Palma. Buenos Aires, Argentina. 1980. p. 559

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ *Ibidem*. pp. 601 y ss.

Administración, sin perjuicio de los recursos administrativos y jurisdiccionales que pueda deducir el contratista".⁶⁶

Para Jorge Escola,⁶⁷ la rescisión puede estudiarse desde diversos ángulos:

- Como potestad rescisoria,
- Como sanción, en el cuál se exige la presencia de falta o culpa contractual del contratista particular,
- Como petición del propio contratista particular, como ocurre en los casos de modificaciones irrazonables o excesivas en el contrato, o por hechos imputables a la Administración, cuando procede; y
- Cuando desaparece el objeto del contrato.

Son varias las causales para el tratadista Escola que llevan a la rescisión, dentro de esas también comprende "... el incumplimiento culpable que, en nuestro Derecho Común es lo que se denomina como rescisión".⁶⁸

Revisando el panorama general de los principales conceptos vertidos sobre la rescisión en materia administrativa por los más destacados juristas de Derecho Público, se puede concluir: que en lo que en materia civil se conoce como rescisión propiamente dicha, en materia administrativa si se comprende la misma hipótesis, sólo que en algunos casos se denomina de otra forma, como lo hace Bercaitz quien habla de caducidad, o bien se incorpora al lado de otras causales (Sayaguez Lazo y Jorge Escola), sin reservarle el uso privativo del término como sucede en Derecho Común.

⁶⁶ Sayaguez Lazo, Enrique. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Vol. II, 3a. Ed. Montivideo, Paraguay. 1974. pp. 117-118.

⁶⁷ Escola, Héctor Jorge. TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Ed. Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1981. pp. 401-402.

⁶⁸ Idem.

La Administración Pública tiene la prerrogativa de disponer, de manera unilateral, la rescisión de los contratos administrativos, fundándose en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o sea, cuando se vea afectado en forma directa el interés general. Resulta evidente que dicha potestad constituye una cláusula exorbitante de derecho privado. Se habla ya no de un derecho de la administración, sino de un verdadero poder, de una potestad administrativa que no requiere, para tener aplicación, estar expresamente insertada en cada uno de los contratos administrativos de que se trate, sino que siendo virtual, podrá ejercer aún a falta de toda referencia en el contrato, sino que el órgano jurisdiccional competente tenga que declarar la rescisión y sin que tal declaración hecha directamente por la Administración Pública sea cosa juzgada, ya que puede ser impugnada por el contratista ante el órgano judicial. Por último, cabe señalar que en estos casos, la Administración Pública deberá fundar y motivar el acto e indemnizar al contratista de los daños y perjuicios que le hubiere causado.

Para que la rescisión civil pueda tener lugar, es menester que uno de los obligados incumpla lo que le incumbe,⁶⁹ para que la rescisión administrativa opere, no necesariamente una de las partes deberá incumplir con su obligación, y tal es el caso, entre otros, de la rescisión como resultante del ejercicio de la potestad rescisoria que tiene la administración.

En el derecho civil, en algunos casos la rescisión tiene que estar expresamente pactada y debidamente escrita en el Registro Público para que opere contra terceros de buena fe, como el caso que contempla el artículo 1950 del Código Civil para el Distrito Federal. En materia administrativa no existe ninguna disposición similar.

69 Cfr. Artículo 1949 del Código Civil

En materia administrativa, en ocasiones la rescisión es consecuencia del poder o potestad que tiene la administración pública. En materia civil, en ningún caso la rescisión es consecuencia de algún poder o potestad que tiene la administración pública. En materia civil, en ningún caso la rescisión es consecuencia de algún poder o potestad de alguna de las partes; ambos contratantes, frente a la posibilidad de rescindir un contrato, están en plena igualdad.

En Materia administrativa, el interés público, directa o indirectamente, está involucrado en la rescisión de un contrato administrativo. En materia civil en la rescisión de un contrato privado únicamente está inmerso el interés particular de la perjudicada.

En materia civil es opinión predominante que para ejercer la rescisión es necesario demandar judicialmente, excepto cuando la rescisión se pactó expresamente, pues aquí opera automáticamente. En materia administrativa existe lo que se conoce como rescisión administrativa por virtud de la cual la administración, ante sí y para sí rescinde unilateralmente un contrato, teniendo el particular, en todo momento, el derecho de impugnar judicialmente la rescisión del contrato administrativo de que se trate.

Las causales de rescisión en materia civil, se concretan al incumplimiento culpable de una de las partes. En materia administrativa, la gama de causales de rescisión es más amplia, teniendo la administración más posibilidades de rescindir un contrato que el contratista particular.

B. La Rescisión en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

Al respecto de la rescisión de los contratos de obra pública, cabe mencionar que ya se ha señalado anteriormente el contenido del artículo 40 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, que prescribe lo siguiente:

"Artículo 40.- Las Dependencias y Entidades podrán rescindir administrativamente los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor o contratista.

Así mismo, las Dependencias y Entidades podrán dar por terminados anticipadamente los contratos cuando ocurran razones de interés general."

Además, ésta ley establece en su artículo 71 que las dependencias y entidades podrán suspender temporalmente en todo o en parte la obra contratada, por cualquier causa justificada. Y continúa señalando, los titulares de las dependencias y los órganos de gobierno de las entidades designarán a los servidores públicos que podrán ordenar la suspensión.

