



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO E DERECHO ADMINISTRATIVO**

**LA RESCISION ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO MEXICANO. CONSIDERACIONES
PARA UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EFICIENTE**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ESPINOSA LAZOS RAMIRO.**

ASESOR: DR. ARMANDO G. SOTO FLORES



CIUDAD UNIVERSITARIA

2010



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

DEDICATORIAS

A DIOS:
QUIEN SIEMPRE QUIERE, Y
HACE POSIBLES COSAS QUE
PARA LOS HOMBRES,
PARECEN IMPOSIBLES.

A MIS PADRES:
DON NOE ESPINOSA SANTIAGO
Y DOÑA ADOLFINA LAZOS
HERNANDEZ, POR LO QUE
PUDIERON DARME.

A MI ESPOSA YASMIN:
POR SU PACIENCIA Y
COMPAÑÍA DURANTE EL
CAMINO RECORRIDO.

A LUIS ARIEL, JERICO JAIR Y
KEVIN OSMAR, FUENTE
INFINITA DE AMOR E
INSPIRACIÓN.

A MIS HERMANOS:
COMO HOMENAJE, POR LOS
MOMENTOS QUE NO HEMOS
COMPARTIDO.

AL DISTINGUIDO DOCTOR, DON
ARMANDO G. SOTO FLORES,
POR SU INVALUABLE APOYO
EN LA ELABORACIÓN DEL
PRESENTE TRABAJO.

A LA LICENCIADA MARIA
GUADALUPE GARCIA
MALDONADO, POR SUS
VALIOSOS CONSEJOS E
INCONDICIONAL APOYO.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MÉXICO, POR
LA OPORTUNIDAD DE SER
PARTE DE ELLA.

AL EJERCITO MEXICANO, QUE
ME HA FORMADO Y DADO LO
QUE TENGO.

LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO MEXICANO, CONSIDERACIONES PARA UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EFICIENTE.

INDICE.

| | |
|-------------------|---|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
|-------------------|---|

CAPITULO PRIMERO.

| | |
|--|----------|
| LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA..... | 4 |
| 1.1. EL ESTADO CONTRATANTE..... | 4 |
| 1.1.1. Los Contratos Administrativos..... | 5 |
| 1.1.1.1. Concepto de Contrato Administrativo..... | 7 |
| 1.1.1.2. Naturaleza Jurídica de los Contratos Administrativos..... | 8 |
| 1.1.1.3. La figura del contrato administrativo como un contrato regido por el derecho público..... | 8 |
| 1.1.1.4. La distinción entre los contratos administrativos y los Contratos privados..... | 9 |
| 1.1.1.5. Teorías positivas y negativas de los contratos administrativos..... | 15 |
| 1.1.1.5.1. La teoría negativa..... | 17 |
| 1.1.1.5.2. La teoría positivista..... | 18 |
| 1.1.1.6. Principios generales de la Contratación Administrativa..... | 19 |
| 1.1.1.6.1. Concepto de principio..... | 20 |
| 1.1.1.6.2. El principio de equilibrio de intereses..... | 21 |
| 1.1.1.6.3. El principio de legalidad..... | 22 |
| 1.1.1.6.4. El principio de igualdad..... | 24 |
| 1.1.1.6.5. El principio de equidad..... | 25 |
| 1.1.1.6.6. El principio de libre concurrencia..... | 26 |
| 1.1.1.6.7. El principio de publicidad..... | 27 |
| 1.1.1.6.8. El principio de transparencia..... | 28 |
| 1.1.1.6.9. El principio de eficiencia..... | 29 |
| 1.1.1.6.10. El principio de eficacia..... | 30 |
| 1.1.1.6.11. El principio de honradez..... | 32 |
| 1.1.1.6.12. El principio de Imparcialidad..... | 33 |
| 1.1.1.6.13. El principio de interés público..... | 35 |
| 1.1.1.6.14. El principio de proporcionalidad..... | 37 |
| 1.1.1.6.15. El principio de buena fe..... | 37 |
| 1.2. TIPIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS..... | 39 |
| 1.2.1. Los contratos de obra pública..... | 40 |
| 1.2.2. Los contratos de adquisición de bienes muebles..... | 43 |
| 1.2.2.1. Concepto..... | 43 |

| | |
|---|----|
| 1.2.2.2. Clases de contratos administrativos de adquisición de bienes Muebles..... | 43 |
| 1.2.2.2.1. El contrato cerrado de adquisición de bienes muebles..... | 44 |
| 1.2.3. Los contratos de arrendamiento de bienes muebles..... | 44 |
| 1.2.3.1. El contrato administrativo de arrendamiento ordinario de bienes muebles..... | 45 |
| 1.2.3.1.1. Concepto..... | 45 |
| 1.2.3.2. El contrato administrativo de arrendamiento financiero de bienes muebles..... | 46 |
| 1.2.3.2.1. Concepto..... | 46 |
| 1.2.4. Los contratos de prestación de servicios..... | 47 |
| 1.2.4.1. El contrato administrativo de prestación de servicios profesionales..... | 48 |
| 1.2.4.1.1. Concepto..... | 48 |
| 1.2.4.2. El contrato administrativo de prestación de servicios..... | 49 |
| 1.2.4.2.1. Concepto..... | 49 |
| 1.2.5. Los contratos de suministro..... | 50 |
| 1.2.6. Los contratos de empréstitos públicos..... | 52 |
| 1.2.6.1. Definición del contrato de empréstito público..... | 53 |
| 1.2.6.2. Naturaleza jurídica..... | 55 |
| 1.2.6.3. Tipos de empréstito público..... | 55 |
| 1.2.6.3.1. Interno..... | 56 |
| 1.2.6.3.2. Externo..... | 57 |
| 1.2.6.4. Finalidad..... | 58 |
| 1.2.6.5. Régimen especial de derecho público aplicable al contrato de empréstito..... | 59 |
| 1.2.6.6. Extinción del Empréstito..... | 60 |
| 1.2.6.7. Disposiciones vigentes que regulan el empréstito público en el ámbito federal..... | 61 |
| 1.2.6.7.1. Fundamento constitucional..... | 61 |
| 1.2.6.7.2. Fundamento legal..... | 63 |
| 1.2.7. Los contratos de enajenación de Bienes del Estado..... | 65 |

CAPITULO SEGUNDO

| | |
|--|-----------|
| LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN DEL ESTADO..... | 67 |
| 2.1. Concepto de la rescisión administrativa..... | 67 |
| 2.2. Naturaleza jurídica de la rescisión administrativa..... | 70 |
| 2.2.1. El significado de “rescindere”..... | 71 |
| 2.3. De las distintas formas de terminación del contrato administrativo: normal y anormal..... | 72 |

| | | |
|--------------|--|-----|
| 2.4. | Directrices básicas de la rescisión administrativa..... | 76 |
| 2.4.1. | Elementos..... | 76 |
| 2.4.2. | Causas..... | 77 |
| 2.4.3. | Modalidades..... | 79 |
| 2.4.4. | Efectos..... | 79 |
| 2.5. | La rescisión contractual por las partes..... | 80 |
| 2.5.1. | Incumplimiento del contratista..... | 80 |
| 2.5.2. | Incumplimiento de la administración..... | 86 |
| 2.5.2.1. | Por causas de interés público..... | 90 |
| 2.5.2.1.1. | Interés general, interés público o interés social..... | 90 |
| 2.5.2.2. | Por caso fortuito o fuerza mayor..... | 96 |
| 2.5.2.3. | Por oportunidad o conveniencia..... | 98 |
| 2.5.2.3.1. | Por reconocimiento de interés público..... | 99 |
| 2.5.2.3.1.1. | La obligación indemnizatoria..... | 100 |
| 2.5.3. | Por mutuo disenso..... | 101 |
| 2.5.4. | Por ley..... | 101 |
| 2.6. | Diferencias entre la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos administrativos, rescisión y resolución y revocación..... | 102 |
| 2.6.1. | Terminación anticipada..... | 102 |
| 2.6.2. | Distinción entre rescisión y revocación..... | 102 |
| 2.6.3. | Rescisión y resolución..... | 103 |
| 2.7. | Ineficacia de la rescisión administrativa..... | 104 |
| 2.7.1. | La relación entre ineficacia e invalidez..... | 104 |
| 2.7.2. | La rescisión se configura como forma de ineficacia típica..... | 107 |
| 2.7.3. | Delimitación entre la inexistencia y nulidad de los contratos y la rescisión..... | 109 |
| 2.7.4. | Rescisión y anulabilidad..... | 110 |
| 2.7.5. | Caracteres de la rescisión como forma autónoma de ineficacia..... | 112 |
| 2.8. | La rescisión administrativa como sanción contractual..... | 114 |

CAPITULO TERCERO

| | |
|--|------------|
| LA RESCISIÓN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN IBEROAMERICA..... | 116 |
| 3.1. LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA..... | 116 |
| 3.1.1. El Contrato de Obra Pública..... | 117 |
| 3.1.1.1. La extinción por cumplimiento. Recepción y plazo de garantía..... | 117 |
| 3.1.1.2. La extinción por incumplimiento. La resolución..... | 117 |
| 3.1.2. El Contrato de Concesión de Obra Pública..... | 118 |
| 3.1.2.1. Extinción del contrato de concesión de obra pública..... | 119 |

| | |
|--|-----|
| 3.1.3. El Contrato de Gestión de Servicios Públicos..... | 120 |
| 3.1.3.1. La extinción del Contrato de Gestión de Servicios Públicos. El Rescate..... | 120 |
| 3.1.4. El Contrato de Suministro..... | 122 |
| 3.1.4.1. Extinción del contrato de suministro..... | 123 |
| 3.1.4.1.1. Extinción por cumplimiento..... | 123 |
| 3.1.4.1.2. Extinción por resolución..... | 124 |
| 3.1.5. Los Contratos de Consultoría y Asistencia de los Servicios..... | 125 |
| | |
| 3.2. LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA EN ARGENTINA..... | 126 |
| 3.2.1. La rescisión en la contratación administrativa..... | 126 |
| 3.2.1.1. El procedimiento para rescindir los contratos administrativos..... | 127 |
| 3.2.1.2. El procedimiento para resolver los contratos administrativos..... | 128 |
| | |
| 3.3. LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA EN BOLIVIA..... | 129 |
| 3.3.1. La extinción de los contratos administrativos..... | 129 |
| 3.3.1.1. La rescisión..... | 130 |
| 3.3.1.2. El rescate..... | 130 |
| 3.3.1.3. La renegociación o reconversión..... | 131 |
| 3.3.1.4. Negociación..... | 131 |
| 3.3.2. Contrato de concesión..... | 132 |
| 3.3.2.1. Modificación de los contratos de concesión..... | 133 |
| 3.3.2.2. Extinción de la concesión..... | 133 |
| 3.3.2.3. Anulación de concesiones..... | 134 |
| 3.3.2.4. Efectos de la extinción..... | 134 |
| | |
| 3.4. LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA EN CHILE..... | 135 |
| 3.4.1. Clasificación de los Contratos Administrativos..... | 136 |
| 3.4.2. Tipología de los contratos administrativos..... | 137 |
| 3.4.3. El contrato de consultoría o prestación de servicios profesionales..... | 137 |
| 3.4.4. El contrato a honorarios..... | 138 |
| 3.4.5. El contrato de suministro..... | 139 |
| 3.4.6. El Contrato de Concesión..... | 139 |
| 3.4.6.1. La concesión de obra pública..... | 140 |
| 3.4.7. Terminación anticipada del contrato..... | 140 |
| 3.4.8. Extinción del contrato..... | 140 |
| 3.4.8.1. Normales..... | 140 |
| 3.4.8.2. Extraordinarios o anormales de terminación del contrato..... | 141 |

CAPITULO CUARTO.

| | |
|--|------------|
| REGULACIÓN DE LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA..... | 144 |
|--|------------|

| | |
|--|-----|
| 4.1. La rescisión administrativa en los Contratos de Obra Pública..... | 144 |
| 4.2. La rescisión administrativa en los Contratos de Adquisición y Arrendamiento de Bienes Muebles, así como en la Prestación de Servicios, regulados por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público | 155 |

CAPITULO QUINTO

| | |
|---|------------|
| BREVES REFLEXIONES HACIA UNA REFORMA QUE SISTEMATICE LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN DEL ESTADO MEXICANO..... | 169 |
|---|------------|

| | |
|--------------------------|------------|
| CONCLUSIONES..... | 175 |
|--------------------------|------------|

| | |
|--------------------------|------------|
| BIBLIOGRAFIA..... | 181 |
|--------------------------|------------|

INTRODUCCIÓN

Los recursos económicos que el Estado dispone en el gasto público para el cumplimiento de sus funciones, requieren de una eficiencia en revisión constante, basada en principios de eficacia, imparcialidad y honradez. Los contratos administrativos como instrumento del ejercicio de gobierno deben asegurar estas características a través de la búsqueda de precio y calidad para el ejercicio de los contratos. En este sentido, los artículos 25, 26 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen estas premisas, además de otras leyes y reglamentos aplicables a la materia, en las que el Estado se basa para establecer la rectoría y planeación económica y de esta forma la gobernabilidad.

La Administración Pública es la principal herramienta que el estado posee para propiciar el desarrollo económico, social, político y cultural del país. Sin embargo, esta, enfrenta una serie de vicisitudes en su ejercicio y ejecución, principalmente en la celebración de contratos que la federación suscribe con los particulares. La rescisión de estos, deteriora el ejercicio mismo de la Administración Pública ante la incapacidad de las partes para el cumplimiento de sus obligaciones y conlleva a una serie de perjuicios para el ejercicio público entre los que destacan el incumplimiento de la política pública y el daño patrimonial.

Por tal motivo, la rescisión administrativa representa un tema de interés jurídico para la administración del Estado, ya que su legalidad se compromete al no contar con una regulación en la figura jurídica de la rescisión de contratos, así como de sus procedimientos cuyas resoluciones no son claras ni precisas en su ejercicio. A pesar de las consecuencias inmediatas acumuladas de esta problemática, en México existe una ausencia documental y analítica sobre la rescisión del contrato administrativo.

En este orden de ideas, el presente trabajo de investigación contempla como objetivo general:

- analizar los elementos jurídicos y de procedimiento de la rescisión en los contratos administrativos que permitan identificar los daños más importantes al patrimonio del Estado.

Y como objetivos particulares:

- Realizar un análisis del Marco Teórico Conceptual de la Rescisión en los Contratos Administrativos, en específico de aquellos de tracto sucesivo.
- Analizar la actual regulación jurídica en el derecho positivo de la figura jurídica de rescisión administrativa, así como el procedimiento de la misma.
- Realizar un estudio comparado sobre la rescisión en los contratos administrativos con la finalidad de señalar problemáticas y avances en el desarrollo de esta figura jurídica.

En este sentido, como hipótesis podemos señalar que: la falta de claridad jurídica y de procedimientos eficientes para la rescisión de los contratos administrativos implica un desgaste en el ejercicio administrativo público y un deterioro para el patrimonio nacional. La ambigüedad en torno a este tipo de contratos por la falta de interés académico y jurisprudencial se suma a esta problemática nacional.

En el tipo de investigación que llevaremos a cabo, se empleará el método científico:

- DEDUCTIVO.- Toda vez que nos apoyaremos en algunas teorías del derecho, para de esta forma, deducir por medio del razonamiento lógico, varias suposiciones.
- SINTÉTICO.- Es entendido como aquel que tiende a reconstruir un todo mediante los elementos distinguidos por el análisis, el cual lo usaremos al final del trabajo.

- HISTÓRICO.- Este método lo usaremos en el capítulo de antecedentes, con la finalidad de exponer de manera sucinta la evolución de los contratos administrativos, y en específico de la figura de la rescisión.

- COMPARATIVO.- Dicho método consiste en la operación de contraste entre elementos jurídicos similares o diferentes, para después sacar una conclusión lógica. El cual también emplearemos, en el apartado de derecho comparado.

CAPITULO PRIMERO.

LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

1.1. El Estado Contratante.

La administración pública para cumplir con sus fines, recurre a la contratación en diversas formas a la de los sujetos ordinarios del derecho, contrata con estos sujetos para obtener medios materiales o servicios con los que desarrolla su propia actividad (obras, compras, suministros, asistencias técnicas o bien, para desarrollar servicios públicos, gestión de estos y concesiones de obras), pero también para asociar sujetos privados a la actividad propia, o como resultado de la regulación y programación de actividades. Desde esta perspectiva, la contratación cumple una función decisiva en la satisfacción del interés general.

La contratación presenta, en cualquier caso, una indudable faceta de instrumento de dirección estratégica de la vida social en manos de la administración pública, para asegurar la disponibilidad de bienes y servicios en el mercado, o desarrollar políticas económicas.

La contratación pública ni se corresponde con la actividad convencional de la administración, ni se agota exclusivamente en la conclusión de los denominados contratos administrativos, sino también de contratos privados sujetos al derecho civil.

En este sentido, la legislación administrativa, que regula la actividad contractual del Estado, tiene como idea evitar la posibilidad de abusos por parte de la administración en la elección de las partes contratantes. De manera que las disposiciones contenidas en ella están encaminadas a hacer que den el máximo de certeza, acerca del hecho de que la elección de la administración sea la mejor posible en las circunstancias en las que ocurre, y de que el procedimiento mediante el cual se llega a la elección de la parte, sea controlable en todo momento, por quien pueda tener interés en ella”.

Hay que recordar que el Estado tiene encomendadas las atribuciones indispensables para satisfacer, por medios de que no disponen los particulares,

necesidades colectivas inaplazables; que por consecuencia debe existir un régimen especial que es precisamente el que constituye el derecho público, que se inspira en el propósito de que las necesidades generales sean satisfechas en forma eficaz, continua y regular.

Para que el Estado este en posibilidad de satisfacer las necesidades de la colectividad, debe realizar la contratación de bienes, arrendamientos, servicios y obras públicas, para lo cual cuenta con una administración que le permite hacer eficiente su actuación administrativa, contribuyendo así al desarrollo económico, social y cultural del país.

1.1.1. Los Contratos Administrativos.

La administración pública para satisfacer las necesidades de la colectividad, busca celebrar contratos como ayuda a su gestión, mediante acuerdos de muy distinta naturaleza con particulares y entes públicos. La mayoría de dichos acuerdos, configuran negocios jurídicos en donde las voluntades deben concurrir necesariamente para la formación del contrato: la voluntad de la administración pública y la voluntad de un contratante.

En un primer momento los contratos eran considerados administrativos por expresa determinación legal, como ocurría en el caso del empréstito público. Era el legislador quien resolvía que conflictos derivados de los contratos celebrados por el Estado se resolvían en la jurisdicción administrativa.

Posteriormente, la jurisprudencia fue ampliando el catálogo establecido por la ley para derivar a la jurisdicción administrativa aquellos contratos vinculados con la prestación de un servicio público o aquellos que tuvieran las denominadas cláusulas exorbitantes del derecho privado. Toda vez que, si el contrato es “la vestimenta jurídica de una operación económica”, esta claro que el derecho no puede permanecer ajeno a las desigualdades económicas.

Es evidente que el Derecho Administrativo regula hoy la relación no sólo entre las administraciones y los ciudadanos, sino también entre estas y los mercados. En efecto, el

establecimiento de los procesos de privatización y desregulación que han dominado los últimos años, ha vuelto sobre la mesa la vieja discusión de qué le corresponde realizar al Estado y hasta donde.

En este sentido, los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin jurídico o propio de la administración y que llevan explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado.

Algunos estudiosos del derecho han sostenido que “contrato administrativo es el que la administración celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública” Han señalado también que “en los contratos del derecho administrativo la posición de las partes se caracteriza por la desigualdad esencial con que concurren a su celebración, asistiéndole al órgano de la administración una evidente superioridad respecto de la otra parte contratante, que se sitúa en un plano de subordinación. Y es así porque el órgano administrativo concurre en su condición de poder y como exponente y representante del interés público, mientras que el particular contratante sólo lo hace en su propio interés privado siendo ésa la razón de su lógica subordinación al primero”.

Por lo que refiere a la denominación de “contrato administrativo” existe un debate interesante, hay quienes no admiten que hayan contratos que se regulen exclusivamente por el derecho público y que, en consecuencia, merezcan la denominación de administrativos y otros que también celebrados en ejercicio de la función administrativa se regulen únicamente por el derecho civil o comercial y deban calificarse como privados. Por lo cual consideramos acertado prescindir de la expresión contrato administrativo, que sugiere una idea de oposición con los contratos del derecho privado, y hablar en cambio de los “contratos de la Administración” o “en la función administrativa”. En definitiva: en lugar de haber contratos privados con exclusiva aplicación del derecho privado y contratos administrativos con un régimen privado del derecho público, existen contratos de la Administración, en los cuales rigen en mayor o menor grado, según los casos, el derecho público y el derecho privado. Por eso no se ha encontrado una solución

satisfactoria para distinguir los contratos administrativos de los contratos privados de la Administración.¹

1.1.1.1. Concepto de Contrato Administrativo

La administración pública celebra contratos privados y públicos, estos últimos son calificados como contratos administrativos, sin embargo hay teorías que se oponen a esta idea, y optan por llamar a estos contratos como contratos de la administración.

El contrato administrativo es el contrato que celebra la administración pública con los particulares con el objeto directo de satisfacer un interés general, cuya gestación y ejecución se rigen por procedimientos de derecho público.²

Tradicionalmente se entiende por contrato la relación jurídica formada por un acuerdo de voluntades, en que las partes se obligan recíprocamente a prestaciones concebidas como contrapuestas y de tal suerte que ninguno de los contratantes pueda unilateralmente alterar o extinguir lo que resulta del acuerdo.

Es un tipo de acuerdo celebrado entre la administración y terceros en el cual, en virtud de la ley, de cláusulas pactadas o del tipo de objeto, la permanencia del vínculo y las condiciones preestablecidas se someten a imposiciones de interés público susceptibles de variación, salvo los intereses patrimoniales del contratante privado.³

La mayoría de los administrativistas mexicanos sostienen que los contratos administrativos se caracterizan por: a) ser celebrados por la administración pública; b) tener un fin público o relativo a la satisfacción de una necesidad pública; c) estar sometidos al derecho público; y d) por contener cláusulas exorbitantes del derecho privado.

¹ FARRANDO, Ismael, (Director), Los contratos administrativos, Lexis, Nexis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 384.

² Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, UNAM, Tomo III, México 2006, p. 243.

³ Bandeira de Mello, Celso Antonio, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México 2006, p. 549.

1.1.1.2. Naturaleza Jurídica de los Contratos Administrativos

De conformidad con los criterios establecidos por la doctrina y por la jurisprudencia, la naturaleza jurídica de los contratos administrativos atiende a los criterios de a) servicio público y b) el de la cláusula exorbitante de derecho común.

1.1.1.3. La figura del contrato administrativo como un contrato regido por el derecho público

El contrato administrativo esta regulado por el derecho público en el sentido de que estos tienen como finalidad el cumplir con un interés público.

En este sentido, un contrato de la administración puede ser administrativo por las siguientes razones:

1) determinación de la ley

El primer caso tradicional y unívoco en la jurisprudencia y la doctrina nacional y comparada, es aquél en que el carácter administrativo del contrato surge por determinación expresa o implícita de la ley, es decir, porque la ley que regula el contrato le ha dado un régimen administrativo y no de derecho común.

2) voluntad de las partes

El contrato también puede ser administrativo por determinación expresa o implícita de las partes, aun en ausencia de un texto legal expreso que lo califique de administrativo. Se dice que eso ocurre cuando la administración contrata bajo un régimen de “cláusulas exorbitantes” al derecho común, esto es, régimen y/o cláusulas que están fuera de la órbita normal del derecho privado. Si la administración contrata:

- a) bajo un procedimiento de derecho público como es la licitación pública.
- b) Incluye cláusulas por las que puede aplicar y ejecutar por sí ciertas penalidades.
- c) Se exime asimismo de responsabilidad por falta de pago o mora en los pagos, salvo el reconocimiento de intereses reducidos.
- d) Excluye la indemnización de lucro cesante si no cumple con el contrato.

- e) Da carácter precario a los derechos del contratista, o subcontratistas en su caso.

3) el interés público de los usuarios afectados

El Interés público es un concepto bastante amplio pero en definitiva menos preciso y puntual, en razón de que las nociones tales como las de fin o interés público, o utilidad pública, o que pueda afectar una necesidad o fin público o de bien común., del contrato administrativo parece una aclaración superflua. Sería lo mismo que incluir en la definición de acto administrativo, reglamento administrativo o función administrativa, el “fin público”. Si adoptamos el criterio de que el emisor del acto o del contrato es una entidad estatal, ésta por definición sólo puede perseguir fines públicos.

1.1.1.4. La distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados.

Los contratos privados de la administración se atribuye su conocimiento a la jurisdicción ordinaria; la otra en cambio, queda adscrita a la jurisdicción contencioso – administrativa, de donde va a concluirse derivativamente que su regulación es objeto del Derecho Administrativo sustantivo y no del Derecho Civil.

La distinción contratos administrativos-contratos privados comienza siendo una distinción que juega exclusivamente en el plano procesal y que carece de toda trascendencia en el plano material o sustantivo. La distinción surge inicialmente como una excepción al esquema estructural actos de autoridad-actos de gestión, que ha sido justamente llamada la primera sistematización del Derecho Administrativo: en éste –y en la jurisdicción contencioso-administrativa- se integran los actos dictados imperativamente por la Administración, en tanto que cuanto ésta prescinde del imperium y se somete a los modos de gestión del derecho Privado es este último quien rige su actuación, sometiéndose correlativamente a los Tribunales ordinarios. El contrato se considera entonces como el tipo mismo de los actos de gestión, es decir, de aquellas actuaciones que la Administración realiza despojada de imperium, descendiendo al mismo nivel de los particulares y en igualdad con ellos: no obstante lo cual, por razones pragmáticas, de simple utilidad (no por razones dogmáticas), se atribuye el conocimiento de alguno de los contratos que la administración celebra a la jurisdicción contencioso-administrativa.

A todo lo largo del siglo XIX, tanto la Ley como la doctrina y la jurisprudencia, lo mismo en Francia que en España, serán muy concientes de que la única singularidad de los contratos administrativos es una singularidad de régimen jurisdiccional, que no afecta en ningún caso ni a su naturaleza ni a su regulación de fondo, que siguen siendo las propias de toda cuestión civil.

El propio Duguit, fundador de la Escuela del Servicio Público, sigue afirmando en ese momento que el contrato es en todo caso una institución jurídica general que tiene siempre los mismos caracteres y los mismos efectos, cualquiera que sea el Tribunal competente, y que permanece idéntica por más que su vinculación a un servicio público determine la competencia de la jurisdicción administrativa.⁴

Para el maestro Acosta Romero los contratos administrativos contemplan los siguientes criterios:

1.- criterio objetivo o intrínseco

Cuando el Estado acuerda celebrar con los particulares una actividad de interés general. Es decir, aquel cuyo objeto este relacionado con la actividad de la Administración Pública o con el mismo se satisfaga el interés general.

2.- criterio relativo a la jurisdicción de los tribunales que se encargan de conocer de las controversias surgidas con motivo de la interpretación y cumplimiento de los contratos administrativos

Este criterio clasifica a los contratos administrativos con relación a la competencia de los tribunales que deban conocer de los conflictos originados con la interpretación, ejecución y cumplimiento de dichos contratos. El cual tiene una gran influencia de la teoría y practica de Francia, donde los tribunales administrativos tienen jurisdicción para resolver estas cuestiones.

⁴ García De Enterría, Eduardo, Tomas Ramón Fernández, Curso de derecho administrativo I, 13ª edición, Thomsón Civitas, España 2006. P. 689.

3.- Criterio del régimen al que están sujetos los contratos administrativos: a) de derecho privado, y b) Régimen de Derecho Público

En México se ha comentado este punto por los tratadistas sin llegar a uniformarse el criterio, pues hay contratos a los que se les aplica el régimen de Derecho Privado y a otros el régimen de Derecho Público.

4.- criterios de las cláusulas exorbitantes

Es típico que los contratos administrativos contengan cláusulas exorbitantes, es decir, en las cuales la administración pública tiene una serie de derechos que en cierta forma rompen con el principio tradicional de Derecho Civil, de igual de las partes en un contrato.

5.- Hechos del Príncipe

En relación a la voluntad de las partes que intervienen en ellos se ha aceptado que el Estado siempre está en ventaja jurídica respecto al contratante, pues tiene la facultad de dejar sin efecto al contrato administrativo en caso de incumplimiento o en el supuesto de que las necesidades colectivas o el interés general así lo requieran, de variar las condiciones y circunstancias del contrato dentro de ciertos límites, de variar la extensión de la obligación del contratante, de rescindir unilateralmente el contrato, de ejecutarlo forzosamente o por un tercero, en caso de morosidad. A estas circunstancias le llama la doctrina “hechos del príncipe”.

La consecuencia fundamental de la distinción entre los contratos administrativos y los contratos regidos por el derecho civil o comercial es el régimen exorbitante al derecho común que se encuentra en los primeros y ajenos a los segundos, y que es absolutamente indiferente a la voluntad de las partes.

Por otro lado, en los contratos administrativos se aplican en primer término los principios de derecho público y supletoriamente los del derecho común, mientras que los del derecho común sólo se regirán por estos últimos principios.

Así frente a la ausencia normativa en el caso de contratos administrativos, se debe recurrir, primeramente, a principios de derecho público, teniendo como guía el principio

del interés público perseguido por el Estado a través del contrato, el que determina la subordinación jurídica del contratista, mientras que en materia de contratos privados ante esa falta los principios rectores serán el de igualdad de las partes, el de la autonomía de la voluntad y el *pacta sunt servanda*, etc.

El maestro Gabino Fraga señala que la distinción entre contratos civiles y contratos administrativos radica en el régimen que a cada uno conviene. La existencia de una categoría especial de contratos, los administrativos, sólo puede justificarse por la circunstancia de que ellos están sujetos a un régimen jurídico exorbitante del constituido por el derecho civil.

Se ha sostenido que la diferencia de régimen entre los contratos administrativos y los contratos civiles celebrados por la Administración obedece a que en los primeros ésta obra como Poder, mientras que en los segundos actúa como simple persona jurídica.⁵

Se ha considerado por una buena parte de la doctrina que el carácter administrativo y consecuentemente el régimen excepcional relativo, corresponde a los contratos en razón de la finalidad que persiguen, que es una finalidad pública, o según otras expresiones, de utilidad pública, de utilidad social. Ya que, el Estado tiene encomendadas las atribuciones indispensables para satisfacer por medios de que no disponen los particulares necesidades colectivas inaplazables; que por consecuencia debe existir un régimen especial que es precisamente el que constituye el derecho público, que se inspira en el propósito de que las necesidades generales sean satisfechas en una forma eficaz, continua y regular.

Las estipulaciones a favor de la Administración dentro de los contratos administrativos se consideran como perfectamente regulares, porque ellas salvaguardan el eficaz cumplimiento de las atribuciones estatales, que de otro modo quedaría impedido si el Estado no dispusiera de los medios rápidos y efectivos para poder satisfacer las necesidades colectivas. Y es que el Estado, como ya hemos dicho antes, no puede prescindir de su carácter de Poder público aún en las relaciones contractuales y, “si no

⁵ FRAGA Gabino, Derecho Administrativo, 46ª edición, Editorial Porrúa, México 2007, p. 397.

impone como Poder el contrato, impone al que quiere contratar con él condiciones que dejan a salvo ese Poder”.

Mairal en su crítica formula la teoría del contrato administrativo, y sostiene que la teoría clásica rige al contrato por reglas propias del derecho público que se aplican ante un silencio, o aun en contra de la documentación contractual. Sostiene que lo que la crítica no discute es que en todos los contratos que el Estado celebra los aspectos de la competencia, formación de la voluntad y selección del contratista se rige por el derecho público.

Lo que sí está en discusión son los criterios de distinción entre los contratos civiles y los contratos en el ejercicio de la función administrativa, en especial por la desigualdad, cláusulas exorbitantes, etc.

Independientemente de la crítica, lo cierto es que en los contratos en el ejercicio de la función administrativa se regulan por el derecho público, pero nada impide que se apliquen los principios del derecho civil.

En este tenor, se distingue dentro del total de los contratos celebrados por la administración, los contratos regidos por el derecho privado y los contratos administrativos. Una primera diferencia, es que supone que realmente existe el contrato puramente civil del Estado. El criterio utilizado para hacer la distinción es sumamente variado, según los autores y el país e incluso la época de que se trate. En esta posición hay una suerte de ideas implícita de que el contrato civil fuera lo normal y el contrato administrativo lo excepcional, sobre todo porque una vez identificado el segundo como tal, quedará sometido a las reglas especiales del derecho administrativo antes que las del derecho común. A su vez, en los casos no previstos se recurrirá analógica o supletoriamente al resto del derecho administrativo antes que al derecho civil o comercial, cuestión esta última harto compleja que requiere un cuidadoso estudio en cada caso.

Una de las características de los contratos administrativos a diferencia de los contratos civiles es que en los primeros las partes se reconocen desiguales, en la medida en que una de ellas representa el interés general, el servicio público, y la otra solamente puede exhibir su propio y particular interés. La presencia del interés público determinará

entonces que el contratante de la Administración titular del servicio público no esté obligado solamente a cumplir su obligación como lo haría un particular con otro particular, sino que por extensión, lo esté también a todo lo que sea absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, con el cual conciente en colaborar. La administración, por su parte, lo estará igualmente, más allá de lo que es propio del Derecho común, a indemnizar al contratista en caso de que la ampliación de sus obligaciones cause a éste un perjuicio anormal, que no podía razonablemente prever en el momento de contratar.

La importancia real de la distinción entre dos conceptos jurídicos radica en el hecho de que cada concepto remite a un régimen jurídico diferente; por eso la trascendencia de la distinción será mayor o menor según sea la distancia existente entre ambos regímenes. Pues bien, hay que advertir que en el caso concreto de los contratos de la Administración la distinción entre los de carácter administrativo y los de carácter privado no remite a regímenes jurídicos irreductiblemente diferentes, sino en buena parte próximos. Hay que notar también que tales regímenes no son unitarios y compactos, es decir, que no hay un solo régimen jurídico para los contratos administrativos y otro para los contratos privados, sino varios regímenes distintos a cada lado de la línea divisoria. Dicho de otro modo, la distinción de regímenes jurídicos se hace más por series o tipos de contratos individualmente considerados que por su calificación genérica como privados o administrados.

Hablar de un régimen jurídico específico de los contratos administrativos sólo es posible, en sede doctrinal, sobre la base de una serie de generalizaciones sucesivas. Un régimen jurídico unitario para todos los contratos administrativos no ha existido nunca, ni existe tampoco en la actualidad. No puede existir, incluso, dada la diversidad de tipos contractuales, y el hecho de que toda la materia contractual esté presidida por el principio de la libertad de pactos, que permite configurar indefinidamente negocios concretos no reconducibles a los tipos habituales (contratos atípicos o innominados), lo que obliga a remitirse a sus propias normas con carácter preferente. Sobre todas estas figuras contractuales incide la presencia de la Administración, que cuando las utiliza en el ámbito

de su propia competencia funcional introduce en ellas una modelización peculiar que es la que permite calificarlas de contratos administrativos propiamente dichos.⁶

De lo expuesto se desprende que la calificación de un contrato de la Administración como privado o administrativo no tiene por sí misma una transcendencia decisiva en orden a la determinación de la regulación de fondo de unos y otros. En toda clase de contratos de la Administración es patente la mezcla del Derecho Administrativo y el Derecho Privado. Hay pues, que estar a las reglas específicas de cada contrato, porque son esas reglas, y no una genérica calificación del mismo como administrativo o como privado, las que definen su concreto régimen jurídico.

1.1.1.5. Teorías Positivas y Negativas de los Contratos Administrativos.

La doctrina tradicional sostiene que los contratos se rigen por normas propias del derecho público que se aplican ante el silencio y aún en contra de la documentación contractual. La crítica no discute que en todos los contratos del Estado la competencia, la voluntad y la selección del contratista se rigen por el derecho público; que ciertos acuerdos para fijar derechos y obligaciones emanan de relaciones de sumisión propias del derecho público, imponiendo unilateralmente la voluntad del Estado; la administración carece de facultades para limitar por vía contractual la potestad legislativa del Congreso; y que ciertos contratos, como la concesión de servicios, no tiene parangón en el derecho privado y merece una normativa especial; que el Estado puede aprovechar su fuerza negociadora para imponer cláusulas que le concedan prerrogativas respecto a las otras partes; que puede en ciertas ocasiones modificar unilateralmente el contrato como ocurre en la función pública; que algunas decisiones que se toman por actos administrativos gozan de presunción de legitimidad de acuerdo a la ley de procedimiento administrativo.

Lo que si se discute es el establecimiento de prestaciones que la parte estatal no podría imponer unilateralmente, que goce de prerrogativas extracontractuales, que exista una teoría de contrato de la que se pretendan extraer reglas generales para el derecho administrativo y por supuesto la cláusula exorbitante.

⁶GARCÍA De Enterría, Eduardo, Tomas Ramón Fernández, Op. Cit., p. 706.

Cassagne, contestándole a Mairal, sostiene la tesis de la existencia de la teoría tradicional y contesta las críticas, concluyendo que existe un régimen especial de contratos de la Administración, unitario, que no puede negarse.

Barra, terciando en la discusión, sostiene la existencia de la teoría del contrato administrativo, calificando de ingenuo sostener su inexistencia sólo por un problema de distribución, de competencias, según el conflicto de que se trate. A esta discusión se suma Bianchi analizando el derecho norteamericano, demostrando que en ese derecho existe contrato administrativo y que no tiene grandes diferencias con el local.

Podrá discutirse la existencia de una teoría. Lo que no puede discutirse es la importancia práctica del tema, la recepción jurisprudencial y la existencia de mayor cantidad de contratos públicos día a día.⁷

Para determinar las diferencias se han esbozado distintas teorías⁸:

A. Teoría de la jurisdicción.- hay contratos administrativos cuando los litigios que puedan nacer de estos contratos son de competencia de los tribunales “en lo contencioso administrativo” y son contratos de derecho privado cuando las divergencias suscitadas pueden resolverse bajo la competencia del juez común.

Se crítica esta teoría porque confunde efecto con causa pues la competencia es una consecuencia derivada de la naturaleza de la relación. Además porque existen contratos administrativos de derecho público cuya jurisdicción está otorgada a tribunales comunes.

B. Teoría sobre la forma de contratación.- son contratos administrativos aquellos que se celebran respetando las formas especiales establecidas en el derecho público (licitación pública); serían contratos civiles aquellos que se celebran siguiendo el procedimiento de contratación civil. La crítica que se formula es que un mismo contrato administrativo puede celebrarse mediante procedimientos especiales como la licitación pública o por contratación directa.

⁷ FARRANDO Ismael, Op. Cit., p. 392.

⁸ Ídem.

C. Teoría de la calificación legal.- se afirma que el contrato administrativo es aquel calificado como tal por las normas del derecho positivo. Este postulado es criticado pues no siempre concordará con las ciencias jurídicas y dependerá de la expresión de la voluntad legislativa.

D. Teoría finalista.- Habrá contrato administrativo cuando la finalidad sea la prestación de un servicio público o un fin de utilidad pública.

La crítica se encuentra en la imprecisión del concepto del servicio público y la elasticidad de la noción de actividad pública.

E. Teoría de las cláusulas exorbitantes.- se sostiene que hay contrato administrativo cuando el mismo contenga cláusulas exorbitantes en la relación del derecho común. Cláusulas que no es usual convenirlas porque serían nulas en el derecho privado.

F. Teoría del criterio de subordinación.- Se sostiene que los contratos administrativos se caracterizan por la subordinación jurídica de los administrados a la administración. La SCJ de Mendoza ha dicho que “los contratos administrativos se caracterizan por la desigualdad esencial entre las partes, pues la Administración concurre en su condición de poder y el contratista como particular en su propio interés privado que se sitúa en un plano de subordinación.

G. Teoría según el carácter en que obra la Administración.- se considera al Estado como si tuviera una doble personalidad, cuando, como sabemos, sólo tiene una y desarrolla sus actividades sujetas a regímenes diversos, tanto de derecho público como privado.

1.1.1.5.1. La teoría negativa

Mucho se ha discutido sobre la existencia de los contratos administrativos. Incluso algunos niegan su existencia, afirmando que son una especie de los contratos civiles, si

bien se admite su finalidad en cuanto al interés general y que se hayan sometido a una jurisdicción especial: la administrativa.

“Para negar la existencia del contrato administrativo se ha dicho además que siendo las características de todo contrato: a) la concurrencia libre de las partes; b) la igualdad jurídica entre ellas; y c) su obligatoriedad. De faltar total o parcialmente esas características, debe desconocerse a los administrativos el carácter de contractual. Es evidente que en los contratos administrativos no existe entre ambas partes plena igualdad jurídica, ya que, a no dudarlo, la administración está en situación privilegiada. Además la obligatoriedad en estos contratos no es igual que en derecho privado, ya que es aceptada su modificación por acto unilateral de la administración y por aplicación de la teoría de la imprevisión (solicitar el reajuste del contrato cuando su prestación, en los términos estipulados, se haga prácticamente imposible por circunstancias imprevistas). Sin embargo, estas circunstancias no alteran la naturaleza contractual de estos actos: lo que constituye esencialmente el contrato es el acuerdo de voluntades. El hecho de que una de las partes, sea la administración, no basta para cambiar esta naturaleza”.⁹

Por su parte, Gordillo expresa que:

“en una primera orientación, la más antigua, se entiende que todos los contratos celebrados por la administración están sometidos al derecho privado, es decir, que no hay una categoría nueva de contratos, además de los contratos privados. Esta es, por ejemplo, la solución todavía imperante en la doctrina alemana”.¹⁰

1. 1.1.5.2. La teoría positivista

La corriente positiva sostiene la existencia de contratos administrativos, diferentes a los sostenidos entre particulares y sometidos a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, a causa de un interés público implícito en el objeto del contrato.

⁹ CALDERÓN Mauricio Roberto, “Los contratos administrativos” Revista de derecho, San Salvador, época III, núm. 1, julio de 1973, p. 124.

¹⁰ GORDILLO Agustín, Los contratos administrativos. Contratos administrativos, Buenos Aires, Asociación Argentina de derecho Administrativo-Astrea, 1988, t. I, p. 9.

De acuerdo al criterio teleológico, lo público de un contrato lo determina su finalidad, lo cual significa que todo contrato que tenga como objeto el interés público será considerado de tipo administrativo.

1.1.1.6. Principios generales de la Contratación Administrativa

El tema de los principios generales del derecho, representa una preocupación común en muchos juristas y guarda, al mismo tiempo, una peculiar trascendencia en el Derecho Administrativo.

En realidad, configura una cuestión esencialmente jurídica, donde fluyen y se entrecruzan aspectos de la teoría general del derecho proyectándose siempre y en definitiva, sobre todas las ramas de la dogmática jurídica, cuya finalidad no puede desconocerse.

El Derecho Administrativo es uno de los sectores donde resulta más propicio la vigencia y aplicación de estos principios; esto se da por su naturaleza, en el sentido del actuar discrecional del funcionario público, y en este caso, en los procedimientos y fines de la contratación administrativa.

En materia de contratación administrativa, se ha desarrollado la elaboración de un conjunto orgánico de principios que permiten resolver los innumerables y novedosos problemas prácticos que plantea el obrar de la Administración en su capacidad de derecho privado.

Además, el crecimiento doctrinario del siglo pasado que operó en el Derecho Administrativo, contribuyó a consolidar un movimiento jurídico orientado hacia la observancia de los principios comunes a todo el ordenamiento, en la medida en que su aplicación sea compatible con las relaciones de Derecho Público que vincula a la Administración con los particulares.

El Derecho Administrativo no posee ni ha poseído nunca, una existencia aislada e independiente, y ha constituido siempre una porción del ordenamiento jurídico de cada

época histórica, manteniendo con las otras ramas jurídicas relaciones de jerarquía y subordinación, como sucedería en el caso del Derecho Constitucional, o bien relaciones de interferencia, como sería el caso de sus vínculos con el Derecho Civil y Mercantil. En materia de contratación administrativa, el punto es similar; no puede verse como una rama aislada del Derecho, sino que recibe normas y principios de otras normas, ya sean de Derecho Público como de Derecho Privado.

Así pues, analizaremos los principios más importantes que existen hoy en día en la contratación administrativa en nuestro ordenamiento, y que constituyen la base a la hora de que la Administración utilice su capacidad de Derecho Privado para contratar y buscar así la satisfacción de sus necesidades y así poder cumplir con la satisfacción de los intereses de los particulares, la cual es el fin último de la Administración.

Es elemento sobresaliente en materia de principios su abstracción, en el sentido que en su mayoría no están positivizados, sino que surgen de leyes y disposiciones constitucionales, de las relaciones contractuales que se dan día a día y en general, del sistema de valores que se encuentran en nuestra sociedad.

Los principios, como integradores del Derecho, vienen a constituir la base de determinada rama jurídica, y van a estar implícitamente en las relaciones de Derecho Público y Privado que realice la Administración.

A continuación se desarrollarán una serie de principios que regulan la contratación administrativa, indicando sus características más importantes, su fundamento jurídico y su relevancia a la hora de que el Estado necesite satisfacer sus necesidades para cumplir con sus funciones hacia los administrados.

1.1.1.6.1. Concepto de Principio

Los principios jurídicos constituyen los pilares que informan y conforman el Derecho que rige las relaciones jurídicas en el Estado, cuyos fundamentos se afirman en el sistema constitucional.¹¹

¹¹ BUJ MONTERO, Mónica. Contratos administrativos. Dirigido por Ismael Farrando. 1ª edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002, Pág. 85.

Por lo anterior, siendo la licitación pública un sistema de normas que disciplina las contrataciones efectuadas por el poder público, es inevitable la aplicación de principios de orden público, además de aquellos típicamente inherentes a ella.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, el Derecho no es sólo un catálogo de normas positivas, desprendidas de la justicia y de la realidad natural y que el juez no se limita a aplicar como un autómatas esas normas con el sólo auxilio de la lógica formal y el método deductivo, sino que es necesario que en cada caso, quien aplica las normas, valore una serie de principios y valores fundamentales que orientan el actuar administrativo.¹²

Los principios del procedimiento administrativo delimitan su contenido y su finalidad, y constituyen las pautas directrices que definen su esencia y justifican su existencia.

Por lo tanto, los principios del Derecho tienen una función informadora, en el tanto sirven al legislador como fundamento del ordenamiento jurídico; también poseen una función normativa, toda vez que actúan como fuente supletoria, en caso de ausencia de ley, pues integran el Derecho al no existir una norma jurídica que se aplique a la situación concreta; y finalmente, poseen una función interpretativa, pues operan como criterio orientador del juez o intérprete, en general.

1.1.1.6.2. El principio de equilibrio de intereses

Este principio indica que los derechos de la Administración y de los contratistas deben ser equilibrados.

La Administración no puede exigirle al contratista más que el objeto al cual se obligó: dar, hacer o no hacer determinada cosa o prestación; podrá variar en más o menos la cantidad, extensión, pero no el objeto.¹³

¹² CASSAGNE, Juan Carlos. Los principios generales en el Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot. 1988, Pág. 103 a 108.

¹³ BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos. Buenos Aires, Argentina. Ediciones De Palma. 2º Edición, 1980, p 257.

Si el contratista se obligó a construir una obra pública, no podrá obligarle a prestar un servicio público; si se obligó a construir una carretera, no podrá obligarle a construir un edificio.

La Administración tampoco podrá privarle de la utilidad convenida; ésta debe ser justa y razonable y no puede constituir un motivo de enriquecimiento para el contratista, a costa de los usuarios como consecuencia de una actividad propia del Estado.

1.1.1.6.3. El principio de Legalidad.

Es uno de los principios más importantes, no sólo de la contratación administrativa, sino de todas las ramas del Derecho, en virtud del cual, la Administración sólo puede hacer lo que expresamente el ordenamiento jurídico le tiene autorizado.

El profesor Alfonso Nava Negrete nos dice que toda actividad de las autoridades administrativas debe de tener como base ley y para ser más exactos respetar el principio de legalidad, entendido este principio de legalidad como que ningún órgano o funcionario podrá realizar conducta alguna que no esté expresamente autorizada en la ley, con lo que se busca evitar la anarquía jurídica en la actividad administrativa, que fácilmente se vuelve despótica. Avala esta idea, el compromiso que adquiere todo funcionario, titular del órgano administrativo, en el momento a que se refiere el artículo 128 constitucional “todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su cargo, prestara la protesta de guardar la Constitución y las Leyes de que ella emanen”. La Constitución Federal también proclama el derecho del administrado o gobernado el poder exigir que el órgano o autoridad acate el principio de legalidad, motivando y fundando en la ley sus mandatos, como lo establece el artículo 16 “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”¹⁴

¹⁴ Nava Negrete, Alfonso, *La legalidad en los actos administrativos*, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1973, [citado 20-05-09], Anuario del departamento de derecho de la universidad Iberoamericana (núm. 5), formato pdf, disponible en internet <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/5/pr/pr16.pdf>, ISSN 1405-0935, pp. 403 a la 406

Este principio es la columna vertebral de la actuación administrativa; ésta debe realizarse de conformidad con el ordenamiento y en cumplimiento de las finalidades para las cuales se le ha otorgado el poder.

Dentro de este principio pueden darse otros relacionados; por ejemplo está el de normatividad jurídica, donde toda la actividad administrativa debe sustentarse en normas, cualquiera que sea su fuente (constitucional, legislativa o administrativa).

Además, ninguna norma o acto emanado de un órgano inferior puede dejar sin efecto lo dispuesto por otro de rango superior, junto a que todo acto de la Administración debe encontrar su justificación en preceptos legales y en hechos, conductas, y circunstancias que lo causen.¹⁵

Este principio se manifiesta en las distintas etapas con que cuenta el procedimiento de la contratación; por ejemplo, a la hora de adjudicar, la Administración no puede darle el contrato a quien quiera y como quiera, sino que debe utilizar los procedimientos de selección que indique la norma. Todo el accionar de la administración se pone de manifiesto dentro del principio de legalidad, debiendo respetarse irrestrictamente todo el orden jurídico, porque debe existir un requisito formal, ya que la Administración no puede contratar con quien quiera, sino con el particular que reúna los requisitos de idoneidad técnica, moral y financiera.