Señalado lo anterior, podemos observar que las dependencias podrán en todo momento rescindir el contrato de obra pública, siguiendo para ello los lineamientos que se encuentran señalados en el artículo 72 mismo que en lo conducente establece las siguientes hipótesis normativas:

"ARTICULO 72.- En la suspensión, rescisión administrativa o terminación anticipada de los contratos de obra pública, deberá observarse lo siguiente:

1. Cuando se determine la suspensión de la obra o se rescinda el contrato por causas imputables a la dependencia o entidad, ésta pagará los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables, siempre que éstos sean razonables, estén

debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato de que se trate;

II. En caso de rescisión del contrato por causas imputables al contratista, la dependencia o entidad procederá a hacer efectivas las garantías y se abstendrá de cubrir los importes resultantes de trabajos ejecutados aún no liquidados, hasta que se otorgue el finiquito correspondiente, lo que deberá efectuarse dentro de los cuarenta días naturales siguientes a la fecha de notificación de la rescisión. En dicho finiquito deberá preverse el sobrecosto de los trabajos aún no ejecutados que se encuentren atrasados conforme al programa vigente, así como lo relativo a la recuperación de los materiales y equipos que, en su caso, le hayan sido entregados;

III. Cuando concurren razones de interés general que den origen a la terminación anticipada del contrato, la dependencia o entidad pagará al contratista los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato de que se trate, y

IV. Cuando por caso fortuito o fuerza mayor se imposibilite la continuación de los trabajos, el contratista podrá suspender la obra. En este supuesto, si opta por la terminación anticipada del contrato, deberá presentar su solicitud a la dependencia o entidad, quien resolverá dentro de los veinte días naturales siguientes a la recepción de la misma, en caso de negativa, será necesario que el contratista obtenga de la autoridad judicial la declaratoria correspondiente".

Con respecto a las causas que originan el inicio del procedimiento de rescisión administrativa de los contratos, ya se trató en los capítulos anteriores.

C. Procedimiento de Rescisión Administrativa del Contrato de Obra Pública.

El profesor Agustín A. Gordillo, cita que para que pueda conceptualizarse la rescisión administrativa se dan diversas nociones, de las cuales creé que la más atinada es

la siguiente: "Es la declaración unilateral en ejercicio de la función administrativa que produce los efectos jurídicos individuales en forma inmediata"⁷⁰

" Por procedimiento entendemos un conjunto de actos realizados conforme a ciertas normas para producir un acto".⁷¹

Según los tratadistas, en el procedimiento administrativo no hay partes contrapuestas, sino que existe una relación entre la Administración y el interesado. Para García Oviedo, "... el procedimiento administrativo lo constituyen los trámites y formalidades que deben observar la Administración, para resolver las reclamaciones que los particulares formulen"⁷².

Gabino Fraga afirma que es el conjunto de formalidades y actos que preceden y preparan el acto administrativo.⁷³

Por lo anterior, se estima que el procedimiento administrativo es todo el conjunto de actos señalados en la ley, para la producción del acto administrativo (procedimiento previo), así como la ejecución voluntaria y la ejecución forzosa, ya sean internas o externas.

En la exposición de motivos de la Ley de Procedimientos Administrativos de España, de fecha 17 de julio de 1958, se define al procedimiento administrativo como: el "cause formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin."⁷⁴

⁷⁰ Gordillo A. Agustín. EL ACTO ADMINISTRATIVO. Ed. Abaledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina. 1969. p. 85
⁷¹ Acosta Romero, Miguel. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Porrúa. México, 1995. p 815.
⁷² Idem.
⁷³ Idem.
⁷⁴ Ley de Procedimiento Administrativo de España. citada por Acosta Romero, Miguel. Op. Cit. p. 815.

Se observa que coinciden los autores en que el procedimiento administrativo es el conjunto de actos que realiza la administración, bien para producir otro acto administrativo, o bien para lograr su ejecución.

De acuerdo con estos autores, el procedimiento de rescisión administrativa debe reunir las siguientes características:

- 1.- Que sea escrito;
- 2.- Que sea fundado y motivado.
- 3.- Que conceda al particular la garantía de audiencia;
- 4.- Que se realice por medio de los órganos competentes;
- 5.- Que satisfaga las formalidades que el Derecho exija para cada caso.

Resulta conveniente puntualizar que una vez cumplidos los requisitos del procedimiento, se deberá efectuar el análisis de cada punto, de lo cual puede resultar lo que a continuación se detalla:

- 1.- Declaración.- En el lenguaje jurídico, se entiende por ella, la manifestación de saber o no saber, hecha por cualquier persona hábil la cual emite su pronunciación al ser interrogada por autoridades competentes con motivo de una controversia ó proceso. Es la simple exteriorización de la voluntad.

- 2.- Unilateralidad.- El profesor Rafael de Pina lo refiere como "El acto o contrato del que se derivan obligaciones para una sola de las partes"⁷⁵, por lo tanto se excluye del concepto de acto administrativo a los contratos, por cuanto a que los mismos tienen un régimen jurídico en particular, dentro del género correspondiente a la función administrativa.
- 3.- Realiza un ejercicio de la función administrativa la cual, siguiendo una vez más los lineamientos del profesor Rafael De Pina, nos ilustra diciendo que es "La actividad dirigida a la realización de alguno de los servicios correspondientes al Estado, Municipio ó en general a cualquier organismo público".⁷⁶
- 4.- Que produce efectos. Ciertamente, el motivo y fundamento de todo acto jurídico, es la voluntad y las consecuencias legales que produce su exacta manifestación por el agente o sujeto activo.
- 5.- Individuales. Se refiere a que los elementos jurídicos y sus efectos, se constriñen solamente a un sujeto determinado.

⁷⁵ De Pina, Rafael de Pina Vara. Op. Cit. p. 276.

⁷⁶ Idem.

6.- En forma inmediata. Es esencial al concepto del acto administrativo, ya que los efectos jurídicos resultan de aplicación directa y surgen del acto mismo, sin estar supeditado a la emanación de un acto posterior.

Abocarse al estudio de la rescisión administrativa, es volver a los principios descritos con anterioridad, pero en ésta existe una salvedad y consiste en que antes de rescindir el contrato, se deja que el afectado ofrezca razones válidas que justifique su incumplimiento, y si ellas son satisfactorias, no se declara la rescisión y en caso contrario, si llegará a producirse la rescisión del acto que fue plenamente válido.

La rescisión por culpa, es una sanción común a la administración y al empresario. La administración puede pronunciarla en contra del empresario o del contratista, pero el empresario puede pedirla a la autoridad judicial del conocimiento del contrato, en caso de que la administración no se ajuste a los lineamientos del orden jurídico correspondiente.

Existe una figura jurídica contemplada bajo el rubro de ejecución directa y consiste en que en caso de falta a ciertas obligaciones al contrato, puede la dependencia sustituir al empresario para asegurar la ejecución de las obras por cuenta y riesgo de él, y se perfecciona para asegurar la ejecución de las obras que son de orden público.

Las numerosas hipótesis de la rescisión administrativa se clasifican en tres grupos:

- El primero, lo conforman la rescisión sin falta y la rescisión con falta.

- En segundo término encontramos a la rescisión sin falta de ninguna de las partes contratantes, tomando como ejemplo en este caso, el fallecimiento del contratista, la guerra, una sustantiva modificación en los precios, variación en la importancia de las obras, etc.
- En tercer lugar encontramos la rescisión facultativa, la cual a su vez se divide cuando es para el empresario y cuando lo es para la administración.

En esta última, cuando la administración rescinde en cualquier momento, sin dar respuestas, es simplemente porque tiene a su cargo las necesidades y la prestación de un servicio público que debe ser oportuno. En esta situación, el empresario no puede pedir al juez civil la anulación de dicha resolución y si, por el contrario puede pedir al mismo, la indemnización por dicho concepto.

Existe pues, un poder general, discrecional de rescisión en favor de la administración, al que ésta no puede renunciar y que no es necesario insertarlo en el contrato respectivo.

Al respecto, en los contratos de obra pública que celebra el Ejecutivo Federal se expone que la dependencia podrá en cualquier momento rescindir administrativamente estos contratos, por causas de interés general. Asimismo, la contravención a las disposiciones, lineamientos, bases y procedimientos que establece la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, da derecho a la dependencia a pronunciar la rescisión inmediata sin responsabilidad para la misma.

En el procedimiento administrativo de rescisión, se estima debiera permitirse al particular lo siguiente:

- 1.- Que el afectado tenga conocimiento de la iniciación del procedimiento;
- 2.- Del contenido de la cuestión que va a debatirse.
- 3.- De las consecuencias que se producirán en caso de prosperar la acción intentada;
- 4.- Que se le conceda la oportunidad de presentarse;
- 5.- Que se organice un sistema de comprobación para que el que afirme una cosa la pruebe y el que la niegue también;
- 6.- Agotada la tramitación, que se de también oportunidad a las partes de alegar, y
- 7.- Que el procedimiento concluya invariablemente con una resolución que decida las cuestiones debatidas.

D. Etapas del Procedimiento de Rescisión Administrativa del Contrato de Obra Pública.

Para proceder a declarar la rescisión de un contrato de obra pública derivado del incumplimiento, se debe tomar en cuenta lo establecido por la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, y el Reglamento de la Ley de Obras Públicas.

Como principios generales para estar en condiciones de declarar la rescisión de un contrato de obras públicas se debe entender lo siguiente:

Formular acta circunstanciada de incumplimiento en el lugar donde se ejecuten las obras, ante la presencia de los representantes de la dependencia y el contratista, el cuál deberá ser citado con toda oportunidad, situación que debe constar de manera fehaciente.

Este documento no se haya inserto en la legislación, pero dada su naturaleza e importancia, es la forma de acreditar mediante documental pública, el incumplimiento en que ha incurrido la empresa.

Esta acta debe contener:

a) Señalar lugar y fecha, donde se esté manifestando el incumplimiento a la ejecución de la obra.

b) Intervención de la dependencia o entidad contratante por conducto de su representante de mayor jerarquía de ésta en el lugar de los hechos, representante de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, al representante jurídico de la dependencia y al representante de la empresa incumplida y por último testigos de asistencia.

c) Antecedentes. En este rubro se tiene por objeto señalar con qué fecha se celebró el contrato de obra pública, que importe y cuál es la obra a realizar. Se hará mención del día en que iniciaron los trabajos y cuando se debían terminar de conformidad con el programa pactado y equipo de trabajo, que se señaló en el contrato.

d) Objeto. Hacer constar el incumplimiento en que haya incurrido la contratista de acuerdo a lo establecido en el contrato de obra pública respectivo y al programa de trabajo; debe hacerse hincapié en aquello en que incumplió la empresa y de ser posible cuantificar ese concepto.

e) Procedimiento.- Esta se realiza con el personal que en ella interviene y se procede a recorrer y revisar los trabajos efectuados por el contratista a fin de determinar el incumplimiento respecto al programa de trabajo estipulado.

De la inspección se derivan los siguientes datos:

La partida presupuestal asignada para el año de 19__ tuvo un importe de

_____.

Ejecutándose y estimándose únicamente la cantidad de _____

Saldo de obra no ejecutada ni estimada, lo que representará el atraso de __% del trabajo en relación con el avance financiero.

Se da por concluida la misma, señalando la hora, el día y el año en que ésta se formuló y una vez que sea leída a los que en ella intervinieron, la ratifican y firman para su debida constancia.

Dicho aviso de inicio del procedimiento de rescisión va dirigido al representante del contratista, en el cual se señala con que fecha se celebró el contrato de obra pública, que importe tenía y cual fue la asignación inicial. Con apoyo en el acta de incumplimiento, la dependencia del Ejecutivo Federal le comunica que acordó que procedía la rescisión administrativa por alguna de las causales señaladas en las Reglas Generales para la Contratación y Ejecución de Obra Públicas y de Servicios Relacionados con las mismas, para las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, fundando dicho inicio en lo establecido por el artículo 40 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas y 52 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas.

Se concede a la contratista diez días naturales contados a partir de que se le notifica este oficio, a fin de que manifieste lo que a su derecho convenga, apercibiéndolo de

que si transcurre ese plazo y no emite contestación o si estima que no son apropiadas, se dictará la resolución correspondiente.