La vinculación de toda la actividad administrativa a la legalidad se expresa en las leyes administrativas conforme al cual la administración debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Este principio, cuyos orígenes se remontan a la doctrina de la división de poderes, tal como se entendió en la Revolución Francesa, no se aplica, obviamente, a la actividad de los particulares, para los que rige el principio opuesto de vinculación negativa, ya formulado por el artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “todo lo que no está prohibido por la ley, está permitido”.

¹⁵ Buj Montero, op cit, pág 86.

La vinculación positiva rigurosa, es decir, la regulación por norma legal es requisito esencial por toda actividad limitativa que comporte limitación de las libertades y derechos de los ciudadanos.

En la actividad de limitación y sancionadora debe exigirse el máximo de precisión legal sobre los aspectos fundamentales, sin que basten los poderes generales de intervención. De esta forma, así como no hay actuación material lícita de la administración sin acto previo, tampoco hay actividad lícita sin una norma previa, legal o reglamentaria, a la que, implícita o explícitamente, el acto o la actividad de la administración puede ser reconducida.

1. 1.1.6.4. El principio de igualdad

Otro principio muy importante en los procedimientos de contratación administrativa es el principio de igualdad.

Desde un punto de vista general en materia administrativa, el principio de igualdad en el trato significa que el Estado debe prestar su actividad a todos los que la necesiten, sin otro criterio de distinción que el grado de esa necesidad, y con entera abstracción del sexo, la religión, política, las convicciones filosóficas, la clase social, o en general todo aquello que nada tenga que ver con el cumplimiento del fin público que la actividad persigue.

Aplicado ello al contrato, significa que es administrativo todo aquel en que se estipule expresamente la igualdad en el trato de todo usuario de la actividad del contratista.

En relación a los procedimientos licitatorios, los oferentes en una licitación deben ser colocados en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros.¹⁶

¹⁶ *Ibidem*, Pág. 93.

Este principio debe darse desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización del mismo, donde todos los licitadores u oferentes deben encontrarse en la misma situación y contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.

El principio de igualdad, supone, en síntesis, que a supuesto de hechos iguales deben aplicárseles consecuencias iguales y que las diferencias de tratos necesitan justificar adecuadamente la existencia de los motivos de tales diferencias.

1.1.1.6.5. El Principio de Equidad.

Desde Aristóteles, la equidad ha desempeñado la función de adecuación de la norma abstracta al caso específico. Se habla de equidad como “justicia del caso concreto”, porque se utiliza para atemperar el rigor de la generalidad de la ley, que puede resultar injusta en su aplicación in concreto si se hace una interpretación demasiado angosta. La *aequitas* surge para moderar la rigidez del *ius strictum* de acuerdo a las nuevas necesidades sociales y a los criterios de rectitud y moralidad (*ex bono et a quo*), para que el resultado de su aplicación, además de ser exacto jurídicamente, sea justo. En este significado la equidad es útil respecto a la rescisión, pues sirve como criterio valorativo de determinados requisitos y efectos del remedio que quedan confiados a la apreciación del juez.

En el ámbito contractual, la equidad también ha influido sobre la autonomía de la voluntad, jugando un papel decisivo en la adaptación de este principio al continuo variar de las circunstancias sociales, porque era el único elemento que podía dar una respuesta a los continuos vacíos entre ordenamiento y realidad económica.

No podemos olvidar, finalmente, que la rescisión nació como una aplicación de la equidad, como un remedio frente a los efectos injustos de un contrato válido según el *ius strictum*. Por tanto, una revalorización de esta, repercutiría directamente sobre aquella, o al menos procuraría un remedio ante la lesión en ausencia de una expresa previsión legal.

1.1.1.6.6. El principio de libre competencia.

Otro de los principios esenciales de toda contratación pública, es el principio de libre competencia ya que al existir el mayor número de oferentes, la Administración garantiza la pluralidad de opciones para escoger la que mejor se adapte a sus necesidades.

Está establecido en los artículos 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 29 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, entre otros, donde no se podrá incluir ninguna regulación que impida la libre competencia entre los oferentes potenciales.

Este principio entonces, tiende a buscar y asegurar la participación del mayor número posible de oferentes en la licitación, para permitirle al Estado, elegir de entre una amplia gama de posibilidades de selección, y para darse éste la oportunidad de determinar la oferta más conveniente para una eventual contratación.

Como se puede ver, la libre competencia afianza e impulsa la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes, pues cuando los participantes conocen de antemano que existirá un número considerable de oferentes, harán lo necesario por optimizar, en el mayor grado posible, su propuesta, brindándole a la Administración mejores concursantes para obtener una oferta, y un eventual contrato de un nivel cualitativo superior.

Obviamente ese derecho a participar no es absoluto, ya que los que participan en los procedimientos licitatorios, deben tener los requisitos mínimos que exige la convocatoria; sus ofertas deben ajustarse a lo establecido en el pliego de condiciones, pero en general, puede participar cualquier persona que crea tener una buena oferta para la Administración.

En vista de lo anterior, la convocatoria de licitación puede establecer bases y condiciones de carácter técnico y económico, fundadas en razones de conveniencia y debidamente motivadas.

Aparte de los requisitos que deben cumplir los oferentes, existe otra limitación al derecho de libre concurrencia, y se refiere a las limitaciones en relación a un control de la capacidad de los concurrentes, y se refiere a las limitaciones establecidas en el artículo 50 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. Donde se establecen las limitaciones a las personas que no pueden participar en procedimientos de contratación, por el lógico interés, amistad o parentesco entre los oferentes y el funcionario encargado de adjudicar. Las limitaciones de la libertad de concurrencia o “no discriminación”, se refieren a la capacidad genérica de los oferentes (honorabilidad comercial y profesional, por ejemplo) o a determinados recaudos de capacidad técnica y de solvencia económico – financiera.

1.1.1.6.7. El principio de publicidad.

Establece sus dos presupuestos básicos:

- Publicidad en relación al llamado de los oferentes a los procedimientos de contratación por los medios correspondientes.

- Publicidad en el acceso al expediente de la contratación y a la información complementaria.

Este principio también se manifiesta en los trámites posteriores a la apertura de las ofertas, donde debe privar una adecuada y esencial publicidad. Sin embargo, lo anterior presenta sus limitaciones, ya que la publicidad no puede permitirle a los oferentes inmiscuirse en el procedimiento de evaluación de las ofertas, porque este trámite es exclusivo y propio de la Administración.

Por otra parte, esa publicidad si implica el derecho de conocer las ofertas de los demás concurrentes, de modo que permita el ejercicio de las impugnaciones o recursos que procesalmente correspondan.¹⁷

¹⁷MATA, Mauricio. El procedimiento de licitación pública y distintas modalidades de contratos administrativos. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad Escuela Libre de Derecho, 2003, Pág. 28.

En resumen, la publicidad como principio hace posible brindar ampliamente toda la información relacionada con el procedimiento de licitación a los interesados, oferentes y al público en general, además de fiscalizar, en cierta forma, la utilización de los fondos públicos, no dando cabida a actuaciones de índole oscuro y moralmente reprochables. Igualmente, coadyuva a que el actuar de la Administración se lleve a cabo de manera diáfana y honorable y contribuye a que los oferentes privados participen de la manera más honesta posible con el fin de no dar cabida a situaciones incorrectas que puedan acarrear un perjuicio al interés público y un daño al procedimiento licitatorio.

1.1.1.6.8. El principio de transparencia.

El principio de transparencia está estrechamente ligado con el anterior, ya que la transparencia y publicidad son importantes a la hora de posibilitar a todos el pleno conocimiento de los actos emanados de la actividad administrativa pública.

Ambos principios permiten la crítica pública, la participación ciudadana y el control judicial, y nada de ello puede hacerse eficazmente si en primer lugar no se conoce lo que la Administración se apresta a contratar.¹⁸

La transparencia establece la garantía de que todo se hará correctamente y no “por debajo de la mesa” o a “hurtadillas”, en detrimento de la confianza de los ciudadanos hacia el Estado (o sus funcionarios) y dejando de lado la búsqueda del interés público por razones personales, que conllevan a tantos actos de corrupción de los servidores públicos.

En este sentido, la licitación pública es el mecanismo idóneo para contratar con la Administración, porque garantiza una mayor transparencia en los procedimientos y una serie de controles, que ajustan la actuación de la entidad contratante con el ordenamiento jurídico.

¹⁸ Buj Montero, Op. Cit., Pág. 92.

1.1.1.6.9. El Principio de Eficiencia.

Encuentra su fundamento jurídico en los artículos 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y principalmente los artículos 1, 16, 24 y 40 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

En este tenor, los procedimientos de contratación administrativa persiguen seleccionar la oferta que más convenga a la satisfacción del interés general y al cumplimiento de los fines cometidos de la Administración.

Por medio de la eficiencia, se busca hacer más óptima la actuación administrativa y la participación de los administrados; en virtud de la eficiencia se imponen reglas de celeridad, sencillez y economía procesal. Por lo tanto, podemos ver que la eficiencia puede verse desde dos puntos de vista:

- Como adjudicación que cumpla satisfactoriamente las exigencias de la Administración y los administrados.

- Como normas que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa, mediante las acciones y recursos respectivos.

El administrador no debe perseguir sólo las finalidades previstas en la ley. No debe alcanzarlas de cualquier forma o a cualquier costo. Imponerse la obtención del mejor resultado, el resultado óptimo.

Las funciones administrativas deben ser desempeñadas con rapidez, perfección y rendimiento funcional, englobando la seguridad de los usuarios. Las actuaciones administrativas deben propugnar para la consecución de los fines trazados por el Estado, la finalidad mayor de existencia del Estado y el bien común en salvaguarda de los intereses públicos.

La ejecución de las actuaciones administrativas debe ser la mejor posible, con la utilización de las mejores técnicas y conocimientos, siempre direccionada a la búsqueda de resultados satisfactorios para la Administración y para los Administrados.

*“Así, por ejemplo, si la autoridad competente declara el derecho a la jubilación de un funcionario, cumpliendo los requisitos de fondo y de forma, tal manifestación de voluntad queda en calidad de firme e irrevocable. Ninguna ley podría, más tarde, reducir o suprimir la pensión, cualquiera que fuera la penuria de las arcas fiscales. Lo único que se podría hacer sería imponerle una contribución. Todo lo demás sería inconstitucional”.*¹⁹

En este sentido, entendemos que las actuaciones administrativas que no procuren los mejores resultados para la Administración y para los Administrados deben ser inmediatamente suspendidas, debiendo ser revocadas por la propia Administración.

1.1.1.6.10. El Principio de Eficacia.

Debemos entender por “eficacia” la capacidad para lograr el efecto que se desea o espera. Se basa en los resultados que se deben obtener, que sea realizado sin demoras o molestias innecesarias.

De este modo se reconoce a la *eficacia* como fuerza y poder para obrar encontrándose vinculada con la *efectividad*, término que entre nosotros es “*lograr los resultados apetecidos o esperados*”²⁰. Consiguientemente, la palabra *eficacia* sugiere la obtención intencionada, en tanto deliberada y conscientemente orientada a un fin de un resultado o efecto determinado por parte de un agente con poder y fuerza para obrar. Mientras que la eficiencia alude a la idoneidad de la actividad dirigida a producir tal fin constituyendo por demás términos estrechamente interrelacionados.

¹⁹ IRIBARREN, Juan Antonio, Lecciones de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1936, p. 39.

²⁰ Vid.: Efectividad en Diccionario Ejemplificado de Chilenismos de la Academia Superior de Ciencias Pedagógicas de Valparaíso, 1985.

El artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precisa que los recursos económicos de que dispongan la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Los principios de eficacia y eficiencia administrativas se encuentran vinculados en una relación de interdependencia con otros principios de la actuación administrativa, esto quiere decir que el cumplimiento de unos es necesario para la materialización de los otros. Entre estos principios relacionados podemos destacar los de coordinación, control y probidad.

Para la economía, como ciencia de la escasez, el término de mayor relevancia es la eficiencia ya que ella atiende a la consecución del máximo nivel de satisfacción posible a alcanzar con los recursos disponibles en el sistema económico. Mientras que para las ciencias de la administración dado que la Administración pública constituye como toda organización una unidad social -intencionalmente construida para lograr objetivos específicos con la particularidad que ellos en su caso están dados por el propio Ordenamiento jurídico, se le atribuirá los valores de eficacia y eficiencia organizacionales en la medida en que las metas propuestas se logren con mejores medios, a menor costo y menor esfuerzo.

Si bien para las ciencias de la administración ambos principios se relacionan con la noción de productividad ligada al principio de oportunidad de la actuación administrativa (tradicionalmente formulado en contraposición del principio de legalidad). Esta contraposición no tiene sustento por cuanto el legislador orgánico los ha formulado estatuyendo una colaboración entre ellos.

De este modo, el control jerárquico deberá fiscalizar la oportunidad de las actuaciones controlando tanto la eficacia y eficiencia como la legalidad. Asimismo, la oportunidad se liga a la *“la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales”*, la que debe producirse dentro del marco o mejor sin menoscabo del Ordenamiento Jurídico. Finalmente, la oportunidad se relaciona por el legislador orgánico con las actuaciones mientras que la eficacia y eficiencia se predica de los fines y objetivos. De lo que se colige

que los tres elementos son condiciones, que se derivan de la búsqueda y preeminencia del interés general.

Tal como se encuentran formulados los principios de eficacia y eficiencia administrativas en la legislación administrativa, no cabe duda que se refieren a toda la actuación de la Administración del Estado, operando en los siguientes ámbitos: a) El propio de cada actuación administrativa concreta, determinada por un fin específico orientado a la procura del bien común; b) El referido a la actividad de una organización u ente administrativo, (aludiendo tanto a las entidades personificadas como a los órganos administrativos que la integran); y c) El ámbito constituido por la actuación global de cada una de las Administraciones públicas integradas también en subsistemas administrativos (nacional, regional y municipal) sin que ello menoscabe la unidad del Estado, según lo preceptúa la Carta Magna.

Ahora bien, si la eficacia y eficiencia administrativas operan en cada uno de éstos ámbitos habrá de tenerse en cuenta la posibilidad que en su concreción puedan suscitarse diferencias o contradicciones, según el ámbito de aplicación en el que nos movemos, emanadas de las exigencias que simultáneamente derivan de los mismos principios para cada uno de los niveles aludidos. De ello se deriva que estos principios no son unívocos a consecuencia de la amplitud y la falta de homogeneidad de su ámbito de aplicación.

1.1.1.6.11. El principio de Honradez.

Este principio se explica por si mismo y se refiere a la propia acepción gramatical del vocablo, que supone la manera de obrar del que no roba, estafa o defrauda o engaña, o bien la forma de comportarse de quien cumple escrupulosamente sus deberes profesionales. Puede apreciarse que este principio hace alusión no sólo al aspecto económico de no apoderarse de los bienes ajenos o aprovechar la posición para obtener ventajas indebidas, sino, en general, al comportamiento puntual de sus obligaciones, así como al servicio oportuno y debido a los administrados.

1.1.1.6.12. El principio de Imparcialidad.

El principio de imparcialidad constituye un parámetro de valoración jurídica de toda la actuación de la administración, en especial de la actuación material y técnica que son de difícil control. En ese sentido, se puede afirmar que en relación con éste tipo de actuaciones posee una eficacia mayor que el principio de legalidad.

La imparcialidad alude al aspecto subjetivo del deber que involucra. Así, es definida por el Diccionario de la Real Academia Española (1992) como la *“falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de personas o cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud”*. Es una exigencia del interés general que *“Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones”* de este modo, se entiende el principio de imparcialidad como el deber de *“actuar con objetividad y respetar el principio de probidad”*. La objetividad es la cualidad de ser objetivo, por lo que es conveniente recordar que el vocablo objetivo en el Diccionario de la Real Academia queda definido como *“perteneciente o relativo al objeto en sí y no a nuestro modo de pensar o de sentir”* y *“desinteresado, desapasionado”*. Imparcialidad y objetividad quedan, pues, en nuestro ordenamiento implicados en el mismo principio cuyas consecuencias se examinan a continuación.

El principio de imparcialidad se predica tanto de la Administración Pública que como organización debe resguardarlo como de las autoridades que toman decisiones por la Administración.

Por lo que a la Administración se refiere la imparcialidad y objetividad son consecuencia del carácter servicial a la consecución del bien común que se impone a la Administración Pública. La Constitución refuerza estos principios a través de su opción por constituir una Administración profesionalizada y de carácter técnico avalada por una carrera administrativa que supondrá la capacitación permanente de sus funcionarios para que puedan cumplir a cabalidad sus funciones. No obstante, estas medidas aseguradoras de la tecnificación de la Administración no conllevan en modo alguno enervar la sujeción que ésta debe al poder político (Congreso y Presidente de la República) bajo pretexto de la necesidad de resguardar la neutralidad política de la organización administrativa. La

Administración como ya se ha señalado es una entidad servicial al bien común, pero una cosa importante a tener en cuenta es que ella carece de legitimidad para determinarlo. El bien común sólo puede ser definido por el poder político democráticamente elegido, de tal modo que es en el legislador en quien recae mayormente esta definición que luego es actualizada por el Gobierno mientras que a la Administración sólo le cabe materializarlo y en esa materialización debe actuar como una organización profesionalizada que actúa imparcialmente. La Administración constituye, pues, la organización que está al servicio del Presidente de la República para que éste pueda cumplir sus funciones de gobierno y administración que la Constitución le asigna.

Por lo que respecta a la vinculación que el principio de imparcialidad supone para los funcionarios y autoridades administrativas ésta se remite al deber personal de actuar de forma objetiva dentro del Ordenamiento jurídico de tal modo que las decisiones administrativas sean fieles a la finalidad de la potestad que actualizan evitando el vicio de desviación de poder; se realice sin apasionamientos y sopesando todos los intereses en juego; y respeten el principio de igualdad evitando otorgar preferencias o desfavores.

La imparcialidad constituye el fundamento de una serie de técnicas orientadas a garantizar su vigencia, entre ellas: la instauración de un sistema burocrático que se constituya con criterios de selección objetivos basados en la igualdad de oportunidades, mérito y capacidad. En el mismo sentido se orienta el procedimiento administrativo que constituye un íter formalizado necesario a seguir para producir decisiones válidas. Finalmente, a garantizar este principio también se orientan las inhabilidades de los servidores públicos, que no sólo previenen de incurrir en nepotismo sino intentan evitar que se configuren circunstancias que contravengan este principio. En igual sentido operan las incompatibilidades, las causales de abstención y la tipificación de actuaciones que afectan la imparcialidad de autoridades y funcionarios como contravinientes del principio de probidad y generadoras de responsabilidad administrativa y las correspondientes eventuales sanciones.

1.1.1.6.13. El principio de interés público.

Relacionado con el principio de eficiencia, está el interés público, el cual es el fin último de la actuación administrativa.

El Diccionario Jurídico Mexicano define este concepto como:

El conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de la comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado. Dichas pretensiones se clasifican en dos grupos; las que tienen a satisfacer las necesidades específicas de los individuos o grupos sociales, produciendo beneficios solo a determinadas personas y; las que son compartidas por la sociedad en su conjunto y cuya satisfacción origina beneficios para todos los integrantes de la colectividad.

De la misma forma, este diccionario nos señala que algunos autores atribuyen un significado más restringido a la noción de interés público, considerando que este se constituye solamente por las pretensiones que tiene el Estado para satisfacer sus necesidades como institución. Y que las demás pretensiones dirigidas a satisfacer necesidades colectivas deben denominarse interés social o general.²¹

Por su parte Héctor Jorge Escola define al interés público como:

El resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en el su propio querer y su propia valoración.²²

Carla Huerta Ochoa es muy precisa al señalar que el término de interés público, más que poseer un solo significado en el sistema jurídico mexicano, éste le es atribuido por la

²¹ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo V [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, [citado 15-05-09], serie E. Varios (núm. 27), formato pdf, disponible en internet en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1172/pl1172.htm>, pp. 167 y 168

²² ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 249 y 250.

regulación legal y es delimitado por la jurisprudencia; pero no se puede hablar de un sentido unívoco del término “interés público”. Es un concepto considerado de orden funcional, ya que sirve para justificar diversas formas de intervención del Estado en la esfera de los particulares previendo límites de distinto grado, ya sea a través de prohibiciones, permisos o estableciendo modos de gestión. De ahí surge la necesidad de elaborar una definición, para reducir la discrecionalidad de las autoridades en la aplicación de las disposiciones referidas al interés público.

De esta manera, se nos da un concepto a través del análisis de cada uno de sus elementos:

El interés se refiere al valor o importancia que tiene una cosa para una persona o grupo de personas, lo que implica la existencia de una estimación valorativa y, simultáneamente, la de un provecho, resultado o utilidad que esas mismas cosas o bienes tienen, una conveniencia o necesidad, tanto en el orden moral como en el material. Lo público por su parte, está referido aquello que es o pertenece al pueblo, la comunidad, las personas en general, pero que no es de titularidad individual.²³

Desde nuestra perspectiva, consideramos al interés público como *aquello que le importa a la colectividad o la población en su conjunto, de tal manera que se dejarían fuera las pretensiones o interés del Estado como Institución.*

La adjudicación a determinado oferente del contrato debe realizarse por razones de interés público, el cual es definido como la suma coincidente de voluntades individuales; los contratos no deben favorecer intereses externos o políticos que puedan dar lugar a la corrupción; debe hacerse de la manera más transparente posible, buscando siempre la satisfacción de las necesidades de los particulares, quienes son los que al fin y al cabo reciben el servicio, bien o utilizan la obra.

²³ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, Cisneros Farías, Germán y López Olvera, Miguel Alejandro, coord. *Seguridad Pública. Segundo congreso iberoamericano de derecho administrativo*, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, [citado 16-05-09], formato pdf, disponible en internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2375/8.pdf>, ISBN 970-32-3925-0, pp. 132 a 134

El interés público sirve de justificación a toda la actividad administrativa. Interés público es un interés común, que aunque no beneficie a la totalidad de la comunidad, sí favorece al menos a una fracción importante de sus miembros.

1.1.1.6.14. El principio de Proporcionalidad.

La proporcionalidad entre la actividad Administrativa y el fin público a que debe responder supone que los medios empleados se correspondan con los resultados.

Este principio, aplicable con carácter general a toda la actividad administrativa, tiene una mayor aplicación en la actividad de limitación y en la sancionatoria.

1.1.1.6.15. El principio de buena fe.

Este principio es uno de los más importantes no sólo en la contratación administrativa, sino en toda clase de contratos.

Significa que la Administración debe actuar en forma transparente, racional y no puede ir más allá de lo que la ley le permite con sus prerrogativas y no puede usarlas en forma arbitraria, perjudicando derechos fundamentales o los intereses públicos.

Existiría mala fe en el caso de la ejecución en vía administrativa, de actos absolutamente nulos creadores de derechos, que evidentemente lesionarían los derechos de otros concursantes y al fin público en general. Entre la Administración y el contratista debe existir una relación de colaboración; el particular ayuda al Estado para la satisfacción de intereses públicos, a cambio de un precio determinado, y no puede verse como un competidor o una parte inferior en la relación con la Administración; no existe subordinación a la Administración, sino coordinación y colaboración, porque ambos están utilizando su capacidad de derecho privado para contratar.

A pesar de que la actividad de la contratación administrativa se somete a las normas y principios del ordenamiento jurídico administrativo, ambas partes deben estar en una

misma posición contractual, evitando cláusulas leoninas o abusivas, que perjudiquen los intereses de la relación.

Por lo tanto, las actuaciones de ambas partes deben estar caracterizadas por normas éticas claras, donde prevalezca el interés público sobre cualquier otro.

El principio de la buena fe rige las relaciones entre la Administración y los administrados, de la misma forma que, como principio general del Derecho, rige las relaciones entre los particulares. Es en materia posesoria (poseedor de buena fe y de mala fe) y en el cumplimiento de los contratos donde la concurrencia de la buena fe o de la mala fe tiene consecuencias diversas. Como la buena fe remite a una creencia del sujeto sobre la licitud jurídica de su propia actuación, se aminoran las consecuencias negativas de los actos contrarios a Derecho, y por el contrario, se agravan para el que obra de mala fe.

La buena fe debe imperar en los contratos de la Administración. El principio de buena fe impone a quien contrata con la Administración Pública un comportamiento oportuno, diligente y activo, lo que obliga a poner de manifiesto de un modo más inmediato posible la aparición de circunstancias que puedan modificar las cláusulas contractuales a fin de que el órgano estatal pueda, a su vez, decidir si conviene al interés público, ante la nueva situación, celebrar el contrato o dejar sin efecto la licitación.

Para el voluntarismo dogmático, la exigencia de buena fe no tenía otra función que la de reforzar el principio *pacta sunt servanda*, estableciendo que los contratantes debían respetar y cumplir fielmente los compromisos asumidos en sus propios términos.

Con la buena fe se delimita el ejercicio de los derechos subjetivos para impedir que puedan ser utilizados contraviniendo su función socioeconómica y provoquen resultados injustos, y se da entrada a los postulados de justicia conmutativa; de hecho, en el transcurso de muchos de los deberes derivados de la buena fe late la violación de la exigencia de igualdad y reciprocidad que constituye el fundamento de la justicia.