Este oficio va autorizado, firmado y rubricado por el Director de la Dependencia operativa y la notificación la efectúa el C. Notificador habilitado por la Dependencia, siendo éste parte del personal de Asuntos Jurídicos.

Una vez recibidos los alegatos expuestos por la empresa, la dependencia deberá analizar cuidadosamente los razonamientos que argumenta a fin de poder determinar si ésta tiene razón o no.

En caso de que la empresa justifique su incumplimiento, se suspenderá el procedimiento de rescisión; en caso contrario, la dependencia operativa solicitará en forma expresa a la de Asuntos Jurídicos que continúe el procedimiento de rescisión.

Existe otro documento no contemplado por los ordenamientos legales invocados y tiene por objeto evaluar los avances físicos y financieros de obra correspondientes, así como evaluar las argumentaciones formuladas por la empresa y es releído por la unidad o dependencia afectada.

Este dictamen opera en favor de la Unidad Jurídica respectiva toda vez, que enumera en forma pormenorizada el seguimiento de obra evaluando si existe o no incumplimiento al contrato, así como las sanciones de que será objeto el contratista.

El dictamen de rescisión deberá notificarse fehacientemente al empresario y contener lo siguiente:

- 1.- Establecer en primer término, los antecedentes, constituidos por la mención de: cuando se celebró el concurso para la adjudicación; en que fecha se dió a conocer el fallo y, sobre todo, señalar cual empresa fue la beneficiaria y también, señalar el monto de los anticipos que la dependencia del Ejecutivo le otorgó para la iniciación de los trabajos, finalmente, que fianzas fueron otorgadas por el contratista, su número y que concepto garantizaban.
- 2.- Con que fecha se le notificó a la empresa que gozaba de un plazo de diez días para que expresara lo que a su derecho conviniera y estar en posibilidad de dictar la resolución administrativa correspondiente.
- 3.- Asentar, si es que existe, la fecha en que la empresa expuso sus alegatos, los que servirían como lo es en materia procesal, para emitir una resolución justa.
- 4.- Formular contra-alegatos, que deriven del razonamiento hecho por la dependencia en base a los alegatos vertidos por el empresario.

Por las razones expuestas, se emite la resolución, en la cual si procede, se declara rescindido el contrato de obra correspondiente, fundándose en lo dispuesto por la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, las Reglas Generales para la Contratación y Ejecución de

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Obras Públicas y de Servicios Relacionados con la misma, para las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal.

Dicha resolución comprobará de inmediato, con las pruebas que lo acrediten, las faltas cometidas por el empresario y procedimiento de rescisión en que se apoyó la Dependencia.

La rescisión por culpa del empresario es una sanción que disuelve el vínculo contractual entre la dependencia del Ejecutivo y el empresario, con la amplia facultad concebida a la administración de poder disponer de ella como medida para ocasionar consecuencias onerosas para el empresario, de tal suerte, que pueda hacer efectivas las fianzas que se emitieron a la firma del contrato, como la que se suscribe para el cumplimiento del mismo y que se constituye hasta por diez por ciento del valor total del monto del contrato.

Por último, la resolución dictada por la dependencia o entidad llamada rescisión de contrato de obra pública, contiene el número de contrato respectivo, el nombre del contratista, y el concepto de obra, antecedentes del desarrollo del contrato motivo del incumplimiento, alegatos del contratista, capítulo y consideraciones; y al final, la resolución que contiene lo siguiente:

Se rescinde a la empresa _____
el contrato de obra pública número
_____ de fecha, para llevar a cabo la
obras consistentes en

Procede levantar el acta correspondiente de la situación en que se encuentran los trabajos a la fecha.

Apliquense las sanciones a que se refiera el capítulo el punto número cuatro de consideraciones y que se refiere a hacer efectivas las fianzas que se constituyeron a favor de la Tesorería de la Federación, por concepto de daños y perjuicios que ocasionaron a la dependencia o entidad.

Notifíquese personalmente a la constructora, por conducto de su representante legal la presente resolución, para que surtan los efectos correspondientes.

Notifíquese personalmente esta resolución a la Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de la Contraloría y Desarrollo Administrativo.

Con fundamento en el artículo 40 y 72 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, se lleva a cabo la terminación de contrato que faculta a la dependencia para quedar en libertad y a partir de esta fecha, efectuar la licitación para la continuación de los trabajos a otras empresas o para realizarlos por adjudicación directa.

E. Formalidades del Procedimiento de Rescisión Administrativa del Contrato de Obra Pública.

Las formalidades esenciales que debe satisfacer el procedimiento, sobre todo cuando éste afecte al particular lo dispone el segundo párrafo del Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Las formalidades son aquellas que prescribe la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas y que se encuentran contenidas en el artículo 92 de la misma.

Estas formalidades consisten en reunir los requisitos mínimos que señala la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, para que se pueda realizar la rescisión. Esto sería el cumplir con los requisitos indispensables en relación con la esfera jurídica del particular, para que se produzca el acto administrativo. Por lo que una formalidad esencial sería todo acto necesario e indispensable establecido por la ley, previamente a un acto de decisión, para que se conforme regularmente.

El procedimiento concluye por la resolución; por la realización del acto, en caso de que se trate del acto de ejecución.

Una formalidad esencial del procedimiento es la notificación del acto administrativo. Es indispensable que el acto administrativo se notifique para que surta sus efectos de rescisión.

La notificación es el acto mediante el cual la Administración Pública hace del conocimiento, en forma fehaciente y formal, el acto administrativo a aquellos a quienes va dirigido, así como sus efectos.

“La notificación abarca muchos aspectos. El Derecho Administrativo ha adoptado varias formas de notificación del Derecho Procesal, como la notificación personal, que es formal; hay otras notificaciones, como son por correo certificado, por telegrama y por otros medios que no son aceptados por el Derecho Procesal, pero sí por el Derecho Administrativo. La notificación puede hacerse por publicación del acto en el Diario Oficial de la Federación⁷⁷

Efectos de la notificación:

- 1.- Que el administrado tenga conocimiento del acto administrativo.
- 2.- Que sea punto de partida para el cumplimiento de los derechos y obligaciones que impone el acto administrativo.
Por ejemplo, quince días para pagar impuestos determinados en cantidad líquida y exigible, seis meses o quince días para determinados actos.