En este proceso es decisiva la individualización de un principio de buena fe con un claro perfil objetivo, entendida como regla o modelo ético-jurídico de conducta leal en el

tráfico, que constituye en sí mismo una fuente de deberes exigibles en todo caso, a tenor de la naturaleza de la relación y del fin perseguido, tanto en la interpretación y ejecución del contrato como en su celebración.

Por esta vía, no es difícil llegar a la conclusión de que la lesión contractual viene provocada por una infracción del principio de buena fe que debe presidir toda negociación, pues detrás de todo contrato lesivo hay una conducta que excede los límites impuestos por el Derecho y hace quebrar la fides contractual. Esto explica por qué la lesión, carente de un fundamento autónomo, ha acabado absorbida algunas veces dentro de la propia integridad del consentimiento contractual, y otras dentro de los comportamientos ilícitos por desviados de las reglas de la buena fe y corrección contractual.

La buena fe ofrece un camino para justificar la relevancia de la lesión y garantizar el justo equilibrio de prestaciones, porque como principio general, permite identificar otras exigencias y actitudes reprobables además de las previstas en la ley; y sirve para colmar las lagunas que el sistema legal puede tener ante la variedad de situaciones de la vida económica y social, correspondiendo al juez establecer, en concreto lo que es conforme y contrario a la buena fe. De hecho, este ha sido un argumento utilizado por la jurisprudencia cuando, ante supuestos de una excesiva onerosidad sobrevenida, ha tenido que admitir el restablecimiento de la justicia objetiva entre las prestaciones.²⁴

1.2. TIPIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

La administración pública realiza un sin número de contratos administrativos, sin embargo, para efectos del presente trabajo estudiaremos los siguientes: a) los contratos de obra pública, b) los contratos de adquisición de bienes muebles, c) los contratos de arrendamiento de bienes muebles, d) los contratos de prestación de servicios, e) los contratos de prestación de servicios profesionales, f) los contratos de suministro, g) los contratos de empréstitos públicos y h) los contratos de enajenación de bienes del Estado.

²⁴ MARTÍN PÉREZ, José Antonio, Alonso Pérez Mariano, La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores), J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1995, P. 67.

La Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público regula tres tipos de contratos administrativos: el de adquisiciones de bienes muebles (con sus dos subtipos: la compraventa y el suministro); el de arrendamiento de bienes muebles (con sus dos subtipos: el ordinario y el financiero), y el de servicios (con sus dos subtipos: el de servicios profesionales y el de servicios).

1.2.1. Los contratos de obra pública.

Es un acuerdo de voluntades por medio de la cual la Administración Pública Federal, local o municipal, por conducto de sus dependencias ordena a un particular la construcción o reparación de una obra pública.

En tanto que la doctrina francesa considera como obra pública el trabajo realizado sobre bienes inmuebles con fines de interés público y con cargo a un ente público, la ley y la doctrina de otros países sostienen que la obra pública puede referirse a bienes muebles e inmuebles. Sin embargo, a pesar de que en teoría la obra pública abarca bienes muebles e inmuebles, la ley que regula el contrato de obra pública sólo hace referencia a los inmuebles, por lo que debemos concebirla como toda construcción, ampliación, conservación o mejora que realiza un particular contratista, en bienes inmuebles del estado y que éste utiliza en sus cometidos²⁵.

El contrato de obra pública ha sido tratado repetidamente como paradigma del contrato administrativo, no sólo en nuestro país, donde se recurre a su estructura para regular situaciones jurídicas similares, sino también en el derecho comparado. Ello ha ocurrido por ser uno de los más desarrollados en el ámbito doctrinal y el que ha recibido una mayor y más clara regulación legislativa. Esta circunstancia es apreciable en nuestro país, tanto en el ámbito de la Nación como de las provincias.

Este contrato se clasifica de la siguiente manera: es un contrato principal, bilateral, oneroso, conmutativo, formal, de tracto sucesivo, administrativo e intuitu personae.

²⁵ MARTÍNEZ Morales, Rafael, "introducción al estudio de los contratos administrativos", Justicia Fiscal y Administrativa, México, 4ª época, No. 5, Julio 2007, P. 18.

Es contrato principal porque subsiste por si mismo, pues no requiere de otro para existir.

Es bilateral porque genera obligaciones a cargo de ambas partes, pues la dependencia o entidad se obligan a pagar el importe de la obra contratada, importe que puede ser a precio alzado, a precios unitarios o mixtos, artículo 45 de la Ley de Obras Públicas; también se obligan a revisar las tarifas correspondientes a los trabajos contratados. Artículo 54 de la Ley de Obras Públicas.

A su vez el contratista asume diversas obligaciones, entre ellas se encuentra, como obligación principal, la de ejecutar la obra objeto del contrato; como consecuencia de esta obligación se generan otras, como son las siguientes:

- a) Garantizar el cumplimiento de la obligación principal, mediante una fianza. Artículos 48 y 49 de la Ley de Obras Públicas y 67 y 68 del reglamento de la misma Ley.
- b) Cumplir con los reglamentos de construcción.
- c) Responder de los vicios ocultos.

El contrato es oneroso porque impone provechos y gravámenes recíprocos. Es un contrato conmutativo, en virtud de que las prestaciones a cargo de las partes son ciertas desde la celebración del contrato. Es un contrato formal, en atención a que, para su validez requiere que conste por escrito, en un documento privado, artículo 47 de la Ley de Obras Públicas; sin embargo, la firma de tal documento está precedida de diversas formalidades.

El contrato es de tracto sucesivo, a causa de que el cumplimiento de las obligaciones que generó se realiza en un periodo determinado, que constituye el plazo de ejecución de la obra o de vigencia del contrato.

El contrato es administrativo, porque “el Estado interviene en su función de persona de Derecho Público, soberana, en situación de supraordinación respecto del particular, con el propósito de satisfacer necesidades colectivas y proporcionar beneficios sociales.

Es un contrato *intuitu personae*, porque se celebra en virtud de las cualidades personales del contratista, pues sus cualidades determinan la adjudicación del contrato, ya sea en forma directa o mediante la licitación, y además impiden la cesión del contrato.

Dentro de los llamados contratos administrativos típicos, el contrato de obra pública es uno de los cuales donde la potestad de dirección y control se pone de manifiesto con mayor intensidad.

Esto es así porque, independientemente del riesgo asumido por el empresario, la obra es del Estado y se ejecuta para satisfacer una finalidad o interés público. El Estado aparece como titular de la misma y además como gestor de ese interés, que realiza a través de los órganos de la Administración. Es con esta tarea con la cual el particular contratista ciertamente colabora. En el ejercicio de esta potestad, en este contrato se ven claramente dos consecuencias de la finalidad estatal, la subordinación jurídica del particular y su carácter de colaborador de la Administración.

En este tipo de contrato, será el contratista el que, en definitiva, responda por una deficiente calidad de la obra, por no ajustarse a los plazos contractuales o, en general, por cualquier incumplimiento contractual. Tampoco puede el contratista invocar la falta o defecto del contrato para eximirse de su responsabilidad.

El contratista debe permitir la inspección, desarrollar sus tareas propias, facilitando la entrada a obradores y a las obras concretas, facilitándole a la Administración Pública la documentación que ésta le solicite. También suele establecerse el deber de colaboración del contratista con la inspección, imponiéndole la obligación de mantener permanentemente a disposición de la misma el personal, instrumental, material, medios de movilidad y demás elementos necesarios para que la misma pueda cumplir con su cometido, ya sea en campaña, gabinete, fábrica, etc., incluso dentro o fuera del lugar donde la obra se realiza.

Es él más usual e importante de los contratos administrativos y prácticamente uno de los pocos que ha sido estudiado.

1.2.2. Los contratos de adquisición de bienes muebles.

1.2.2.1. Concepto.

Los bienes muebles constituyen un elemento para que la Administración Pública Federal pueda llevar a cabo sus funciones y así satisfacer los intereses públicos. Estos bienes los puede obtener de los particulares por vía consensual a través de los contratos administrativos de adquisiciones de bienes muebles. Los ordenamientos jurídicos que regulan la obtención de esos bienes de manera consensual están contenidos en la LAASSP, así como en su reglamento respectivo.

De conformidad con el Derecho de la Contratación Pública vigente, la adquisición que realizan las dependencias y entidades, es un acto jurídico a través del cual se incorporan al patrimonio público federal, bienes muebles para la satisfacción de necesidades públicas.

Jorge Fernández Ruiz conceptúa el contrato administrativo de adquisición de bienes muebles de la siguiente manera: *“A falta de una definición legal, en una primera aproximación en la penumbra de la LAASSP, se puede explicar el contrato de adquisición de bienes muebles, como aquel de carácter administrativo, en cuya virtud una persona llamada proveedor se obliga a transferir la propiedad de uno o varios bienes muebles al Estado, o a alguna de sus personas de Derecho Público, para el logro de sus fines, quien a su vez se obliga a pagar una remuneración en dinero”*.²⁶

Clasificación: es un contrato principal, bilateral, oneroso, conmutativo, puede ser instantáneo o de tracto sucesivo, formal, translativo de la propiedad, administrativo e intuitu personae.

1.2.2.2. Clases de contratos administrativos de adquisición de bienes muebles.

La Administración Pública Federal, para satisfacer las necesidades tanto propias, como las que le demanda la sociedad, requiere de bienes muebles; este tipo de bienes,

²⁶ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, Derecho Administrativo, Contratos, 2ª edición, Editorial Porrúa, México 2003, p. 303 y 304.

los puede obtener por vía consensual con los particulares, a través de los contratos administrativos de suministro y de compraventa.

La LAASSP, regula el contrato administrativo de adquisición de bienes muebles en dos clases: contrato abierto de adquisición de bienes muebles (equiparable al contrato administrativo de suministro), y el contrato cerrado de adquisición de bienes muebles (equivalente a un contrato administrativo de compraventa).

1.2.2.2.1. El contrato cerrado de adquisición de bienes muebles.

La LAASSP, no hace referencia expresa al contrato cerrado de adquisición de bienes muebles, mas esta modalidad se deduce de manera residual, por explicar dicho ordenamiento legal únicamente al contrato abierto, por lo que siendo éste una especie del genero de contrato de adquisición de bienes muebles, podemos inferir como cerrado al contrato de compraventa administrativa o, como se deduce de la LAASSP, contrato cerrado de adquisición de bienes muebles.

El contrato de adquisición de bienes muebles, en los términos que establece la LAASSP, es bilateral o sinalagmático, oneroso, formal, principal, e intuitu personae, traslativo de propiedad, pudiendo ser de ejecución instantánea o de tracto sucesivo.

1.2.3. Los contratos de arrendamiento de bienes muebles.

Generalmente en estos no se estipulan cláusulas exorbitantes de derecho civil, ni situaciones que caigan dentro del Derecho Público, salvo las derivadas del artículo 4º del CFPC, respecto que a la Federación y a los organismos de la Administración Pública, no se les podrá ejecutar ni ordenar medidas de apremio.

La LAASSP, regula dos tipos fundamentales de contratos administrativos de arrendamientos de bienes muebles: el arrendamiento ordinario y el arrendamiento financiero.

Clasificación

Es un contrato principal, bilateral, oneroso, conmutativo, formal, administrativo, de tracto sucesivo, translativo de uso e intuitu personae.

1.2.3.1.- El contrato administrativo de arrendamiento ordinario de bienes muebles.

1.2.3.1.1. Concepto.

Jorge Fernández Ruiz entiende: *“por contrato administrativo de arrendamiento ordinario de bienes muebles, aquel celebrado entre uno o varios particulares y la Administración Pública, en ejercicio de función administrativa, mediante el cual ambas partes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de un bien mueble, y la otra, al pago, por ese uso o goce, de precio cierto, para satisfacción del interés público, con sujeción a un régimen exorbitante del Derecho Privado”*.

La LAASSP, en su artículo 3, fracción I, señala que entre los arrendamientos quedan comprendidos:

“I... los arrendamientos de bienes muebles”.

Tomando en cuenta acertadamente que el contrato administrativo de arrendamiento ordinario de bienes muebles es un contrato de tracto sucesivo, la Ley en comento lo regula como un contrato abierto al establecer en su artículo 47, fracción I, cantidades mínimas y máximas de bienes por arrendar; o bien, el presupuesto mínimo y máximo que podrá ejercerse en el arrendamiento. La cantidad o presupuesto mínimo que se requiera no podrá ser inferior al cuarenta por ciento de la cantidad o presupuesto máximo que se establezca.

El contrato de arrendamiento ordinario de bienes muebles es un típico contrato civil, pues ahí surgió y es donde más se ha estudiado.

El contrato administrativo de arrendamiento ordinario de bienes muebles, es aquel que celebra la administración pública con un particular, persona física o moral, para que este último le conceda a aquella el uso, goce y disfrute temporal de bienes muebles,

mediante el pago de un precio cierto. El contrato satisface el interés público y está sujeto al Derecho de la Contratación Pública.²⁷

El contrato de arrendamiento ordinario de bienes muebles previsto en la LAASSP, se puede clasificar como administrativo, bilateral o sinalagmático, a título oneroso, conmutativo, formal, principal, intuitu personae, de tracto sucesivo, traslativo de uso y de adhesión.²⁸

El régimen jurídico del contrato administrativo de arrendamiento ordinario de bienes muebles, viene a ser idéntico al del contrato administrativo de adquisiciones de bienes muebles, habida cuenta de que se rige por los artículos 126 y 134 constitucionales, la LAASSP y su Reglamento, la LFPRH, el artículo 32-D del CCF, la LFRASP, la LFPA y la LFMN; aplicándose supletoriamente el CCF y el CFPC.

1.2.3.2. El contrato administrativo de arrendamiento financiero de bienes muebles.

Con fundamento en la LAASSP, y su Reglamento, las Dependencias y Entidades están facultadas para celebrar contratos administrativos de arrendamiento financiero de bienes muebles, los cuales, por cierto, han sido poco explorados por la doctrina del derecho de la contratación Pública, y son poco utilizados en la práctica contractual de las Dependencias y Entidades.

1.2.3.2.1. Concepto.

Jorge Fernández Ruiz, entiende al contrato administrativo de arrendamiento financiero de bienes muebles: *“Como el que, con sujeción a un régimen exorbitante de derecho ordinario, celebra una Dependencia o Entidad de la Administración Pública, en aras del interés público, con el propósito de financiar la utilización de bienes muebles que requiere para el logro de sus fines, mediante el pago de remuneraciones periódicas durante un plazo determinado, sin predeterminar la traslación de su propiedad, la que*

²⁷ Daniel Ramos Torres, Los contratos administrativos de adquisiciones, arrendamientos y servicios, p. 115.

²⁸ Ídem.

*eventualmente se realizará al concluir el plazo del contrato, de resolverlo así la “arrendataria”, entre un conjunto de alternativas.*²⁹

El contrato administrativo de arrendamiento financiero de bienes muebles, es aquel contrato que celebran las Dependencias y Entidades, con una arrendadora, para que esta última le provea de bienes muebles, para su uso en plazo forzoso; la administración pública se obliga a pagar remuneraciones periódicas por ese uso, y a adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales para adquirir dichos bienes. Las remuneraciones periódicas también abarcan la amortización de la adquisición de los bienes y la carga financiera de la arrendadora.

*El contrato administrativo de arrendamiento financiero de bienes muebles se clasifica como un contrato administrativo, bilateral o sinalagmático, intuiti personae, oneroso, conmutativo, nominado, formal, principal, de tracto sucesivo, traslativo de uso, eventualmente, traslativo de dominio, y de adhesión.*³⁰

El arrendamiento financiero se introdujo en México, con la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 30 de diciembre de 1993. Dicha ley en su artículo 3, fracción V, establecía que entre los contratos que regulaba estaba el de arrendamiento financiero.

La actual LAASSP, también regulaba la existencia del contrato administrativo de arrendamiento financiero de bienes muebles en su artículo 3, fracción VI.

A su vez, el artículo 12, de la LAASSP, establece la facultad a favor de las Dependencias y Entidades, para que celebren contratos de arrendamiento con opción a compra.

1.2.4. Los contratos de prestación de servicios.

La LAASSP, regula dos tipos fundamentales de contratos administrativos de prestación de servicios: el de servicios profesionales y el de servicios.

²⁹ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, Op. Cit., p. 340.

³⁰ Ramos Torres, Daniel, Op. Cit., p. 120.

1.2.4.1. El contrato administrativo de prestación de servicios profesionales.

Hay ocasiones en que la Administración Pública requiere de los consejos, de las consultas o de la opinión técnica de profesionistas y que por diversos motivos no son servidores públicos, ya sea porque la administración pública no tiene plazas disponibles, entonces la administración pública para obtener sus servicios profesionales, los contrata bajo la forma de un contrato de prestación de servicios profesionales, sujeto eminentemente a normas de derecho civil.

*A esta figura del derecho civil recurren las dependencias y entidades de la administración pública cuando un profesional va a realizar para ellas una tarea específica y no desean, por diversos motivos, entrar en una relación laboral con el poder público. También se recurre a este tipo de contrato cuando la administración pública es la que por razones presupuestales o de organización interna no considera o no le es conveniente extender nombramiento a alguna persona cuyos servicios requiere.*³¹

1.2.4.1.1. Concepto.

*Ramón Sánchez Medal, con respecto al contrato de prestación de servicios profesionales, lo define como aquel contrato: “por el que una persona llamada profesionista o profesor se obliga a prestar determinados servicios que requieren una preparación técnica y a veces un título profesional, a otra persona llamada cliente que se obliga a pagarle una determinada retribución llamada honorario”.*³²

La LAASSP, en su artículo 3, señala que entre los servicios quedan comprendidos:

“VII. La prestación de servicios profesionales, así como la contratación de consultorías, asesorías, estudios e investigaciones, excepto la contratación de servicios personales bajo el régimen de honorarios.

³¹ MARTÍNEZ Morales, Rafael, Op. Cit., p. 174.

³² SÁNCHEZ Medal, Ramón, De los contratos civiles, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 338.

Tomando en consideración que el contrato administrativo de prestación de servicios profesionales es un contrato de tracto sucesivo, la ley en comento lo regula como contrato abierto en su artículo 47.

Este es un típico contrato civil, pues ahí surgió y es donde más se ha estudiado. El CCF lo regula en los artículos 2606 al 2615. En estos artículos se establece que el prestador debe tener título profesional, derechos y obligaciones de las partes, y la forma en que puede terminar la relación contractual.

A la luz de lo expuesto por la doctrina y por la legislación, podemos definir al contrato administrativo de prestación de servicios profesionales, como aquel contrato celebrado por la Administración Pública Federal, con una persona física o moral, para que ésta última realice servicios profesionales, estudios, investigaciones, asesorías, asistencia técnica o actividades de consultoría a aquella, mediante el pago de una remuneración en dinero. El resultado de tales servicios profesionales, estudios, investigaciones, asesorías, asistencia y consultorías, sirven para resolver problemáticas internas de la Administración Pública o de la sociedad.

El contrato de prestación de servicios, referido en la LAASSP, se clasifica como administrativo, bilateral o sinalagmático, intuitu personae, oneroso, conmutativo, nominado, formal, principal, de tracto sucesivo, y de adhesión.

1.2.4.2. El Contrato Administrativo de Prestación de Servicios.

Tiene características que lo diferencian de la prestación de servicios profesionales, y que le dan identidad propia.

1.2.4.2.1. Concepto.

Jorge Fernández Ruiz, define al contrato administrativo de prestación de servicios: *“como aquél celebrado por una Dependencia o Entidad de la Administración Pública en ejercicio de función administrativa, con un proveedor particular a efecto de que éste realice determinada actividad técnica, no relacionada con la obra pública, destinada a*

*satisfacer un requerimiento específico de la Dependencia o Entidad, en aras del interés público, con sujeción a un régimen exorbitante del Derecho ordinario”.*³³

*Podemos definir al contrato administrativo de prestación de servicios, como aquel contrato celebrado por la Administración Pública Federal, con una persona física o moral, para que esta última realice trabajos de reconstrucción y mantenimiento preventivo, correctivo y siniestral de bienes muebles, y servicios domésticos como maquila, transporte de bienes muebles, y personas, o la limpieza y vigilancia, mediante el pago de una remuneración en dinero.*³⁴

La prestación de servicios es un contrato de tracto sucesivo, ya que el artículo 47, de la ley en comento, lo regula como un contrato abierto, al establecer en su fracción I, el presupuesto mínimo y máximo que podrá ejercerse en la prestación del servicio.

El derecho civil regula el contrato de servicios, en el artículo 2605, bajo el rubro de servicios domésticos, por jornal y a precio alzado.

Este contrato se clasifica como administrativo, bilateral o sinalagmático, intuitu personae, oneroso, conmutativo, nominado, formal, principal, de tracto sucesivo y de adhesión.

1.2.5. Los contratos de suministro.

Es un acto jurídico, acuerdo de voluntades sujeto a normas de Derecho Público, que celebra la Administración Pública con una o varias personas de Derecho Privado o particulares, por medio del cual, el contratante de la Administración Pública, se obliga a proporcionar determinados artículos, mercancías, bienes muebles, o mantenimientos necesarios para la satisfacción de intereses generales o para la prestación de servicios que al Estado corresponde, durante un plazo determinado; puede ser a plazo fijo o de tracto sucesivo, mediante el precio que es fijado unilateralmente por la propia

³³ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, Op. Cit., p. 341.

³⁴ RAMOS Torres, Daniel, OP. Cit., p. 126.

*administración, tomando en consideración las condiciones normales del mercado en ese momento.*³⁵

Se consideran contratos de suministro “aquellos en los que el empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración.

En este contrato, a diferencia de los contratos anteriores, la potestad de dirección y control no posee la intensidad que posee en aquellos. A través de este contrato el Estado se provee de los bienes muebles que necesita para poder desenvolverse.

Por otro lado, compartimos el criterio de quienes distinguen según que el suministro sea de ejecución continuada o de ejecución instantánea, aunque no es ésta una posición pacífica en la doctrina. Entendemos que lo que nos permitirá diferenciarlo de la compraventa civil y/o comercial es la finalidad perseguida por el contrato y no su modalidad de ejecución.

Si bien el control podrá existir en el caso de un suministro de ejecución instantánea, será limitado a comprobar la calidad y la cantidad de los elementos solicitados, los que deberán ser entregados en las condiciones convenidas, actividad que se agotará, en principio, en el acto de recepción, salvo casos especiales de garantías, en cuyo caso durante la vigencia de la misma el elemento se encontrará a prueba y, por lo tanto, sujeto al control de la Administración, la que podría solicitar su reemplazo, de acuerdo a lo convenido, si el bien no reuniera los requisitos de calidad exigidos. El control será mucho más amplio en el caso de suministros de ejecución continuada cuando las entregas se desarrollan a lo largo de un período de tiempo, a través del cual se llevará a cabo la actividad de dirección y control.

El contrato de suministro, junto con el de obra pública, se considera el clásico contrato administrativo; se puede definir como el que celebra la administración pública con algún particular a efecto que éste le proporcione de una forma continúa, ciertos

³⁵ ACOSTA Romero, Miguel, Derecho Administrativo Especial, Editorial Porrúa, 2ª edición, Tomo I, México 2001, P. 707.

bienes o servicios que el ente administrativo requiere para sus tareas. Este contrato se realiza para la obtención de determinados bienes de uso corriente de la administración, como papelería, artículos de escritorio, refacciones, mobiliario y productos para limpieza.

Se ha aceptado que los contratos administrativos típicos son los de obra pública y el de suministro, pero la evolución de los actos contractuales del estado amplió este criterio.

A falta de concepto legal, es la forma como opera el suministro la que permite ubicar con claridad los elementos subjetivos y objetivos del contrato: una de las partes, el suministrador o suministrante, se obliga a proveer a la otra, el suministratario o adquirente, bienes o servicios en forma periódica o continuada, a cambio de un precio en dinero.

No es posible afirmar que el contrato de suministro se presenta, a lo menos en México, uniformemente caracterizado: consensual en algunos casos, como el de distribución de agua potable entubada por parte de la autoridad municipal, mientras que en otras es formal, e incluso de adhesión, como en el caso de la energía eléctrica; siempre es bilateral, oneroso, de tracto sucesivo, nominado –con las apuntadas salvedades – y atípico.³⁶

1.2.6. Los contratos de empréstitos públicos.

El contrato de empréstito público posee entre sus características, la de ser de ejecución instantánea y de colaboración. Sin embargo, a pesar de esto último, por la naturaleza del contrato, el control y la dirección que pueden ejercerse en él son restringidos y de ningún modo pueden tener la intensidad que en otros contratos administrativos.

Se ha afirmado que esto es así por la necesidad de dotar de atractivo al medio ofrecido al público, o al prestamista, lo que hace que la administración, en definitiva, no ejerza esta potestad, ni esté interesada en hacerlo.

³⁶ FRAGA, Gabino, Op. Cit., P. 289.

El control entonces se limitará a aspectos legales y financieros, y siempre contrastará con las amplias potestades que la Administración tiene en otro tipo de contratos administrativos.