⁷⁷ Acosta Romero, Miguel. Op. Cit. p 815

- 3.- Punto de partida para hacer valer, dentro de un plazo que señalan las leyes, los medios de impugnación, ya sea administrativos o jurisdiccionales.

Para complementar las formalidades que se deben seguir en el procedimiento de rescisión administrativa, se recurre al artículo 92 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas. Dicho procedimiento es el que se describe a continuación para la aplicación de la sanción rescisoria:

"ARTICULO 92.- En el procedimiento para la aplicación de las sanciones o multas a que se refiere este Capítulo, se observarán las siguientes reglas:

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

En lo conducente, este artículo será aplicable en las rescisiones administrativas que lleven a cabo las dependencias y entidades por causas imputables a los proveedores o contratistas.

F. Las Dependencias y Entidades como Autoridades para Aplicar el Procedimiento de Rescisión Administrativa del Contrato de Obras Públicas.

La Dependencia o Entidad tiene la facultad de suspender definitivamente la ejecución total o parcial de los trabajos objeto del contrato, en cualquier estado en que éstos se encuentren, con base en los artículos 40 y 71 de la Ley de Adquisiciones y Obras

Públicas. De aquí se desprende que la Administración Pública podrá, a su juicio, hacer uso de su potestad rescisoria, en la inteligencia de que cuando se ordene la suspensión por causa no imputable al contratista pagará a éste las cantidades de trabajo que hubiera efectuado hasta la fecha de la suspensión, según los precios unitarios fijados en el contrato, si los trabajos efectuados o servicios prestados no fueron considerados o no pueden considerarse en los precios unitarios, se piensa que se deben pagar como trabajos extraordinarios. Todos estos pagos serán con independencia del resarcimiento proporcional que al contratista se le efectúe por concepto de los daños que se le causen.

La facultad que tiene la Administración Pública para rescindir el contrato administrativo de que se trate, es potestativa. Si la rescisión se promueve por el incumplimiento o violación por parte del contratista a cualquiera de las estipulaciones del contrato, podrá la Administración optar por exigir el cumplimiento del mismo, aplicando en su caso las penas convenidas, o bien declarar la rescisión del propio contrato. Si la Dependencia opta por la rescisión, el contratista estará obligado a pagar la indemnización por concepto de daños y perjuicios.

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

G. El Carácter de Autoridad y Parte en el Procedimiento de Rescisión Administrativa del Contrato de Obra Pública de la Dependencia y Entidad.

El contratista particular, ante la resolución de rescisión del contrato decretada por la Administración Pública, tiene el recurso de revocación que se regula en el artículo 99 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, mismo que a la letra prescribe:

***ARTICULO 99.-** En contra de las resoluciones que dicten la Secretaría o la Contraloría en los términos de esta Ley, el interesado podrá interponer ante la que hubiere emitido, recurso de revocación dentro del término de diez días naturales, contados a partir del día siguiente al de la notificación, el que se tramitará conforme a las normas siguientes:

I. Se interpondrá por el recurrente mediante escrito en el que se expresarán los agravios que el acto impugnado le cause, ofreciendo las pruebas que se proponga rendir y acompañando copia de la resolución impugnada, así como la constancia de la notificación de esta última, excepto si la notificación se hizo por correo;

II. Si el recurrente así lo solicita en su escrito, se suspenderá el acto que reclama, siempre y cuando garantice mediante fianza, los daños y perjuicios que le pudiera ocasionar al Estado o a terceros, cuyo monto será fijado por la Contraloría, el cual nunca será inferior al equivalente al 20%, ni superior al 50% del valor del objeto del acto impugnado. Sin embargo, el tercero perjudicado podrá dar contrafianza equivalente a la que corresponda a la fianza, en cuyo caso quedará sin efectos la suspensión.

No procederá la suspensión cuando se ponga en peligro la Seguridad Nacional, el orden social o los servicios públicos.

Si la resolución que se impugna consiste en la imposición de multas, la suspensión se otorgará siempre y cuando se garantice el interés fiscal en cualesquiera de las formas previstas en el Código Fiscal de la Federación.

III. En el recurso no será admisible la prueba de confesión de las autoridades. Si dentro del trámite que haya dado origen a la resolución recurrida, el interesado tuvo oportunidad

razonable de rendir pruebas, sólo se admitirán en el recurso las que hubiere allegado en tal oportunidad;

- IV. Las pruebas que ofrezca el recurrente deberá relacionarlas con cada uno de los hechos controvertidos y sin el cumplimiento de este requisito serán desechadas;
- V. Se tendrá por no ofrecidas las pruebas de documentos, si éstas no se acompañan al escrito en que se interponga el recurso y en ningún caso serán recabadas por la autoridad, salvo que obren en el expediente en que se haya originado la resolución recurrida;
- VI. La prueba pericial se desahogará con la presentación del dictamen a cargo del perito designado por la recurrente. De no presentarse el dictamen dentro del plazo de Ley, la prueba será declarada desierta;
- VII. La Secretaría o la Contraloría, según el caso, podrá pedir que se le rindan los informes que estimen pertinentes por parte de quienes hayan intervenido en el acto reclamado;
- VIII. La Secretaría o la Contraloría, según el caso, acordará lo que proceda sobre la admisión del recurso y de las pruebas que el recurrente hubiere ofrecido, que deberán ser pertinentes e idóneas para dilucidar las cuestiones controvertidas. La Secretaría ordenará el desahogo de las mismas dentro del plazo de quince días hábiles, el que será improrrogable, y
- IX. Vencido el plazo para la rendición de las pruebas, la Secretaría o la Contraloría, según el caso, dictará resolución, en un término que no excederá de veinte días hábiles. Si no se dicta resolución en el plazo señalado, se entenderá denegada."