1.2.6.1. Definición del contrato de empréstito público.

La administración pública desarrolla diversas actividades para el cumplimiento de sus fines de interés general, requiriendo en algunos casos la colaboración de otras personas, ya sean de derecho público o privado, para poder atender a cabalidad esos fines y actividades, como ocurre por ejemplo con la prestación de servicios públicos. Asimismo, para el logro de sus fines, el Estado requiere el empleo de recursos materiales que en principio obtiene a través de las fuentes tradicionales de ingresos, como son los impuestos, contribuciones de mejoras, derechos, aportaciones de seguridad social y los rendimientos de las empresas públicas. Sin embargo, en ocasiones es necesario acudir a otro tipo de financiamiento, como el que deriva de la deuda pública, para cubrir el déficit que existe entre los ingresos que percibe el Estado y sus gastos programados.

El autor Hugo Carrasco Iriarte define a la deuda pública en los siguientes términos: *“La deuda pública está constituida por las obligaciones de pasivo, directas o contingentes derivadas de financiamiento y a cargo del gobierno; además se encuentra regulada por la Ley General de la Deuda Pública, que se refiere a la programación de la deuda pública, a la contratación de financiamiento del gobierno federal y para entidades distintas de éste, incluidos la vigilancia de las operaciones de endeudamiento, el registro de obligaciones financieras y la comisión asesora de financiamientos externos”³⁷.*

Otros autores, como Narciso Sánchez Gómez, consideran a la deuda pública como sinónimo de obligación, y al empréstito como una modalidad de la deuda pública.

“La palabra deuda, en su significado más general, es sinónimo de obligación... El empréstito público es modalidad contemporánea predominante de deuda pública, bajo diferentes formas instrumentales: comercializables o no en el mercado; de plazos de vencimiento variables (cortos, medianos y largos, depósitos retirables a la vista o

³⁷ Carrasco Iriarte, Hugo, *Derecho Fiscal I*, México, Iure, 2004, p. 18.

irredimibles); consolidadas o flotantes; certificados impositivos, certificados del tesoro; bonos de tesorería y bonos gubernamentales

*En un sentido estricto, se trata de contratos administrativos, sujetos a normas de derecho público, celebrados por el Gobierno Federal con un Estado extranjero, o con organismos internacionales o locales de crédito, para la atención de demandas sociales en el rubro de ingresos públicos, y que llevan como destino afrontar el gasto social, en áreas específicas o generales de las funciones públicas, generando la obligación del deudor de restituir al acreedor las sumas recibidas por concepto de dicho crédito dentro de los plazos convenidos, con el monto de los intereses que se hubiera pactado*³⁸.

El autor Eugenio Prieto Pérez, define al empréstito en los siguientes términos:

*“Los empréstitos no son otra cosa que préstamos cuyo importe se divide en partes alícuotas. El prestatario entrega al prestamista de una parte alícuota del préstamo, un título en el que se reconoce la entrega, el derecho al cobro de los intereses y al valor de reembolso, así como cualesquiera de otros derechos u opciones, de acuerdo con las condiciones de emisión. Las obligaciones son los certificados de crédito entregados a cada suscriptor a cambio de la suma prestada*³⁹.

Como conclusión, el empréstito es un contrato administrativo, celebrado por el Estado, a través del órgano Ejecutivo, con otra persona de derecho público o privado, nacional o extranjera, para la obtención de ingresos que serán destinados a un fin de interés general, asumiendo la obligación de pago de la cantidad prestada más los intereses pactados.

³⁸ SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, Los Impuestos y la Deuda Pública, México, Porrúa, 2000, p.p. 300, 301.

³⁹ PRIETO PÉREZ, Eugenio, *Análisis Financiero de los Empréstitos Obligaciones*, Madrid, España, lce, 1982, p. 21.

1.2.6.2. Naturaleza jurídica.

Los tratadistas de la hacienda pública, tanto de la clásica como de la moderna, han estudiado la naturaleza del empréstito público, considerándolo como una fuente de ingresos, derivada de un acuerdo de voluntades, que crea derechos y obligaciones.

El autor Jacinto Faya Viesca coincide en que el empréstito es una fuente de ingresos, que deriva de un acto concertado:

“Los hacendistas modernos consideran que el empréstito constituye en si mismo un auténtico recurso, una fuente de ingresos de tipo ordinario como los impuestos... Para los hacendistas clásicos el empréstito es radicalmente opuesto a los impuestos.

La deuda pública en su ortodoxa acepción tiene la naturaleza propia de un empréstito voluntario concertado con los particulares, a breve o largo vencimiento, sobre el mercado interior o exterior de capitales o del dinero”⁴⁰.

Siguiendo el criterio de este autor, tenemos que el empréstito público es un contrato administrativo, debido a que en él interviene por lo menos una persona de derecho público que participa en representación del Estado, en ejercicio de la función administrativa, y se requiere de un consenso con otra persona que dotará de recursos al Estado, a cambio de una contraprestación que se integra por el pago de una cantidad de dinero por concepto de intereses, además de la obligación de restituir la suma prestada.

1.2.6.3. Tipos de empréstito público.

La doctrina de derecho administrativo toma en cuenta diversos criterios para clasificar los empréstitos, atendiendo principalmente a la voluntad del prestamista, y a la nacionalidad del contratista y lugar donde se concentra el ahorro.

Siguiendo los anteriores criterios, el doctor Jorge Fernández Ruiz considera la siguiente clasificación:

⁴⁰ FAYA VIESCA, Jacinto, *Finanzas Públicas*, 7ª ed. México, Porrúa, 2008, p.p. 143,144.

“En atención a la voluntad del prestamista, se pueden diferenciar los empréstitos públicos en voluntarios, obligatorios y mixtos; en el primer caso cualquier particular puede negarse a prestar dinero al Estado, y quienes aceptan prestarlo lo harán voluntariamente, por ello estaremos frente al típico empréstito público. Sin embargo, en ocasiones el Estado obliga a los particulares a hacerle empréstitos; se trata, pues, de empréstitos obligatorios... Tales empréstitos obligatorios o forzosos implican una requisita temporal de capital en cuya realización el Estado no emplea su crédito, sino su potestad, su poder de imperio; en consecuencia, no pueden considerarse contractuales.

También se habla de empréstitos públicos mixtos o semiobligatorios, cuando el Estado empuja al gobernado a realizar el empréstito, al restringir su libertad para no hacerlo, ya mediante amenazas veladas, bien mediante otras presiones.”⁴¹.

El principal criterio de clasificación de los empréstitos distingue entre las fuentes de financiamiento público, tanto interno como externo, dependiendo de si los tenedores del instrumento crediticio son nacionales o extranjeros. A continuación explicaré cada una de dichas modalidades.

1.2.6.3.1. Interno.

En el empréstito interno los instrumentos de deuda se colocan en el mercado nacional, es decir, se recurre al ahorro interno y las normas que regulan la relación son exclusivamente del derecho nacional. Un ejemplo de esta fuente de financiamiento se da en las instituciones de banca de desarrollo, a través de la emisión de bonos.

La autora Beatriz Chapoy Bonifaz distingue entre las cargas y consecuencias de una deuda interna y externa, de la siguiente forma:

“Las cargas de una deuda interna son cualitativa y cuantitativamente diferentes de la de la deuda externa. En ambos casos los tenedores de bonos tienen una acción contra el gobierno –es decir contra los contribuyentes del país-. Si se trata de una deuda interna, la riqueza neta del país no se modifica ya que los intereses de la deuda

⁴¹ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, Derecho Administrativo, Contratos, Op. Cit. Págs. 367, 368.

*se pagan a los residentes en el país, por tanto no hay pérdida directa de bienes ni de servicios para la economía nacional. Aun pagados los intereses con dinero obtenido por medio de la imposición, no hay una pérdida directa del ingreso disponible. Parte de lo que se recauda a través de la imposición a una persona, alguna otra lo recibe por concepto de intereses, y pueden coincidir las categorías de contribuyente y tenedor de bonos*⁴².

1.2.6.3.2. Externo.

Tratándose de deuda externa, la formalización de los instrumentos de deuda puede ser con instituciones financieras del exterior u organismos internacionales, sujetándose en este supuesto a normas de derecho internacional, con independencia de que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, tratándose del crédito del gobierno federal, cumpla con el requisito constitucional de aprobación del empréstito, respetando los montos máximos de endeudamiento y los fines a que deben destinarse los recursos obtenidos a través de esta fuente de financiamiento.

El autor César Moyano explica la siguiente subclasificación de la deuda externa:

“En general, por deuda externa de un país se entienden las obligaciones financieras de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, contraídas con organismos internacionales, instituciones o particulares extranjeros. La deuda externa se ha clasificado de diversas maneras. Eduardo A. Zalduendo, la presenta de la siguiente forma:

1. Deuda externa pública (de una persona de derecho público internacional).
 - Con personas extranjeras de derecho público internacional:
 - a) Por tratados;
 - b) Obligaciones.
 - Con personas extranjeras de derecho privado:

⁴² CHAPOY BONIFAZ, Dolores Beatriz, *El Régimen Financiero del Estado en las Constituciones Latinoamericanas*, Op. Cit., p. 9.

- a) Empréstitos públicos colocados en el mercado;
- b) Préstamos bancarios sindicados;
- c) Préstamos comerciales o de proveedores.

2. Deuda privada externa de una persona física o jurídica”⁴³.

1.2.6.4. Finalidad.

La finalidad del empréstito consiste en proveer de recursos al Estado de manera inmediata, que serán destinados al cumplimiento de sus fines, en aquellas actividades que permite el orden jurídico, obligándose a restituir esas cantidades, más el pago de intereses.

El doctor Jorge Fernández Ruiz se refiere a la finalidad del empréstito en los siguientes términos.

“El empréstito puede entenderse como un mecanismo que permite anticipar el empleo de recursos futuros, de disponer hoy de fondos reunibles en el curso de varios años, habida cuenta que, como apunta el profesor colombiano Pedro Antonio Lamprea Rodríguez: La finalidad del contrato de empréstito es la provisión a la entidad contratante, por una parte de una entidad crediticia nacional o extranjera, de recursos en moneda nacional o extranjera, para cuyo pago o amortización se otorga un plazo”⁴⁴.

Por su parte, el autor Narciso Sánchez Gómez explica las causas por las que los gobiernos requieren la contratación de empréstitos:

“Los gobiernos acuden a los empréstitos por las siguientes causas: Por los déficit presupuestales, resultantes de la mayor magnitud de los gastos públicos en relación con los ingresos ordinarios o normales; es un medio para impulsar el desarrollo económico nacional, local y municipal, imprimiendo al gasto público un enfoque

⁴³ MOYANO BONILLA, César, et al, *La Deuda Externa y la Responsabilidad Internacional del Estado*, México, UNAM, 1994, p. 21.

⁴⁴ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho Administrativo, Contratos*, Op. Cit, p. 370

productivo, para ese efecto los créditos respectivos deben ser recuperables en su oportunidad y con ciertas ganancias razonables en pro de las finanzas públicas; las calamidades o desastres naturales es otra causa, dado que ellas orillan al gobierno a erogar recursos pecuniarios superiores a los programados en un ejercicio fiscal ordinario o normal; para afrontar gastos de guerra o como resultado de la misma, para cubrir indemnizaciones, hacer reconstrucciones de obras y servicios públicos; así como para conversión de deuda pública, atendiendo su pago oportunamente; y con propósitos de regulación monetaria, para atender demandas de circulante”⁴⁵.

1.2.6.5. Régimen especial de derecho público aplicable al contrato de empréstito.

En la contratación del Estado en general se aplica un régimen jurídico exorbitante del derecho privado que le reconoce diversos beneficios, frente a su contratista.

Para Gabino Fraga la situación del Estado como acreedor y como deudor, aun en los casos en que no interviene como poder público, presenta diferencias con la situación de un acreedor o de un deudor de derecho civil, diferencias que consisten en las prerrogativas especiales que al poder público reconocen las leyes.

“Además de algunas prerrogativas especiales que la legislación civil establece, como la hipoteca legal que tiene la Hacienda Pública sobre los bienes de los administradores de ella, en materia judicial existen diversos privilegios a favor del Estado. Así, el Código Federal de Procedimientos Civiles de 31 de diciembre de 1942, aunque ha sido muy cuidadoso de conservar la igualdad de las partes en el proceso, dispone en su artículo 4 que las instituciones, servicio y dependencias de la Administración Pública de la Federación... tendrán dentro del procedimiento judicial, en cualquier forma en que intervengan, la misma situación que otra parte cualquiera, pero nunca podrá dictarse en su contra mandamiento de ejecución ni providencia de embargo y estarán exentas de prestar las garantías que este Código exija a las partes.

A lo anterior podemos agregar que cuando el Estado es obligado a pagar una suma de dinero, no puede cumplir con la obligación respectiva sin que se satisfaga el

45 SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, Op. Cit., P.302

*requisito constitucional establecido por el artículo 126, según el cual ningún pago puede hacerse cuando no está comprendido en el Presupuesto o en una ley posterior*⁴⁶.

El empréstito, como los demás contratos administrativos, rebasa la órbita del derecho privado, y se sujeta a disposiciones de orden público y de interés general que conceden beneficios a favor del Estado, frente a la otra parte.

1.2.6.6. Extinción del Empréstito.

En virtud de que el empréstito tiene las características de una deuda, su forma normal de extinción es el pago o amortización de las cantidades debidas.

Asimismo, la doctrina reconoce como formas de extinción del empréstito la conversión y consolidación.

“La última etapa del empréstito es su extinción, que es el momento en que el Estado se libera de sus obligaciones contraídas. La forma más común y normal de extinguir un empréstito es la amortización, siendo los medios excepcionales la conversión y la consolidación. “Amortizar un empréstito – afirma DUVERGER- es reembolsar”.

(...)

La conversión no constituye para FONROUGE una forma de extinción de la deuda, en virtud de que el Estado no cumple en definitiva con su obligación de pagar los títulos. Se trata en realidad de una transformación de la deuda inicial. Jurídicamente la conversión tiene una consecuencia análoga a la novación en las obligaciones privadas, pues ésta desaparece en el empréstito inicial, siendo reemplazada por otra. Desde este punto de vista, si pudiera hablarse de una extinción.

(...)

La consolidación de la deuda es otro procedimiento de Estado por el cual altera y modifica las condiciones originarias del empréstito, existiendo, además, un canje de

⁴⁶ FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 42ª ed., México, Porrúa, 2002, p. 391.

títulos. Existe consolidación de la deuda cuando la deuda fuerte, es decir, la deuda de corto plazo, se transforma en deuda a largo plazo o a mediano plazo⁴⁷.

1.2.6.7. Disposiciones vigentes que regulan el empréstito público en el ámbito federal.

1.2.6.7.1. Fundamento Constitucional.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es el ordenamiento jurídico-político fundamental que en su parte dogmática establece las garantías de los gobernados, y en su parte orgánica la forma de gobierno, el principio de la división de poderes y las bases para la distribución de competencias entre los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial a nivel federal, y de éstos con los órganos de los estados, Distrito Federal, municipios y órganos político administrativos de cada demarcación territorial del Distrito Federal.

En el caso específico de la contratación de empréstitos por parte del Estado, particularmente de la Administración Pública Federal, su fundamento está en el artículo 73, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En virtud de que el contrato de empréstito puede ser interno o externo, podrán aplicarse disposiciones del orden jurídico nacional que regulan la contratación de la deuda interna; y tratándose de créditos externos pueden aplicarse normas del derecho internacional. No obstante lo anterior, en ambos casos el Poder Ejecutivo Federal deberá cumplir con los requisitos constitucionales previstos por el artículo citado, respetando las reglas mínimas para la celebración de empréstitos.

A continuación se transcribe el contenido del artículo 73, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

{Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

(...)

VIII. Para dar bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la Nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional. Ningún empréstito podrá celebrarse sino para la

⁴⁷ Cfr FAYA VIESCA, Jacinto, *Finanzas Públicas*, Op. Cit. p.p. 159, 160, 162, 165.

ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósitos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29. Asimismo, aprobar anualmente los montos de endeudamiento que deberán incluirse en la ley de ingresos, que en su caso requiera el Gobierno del Distrito Federal y las entidades de su sector público, conforme a las bases de la ley correspondiente. El Ejecutivo Federal informará anualmente al Congreso de la Unión sobre el ejercicio de dicha deuda a cuyo efecto el Jefe del Distrito Federal le hará llegar el informe que sobre el ejercicio de los recursos correspondientes hubiere realizado. El Jefe del Distrito Federal informará igualmente a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, al rendir la cuenta pública}.

Este precepto establece la regla general para la celebración de empréstitos, delimitando la competencia que tienen en esta materia tanto el poder Ejecutivo como el legislativo, correspondiendo al primero proponer los montos de endeudamiento y formalizar los contratos respectivos, mientras que el Poder Legislativo debe autorizar los empréstitos y dar las bases para su celebración.

Por otra parte, la propia constitución política de los Estados Unidos Mexicanos impone obligaciones a los gobiernos de los Estados que conforman la federación, a efecto de que se abstengan de contraer empréstitos en el extranjero, dejando abierta la posibilidad de encontrar fuentes de financiamiento en el ámbito local, tal como lo dispone el artículo 117, fracción VIII, de nuestro ordenamiento jurídico fundamental.

En el caso del Distrito Federal, el artículo 122, párrafo sexto, apartados A, fracción III, y B, fracción III, de la Constitución federal vigente, establece respectivamente como facultades del Congreso de la Unión y del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos legislar en materia de deuda pública y proponer los montos de endeudamiento del Distrito Federal.

1.2.6.7.2. Fundamento Legal.

Existen diversas disposiciones secundarias en el ámbito federal que regulan lo relativo a los montos máximos de endeudamiento, requisitos y restricciones de la deuda pública, así como las autoridades facultadas para contraer obligaciones por concepto de crédito público,

A continuación cito los principales ordenamientos que se refieren a la contratación de empréstitos, materia de este trabajo de investigación.

El Código Fiscal de la Federación prevé las fuentes de ingresos o de financiamiento tradicionales del Estado mexicano, en el ámbito federal. El artículo 2 de dicho ordenamiento señala la clasificación de las contribuciones en impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos.

{Artículo 2o.- Las contribuciones se clasifican en impuestos, aportaciones de seguridad social, contribuciones de mejoras y derechos}.

Como se mencionó en el capítulo anterior, en principio el Estado debe programar la realización de sus actividades con base en las fuentes de ingresos antes mencionadas, sin embargo, en el caso de que exista un déficit respecto del gasto programado, se requiere acudir a otras fuentes de ingreso como puede ser la deuda pública y particularmente el empréstito.

Por su parte la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2009 establece las bases generales conforme a las cuales el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público podrá contratar y ejercer créditos, empréstitos y otras formas del ejercicio del crédito público.

El artículo 2º de dicho ordenamiento dispone:

{Artículo 2o. Se autoriza al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para contratar y ejercer créditos, empréstitos y otras formas del ejercicio del crédito público... por un monto de endeudamiento neto interno hasta por 380 mil millones de pesos...El Ejecutivo Federal queda autorizado para contratar créditos o emitir valores en el exterior con el objeto de canjear o refinanciar

obligaciones del Sector Público Federal a efecto de obtener un monto de endeudamiento neto externo de 5 mil millones de dólares de los Estados Unidos de América.

(...)

El Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, dará cuenta trimestralmente al Congreso de la Unión del ejercicio de las facultades a que se refiere este artículo dentro de los 30 días siguientes al trimestre vencido}.

La crítica a este precepto consiste en que contraviene lo dispuesto por el diverso artículo 73, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y autoriza de manera general y a priori al Ejecutivo para que contrate los créditos internos o externos que considere convenientes, determinando como único requisito que se respeten los montos de endeudamiento aprobado. Asimismo, se sustituye la obligación que tiene el Ejecutivo de solicitar autorización para contratar empréstitos, por la de informar trimestralmente, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público respecto de las actividades que realice en materia de contratación de empréstitos.

La Ley General de Deuda Pública es el ordenamiento que establece de manera específica la forma de integración de la deuda pública, la competencia de las autoridades para la celebración de empréstitos, y las bases generales para su formalización. La crítica que la doctrina realiza a este ordenamiento es que se trata precisamente de una ley de bases, por virtud de la cual el Congreso de la Unión cede su facultad para autorizar la contratación de empréstitos, misma que es indelegable e irrenunciable, al poder Ejecutivo. En el siguiente apartado se hará una revisión de las disposiciones contenidas en este ordenamiento que conceden facultades al Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para la contratación de empréstitos.

Por su parte, el Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2009, prevé los gastos que tiene programados el gobierno Federal, mismos que deberán cubrirse con los ingresos proyectados para este mismo ejercicio. En dicho ordenamiento se establece el techo de endeudamiento autorizado.

Destaca que en el artículo 2 se prevé un gasto total neto para el presente ejercicio de \$3,045,478,600,000.00 y corresponde al total de los ingresos aprobados en la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2009.

De ese monto total, se destina una cantidad de \$289,944,144,493.00 al pago de la deuda pública, en términos del propio Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2009, que equivale al 9.52% del presupuesto total del ejercicio.

Cabe mencionar que si bien es cierto la Cámara de Diputados previó, dentro del Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2009, la asignación de recursos para el pago de deuda, también lo es que en términos del artículo 73, fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la facultad de reconocer y mandar pagar la deuda no es exclusiva de dicha Cámara, sino que corresponde al Congreso de la Unión, integrado por las Cámaras de Diputados y de Senadores, por lo que válidamente surge la interrogante sobre si el reconocimiento de deuda que se formula en el Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal 2009, así como el techo de endeudamiento aprobado satisfacen el requerimiento previsto por la Constitución Federal, en virtud de que no se trata de un ordenamiento que se haya discutido en ambas Cámaras que integran el Congreso de la Unión.

La Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, en su artículo 36 prevé la posibilidad de contratación de créditos externos:

{Artículo 36. Podrán contratarse créditos externos para financiar total o parcialmente programas y proyectos cuando cuenten con la autorización de la Secretaría y los montos para ejercerlos estén previstos en el Presupuesto de Egresos...}

1.2.7. Los contratos de enajenación de Bienes del Estado.

El Sector Público efectúa la obtención de bienes, arrendamiento de éstos, contrata servicios y realiza obras, con el fin de que esté en posibilidades, conforme a las condiciones socioeconómicas, políticas y culturales que reclame el momento histórico de la vida nacional, de cumplir con los fines públicos que le son inherentes; es decir, procurar contar con la infraestructura de bienes y servicios adecuados que debe prestar el

Gobierno a la sociedad en general para que viva con cierto decoro y en forma ordenada en un Estado social de derecho, para promover, apoyar, orientar, facilitar y optimizar su desarrollo armónico.

Asimismo, en el precepto constitucional se ha considerado la enajenación de bienes por parte del Estado (traslado de dominio de los bienes que forman parte del patrimonio nacional), a particulares, organismos sociales o a las mismas instituciones públicas, cuando al ente-estatal respectivo ya no le son útiles (estén en buen estado, regulares condiciones, inservibles o chatarra). En estos supuestos de desechos de materiales que se han utilizado para la producción de determinado bien o prestación de servicio, se obtienen recursos económicos provenientes de la venta de los bienes que originalmente fueron adquiridos con las contribuciones de la sociedad. Por esta razón se integran nuevamente a los fondos nacionales (recuperación de recursos), mismos que son considerados de nueva cuenta para el gasto público debidamente autorizado conforme a la Constitución Política del Estado Mexicano. Es importante aclarar que no queda encuadrada en estos casos la venta de los bienes que produce el Estado, cuya naturaleza pertenece al campo puramente económico, en el que, dentro del régimen de economía mixta que profesa el país, participa activamente de acuerdo con las facultades que le concede la Ley Fundamental, como rector de la economía nacional; sin embargo la producción y venta de los bienes no la realiza con propósitos esencialmente lucrativos, sino de bienestar social primordialmente.

CAPITULO SEGUNDO.

LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN DEL ESTADO.

2.1. Concepto de la rescisión administrativa.

Rescisión proviene del latín rescissum y significa rasgar, romper, dividir algo. El vocablo tiene la misma etimología de la palabra escisión que vale tanto como separación. Es un concepto netamente jurídico de derecho civil, que expresa la privación de efectos de un acto jurídico por si mismo válido. Es decir, la rescisión produce la ineficacia del contrato validamente celebrado debido a lesión o perjuicio producido a una de las partes.⁴⁸

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

En el presente estudio abordaremos las formas de extinción anormales de los contratos administrativos, en forma específica la rescisión. Aún cuando más adelante analizaremos las diferentes formas de extinción de los contratos administrativos, por el momento, nos limitamos a mencionarlas a fin de definir el concepto de rescisión.

El maestro civilista Gutiérrez y González⁴⁹, define la rescisión como el “Acto jurídico unilateral por el cual se le pone fin, salvo que la ley lo prohíba, de pleno derecho -ipso jure sin necesidad de declaración judicial, a otro acto bilateral plenamente válido, por incumplimiento culpable en este, imputable a una de las partes.

⁴⁸ ÁVILA Contreras, Teresita de Jesús, Yesica Cervantes González, La rescisión en el contrato de compraventa, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. de C.V., México 2005, p. 12.