Nótese que este artículo reúne, en la persona de la Administración Pública, un doble carácter: el de Juez y Parte.

Por otro lado, la administración pública procura ajustar sus actos en resoluciones emitidas con base a los ordenamientos legales en que se fundan, pero muchas veces esos actos resultan violatorios de la ley, por interpretaciones erróneas o dolo de los funcionarios, perjudicándose a los particulares y en ocasiones, a la propia Administración.

Frente a estos últimos casos, la doctrina es unánime en aceptar que la administración, al igual que los particulares, debe tener a su alcance recursos o medios de defensa para acudir ante los tribunales establecidos, sean administrativos o judiciales, a fin de lograr la nulificación de sus propias resoluciones ya que ellas, por sí, no pueden modificarlas en perjuicio de los particulares.

"Las autoridades administrativas no pueden revocar sus resoluciones libremente, sino que están sujetas a determinadas limitaciones, entre las que cuenta, de manera principal la de que, siguiendo el principio de que la autoridad administrativa no solo puede realizar sus actos bajo un orden jurídico, la revocación de los actos administrativos no puede efectuarse más que cuando la autoriza la regla general que rige el acto".⁷⁸

De no otorgarse a la Administración los medios para impugnar las resoluciones dictadas en favor de particulares, con violación de la ley aplicada, se presentarían por lo que toca a la materia tributaria, verdaderos casos de injusticia o de desigualdad frente a la tributación, ya que contribuyentes sometidos a lo que establecen los ordenamientos que le son aplicados, podrán tener, ante sí, particulares que son titulares de resoluciones que los colocan en situación de ventaja en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales. Además, ante resoluciones que adolecen del vicio señalado, el Estado vería mermados los recursos que legalmente le corresponden con perjuicio de las necesidades que tiene a su cargo solventar, por lo que nadie pone en tela de duda, en la actualidad, el derecho de la Administración para acudir a juicio a combatir sus propias resoluciones favorables a particulares pero violatorias a la ley en que se apoya.

⁷⁸ APÉNDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Segunda Sala, p. 276, Quinta Época, Tomo LXXI, p. 2310, Carvajal de Baranda, María.

H. Las Garantías Individuales del Contratista en el Procedimiento de Rescisión Administrativa del Contrato de Obra Pública.

En la fracción VII del artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, se establece la competencia de las Salas Regionales para conocer de los juicios que versen contra resoluciones "...Que dicten sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias de la Administración Pública Federal Centralizada".

Bielsa justifica la competencia al decirnos que "la decisión de todo litigio promovido por la ejecución e interpretación controvertida de los contratos administrativos, es de la competencia de los tribunales contencioso-administrativos. El fundamento y justificación de esta competencia está en el objeto del contrato administrativo; es decir, en el grado de interés público que el contrato contiene. Es contrario al principio de la competencia jurisdiccional someter a tribunales civiles o comerciales las contiendas surgidas en la ejecución o cumplimiento de un contrato administrativo. Por tanto, considerando el objeto (ratione materiae), el ser mismo de la administración pública (ratione personae), la competencia debe ser de los tribunales de lo Contencioso administrativo."⁷⁹

La redacción de la mencionada fracción VII plantea dos supuestos:

⁷⁹ Bielsa, citado por Margáin Manatou, Emilio. DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACIÓN O DE ILEGITIMIDAD. Ed. Porrúa, México, 1995. p. 77.

a) La competencia de las Salas no incluye las resoluciones que se dicten sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por los organismos descentralizados;

b) la competencia de las Salas incluye las resoluciones que se dicten sobre la interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas, tanto de bienes muebles como inmuebles, celebrados por las dependencias del Ejecutivo Federal.

En razón a que los organismos descentralizados no son dependencias del Poder Ejecutivo y considerando que se regulan conforme a los ordenamientos que los crearon, tienen una personalidad jurídica especial con patrimonio propio y sus funciones están desligadas de la relación jerárquica existente en las dependencias de la administración centralizada, por lo que los problemas de interpretación y cumplimiento de los contratos de obra pública que ellos celebran no pueden ser del conocimiento de las Salas del Tribunal Fiscal por falta de competencia. Fuera de lo anterior, no se advierte causa sólida para que pudiera negarse la competencia del Tribunal en materia de contratos celebrados por los organismos descentralizados.

Como se trata de actos que lesionan los intereses de un particular, se considera conveniente otorgarle el derecho de audiencia, sin que ésta consista en llevar a cabo una reproducción del proceso judicial ante la autoridad administrativa. Es de todos sabido que la administración pública persigue el bien común, pero cuando se afecte de manera trascendente los intereses del particular, es conveniente que se conceda la garantía de audiencia, porque el particular tiene contra el acto administrativo que lo afecta, diversos recursos en el ejercicio de los cuales, estará en aptitud de hacer valer todos los razonamientos y pruebas que tenga para demostrar la razón de derecho.

El fundamento a la garantía de audiencia respecto a los actos de la Administración Pública del que deben gozar los administrados lo encontramos en los principios que derivan de los supuestos establecidos en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El goce de la garantía de audiencia, como derecho público subjetivo, corresponde a todo sujeto en su calidad de administrado, de manera que este concepto es inseparable y correlativo por medio necesario, al de la idea de autoridad, de tal suerte que, como se ha expresado, no es posible la existencia del primero sin la existencia del segundo. En palabras del tratadista Ignacio Burgoa Orihuela, "el sujeto como gobernado y la autoridad se encuentran en la relación de supra a subordinación, que se traduce indispensablemente en multitud de actos de autoridad que tienen, para ser tales, como ámbito de operatividad, la esfera del particular"⁸⁰

En razón a que están comprendidas dentro de los bienes jurídicos tutelados por la garantía de audiencia los derechos del gobernado, ha de comprenderse dentro de su connotación el derecho subjetivo, sea real o personal. Así, en atención a las consideraciones apuntadas con anterioridad, la idea de derechos subjetivos se concibe, para el caso que nos ocupa, "...como aquella facultad que incumbe al sujeto nacida de una situación jurídica concreta como lo es el contrato de obra pública y el posterior procedimiento de rescisión, establecida por la actualización del estatus normativo abstracto y que importa a su cargo de otro sujeto la observancia y cumplimiento de lo dispuesto por la norma jurídica."⁸¹

⁸⁰ Burgoa Orihuela, Ignacio. LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Ed. Porrúa, México, 1997. p. 537.