⁴⁹ Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, tomo II. México 1998. Editorial Porrúa. p. 647

Para el profesor Martínez Alfaro⁵⁰ la rescisión “es un modo de privar de efectos a un contrato bilateral válido, mediante la extinción de las obligaciones provenientes de dicho contrato que se vuelve ineficaz, en virtud de acontecimientos posteriores a su otorgamiento, como es el incumplimiento de las obligaciones que generó. Es un derecho del acreedor perjudicado por el incumplimiento de su deudor y ese derecho consiste en extinguir la obligación que le incumplieron y así desligarse de su deudor.”

Por su parte, el maestro Galindo Garfias⁵¹ señala que “es una de las formas que presenta la ineficacia del contrato, que siendo válido no produce efectos; es decir, no afectado de nulidad ni de inexistencia.

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

...

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

El Dr. Gabino Castrejón⁵² se refiere a la rescisión como “la facultad que tienen las partes en un contrato de resolver o dar por terminadas sus obligaciones en caso de incumplimiento de la otra parte. “Agregando que “Sólo opera en contratos.”

⁵⁰ Martínez Alfaro, Joaquín. Teoría de la Obligaciones. México. 2001. Edit. Porrúa. p. 253

⁵¹ Galindo Garfias, Ignacio. Teoría General de los Contratos. Porrúa. México. 2000. p 423

⁵² Castrejón García, Gabino Eduardo. Op. Cit. p. 380

Asimismo, el autor José Pedro López Elías⁵³ expresa que: “es una forma de terminar anticipadamente los contratos, validamente celebrados, como consecuencia de un incumplimiento de alguna de las partes. El artículo 1949 del Código Civil establece que la acción rescisoria es facultad de la parte que resulto perjudicada; utilizando el término resolución como sinónimo de rescisión.

La rescisión administrativa, que ya se usa en el derecho mexicano en otras figuras, es un pacto comisorio expreso a favor de la administración, ya que ésta quiere tener la posibilidad de concluir los contratos administrativos de manera anticipada sin ocurrir a los tribunales. La doctrina le llama la facultad de rescisión (*resiliation*) unilateral o caducidad, en este último caso se entiende como la estipulación mediante la cual se otorga a la entidad contratante la facultad de dar por terminado unilateralmente el contrato, cuando el contratista incurre en alguna de las causales previstas como generadoras de esta decisión.”

En este tenor, la legislación mexicana aplica el concepto de rescisión como sinónimo de resolución y revocación entre otros. Por lo que, para establecer en qué casos es utilizada una y otra, expondremos algunos conceptos al respecto.

El Maestro Canals Arenas⁵⁴ dice que la “Revocación es la extinción del contrato por la administración, directamente, por sí y ante sí, sin necesidad de obtener previamente la conformidad del contratista, o aún en contra de su voluntad; o unilateralmente cuando las necesidades colectivas así lo exigen, o por razón de oportunidad o conveniencia.”

El civilista Ramón Sánchez Medal⁵⁵ se refiere a la resolución del contrato como sinónimo de rescisión y señala. “La resolución del contrato. La rescisión o resolución de un contrato sinalagmático puede producirse por cualquiera de estas causas. a) por incumplimiento de una de las partes, que reconoce expresamente nuestra legislación

⁵³ LÓPEZ Elías, José Pedro. Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México. México 1999. Edit Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. p. 197.

⁵⁴ CANALS Arenas, Jorge Ricardo. El Contrato de Obra Pública dentro de la Teoría General de los Contratos Administrativos, y de su Marco Legal en México. México 1991. Edit. Trillas. p. 212.

⁵⁵ SÁNCHEZ Medal, Ramón. De Los Contratos Civiles. México 1989. Edit. Porrúa. p. 128.

(1949); b) por imposibilidad superveniente de las obligaciones a cargo de una de las partes en el contrato bilateral, que admite también nuestra legislación tanto en forma general (1949 in fine), como al aplicarla al arrendamiento (2431, 2445 y 2490); y c) por excesiva onerosidad superveniente, fundada en la teoría de la imprevisión, que no acoge nuestra legislación ni admite la mayoría de la doctrina, pero que si es aceptada por algunos autores.”

Finalmente, el reconocido jurista Serra Rojas⁵⁶ señala que:

“La rescisión es la sanción mas efectiva de que dispone la administración pública: tiene por finalidad dar por terminado un contrato manteniendo la responsabilidad que resulte al contratista.

Es prudente distinguir:

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

La jurisprudencia francesa ha llegado a estas importantes conclusiones:

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

2.2. Naturaleza jurídica de la rescisión administrativa.

Dicha naturaleza es aquella que presupone un comportamiento de la contraparte, posterior a la formación del contrato que de algún modo altere las relaciones entre las partes, tal como se habían constituido originariamente o perturbe el normal desarrollo, es

⁵⁶ SERRA Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Edit. Porrúa. México 2004. p. 653

decir, la ejecución del contrato, porque se ha modificado o se ha roto aquella composición de intereses, cuya expresión constituye el contrato.⁵⁷

2.2.1. El significado de “rescindere”.

Rescindere y rescissio son términos usados frecuentemente en contextos y con acepciones diversas. La doctrina tradicionalmente ha asimilado rescindere al concepto de nulidad sobre el presupuesto de que las leges perfectae conminan siempre a la nulidad de los actos prohibidos. Pero tal planteamiento cede cuando se demuestra que la nulidad es un concepto extraño al pensamiento jurídico clásico.

Los juristas romanos consideraron al contrato desde el punto de vista de su eficacia, o mejor, de su utilidad para producir determinados efectos: el contrato que, válido o no, produce sus efectos era considerado utile, mientras que inútil era el negocio que no producía efectos, pero que estaba en grado de producirlos, de manera que no se podría decir que todos fuesen nulos. Es cierto que en época tardía los romanos intuyeron la nulidad jurídica, pero aplicada a actos que no existían jurídicamente: el acto nulum es el nec ululum, lo que en términos actuales se denomina inexistencia.⁵⁸

Por tanto, descartada la nulidad debido a que estamos ante contratos válidos y aptos para producir efectos sobre el plano teórico, aunque sean impedidos sobre el práctico, y puesto que la anulabilidad fue una figura desconocida, puede decirse que cuando usan las expresiones rescindere o rescissio, los juristas romanos pretenden decir que el acto o el contrato es inútil, ha quedado inútil, “o es inutilizado, por el magistrado o por la ley, incluso solamente respecto a algunos de sus efectos o de sus objetivos, quedando perfectamente válido y eficaz para los demás”.⁵⁹

Naturalmente que las clasificaciones actuales se muestran inadecuadas frente a esta situación peculiar que ésta todavía lejos de la moderna ineficacia, pero aprenderemos de las fuentes que en Roma a veces una stipulatio o un negocio podía ser válido ab inicio y,

⁵⁷ Teresita de Jesús Ávila Contreras, Yesica Cervantes González, Op. Cit., p. 12.

⁵⁸ MARTÍN Pérez, José Antonio, La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores), J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona 1995, p. 82.

⁵⁹ Ibídem, p. 83.

sin embargo, quedar todos o algunos de sus efectos paralizados para estar expresamente excluidos por una norma, dándose en esta forma de ineficacia algunas señas de identidad de la actual rescisión.

2.3. De las distintas formas de terminación del contrato administrativo: normal y anormal.

Toda la contratación lleva implícita la intención de llegar a la ejecución del contrato, de acuerdo a lo pactado.

Aún cuando debamos partir de esa premisa, en no pocas ocasiones, luego de suscrito el contrato administrativo se presentan circunstancias que cambian esa intención inicial de ejecutar lo pactado, y que concluyen en forma anormal la contratación.

Así pues, se analizaran las situaciones que con posterioridad al nacimiento del contrato administrativo hacen que el mismo no llegue a concretarse, resolviéndose por el contrario sin el cumplimiento de su contenido.

En este sentido, la rescisión de los contratos administrativos constituyen actos administrativos, los cuales se pueden extinguir de dos formas: normal y anormal.

Para efectos de entender mejor nuestro análisis y aún cuando podríamos interpretar que al cumplirse el contrato de acuerdo con lo pactado, estamos en presencia de una forma de extinción de la relación contractual, en aquellos casos en que nos referimos “al cumplimiento” se debe entender que estamos hablando de la extinción normal de contrato, para de esta forma entender como “la extinción anormal”, aquella extinción anticipada en la que no se llega a cumplir con el objeto contratado en los términos de la negociación que lo motivó.

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

La extinción normal opera por el cumplimiento de todas las prestaciones que configuran el objeto del contrato administrativo o por la satisfacción de vida de las mismas al vencer el término del plazo contractual. Son normales porque lo buscado por las partes al celebrar el contrato, es que el mismo se extinga una vez que se hayan satisfecho integralmente las prestaciones convenidas dentro del período temporal acordado.

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

Escola incluye entre los modos normales de extinción: a) el cumplimiento del objeto y b) la expiración del término de duración del contrato; mientras que entre los anormales coloca: a) la rescisión convencional del contrato, b) la desaparición del objeto del mismo, c) la rescisión debida a fuerza mayor, hecho de la Administración o hecho del príncipe, d) la rescisión dispuesta por la Administración Pública por aplicación de su potestad rescisoria, e) la imposición de sanciones rescisorias por la Administración Pública, f) la rescisión debida al ejercicio de la potestad modificatoria por la Administración Pública, g) la muerte o quiebra del contratante particular, y h) la ruptura definitiva de la ecuación económica-financiera del contrato administrativo.⁶⁰

Marienhoff, por su parte, advierte que los contratos administrativos pueden terminar o hallar su fin por dos distintas razones: a) por cesación de sus efectos, cuando el contrato termina normalmente, y b) por extinción, cuando concluye en forma anormal, verbigracia, por caducidad, revocación, anulación, renuncia, rescisión, rescate.⁶¹

Por último, cabe destacar que teniendo en cuenta la existencia de diferentes causales de extinción de los contratos, resulta que las consecuencias que se derivan de dichos modos de conclusión habrán de ser diferentes también. De tal forma, en los modos normales de terminación –cumplimiento del objeto, expiración del término- lo común será

⁶⁰ ISMAEL Farrando, Op. Cit., p. 639.

⁶¹ *Ibidem*, P. 640.

que no se deriven consecuencias para las partes contratantes, mientras que en los casos anormales, en los cuales generalmente la relación contractual se ve interrumpida antes de su finalización natural, dará lugar a indemnizaciones, daños y perjuicios, etc., consecuencias que no fueron queridas por las partes.

La rescisión administrativa se da en los siguientes supuestos:

- a) Por la expiración del plazo, ya que en los supuestos en que el contrato administrativo se formalice por un término determinado, resulta obvio que cuando dicho lapso se cumple, concluye el contrato, siendo ésa la intención de las partes contratantes.

Para autores como Marienhoff en este supuesto se produce la conclusión normal del contrato por cesación de sus efectos, al igual que en el caso de cumplimiento del objeto, y en los demás supuestos –caducidad, anulación, renuncia, rescisión, rescate – se produciría – a su entender – la extinción del mismo.

Mientras que otros, como Bercaitz, Diez, Escola, creen que no existen fundamentos bastantes para formular la distinción esbozada, ya que con la revocación, la anulación, la rescisión, se produce igualmente una cesación de los efectos normales del contrato.

Sin embargo, Bercaitz reconoce que lo único en que podría basarse la diferencia apuntada sería en que tratándose de vencimiento del término o cumplimiento del objeto, le cesación de los efectos se proyecta para el presente o el futuro, en tanto que tratándose de la extinción por revocación o anulación retroactiva, los efectos jurídicos consiguientes se proyectan, además hacia el pasado.⁶²

Cabe puntualizar que vencido el plazo contractualmente previsto como de duración del contrato, los contratantes no tendrán nada que reclamarse en la medida en que hubiesen cumplido en debida forma las prestaciones a su cargo, concluyendo así, pacíficamente, el contrato por haberse alcanzado el resultado querido.

⁶² *Ibidem*, p. 647.

b) Cumplimiento del objeto, se produce la extinción normal de un contrato administrativo por cesación de sus efectos (cuando se logra el objeto determinado del mismo. Lo natural, lo querido por las partes al contratar, es que se llegue a la conclusión del contrato una vez que se halla agotado íntegramente su objeto, realizándose todas las prestaciones que se habían previsto y que recíprocamente se debían las partes.

c) Renuncia, quiebra y muerte del contratista, una grave alteración de la personalidad del contratista, ya sea, por quiebra o concurso, muerte, inhibición general de bienes, etc., se transforma en causal de rescisión del contrato.

Además afirma Bercaitz que ocurrido cualquiera de los eventos señalados, el contrato no se extingue de pleno derecho sino que se requiere de un acto expreso de rescisión por parte del Estado, ya que es la decisión administrativa la que la produce y no el hecho de la muerte, la ausencia, la inhabilidad, la quiebra, etc., del contratista.

La renuncia constituye un medio unilateral de extinción de los contratos que, en opinión de Marienhoff, no procede en relación con los contratos administrativos de colaboración, pues la significación del interés público en juego impediría la renuncia del contratista y la aceptación por parte del Estado.

Sin embargo, se destaca que en los contratos de colaboración la renuncia solamente surte efectos cuando sea aceptada por el Estado, aunque en tal caso no estaríamos frente a una renuncia propiamente dicha, sino a una rescisión bilateral, es decir, logrando con esto el acuerdo de las partes.

Son varios los medios por los que un contrato administrativo puede hallar fin, sea que esto ocurra por cesación de los efectos del contrato o por extinción del mismo. Dentro de las distintas situaciones que pueden presentarse para que el contrato administrativo no llegue a su terminación normal, o sea a su cumplimiento de acuerdo con lo pactado, podemos citar las siguientes, que a su vez son las que regula nuestra legislación en materia de contratación administrativa.

La primera situación se presenta cuando el contrato administrativo una vez suscrito es declarado nulo. En segundo lugar tenemos la caducidad del contrato. En tercer lugar la situación que se presenta cuando el contrato es resuelto en forma unilateral por la Administración, utilizando ésta sus prerrogativas y motivado en el incumplimiento del contratista. En cuarto lugar tenemos la rescisión también acordada por la administración, justificada en razones de interés público, caso fortuito o fuerza mayor. En quinto término opera la rescisión por parte del contratista, fundamentada en el incumplimiento de la administración, o en una “mutabilidad irrazonable” del objeto contrato, y por último tenemos el consenso de las partes.

2.4. Directrices básicas de la rescisión administrativa.

2.4.1. Elementos.

El análisis de los requisitos de la rescisión administrativa obliga a distinguir, según que se trate de la rescisión administrativa por razones de interés general, o de la rescisión administrativa por incumplimiento del contratista.

Para la rescisión administrativa por razones de interés general, se exigen los mismos requisitos que para la suspensión definitiva total.

Por lo que hace a la rescisión motivada por el incumplimiento de las obligaciones, asumidas en el contrato o en las disposiciones legales, es necesario señalar que el incumplimiento faculta al acreedor a exigir del deudor el pago de la indemnización moratoria, el acreedor demanda el cumplimiento de la obligación, más el pago de los daños y perjuicios causados por el retardo en el pago (moratorios); en cambio, en la indemnización compensatoria, el acreedor reclama la rescisión del contrato, así como el pago de los daños y perjuicios causados por el definitivo incumplimiento de la obligación. Estas indemnizaciones están comprendidas en el artículo 1949 del Código Civil.

Según lo expuesto, el incumplimiento de cualquiera obligación en perjuicio de cualquier acreedor, faculta a éste para exigir la indemnización compensatoria, o sea, la rescisión del contrato; pudiendo exigirla en forma judicial o extrajudicial, se exigirá extrajudicialmente en el caso de haber pacto comisorio expreso, pues dicho pacto consiste en que “las partes expresamente estipulan que el incumplimiento de una de las

obligaciones recíprocas producirá la rescisión del contrato, sin necesidad de la declaración judicial”; pero a la falta del pacto comisorio expreso, se reclamará la rescisión por vía judicial.

En forma diferente, cuando el incumplimiento es de una obligación derivada de un contrato de obra pública y es en perjuicio de una dependencia o entidad, entonces la dependencia o entidad no tendrá únicamente la facultad de exigir, sino además la de declarar la rescisión del contrato, por sí y ante sí, en forma unilateral, extrajudicial y de pleno derecho.

De lo anterior se observa que, la rescisión administrativa por incumplimiento del contratista se configura con los elementos siguientes:

- a) acto jurídico unilateral; es decir, consiste en una manifestación unilateral de voluntad emitida por la dependencia o entidad acreedora y perjudicada por el incumplimiento del contratista.
- b) Es un acto extintivo del contrato
- c) Requiere del incumplimiento del contratista de obligaciones derivadas del contrato o de la ley.
- d) Carencia de declaración judicial; esto es, la rescisión no amerita de la declaración judicial para producir su efecto extintivo.
- e) Eficacia de pleno derecho, lo que significa que el incumplimiento del contratista produce sus efectos extintivos, sin requerir de la declaración judicial, bastando con que se cumpla el procedimiento que posteriormente se expondrá.⁶³

2.4.2. Causas.

Según la doctrina, la rescisión del contrato administrativo puede ser por convenio entre las partes, por faltar objeto en el contrato o porque la administración lo decida unilateralmente. En esta hipótesis se puede distinguir entre rescisión (que lleva implícita indemnización, en general) y resolución administrativa, por declaración propia, si el contratante incumple el contrato público, con las sanciones penales previstas y, desde

⁶³ MARTÍNEZ Alfaro, Joaquín, Los contratos derivados del artículo 134 constitucional, Porrúa, México 1993, p. 87 y 88.

luego, con la pérdida de la garantía e indemnización de daños y perjuicios. En este criterio podrá haber rescisión administrativa en los casos en que a continuación se citan:

- Por causas imputables a la dependencia o entidad. En este caso, 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.
- Por causas imputables al contratista. En estas hipótesis 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 el sobre costo 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.
- Cuando concurren razones de interés general. En este caso, la dependencia o entidad pagará al contratista los trabajos ejecutados, así como los gastos no comprobados y se relacionen directamente con el contrato de que se trate.
- Por caso fortuito o fuerza mayor. En este supuesto, si el contratista 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 declaración correspondiente.

El requisito necesario, para la rescisión administrativa por incumplimiento, es una causa imputable al contratista, al respecto el artículo 127 del reglamento de la Ley de Obras Públicas enumera como imputables al contratista las siguientes causas:

- No iniciar el contratista los trabajos en la fecha pactada.
- Suspensión injustificada de los trabajos
- Incumplimiento con el programa de ejecución por falta de materiales, de trabajadores o de equipo de construcción.
- No reparar o no reponer la parte de la obra rechazada, por no cumplir con las especificaciones de construcción o con las normas de calidad.
- Subcontratar sin contar con autorización por escrito de la dependencia.
- Si el contratista es declarado o sujeto a concurso mercantil.
- Si cede los derechos de cobro derivados del contrato sin contar con autorización por escrito de la dependencia.
- No dar las facilidades y datos necesarios para la inspección, vigilancia y supervisión de los materiales y trabajos.
- Si el contratista cambia su nacionalidad por otra en caso de que haya sido establecido como requisito tener una determinada nacionalidad.
- Si siendo extranjero invoca la protección de su gobierno.
- En general por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato, las leyes y demás aplicables.

2.4.3. Modalidades.

Las modalidades en México por las que puede darse la rescisión de los contratos administrativos son principalmente por incumplimiento del contratista.

2.4.4. Efectos.

1.- Efecto retroactivo, es decir, efecto restitutorio que consiste en volver las cosas a su estado anterior mediante la restitución de las prestaciones ejecutadas, cuando sea posible por no tratarse de actos consumados o de tracto sucesivo; artículo 2239 del Código Civil.

A causa de este efecto restitutorio, la dependencia o entidad deberá pagar al contratista, los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables, pues no es posible volver a la situación anterior consistente en la inexistencia de los trabajos ejecutados o de los gastos ya sufragados, pues se trata de actos consumados que ameritan su pago.

2.- Efecto liberatorio del contratante perjudicado por el incumplimiento o por las razones de interés general que impiden continuar, pues este contratante se libera de su obligación que es correlativa de la incumplida o de la impedida por las razones de interés general.

3.- extinción de la obligación que es a cargo del deudor incumplido; dicha extinción se debe a la interdependencia de las obligaciones recíprocas generadas por un contrato bilateral, pero responsabilizando al deudor incumplido del pago de daños y perjuicios.⁶⁴

2.5. La rescisión contractual por las partes.

La fuerza obligatoria de los contratos no solamente es un efecto jurídico de mayor importancia sino que reviste un considerable valor social y económico, porque permite dar seguridad a las transacciones sin el cual se romperían las bases fundamentales del comercio. Cuando el incumplimiento de las cláusulas del contrato se tornan graves, nace en la contraparte el derecho a rescindir el mismo.

Es sabido que los contratos administrativos son bilaterales y las prestaciones que nacen del mismo son recíprocas; y la buena fe contractual rige toda la vida del contrato, desde el nacimiento hasta su extinción; por lo que más allá de su carácter público y de las cláusulas exorbitantes del derecho privado que se hallan implícitas en todo contrato administrativo, resultan de él obligaciones mutuas, y la buena fe contractual exige que se cumplan las obligaciones pactadas tal cual se estipularon, y que en caso de incumplimiento de cualquiera de las partes, la que ha cumplido tendrá implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos.

2.5.1. Incumplimiento del contratista.

La Administración Pública tiene una potestad sancionatoria muy amplia frente a los incumplimientos en que pueda caer el contratista en la ejecución de los contratos administrativos; y entre las clases de sanciones que puede imponer cuenta con tres fundamentales: a) pecuniarias; b) coercitivas; y c) rescisorias.

⁶⁴ MARTÍNEZ Alfaro Joaquín, Op. Cit., p. 85.

Cuando el ente público estatal contratante ejerce la prerrogativa sancionatoria definitiva de rescisión –la más importante de las sanciones- debido al incumplimiento grave del contratista, lleva a la Administración al extremo de rescindir el contrato y tener que buscar un tercer contratista que termine la obra o que preste el servicio incumplido por la contratante.

Al ser una medida extrema, se aplica este remedio solo de manera “excepcional”, ya que, por ejemplo en el caso de un servicio público, los usuarios se quedarían sin el servicio, y a la Administración le ocasionaría una pérdida de tiempo, nuevos precios y la limitación de responsabilidad de lo ya cumplido por parte del contratante, etc. Por lo que la facultad rescisoria sólo es conveniente recién después de haber agotado todos los medios posibles para lograr el cumplimiento y sólo ante faltas graves del contratista.

Se desprende de los artículos precitados que aunque la Administración Pública ejerza el derecho de rescindir el contrato ante el incumplimiento del contratista, no exime a éste de indemnizar todos los daños y perjuicios que causare, tanto por el incumplimiento como por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones.

La rescisión por incumplimiento del proveedor es la única modalidad de rescisión para la cual la LAASSP establece un procedimiento, sin embargo en mi opinión personal no resulta eficaz para cumplir el espíritu de sanción que implica la misma.

Cuando existe incumplimiento injustificado de parte del contratista en relación con la ejecución del contrato, la administración está facultada para resolver en forma unilateral el contrato y cobrar a dicho contratista los daños y perjuicios que a ella se le causen.

Es de resaltar que en el contrato administrativo de obra pública existe una diferencia establecida jurisprudencialmente en cuanto a la facultad de rescisión, al respecto se dijo. “la ley acuerda tanto a la administración como al contratista el derecho de rescindir el contrato en los supuestos fácticos que ella contempla. En materia de contratos administrativos –como lo es el de obra pública- la Administración tiene el privilegio de rescindirlos unilateralmente por sí y ante sí, sin perjuicio del derecho del contratista para impugnar ese acto o decisión ante la autoridad judicial. Respecto de la rescisión por parte

del contratista, es exigencia en rigor. En esa condición la Administración solo puede desestimarla, acreditando la inexistencia de la causa invocada o que no encuadrare en ninguna de las previsiones legales al efecto, o porque simultáneamente el contratista estaba incurso en causal de rescisión, correspondiendo a la justicia revisar la legalidad del acto denegatorio.

Expresa el jurista argentino Ismael Farrando, los siguientes supuestos que pueden darse para que la Administración ejerza su facultad rescisoria:

a) Fraude

Respecto de la rescisión del contrato, la Administración tendrá derecho a la rescisión del contrato en los siguientes casos... “a) cuando el contratista se haga culpable de fraude”.

Podemos decir que se intenta defraudar a la administración pública mediante ardid, entregando una obra de menor calidad a la contratada, menor cantidad o recibiendo pagos indebidos, etc. Esta actitud configura un delito que el Código Civil define como “acto ilícito ejecutado a sabiendas con la intención de causar un perjuicio a la persona o a los derechos de otro, en este caso a la Administración Pública.

La falta grave del contratista crea en la Administración Pública una desconfianza que faculta a ésta a declarar la rescisión del contrato administrativo.

b) incumplimiento grave

No cabe duda de que las partes, cuando contratan, tienen como expectativas que la parte contraria cumpla con las prestaciones a las que se ha obligado, en forma fiel y cabal. Pero por diversas razones suele suceder que una de las partes –en este caso el contratista- no ejecuta sus obligaciones, ya sea éstas de modo parcial o total, y ante esto la Administración Pública tendrá que usar los medios contractuales necesarios para compeler al particular al cumplimiento de lo pactado, por ejemplo, la aplicación de multas, pero cuando el incumplimiento es grave y se tiene la certeza de que aquel no va a cumplir con las prestaciones debidas, la Administración puede ejercer su facultad.