⁸¹ Ibidem. p. 542.

En tal sentido basta que en un procedimiento cualquiera, se de la oportunidad a la persona a la que se pretende privar de algún bien jurídico para que aquella se oponga al acto respectivo o instaurar las pretensiones que se traten de obtener en su favor, para que se establezca la posibilidad de que surja una verdadera y positiva controversia.

De lo antes previsto se observa que el procedimiento administrativo de rescisión, modifica la situación jurídica del gobernado en forma unilateral, de tal manera que de esa modificación se indica en los bienes jurídicos tutelados por el artículo 14 constitucional, el juicio o procedimiento, es susceptible de ventilarse, de acuerdo con los ordenamientos legales aplicables, ante las mismas autoridades de las que provenga el acto. Ahora bien, dicho procedimiento debe instituirse legalmente como medio para que el administrado formule su defensa antes de que se realice en su perjuicio el acto administrativo.

La garantía de audiencia, de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, y en virtud de lo manifestado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación consiste en que las autoridades administrativas están obligadas a llenar los requisitos que señale la norma secundaria aplicable y, además, a cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, de tal suerte que, aunque la ley del acto no establezca, en manera alguna, requisitos ni formalidades, previamente a la emisión del acto, de todas suertes queda la autoridad gubernativa obligada a observar las formalidades necesarias para respetar la garantía de previa audiencia que consagra nuestra Carta Magna en su artículo 14.

En esas condiciones ha reconocido la Suprema Corte, que no es indispensable para el quejoso atacar la inconstitucionalidad de la ley respectiva, puesto que, para alcanzar el

otorgamiento del amparo, basta que el mismo agraviado demuestre la contradicción entre el acto combatido y la Carta Fundamental.⁸²

Finalmente, y como corolario de las ideas expuestas con anterioridad, resulta necesario tomar en consideración la atinada opinión de la doctrina, aunada a la actuación de la Jurisprudencia relativa al tema, en donde se ha destacado la importancia y trascendencia de la garantía de audiencia la cual, debe tener una verdadera eficacia, ya que debe constituir un derecho de los particulares no solo frente a las autoridades administrativas y judiciales, sino también frente a la autoridad legislativa, de tal manera que ésta quede obligada, para cumplir el expreso mandato constitucional, al consignar en sus leyes los procedimientos necesarios para que se oiga a los interesados y se les de oportunidad de defenderse, en todos aquellos casos en que puedan resultar afectados sus derechos.⁸³

Con estas ideas finales, queda aclarada nuestra posición con respecto al particular que haya sido contratado para la ejecución de cualquier Obra Pública. Antes de ser afectado en sus derechos, debe brindársele el legítimo derecho de uso de la Garantía de Audiencia.

⁸² Amparo en Revisión 2125/59, Antonio García Michel, 23 de marzo de 1960. 5 votos. Ponente Felipe Tena Ramírez. Sexta Época. Tomo XXXIII, Segunda Sala. p. 37.

⁸³ Burgoa Orihuela, Ignacio. Op. Cit. p. 564.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Para satisfacer las necesidades colectivas que se le encomiendan, el Estado, por conducto de la Administración Pública, utiliza los servicios de personas físicas y morales, recurriendo a diferentes Instituciones Jurídicas. Una de ellas, es la figura que recibe el nombre de Contrato Administrativo.

SEGUNDA.- El Estado, por conducto de la Administración Pública, puede ejercer su voluntad en forma unilateral, llevando a la rescisión misma del contrato, circunstancia ésta que hará ineficaz la existencia del acuerdo de voluntades. En el caso, considero, existe una ilegalidad dentro del procedimiento de rescisión administrativa del contrato de obra pública.

TERCERA.- La Administración Pública extingue o rescinde el vínculo contractual en forma unilateral, ante sí y para sí. En el derecho civil, si la ley no lo autoriza, ninguno de los contratantes puede dar por finalizado, en forma unilateral, las relaciones contractuales, so pena de contradecir el principio contenido en el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal.

CUARTA.- La facultad de rescindir unilateralmente un contrato Administrativo ante sí y para sí, es el resultado del control y dirección contractual que posee la Administración Pública y ubica al particular en la forma de colaborador de aquélla. Por causa de la rescisión, el contratista se sitúa en un plano de subordinación frente a la Administración.

QUINTA.- El procedimiento de rescisión administrativa que se sigue frente a los contratistas o particulares, debe satisfacer los mínimos requisitos procedimentales, tales como: que sea por escrito; que esté fundado y motivado; que conceda al particular la garantía de audiencia; que se realice por medio de los órganos competentes, cumpliendo las formalidades que el derecho exija, por los motivos previstos en la ley y de acuerdo con el contenido y finalidad que la misma haya designado para cada caso.

SEXTA.- La instrumentación del procedimiento administrativo de rescisión da inicio con la notificación al contratista por parte de la Administración Pública, de las causas que según criterio de ésta, configuran el incumplimiento a las obligaciones contractuales. El objeto de esta notificación es a efecto de que el contratista manifieste lo que a su derecho convenga en un plazo no mayor a diez días hábiles. Al concluir el plazo fijado, si el notificado no hizo manifestación alguna en su defensa, o si después de analizar las razones aducidas por éste, el

órgano administrativo estima que las mismas no son satisfactorias, dictará la resolución que proceda.

SÉPTIMA.- Para emitir la resolución que proceda, como ha quedado expuesto, se concede la garantía de audiencia pero con las limitaciones que se han señalado, de tal manera que el particular puede resultar afectado en sus intereses, por la decisión del órgano administrativo que hace manifiesta su declaración.

Así, el método para declarar la rescisión del contrato adopta la forma que todo procedimiento reviste, cuando éste es seguido ante la autoridad administrativa.

OCTAVA.- Las Dependencias y Entidades de la Administración Pública, tienen el poder de rescindir los contratos de obras, y es ante ellas mismas, donde el particular debe solicitar el recurso de revocación. Aquí se puede observar que las Entidades y Dependencias forman por un lado, la parte afectada y por otro, la de Juez de sus propios actos.

NOVENA.- Del procedimiento de rescisión administrativa así llevado a cabo, se debe concluir que es ilegal, ya que como se ha señalado, la Dependencia y la Entidad, son parte y juez al mismo tiempo, por lo que considero que el procedimiento debe ser conocido por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.

DÉCIMA.- No se menciona en la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, ni en el Reglamento de la ley de Obras Públicas, la forma en que deberán desahogarse las pruebas ofrecidas por el contratista. Por lo cual, considero pertinente que en caso de que se expida un Nuevo Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, éste supliere las deficiencias señaladas en este punto.

DÉCIMA PRIMERA.- Antes que la Dependencia o Entidad lleve a cabo de manera unilateral, la terminación de los contratos administrativos de obra pública en contravención con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se propone que debiera integrarse un expediente con los elementos suficientes para determinar la presunta responsabilidad del contratista. El expediente que se integre con este motivo, deberá ser remitido por la Entidad o Dependencia, a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, quien, según considero, deberá tener la facultad de actuar como un Órgano Conciliador.

DÉCIMA SEGUNDA.- Una vez notificado al contratista el procedimiento en su contra, debe concedérsele la oportunidad de comparecer al procedimiento y facultarlo para aportar todos los medios probatorios a su alcance, a efecto de que esté en posibilidad de deslindar su responsabilidad. En todo caso, si la SECODAM

determina la existencia de responsabilidad por parte del contratista, procederá la resolución de terminación anticipada del contrato, produciendo todos los efectos legales que determine la legislación aplicable. Con ello, se dará estricto cumplimiento a lo preceptuado por nuestra Carta Magna en el sentido de ser oído y vencido en juicio.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Teoría General Del Derecho Administrativo Porrúa, México, 1995.

2. AGUILERA VELASCO, ALBERTO. Colección de códigos europeos concordados y anotados, Madrid, España, Ed. A. Flores, 1875.

3. BERCAITZ, MIGUEL ANGEL. Teoría General De Los Contratos Administrativos. Buenos Aires, Argentina, Ed. De Palma, 1980.

4. BURGOA ORIHUELA, IGNACIO. Las Garantías Individuales. México, Porrúa, 1986.

5. CANALS ARENAS, JORGE RICARDO. El Contrato de Obra Pública. México, Trillas, 1991.

6. DE BACARDÍ, ALEXANDRO. Cuerpo Del Derecho Civil Justiniano Tomo I, Barcelona. España, Ed. Narciso Ramírez.

7. DE PINA, RAFAEL. Elementos Del Derecho Civil Mexicano. México, Porrúa, 1961.

8. ESCOLA, HÉCTOR JORGE. Tratado Integral De Los Contratos Administrativos. Buenos Aires, Argentina, Ed. De Palma, 1981.

9. GARCÍA GOYENA, FLORENCIO. Concordancia, motivos y comentarios del código español. Tomo III., Madrid, España, Ed. Sociedad Tipográfica.

10. GORDILLO A. AGUSTÍN. El acto administrativo. Buenos Aires, Argentina, Ed. Abaledo-Perrot, 1969.
11. MARGÁIN MANATOU, EMILIO. De lo contencioso administrativo de anulacion o de ilegitimidad. México, Porrúa, 1995.
12. MATEOS ALARCÓN, MANUEL. Código Civil del D.F. Concordado y anotado. México, Ed. Librería de la Viuda de Ch. Bouret, 1904.
13. OLIVERA TORO, JORGE. Manual De Derecho Administrativo. 6º ed., México. 1993.
14. SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, JORGE El Concepto de Causa en el Derecho Positivo Mexicano. Anuario Jurídico, Nos. 3 y 4, México, 1976.
15. SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN De Los Contratos Civiles. México, Porrúa, 1984.
16. SAYAGUEZ LAZO, ENRIQUE. Tratado De Derecho Administrativo Vol. II, 3a. ed., Montevideo, Uruguay. Ed., 1974.
17. SERRA ROJAS, ANDRÉS. Derecho Administrativo. TOMO II México, Porrúa, 1988.

LEGISLACIÓN

1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 112a. Ed., Editorial Porrúa 1996.

2. LEY ORGÁNICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL. 36a. Ed., Editorial Porrúa 1997.

3. LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA FEDERACIÓN.

4. LEY DE ADQUISICIONES Y OBRAS PÚBLICAS. Publicada en el Diario Oficial de la Federación. 30 de diciembre de 1993.

5. REGLAMENTO DE LA LEY DE OBRAS PÚBLICAS. Publicada en el Diario Oficial de la Federación. 13 de Febrero de 1985.

6. CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. 70 Ed., Editorial Porrúa 1997.

7. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 64a. Ed., Editorial Porrúa 1995.

OTRAS FUENTES.

1. AMPARO EN REVISIÓN 2125/59, Antonio García Michel, 23 de marzo de 1960. 5 votos. Ponente Felipe Tena Ramírez. Sexta Época. Tomo XXXIII, Segunda Sala. P. 37.

2. APÉNDICE AL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Segunda Sala, p. 276, Quinta Época, Tomo LXXI, p. 2310, Carvajal de Baranda, María.

3. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Tomo IV. Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.