Al respecto, la resolución del contrato administrativo de concesión, de cara al incumplimiento del concesionario, no se opera de pleno derecho. Por el contrario, la regla en la materia es que la Administración debe procurar, en primer término el cumplimiento del contrato, intimando al contratista mediante el otorgamiento de un plazo razonable al efecto.

Ahora bien, no cualquier incumplimiento a las obligaciones o condiciones estipuladas en el contrato dará la facultad de rescindir, sino que el mismo debe ser “grave” y tenerse la “certeza” del no cumplimiento del contrato por parte del contratista. Deberá tenerse en cuenta que la Administración debe haber intentado todas otras clases de medidas tendientes a lograr el cumplimiento normal del contrato.

c) ejecución con lentitud

Cuando el contratista proceda a la ejecución de las obras con lentitud, de modo que la obra ejecutada no corresponda al tiempo previsto en los planos de trabajo y a juicio de la Administración, la misma no pueda terminarse en los plazos estipulados; corresponde la rescisión del contrato.

Pero puede darse el caso de que ante la excesiva demora en el inicio de la obra la Administración proceda a ejercer su derecho de rescisión, ya que establece como causa de rescisión el caso de que: “el contratista se exceda del plazo fijado en las bases de licitación para la iniciación de las obras”. Cuando ya se hubiere cumplido el término para la iniciación de la obra y el contratista no justifique razonablemente que la demora en la iniciación se debe a una causa no imputable a ella y no ofrezca cumplir el contrato, el mismo será rescindido.

Tanto la ampliación del plazo de la obra, como la alteración del ritmo de la obra, al margen de lo dispuesto en el pliego, son circunstancias conocidas en el marco reglado en la Ley de Obra Pública. Circunstancias técnicas o naturales se reconocen como causas válidas que dan lugar a la extensión del plazo sin multa o sanción para el contratista, de tal manera, la inobservancia de los plazos establecidos no lleva a la aplicación de sanciones al contratista cuando el incumplimiento se debe a circunstancias que no le sean jurídicamente imputables.

Ahora bien, cuando se ha aprobado el nuevo plan de trabajo, continua la obra y posteriormente se vuelve a incurrir en incumplimientos, la Administración tiene el derecho de rescindir el contrato.

d) cesión no autorizada a terceros

Cuando el contratista transfiere en todo o en parte su contrato, se asocia con otros para la construcción o subcontratar, sin previa autorización de la Administración, ésta tendrá derecho a la rescisión del contrato.

e) abandono o interrupción de trabajos

Se produce también la rescisión cuando el contratista deja de cumplir con sus obligaciones; es decir, se autoriza a la Administración a aplicar la máxima sanción rescisoria cuando “el contratista abandone las obras o interrumpa los trabajos o cuando el abandono o interrupción sean continuados.

La gravedad de la conducta del contratista, renuente a la intimación de la inspección de la obra o de la repartición, tiene como correlato la sanción rescisoria”. Deberá tenerse en cuenta que la facultad rescisoria se aplica cuando el culpable de la interrupción o suspensión de la obra es el contratista, y no cuando este último tenga el derecho de suspender la ejecución de la misma.

f) caducidad

Cuando el concesionario no cumple debidamente sus obligaciones y este incumplimiento es imputable a su parte, se puede llegar a declarar la pérdida de los derechos de aquel a través de la caducidad del contrato, extinguiendo de manera anormal el mismo.

La Administración Pública podrá declarar unilateralmente la caducidad de un acto administrativo cuando el interesado no cumpliera las condiciones fijadas en el mismo, pero deberá mediar previa constitución en mora y otorgar la concesión de un plazo suplementario razonable al efecto.

Siendo la declaración de caducidad una sanción que se le aplica al contratista, previo a la misma lo deberá intimar (poner en mora), a que cumpla con las obligaciones que él ha asumido, bajo apercibimiento de declarar la caducidad.

Los requisitos para que se declare la caducidad son: 1) constitución en mora, 2) plazo suplementario vencido; 3) culpa del contratista en la extinción del contrato; y 4) gravedad del incumplimiento.

En cuanto a los efectos temporales que produce el contrato, estos se producen para el futuro, desde el acto que lo declara y desde el día que se ha notificado al particular el acto de caducidad, reservándose el Estado la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios que se le hubieren causado.

Ahora bien, el hecho de que se declare la caducidad de la concesión no significa que la Administración podrá apropiarse de los bienes del contratista.

g) Rescate

Al perseguir un fin público muchas veces la Administración Pública requiere la colaboración de terceros, a los que les encomienda su gestión a través de los contratos de concesión de servicios públicos y la obra pública. Puede suceder, no por cuestiones de legalidad, sino por razones de oportunidad, mérito o conveniencia pública, que la Administración resuma sus facultades y rescinda el contrato sin que el particular haya tenido culpa alguna de ello, ya que es una decisión unilateral de la Administración. La Administración, para una mejor satisfacción del interés público y que se manifiesta en una mejor prestación de un servicio público, puede resumir al “rescate”.

El significado de la expresión rescate no está indicando que su contenido es netamente ejecutivo, ya que viene de la expresión latina “recaptare”, recoger. La voz nos dice que se trata de recobrar el servicio o la obra. No se habla de “reclamar” o “solicitar” la restitución, sino de llevarla a cabo.

La aplicación del rescate se manifiesta principalmente en aquellos tipos de contratos en que se han otorgado al particular el ejercicio de actividades que originariamente

corresponden al Estado; y mediante el rescate es resumido el ejercicio de dicha actividad por la Administración Pública.

Si bien se confunde el rescate con la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, la diferencia es que esta última se aplica a todos los contratos; en cambio, el rescate –como dijimos- sólo a los contratos de colaboración.

La Administración podrá rescatar el servicio pero deberá indemnizar íntegramente a aquél el valor del contrato más el de los daños que se han producido, ya que si no se vería violada la propiedad privada. En caso de divergencia sobre el monto de la indemnización, será la Justicia la encargada de establecerlo. Al estar en juego el interés público para que tenga efecto basta que la Administración notifique dicha decisión al contratista.

2.5.2. Incumplimiento de la Administración.

Con anterioridad vimos que la Administración podía ejercer la facultad de rescisión frente a los incumplimientos graves en que podía incurrir el contratista en las obligaciones a las que se había comprometido. Ahora veremos que el contratista también puede resolver o rescindir el contrato cuando la Administración incumple alguna obligación esencial que impida comenzar o proseguir los trabajos ya comenzados por aquel.

Ahora bien, la Administración Pública, dentro de las prerrogativas que tiene y que son exorbitantes al derecho común, cuenta con la de *ius variandi* o principio de mutabilidad, privilegio que permite a la Administración introducir modificaciones en el contrato, debido a que, por un lado, están en juego las necesidades del interés público que impone modificaciones a los términos del contrato celebrado; y por otro, no siempre es posible, por ejemplo, en una obra pública de gran magnitud, prever todos los detalles que insumirán los trabajos. Esta prerrogativa no necesita ser expresamente introducida en el contrato y el contratista debe aceptarla, aunque debe tenerse en cuenta que la misma tiene límites.

Si bien las convenciones hechas en los contratos forman parte de una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, el *ius variandi*, como antes dijimos, tiene como

finalidad garantizar y resguardar el interés público frente a las vicisitudes fácticas que pueden ocurrir, interés que debe ser alegado y probado por parte de la Administración Pública. Debiendo la causa ser objetiva, fundada, cierta y real.

Cuando la Administración Pública ejerza el derecho del *ius variandi*, de tal manera que configure una especie de abuso del derecho que exceda los límites de lo razonable y de lo legal, el contratista se vera en la necesidad de pedir dicha rescisión, solicitando además la reparación de los daños que se le hubieren causado, ya que el mismo es ajeno a los motivos que originaron la rescisión. En los contratos administrativos, cuando el Estado incumpliera tan gravemente las obligaciones a cargo de su parte que lleve a que su contratista no pueda cumplir con las suyas, el incumplimiento del contrato por parte del contratista debe considerarse como un derecho de éste.

Para resguardarse de los incumplimientos de la Administración, el contratista tiene derecho a la rescisión del mismo, este derecho debe ser demandado judicialmente, no pudiendo ejercerlo por sí y ante sí, ya que “configura un principio inconcuso en materia de contratos de obra pública que, frente a lo que se considera un incumplimiento contractual por parte de la Administración, el contratista no puede rescindir per se el contrato y abandonar la obra. Solamente le asiste el derecho a requerir la rescisión y, en caso de ser negada por las autoridades, demandarla judicialmente, pero sin interrumpir unilateralmente los contratos.

Jurídicamente se justifica esta diferencia diciendo que mientras el respectivo acto de la Administración Pública es “ejecutorio” y tiene “ejecutoriedad” para asegurar coactivamente su cumplimiento, la decisión del contratante de rescindir carece de esta característica.

Sin embargo, otros autores sostienen que el contratista tiene la facultad de rescindir el contrato tanto como la Administración, es un derecho del contratista, poder rescindir sí se producen ciertos supuestos, pero también es un derecho de la Administración hacerlo si se dan los casos que establece la ley; por lo que cuando el contratista comunica a la Administración que hace uso del derecho acordado por la ley de rescindir, su derecho es operativo sin más, y por el principio jurídico de que no es posible exigir al contratista una

antinomia, como sería la de cumplir; aquélla debe adoptar las medidas conservatorias pertinentes, sin perjuicio de la consideración del planteamiento de fondo.

El autor argentino, Ismael Farrando señala que las causas que habilitan al contratista a solicitar la rescisión por culpa de la Administración son:

a. Modificaciones o errores del proyecto

En virtud de que la Administración puede introducir modificaciones en uso de sus prerrogativas (aumentos de trabajos o de costos), o en los casos de errores cometidos por ésta hayan excedido un 20% del total de las obras.

Las modificaciones pueden traducirse en un aumento o en una sustitución de las prestaciones, puede afectar la duración del contrato, como las condiciones, formas y modo de ejecución del mismo. Por ejemplo, el interés público puede exigir una modificación del contrato ante nuevas situaciones que pueden surgir, y ante esto la Administración Pública variar el objeto de la prestación, transformando un contrato de obra pública en uno de concesión de obra pública.

b. suspensión de los trabajos

Es causal de rescisión cuando la Administración Pública suspende por un tiempo determinado la ejecución de las obras, o cuando el contratista se ve obligado a suspender las obras por más de tres meses, o a reducir el ritmo previsto en más de un 50% durante el mismo período como consecuencia de la falta de cumplimiento en término por parte de la Administración en la entrega de materiales a los que se hubiere comprometido.

Entonces cuando media culpa de la Administración y a raíz de actos o hechos suyos se den supuestos en que la continuación de la obra se puede ver suspendida por más tiempo del legalmente pactado, que la paralización de la obra se haya excedido del plazo legal o que el ritmo del plan de trabajo haya sido inferior al 50% de dicho período por culpa de la Administración, en el contratista nace el derecho de rescindir.

c. retardo de los pagos

La concreción del bien público exige la realización de obras o prestación de servicios que se dan en beneficio de la comunidad y, como es lógico, se hace obligatorio el pago del precio de quien colabore con la Administración ya que ésta lo garantizó.

En este supuesto, cuando la gravedad determina la frustración del contrato o impide al contratista cumplirlo, surge como causal eficiente para la rescisión; y esto es así en cuanto la falta del pago o el retardo del mismo rompe con las bases del equilibrio económico-financiero del contrato, por lo que en tales casos debe restablecerse dicha ecuación y reparar los daños y perjuicios que ha sufrido el contratista.

Al igual que lo expresado en las demás causales, la falta de pago tampoco autoriza por sí al particular a abandonar la obra, sino sólo a peticionar judicialmente la rescisión.

d. impedimentos para iniciar o proseguir los trabajos

Cuando la Administración no colabore con el administrado y por ejemplo no efectúe la entrega de los terrenos ni realice el replanteo de la obra dentro del plazo fijado en los pliegos especiales, en este supuesto, el contratista podrá rescindir el contrato.

Cuando el contratista debe realizar una obra pública y la Administración no le hace entrega de los terrenos, sin duda que aquél no podrá iniciar los trabajos, y si este impedimento se extiende por largos períodos, sin dudas el contratista podrá demandar la resolución del contrato.

En estos casos, la Administración deberá abonar los gastos que el contratista hubiera tenido hasta ese momento, incluyendo, cuando fuere autorizado, las subcontrataciones que haya realizado éste para la realización de su cometido.

Por lo que refiere a nuestro ordenamiento jurídico, hemos ya hablado sobre la rescisión del contrato (terminación anticipada), sobre todo por el uso de la terminología que se hace en doctrina, sin embargo, deseamos reiterar que esta es definida en nuestra

legislación como la terminación del contrato en forma unilateral por parte de la Administración, motivada en razones de interés público, caso fortuito o fuerza mayor.

El uso de esta prerrogativa por parte de la administración, no obstante el calificativo de cláusula exorbitante que se le da en doctrina, implica igualmente obligaciones para la administración, cual es la de indemnizar al contratista, de acuerdo en los términos del contrato.

Para algunos autores, la rescisión no opera por razones de conveniencia, mérito u oportunidad, como reflejo del interés público, sino que ésta únicamente se opera como sanción, por falta o culpa del contratista. Luego entonces, el término a utilizar en tratándose de causales de interés público es el de revocación, que si está directamente relacionada con el interés público.

En nuestra legislación administrativa, se establece que la Administración Pública puede rescindir unilateralmente los contratos que celebre con los particulares por:

2.5.2.1. por causas de interés público.

De acuerdo con la norma transcrita nos interesa definir qué se entiende por interés público para efectos de aplicación de la norma.

2.5.2.1.1. Interés general, interés público o interés social.

Muchas veces se utilizan estas palabras como sinónimos, por lo cual analizaremos el significado de cada una de ellas para determinar cuál es la expresión más apropiada en nuestro tema de estudio, en virtud que estas expresiones se utilizan para justificar la mayor parte de las actividades del Estado y se utilizan de manera discrecional y arbitraria por las autoridades administrativas, ya que todo lo encuadran como causas de interés general, público o social.

Interés general

Luciano Parejo Alfonso nos señala que:

El interés general es la clave del servicio público, a través del cual se otorga el soporte a la opción concreta para la organización de las satisfacciones de las necesidades sociales. El interés general es, así, el elemento explicativo y justificativo del entero servicio público, en tanto que legitima y determina la intervención, de diverso alcance y siempre conforme con el orden constitucional, del poder público y, por lo tanto, la organización de la referida satisfacción de la necesidad colectiva; la forma de provisión o prestaciones de los bienes o servicios, y por lo tanto, el régimen jurídico exorbitante del común que sea preciso (en términos del principio de proporcionalidad) para asegurar la continuidad, regularidad, calidad y adecuación al progreso técnico de tales provisiones o prestaciones, así como el acceso a ellas en igualdad de condiciones y precio asequible a todos los ciudadanos.⁶⁵

Por su parte Maximiliano Ezquivel menciona:

La administración pública para el cumplimiento de los fines del Estado, realiza numerosas actividades las cuales se encuentran motivadas por la satisfacción de interés de los individuos que lo conforman, ya sea para salvaguardar el orden, realizar funciones de gobierno o mejorar las condiciones físicas o de infraestructura de los centros de población.

Inspiradas en el interés general, estas actividades no deben causar perjuicios a los particulares, porque no están revestidas de carácter imperativo, sino como cumplimiento de los fines del Estado.

En este contexto se tiene al bien común e interés público, como conceptos pertenecientes al mismo género, englobando al segundo dentro del primero pero con características distintivas; de tal manera que el interés público es la concretización del bien común en las acciones administrativas. Es decir, mientras el bien común es un concepto filosófico abstracto que maneja valores éticos e individuales que influyen en el orden jurídico, el interés público es el motor que impulsa la función administrativa, a través de la materialización de los actos dentro del marco del derecho administrativo.

⁶⁵ Cienfuegos Salgado, David y Rodríguez Lozano, Luis Gerardo, *comp.*, *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, [citado 09-05-2009], actualidad de los servicios públicos, formato pdf, disponible en internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/20.pdf>, ISBN 970-32-5357-9, p. 497.

En conclusión el interés general o público es el deseo del Estado para poder cumplir sus fines o el bien común, el cual debe encontrarse delimitado y apoyado en las hipótesis jurídicas, mas aun cuando se puede afectar la esfera jurídica de los particulares, ya que se debe observar en forma estricta los conceptos constitucionales de fundamentación y motivación.⁶⁶

En virtud de que no se da una connotación individual al concepto de interés general , tomaremos algunos de los elementos señalados anteriormente, para efectuar una conceptualización personal, pronunciándonos en el sentido que *es el sustento de la actividad estatal, mediante el cual se satisfacen las necesidades colectivas de la población, así como las del gobierno o la administración pública misma, es decir, estaríamos hablando que el concepto interés general, abarca al interés público o social y además el interés del Estado como Institución; el cual debe estar plenamente fundado y motivado, para cumplir con los principios de legalidad y seguridad jurídica.*

Interés público

El Diccionario Jurídico Mexicano define este concepto como:

El conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de la comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado. Dichas pretensiones se clasifican en dos grupos; las que tienen a satisfacer las necesidades específicas de los individuos o grupos sociales, produciendo beneficios solo a determinadas personas y; las que son compartidas por la sociedad en su conjunto y cuya satisfacción origina beneficios para todos los integrantes de la colectividad.

De la misma forma, este diccionario nos señala que algunos autores atribuyen un significado más restringido a la noción de interés público, considerando que este se constituye solamente por las pretensiones que tiene el Estado para satisfacer sus

⁶⁶ Maximiliano Ezquivel, Iván Amed, *El interés público como impedimento al otorgamiento de la suspensión en el proceso de aclaraciones contenido en la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal*, México, UNAM, 2006, pp. 132 y 132, tesis para obtener el título de licenciado en derecho.

*necesidades como institución. Y que las demás pretensiones dirigidas a satisfacer necesidades colectivas deben denominarse interés social o general.*⁶⁷

Por su parte Héctor Jorge Escola define al interés público como:

*El resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en el su propio querer y su propia valoración.*⁶⁸

Carla Huerta Ochoa es muy precisa al señalar que el término de interés público, más que poseer un solo significado en el sistema jurídico mexicano, este le es atribuido por la regulación legal y es delimitado por la jurisprudencia; pero no se puede hablar de un sentido unívoco del término “interés público”. Es un concepto considerado de orden funcional, ya que sirve para justificar diversas formas de intervención del Estado en la esfera de los particulares previendo límites de distinto grado, ya sea a través de prohibiciones, permisos o estableciendo modos de gestión. De ahí surge la necesidad de elaborar una definición, para reducir la discrecionalidad de las autoridades en la aplicación de las disposiciones referidas al interés público.

De esta manera, se nos da un concepto a través del análisis de cada uno de sus elementos:

*El interés se refiere al valor o importancia que tiene una cosa para una persona o grupo de personas, lo que implica la existencia de una estimación valorativa y, simultáneamente, la de un provecho, resultado o utilidad que esas mismas cosas o bienes tienen, una conveniencia o necesidad, tanto en el orden moral como en el material. Lo público por su parte, está referido aquello que es o pertenece al pueblo, la comunidad, las personas en general, pero que no es de titularidad individual.*⁶⁹

⁶⁷ Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo V [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, [citado 15-05-09], serie E. Varios (núm. 27), formato pdf, disponible en internet en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1172/pl1172.htm>, pp. 167 y 168

⁶⁸ ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 249 y 250.

⁶⁹ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, Cisneros Farías, Germán y López Olvera, Miguel Alejandro, coord. *Seguridad Pública. Segundo congreso iberoamericano de derecho administrativo*, [en línea], México, Instituto de

Desde nuestra perspectiva, consideramos al interés público como *aquello que le importa a la colectividad o la población en su conjunto, de tal manera que se dejarían fuera las pretensiones o interés del Estado como Institución.*

Interés social

Allan Brewer nos dice “La utilidad o interés social no es más que el interés de la comunidad en razón de una mayor productividad”.⁷⁰

Manuel Becerra por su parte considera: “El interés social es aquello que tienen al beneficio y desarrollo de la comunidad”.⁷¹

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tesis jurisprudenciales se ha declarado en el sentido que:

El interés social es un concepto jurídico indeterminado, de imposible definición, cuyo contenido solo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice la valoración. En todo caso, para darle significado, el juzgador debe tener presentes las condiciones esenciales para el desarrollo armónico de una comunidad, es decir, las reglas mínimas de convivencia social, en el entendido de que la decisión a tomar en cada caso concreto no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas del juzgador, sino en elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de una sociedad.⁷²

Nuestra opinión es que el interés social constituye *aquello que tiene relevancia o importancia para un grupo determinado de la población, es decir a una comunidad o parte de la sociedad en lo particular; de tal manera que constituiría una especie del concepto del interés público.*

Investigaciones Jurídicas, 2007, [citado 16-05-09], formato pdf, disponible en internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2375/8.pdf>, ISBN 970-32-3925-0, pp. 132 a 134

⁷⁰ BREWER Carias, Allan Randolph, *La expropiación por causas de utilidad pública o interés social*, Venezuela, Universidad Central de Venezuela, 1966 p. 415

⁷¹ Becerra Ramírez, Manuel, *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, [citado el 19-05-09], serie E: Varios (núm. 96), formato pdf, disponible en internet <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2375/8.pdf>, ISBN 968-36-6951-4, p. 121.

⁷² *Suspensión, nociones de orden público y de interés social para los efectos de la*, novena época, T.C.C, Apéndice 2000, Tomo III, administrativa, jurisprudencia TCC, p. 637, tesis: 536.

Asimismo, con la finalidad de clarificar los casos en que sería aplicable cada uno de los supuestos mencionados, sería necesario que se reglamentara y acotara cuándo procede, a fin de no afectar al particular al que se le haría efectiva la rescisión, en forma particular por lo subjetivo que puede resultar su determinación. Por lo que se refiere a las razones de interés general la autora Maria del Pilar Hernández Martínez⁷³ concluye que:

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

La ideología del interés general opera una conciliación entre el interés común, inmanente de los intereses particulares y el interés público, trascendente de estos mismos intereses. Se identifica a la vez con el interés de estado y con el interés de toda institución que tenga por objeto reunir y trascender los interés particulares de sus miembros.”

Como se desprende de lo anterior los conceptos de interés general, común y público están íntimamente ligados y no existe una definición ni en la ley ni en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia que lo aclaren, por lo que sería necesaria su precisión cuando se trate de afectación de intereses de particulares, como sería el caso de la terminación anticipada en estudio (rescisión). Para el caso de que se extinga la necesidad por causas justificadas, como ya se mencionó con anterioridad, ya que deriva de una circunstancia posterior a la formalización del primer acto, por tanto desaparece la causa que sería el fin público que se perseguiría con la necesidad que originó el contrato, por lo que satisfecha ésta o desaparecida, el contrato carece de causa y por ello es rescindible para satisfacer las necesidades colectivas.

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

⁷³ HERNÁNDEZ, Maria del Pilar. Mecanismos de Tutela de los Intereses Difusos y Colectivos. México 1997. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. p. 54, 59 y 61.

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

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

2.5.2.2. Por caso fortuito o fuerza mayor.

Para definir esta causal no es menos importante referirnos al análisis de los hechos que podemos separar en dos categorías: los hechos de la naturaleza, y los llamados hechos de acción humana que son aquellos realizados por el hombre.

Los hechos naturales comprenden numerosas especies posibles, como lo son las inundaciones, las lluvias, la neblina, el viento, los temporales, tempestades y tormentas del mar, los terremotos y temblores, los aludes o deshielos, las temperaturas extremas; plagas, la muerte, entre otras.

Estos constituyen hechos externos a la relación contractual que pueden directamente o indirectamente interferir en ella, y por lo extraordinario de su aparición, y en no pocos casos por su gravedad, pueden afectar directamente en esa relación contractual e incluso ocasionar su terminación anormal.

Por otro lado los hechos del hombre pueden también constituir casos de fuerza mayor en la relación contractual, cuando reúnen determinadas características.

Estos hechos bien pueden ser guerras, hechos de un tercero, actos del Estado, resoluciones judiciales, huelgas, paros patronales, etc., que son hechos que no

directamente relacionados con la relación contractual particular, pueden llegar a incidir en ella e igualmente ocasionar la terminación anticipada de la relación contractual.

Analizadas en forma particular cada uno de esos hechos pueden constituir dependiendo de la incidencia que tengan en la relación contractual, en que la administración se vea obligada a rescindir el contrato con los consecuentes pagos de indemnización para el contratista.

El incumplimiento por parte de la Administración también puede constituir una causal de rescisión unilateral del contrato, no ya por parte de la administración, sino por parte del contratista. La situación más generalizada en este particular es el incumplimiento en el pago de lo contratado.

Todo comportamiento o toda conducta de la administración que den por resultado la imposibilidad para el contratista de cumplir el contrato, puede según Marienhoff, obligar a ese contratista a rescindir unilateralmente el contrato, sin responsabilidad de su parte.

Puede desde esta perspectiva el contratista, tanto alegar la ejecución definitiva de lo pactado como su paralización, dependiendo del grado de incumplimiento de la obligación por parte de la administración.

Desde la misma perspectiva del incumplimiento podemos también encontrar otra modalidad de justificación de rescisión unilateral de parte del contratista, y es en aquellos casos en que la administración haciendo uso de su potestad de modificación unilateral del contrato, sobrepase los límites razonables de tal potestad y ponga en grave desventaja al contratista, es aquí a lo que llamamos la mutabilidad razonable de la administración, vista como el abuso a la potestad de modificación unilateral del contrato a que por principio tiene derecho la administración.

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

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

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

Nuestra legislación, en materia de adquisiciones establece previo a la terminación anticipada (rescisión) del contrato, una suspensión, y de continuar el motivo que la originó se procedería a la terminación anticipada, conforme a lo establecido en el artículo 55 bis de la LAASSP.

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

2.5.2.3. Por oportunidad o conveniencia.

Una de las llamadas formas anormales de finalización del contrato administrativo es: “la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia”. Esta modalidad de extinción se configura cuando la administración, fundada en motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, decide unilateralmente poner fin a la relación contractual sin que haya mediado culpa alguna imputable a su contratista. Esta prerrogativa de la administración, juntamente con la de modificar e interpretar unilateralmente el contrato, conforman uno de los criterios diferenciadores del contrato administrativo respecto de todo otro contrato; esto es la llamada “cláusula exorbitante del derecho privado”.

En efecto, la doctrina tanto nacional como internacional ha definido esencialmente a esta institución como aquella prerrogativa de la Administración que la faculta a extinguir el contrato administrativo por razones de interés público.

La terminología que más apropiadamente se aplica al instituto en estudio es la de “revocación” del contrato administrativo por razones de interés público. En efecto, quienes prefieren o consideran más adecuado hablar de resolución o rescisión del contrato necesitan calificar dicha rescisión, aclarando que la misma es “unilateral” y que, además, se produce “sin culpa del contratista”, especificaciones estas que no son necesarias cuando usamos el término revocación. Es que la revocación denota por sí misma la unilateralidad que la caracteriza; en cambio, la rescisión puede producirse por decisión de una o ambas partes intervinientes en la contratación y de ahí la necesidad de remarcar su carácter unilateral en el caso que nos ocupa. Así lo ratifica además, el Diccionario de la Real Academia cuando define la revocación como: “la anulación o retractación de una medida, acto, ley, mandato, contrato, etc...”, y la rescisión como “... la acción de dejar sin efecto una obligación por decisión de una o ambas partes...”.

2.5.2.3.1. Por reconocimiento de interés público.

El Estado asume esta decisión revocatoria por razones de interés público, es decir, cuando la comunidad ha dejado de necesitar la prestación en que el contrato consistía o cuando dichas necesidades han cambiado. Sin embargo, la declaración de este interés divide a la doctrina en torno a la individualización del órgano que debe declararlo. Cassagne y Sarmiento García, por ejemplo, se inclinan por la necesidad de que dicha declaración se efectúe mediante una ley formal. Entienden estos autores que por exigencia constitucional todo sacrificio patrimonial debe ser precedido de una ley declarativa de utilidad pública.

Bianchi y Escola, en cambio, sostienen que es la administración pública la que debe determinar directa y fundadamente dichas razones.

Compartimos esta última postura, ya que es la Administración la concedora de las necesidades y motivaciones que determinen la revocación del contrato en cada caso concreto; quedando suficientemente a salvo la garantía o protección del derecho del contratista mediante el pago de la pertinente indemnización. Sin embargo, debemos destacar que en estos casos la Administración Pública deberá fundar debidamente el acto por el cual disponga la revocación, señalando concretamente las razones tenidas en cuenta y los motivos que la imponen.

Además, bien señala Escola⁷⁴ que imponerle más restricciones a esta potestad significaría coartar innecesariamente su ejercicio "...máxime cuando la indemnización debida al particular y la posibilidad de una ulterior impugnación en sede judicial cierra todo camino a la arbitrariedad administrativa"

2.5.2.3.1.1. La obligación indemnizatoria.

Partiendo del deber indemnizatorio del Estado, el problema a dilucidar es la extensión que debe revestir dicho resarcimiento, punto sobre el cual la doctrina se encuentra dividida entre quienes se inclinan por una reparación integral, comprensiva del daño emergente y del lucro cesante, y los que propugnan una indemnización "acotada", limitada exclusivamente al daño emergente.

Previo a analizar ambas posturas, resulta conveniente conceptualizar los rubros en juego en relación con el supuesto en estudio; expresando que por daño emergente entendemos la pérdida efectiva sufrida en los bienes existentes en el patrimonio del contratista damnificado en el momento de producirse la extinción de la relación contractual, y por lucro cesante las ganancias dejadas de percibir o aumentos patrimoniales que no se pudieron producir como consecuencia de su extinción.

Existe un principio general de indemnización integral aplicable a todos aquellos casos en que el Estado genera consecuencias dañosas con su actuar lícito, de lo contrario se afectaría la garantía de propiedad consagrada constitucionalmente y, en consecuencia, el principio de igualdad ante la ley y de las cargas públicas.

No obstante la analogía efectuada entre expropiación y revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia por un sector de la doctrina, existe entre ambas figuras una diferencia muy concreta: la expropiación produce una transferencia del derecho, en tanto que la revocación aludida lo extingue. De esta manera, la expropiación no es la "regla" aplicable a todos los supuestos de afectación o sacrificio del derecho de propiedad; por el contrario, es una especie de los varios supuestos de responsabilidad del

⁷⁴ FARRANDO Ismael, Op. Cit., P. 555.

Estado, especie que configura –además- una excepción al principio de reparación integral antes apuntado.

La antijuricidad del daño que sufre el contratista constituye sobre la base de razones y principios de equidad y justicia legal, suficiente fundamento para la procedencia de una reparación integral.

2.5.3. Por mutuo disenso.

Puede darse que de común acuerdo las partes decidan dejar sin efecto el contrato administrativo y con tal fin celebren un convenio. Cuando las partes celebran un contrato no pueden prever todas sus consecuencias, por lo que pueden negociar muchas cláusulas contractuales, tales como los plazos, formas de pago, etc.

Sin duda que al ser las partes las que llegan a este convenio mediante el cual extinguen el contrato, son estas las que determinan los efectos de las mismas. Pero deberá requerirse un control suficiente para evitar hechos de corrupción, en donde se extingan contratos cuando el único culpable de la imposibilidad de seguir es el contratista, por lo que los convenios requieren ser homologados.

2.5.4. Por ley.

Ya hemos hablado de que a la Administración le cabe la posibilidad de rescatar contratos de concesión de obra pública y servicio público cuando existan razones de interés público que así lo justifiquen. Las modalidades que asume el rescate son básicamente dos: legal y contractual. Algunos autores tratan este modo de extinción anormal del contrato como una causal autónoma, pero realmente no es más que una forma de rescatar el servicio público a través de una norma sancionada por el Congreso.

Esta facultad del Congreso de la Nación de rescindir o renegociar los contratos surge cuando, frente a ciertas circunstancias –generalmente casos de emergencia económica-, el Estado trata de garantizar el bienestar general de la población.

Este caso de rescate legal reviste de vital importancia la discusión a cerca de la posibilidad de que el órgano judicial revise la declaración de interés público, sobre todo en

materia expropiatoria, debido a que al ser el órgano legislativo el encargado de meritar dicha conveniencia y en virtud del principio republicano de gobierno de carácter constitucional, el Poder Judicial se inmiscuiría en atribuciones que son propias del Congreso. Al respecto se ha llegado a la conclusión de que ello puede suceder en los supuestos excepcionales de arbitrariedad o irrazonabilidad.

2.6. Diferencias entre la Rescisión administrativa y la Terminación anticipada de los contratos administrativos, Rescisión y Resolución y Revocación.

2.6.1. Terminación Anticipada.

Tres son las causas por las que la LAASSP contempla la terminación anticipada de los contratos de acuerdo a lo señalado en el artículo 54 bis de la misma: por razones de interés general; porque se extinga por causas justificadas la necesidad de requerir los bienes; y por nulidad total. Al respecto considero que en los tres casos se trata de rescisión determinada por la administración, por lo que sería válido señalar dentro de la ley una clasificación de tipos de rescisión aún cuando la doctrina para estos caso se refiere a revocación unilateral por razones de oportunidad, mérito, oportunidad o conveniencia, con la correspondiente aclaración que este tipo de rescisión no sería considerada para efectos de sanción e inhabilitación, salvo que fuera imputable al proveedor.

2.6.2. Distinción entre rescisión y revocación.

Un efecto general de todo contrato consiste en crear un vínculo obligatorio y, en consecuencia, la validez y el cumplimiento de dicho contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, lo que implica la irrevocabilidad del mismo.

Pero este principio tiene excepciones, pues la ley permite a veces a uno de los contratantes dejar sin efecto el contrato unilateralmente, bien porque concurren determinadas causas que lo autoricen, o bien simplemente porque así sea su voluntad.

La revocación y la rescisión tienen en común el ser excepciones al principio general de irrevocabilidad. La revocación es una forma excepcional de ineficacia de ciertos contratos, en los cuales se permite a uno de los contratantes dejarlo sin efecto por su sola

voluntad. En particular, aplicada a la propiedad, hay revocación “cuando se destruye o cancela una enajenación perfectamente válida”, mientras la revocación es una manifestación de voluntad que modifica una voluntad precedente, inducida por una nueva y diversa valoración de conveniencia del acto, que puede deberse a razones de oportunidad, mandato o por constancia de nuevos hechos –donación-. La rescisión obedece a una razón de equidad, y encuentra su causa en el propio contenido contractual. Mantienen por tanto fundamentos diferentes, porque la revocación no es un remedio, sino una prima concedida por la ley a la autonomía de la voluntad.

Además se insiste en que los sujetos que pueden revocar un acto deben ser los mismos de los que emanó el acto revocado. Por eso no puede hablarse de revocación cuando la impugnación tiene lugar por iniciativa de personas que no han tomado parte en la formación del acto y no son herederos o causahabientes del autor, como sucede en los casos de rescisión. En este tenor, se dice que la rescisión, como la anulabilidad, debe ser motivada, y los motivos que la justifican atienden sólo a la conformidad del acto rescindible con la ley, mientras la revocación puede no ser motivada, o venir determinada por motivos de oportunidad.

2.6.3. Rescisión y resolución.

La resolución es la figura que más atiende a confundirse con la rescisión, como demuestra el hecho de que el propio Código Civil –artículos 1454, 1469, 1479, 1486, 1556, etc.-, las leyes especiales, la jurisprudencia y la práctica jurídica en general, utilizan a menudo las expresiones “resolución” y “rescisión” como si fueran sinónimos.

El único criterio seguro de delimitación hay que buscarlo en las causas que dan lugar a cada una de ellas: la rescisión es una ineficacia aplicable a contratos válidamente celebrados que contienen una lesión. En cambio se denomina “resolución” a la facultad que se confiere a un contratante o a ambos para solicitar la extinción de la relación obligatoria cuando se produzcan determinadas causas –las más características son cuando se cumple con una condición resolutoria pactada, o incumple una de las partes la obligación que le corresponde-, quedando la otra parte desligada de la correlación por la reciprocidad causal del sinalagma, causas que en general tienen un cierto carácter sobrevenido respecto a la celebración del contrato.

Otros intentos de fundar la distinción que parten de que la rescisión proviene de causas externas al contrato, y en cambio la resolución obedece a causas que arrancan del vínculo del mismo, carecen de solidez.

Conviene dejar claro que, si bien suele denominarse “rescisión” a aquellas cláusulas de un contrato que conceden una facultad resolutoria a una, o a ambas partes, la denominación es impropia, puesto que la rescisión solamente obra por virtud de la ley, y no por causa de la voluntad de las partes.

2.7. Ineficacia de la rescisión administrativa.

La “ineficacia” aparece por primera vez en las Pandectas de Windscheid, quien observa que el concepto de invalidez (Ungültigkeit) es más restringido que el de ineficacia, porque un negocio jurídico puede ser ineficaz aun sin que un defecto interno paralice su poder.⁷⁵

En sentido jurídico, la ineficacia se produce cuando hay una discrepancia entre la eficacia prevista o esperada y la eficacia realmente desarrollada por un contrato, entre el plan general de efectos del negocio y la realidad de esta eficacia; ineficaz es el contrato no idóneo para surtir los efectos que corresponden a su contenido, efectos típicos. Se admite que un contrato, aun siendo ineficaz, puede producir efectos, ya sean estos laterales, no dignos de tutela o imprevistos. Ante tal contradicción se ha propuesto que en estos supuestos sería más exacto hablar de “eficacia anormal” o de “anomalías en la eficacia del contrato” que, sin embargo, no han logrado sustituir la fuerza expresiva del término “ineficacia”.⁷⁶

2.7.1. La relación entre ineficacia e invalidez.

Al respecto, inválido es, se dice, un negocio “en el cual falta o se encuentra viciado alguno de los elementos esenciales, o un contrato que carece de uno de los presupuestos

⁷⁵ MARTÍN Pérez, José Antonio, Op. Cit., p. 182.

⁷⁶ Idem.

necesarios, constitutivos del tipo negocial al que pertenece”. En cambio, ineficaz es el negocio “en el cual están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, y sin embargo impide su eficacia una circunstancia extrínseca a él”. En síntesis, la invalidez procede de un defecto o circunstancia intrínseca del contrato, mientras que la ineficacia tiene lugar por carencias o causas extrañas a su estructura típica, ya provengan de la ley, de la voluntad de las partes o de otras circunstancias.

En el primer caso de invalidez, el defecto ataca a la propia estructura del contrato e impide la configuración de una relación jurídica idónea, en el segundo la ineficacia sólo interesa a las consecuencias que el contrato produce en la realidad, es decir, a sus efectos –o más técnicamente, a su función-, porque, aun tratándose de una relación jurídica regularmente formada, mantener su valor vinculante habría conducido a obtener un resultado contrario a derecho o a los fines o intereses prácticos de los contratantes, como ocurre en la resolución, la revocación y la rescisión. De esta manera se configura la distinción entre invalidez e ineficacia partiendo del carácter “estructural” de la primera, y el perfil “funcional” de la ineficacia, justificando así su diferente tratamiento.

Esta visión supone admitir la existencia de dos diferentes situaciones jurídicas, con su correspondiente regulación. Una primera situación afecta a la relevancia jurídica del contrato y, a través de una valoración estática de la perfección del acto, realiza un juicio de validez, comprobando si existe una correspondencia entre el resultado de la iniciativa individual y los requisitos de fondo y forma exigidos en la ley.

La otra situación se refiere, en cambio a la funcionalidad del vínculo contractual y, por tanto, a la dinámica de los efectos inter partes, mediante la valoración de los intereses particulares de los contratantes allí regulados.

La relación de los conceptos ineficacia-invalidez, es de género a especie, puesto que el contrato inválido tiene que ser también por hipótesis ineficaz. Permanece, eso sí, la distinción entre “ineficacia estructural”, que sustituye a la invalidez, e “ineficacia funcional”, aplicable a aquellos contratos regularmente formados cuyos resultados no son dignos de tutela.

La ineficacia como valoración sobre los intereses contenidos en el contrato adquiere un doble significado: uno amplio, en el cual confluyen todos los casos en los cuales un contrato no realiza sus efectos típicos incluyendo los supuestos de ineficacia estructural; y otro estricto, que presupone un contrato estructural y potencialmente eficaz, que no produce sus efectos idóneos. Es este último sentido el que ha servido para acoger todas las hipótesis de anomalías en la eficacia que no eran reconducibles a la nulidad –en particular, los contratos resolubles, rescindibles y revocables-, y que, aun siendo diversas, tenían en común la producción de una ineficacia funcional.

Cuando se recurre al derecho positivo, se observa que en las normas no es fácil identificar la causa de la ineficacia; y aunque fuera posible, no todas ellas pueden traducirse en la falta de otros tantos presupuestos de eficacia, porque no hay una exacta correspondencia, sobre el plano jurídico, entre el vicio que determina la ineficacia y un elemento positivo en el que aquel pudiera traducirse. En conclusión, tanto esta teoría como aquella que acudía al argumento de los defectos extrínsecos, no superan el plano conceptual y se revelan, por ello, insatisfactorias.

Cabe afrontar la cuestión desde otra perspectiva. Una vez admitido que la ineficacia en sentido técnico vendría a aplicarse a contratos válidos, o más exactamente, a contratos que son relevantes para el Derecho y pueden producir efectos pero en los que concurren anomalías que hacen que esos efectos hayan de ser eliminados, entonces el fundamento de esa ineficacia habrá de ser buscado en la propia esencia de la concreta figura negocial, es decir, en su función. La razón de la ineficacia no puede estar en la estructura del acto, pues existe adecuación entre ese acto y el esquema legalmente exigido, sino en su función, en su falta de idoneidad para realizar los intereses perseguidos por los contratantes.

Actos ineficaces entonces, son aquellos cuyos efectos no son idóneos para conseguir intereses merecedores de tutela, y la apreciación de esa idoneidad se realiza desde el punto de vista general –tomando en consideración el interés fundamental de la comunidad-, pero sobre todo, desde el de los propios contratantes y los intereses programados. Y causas de ineficacia son todos los hechos o circunstancias que supongan una interferencia grave en la realización del interés programado, que hagan

prevalecer otros intereses incompatibles con los reflejados en el contrato, o desnaturalicen la función de los efectos previstos.

En definitiva, la ineficacia es una figura que pone fin a los efectos contractuales típicos porque si el contrato no está en grado de realizar el interés en función del cual fue celebrado, no tiene sentido considerar a las partes ligadas a un vínculo contractual que sólo se justifica en consideración del producir y perdurar de los efectos finales.

2.7.2. La rescisión se configura como forma de ineficacia típica.

En toda rescisión estamos ante una negociación o alteración de los efectos posteriores de un contrato, por lo que no cabe duda de que se trata de una forma de ineficacia en sentido amplio.

La ineficacia derivada de la rescisión se debe a irregularidades que acaecen en el momento de celebrar el contrato que afectan a “principios pretendidamente objetivos de justicia conmutativa” –como en los contratos rescindidos por lesión-, o “a los derechos de terceros” –como sucede en los contratos revocados por ser celebrados en fraude de acreedores-; irregularidades que, teniendo un carácter “funcional”, dan lugar a una ineficacia en sentido estricto. El hecho de que la rescisión no sea oponible frente a terceros adquirentes, confirma que no es el contrato el que resulta atacado, sino su eficacia inter partes. Esta idea sirve también para mantener diferenciado el momento de la perfección, de la valoración sobre el concreto conjunto de intereses realizado con el contrato.

De esta forma, no es posible enmarcar la rescisión dentro de la invalidez del contrato, puesto que la lesión del interés de una parte o de un tercero no provoca la falta de un elemento esencial ni vicia los presupuestos del contrato.

Por otro lado, no cabe concebir la rescisión como una hipótesis de ineficacia simplemente porque esta proporcione una cómoda explicación a todas las hipótesis que no tienen acogida en otras categorías, sino que existe una coincidencia con la noción de ineficacia ya vista. La rescisión es el resultado de una valoración legal confiada a la iniciativa privada, que presupone la existencia de una reglamentación de intereses

pactada por las partes en desarmonía con el interés real de ambas o de una de ellas – debido a una lesión económica-, o irriga un perjuicio a un interés ajeno tutelado por el Derecho –como en los actos en fraude de acreedores que ponen en peligro un derecho subjetivo-.

También se ha tratado de encardinar la rescisión dentro de nuevas categorías conceptuales: se ha hablado de “inutilidad”, de “ineficacia”, para designar la falta de idoneidad de un contrato para realizar de modo regular y estable sus propios efectos.

El tipo de ineficacia que comporta la rescisión actúa como “remedio” y no como “sanción”.

Constituye opinión común que toda ineficacia es una consecuencia sancionadora, tal vez la más grave, que el ordenamiento jurídico manda aplicar por la infracción que supone la irregularidad del contrato.

No obstante, pensamos que en otros supuestos de ineficacia, y en particular en la rescisión, la carencia de efectos actúa, más que como sanción, como remedio o protección legal, en un intento de dar satisfacción a otros intereses.

La rescisión tiende a restaurar el status quo anterior a la celebración del contrato, para impedir la consumación o el mantenimiento de una lesión o ventaja injusta. Por eso representa un tratamiento especial para ciertas imperfecciones de los contratos. Actúa como “remedio jurídico” a través de un procedimiento legal que tiende a salvar esas imperfecciones o a disminuirlas, y así tutelar determinados intereses antes desprotegidos. Es cierto que al aplicar el remedio para sanar la lesión y corregir la inequidad se producen algunos efectos secundarios que tienen un carácter punitivo para el contratante que obtuvo un enriquecimiento, pero estos son una consecuencia inevitable del remedio aplicado.

La rescisión por lesión viene a remediar un resultado contractual injusto para un contratante, más que a sancionar la conducta de otro contratante.

Por último, clara muestra de que el objeto de la rescisión es tutelar al contratante perjudicado, mediante el remedio de la lesión sufrida, lo demuestra el hecho de que, una vez reparada la lesión, el contrato permanece totalmente eficaz.

2.7.3. Delimitación entre la inexistencia y nulidad de los contratos y la rescisión.

Si por inexistencia entendemos aquella situación, más allá de la nulidad, en la que el contrato no es ni siquiera identificable como tal, privado de su esqueleto negocial imprescindible para configurarse como tal contrato, y si por inexistente se tiene el contrato que no puede merecer la consideración de tal –mero fantasma o apariencia negocial-, resulta difícil desligar este concepto de la nulidad, porque nulo es un contrato que no produce ninguno de los efectos jurídicos previstos por las partes al concluirlo. En consecuencia, la operación económica a la que corresponde, privada de todo reconocimiento y tutela legal, se considera para el derecho como inexistente.

No cabe tampoco olvidar la fuerza expresiva que tiene la calificación de inexistente como sanción para un contrato o acto en general. De esta forma, aunque la inexistencia vendría a incluirse dentro del régimen jurídico de la nulidad, mantendría cierta autonomía, como una subespecie, utilizada como recurso dialéctico en aquellos supuestos en que la nulidad ha de ser llevada a sus máximos extremos. Por ello designaremos como “nulos” tanto los contratos ilícitos como aquellos en que falte un elemento esencial, sin prejuzgar un rechazo o una admisión de la inexistencia, categoría esta que, por otra parte, la jurisprudencia ha insistido en mantener distinta de la nulidad absoluta, y también de la rescisión.

Sobre estas pautas, delimitar nulidad y rescisión no plantea problemas, porque actúan en ámbitos y planos diversos. La nulidad resuelve las deficiencias estructurales, problemas que atacan la validez y esencia del contrato, y también su propia licitud, mientras que la rescisión representa la solución de un particular problema jurídico del contrato, que sólo afecta a la función que realiza, sin menoscabar ni la realidad y certeza, ni la validez o licitud del contrato.

La distinción encuentra nuevos argumentos en la naturaleza de los intereses a proteger: las reglas de nulidad tratan de proteger intereses generales y el respeto a la legalidad; en cambio, la rescisión trata de proteger a una de las partes contratantes – interés privado- y particularmente el equilibrio interno del contrato, dejando al perjudicado la facultad de ejercer la acción que tiende a reparar el perjuicio sufrido. Esto no quiere decir que la exigencia de equilibrio contractual no sea conforme al interés general que

requiere la justicia contractual. Ciertamente la rescisión depende del modo en que se ha llevado a cabo la composición de intereses contenida en el contrato y de su confrontación con los valores del entero sistema jurídico; a diferencia de la nulidad, se constata solamente una contradicción virtual con algunos de tales intereses, permaneciendo intacta la relevancia jurídica del contrato mientras no sea vulnerada oponiéndole los valores antagónicos –la justicia contractual-.

Desde el perfil de la nulidad deben analizarse las infracciones a los “precios tasados” establecidos por las leyes y todo el fenómeno de la “la tarificación” de precios, muy alejado de la rescisión. El remedio de la lesión actúa con precios pactados y, por tanto, sometidos a variación, pero no es un límite a los precios, sino una proporción de valores entre prestaciones contractuales, lo que es esencial para su correcto entendimiento.

2.7.4. Rescisión y anulabilidad.

En el concepto de invalidez, se comprenden la nulidad y la anulabilidad como figuras contrapuestas. Si un negocio jurídico es inválido de forma que no produce el efecto jurídico al cual va dirigido, como si nunca hubiere sido concluido, se dice que es nulo. Pero si un negocio es inválido de manera que, aunque genera el efecto jurídico que persigue, se demuestra que no es apto para producir o para conservar aquel estado que de hecho le corresponde, es un negocio anulable. Por tanto, en este último caso, y puesto que el negocio no es nulo, es necesaria una reacción contra él para excluir su eficacia, reacción que debe partir de determinadas personas.

La anulabilidad supone un contrato con una eficacia claudicante que depende del posible ejercicio de la acción de anulación. Mientras la nulidad es una sanción dispuesta en tutela de intereses generales, la anulabilidad se dirige, por regla, a proteger los intereses privados de una de las partes del contrato, precisamente de aquella parte que lo concluyó en una situación de inferioridad, por ser incapaz o víctima de un vicio de la voluntad, que es la única que puede alegarla. Precisamente este fundamento y esta disciplina propios de la anulabilidad, que la delimitan claramente de la nulidad, hacen que su distinción respecto de la rescisión haya sido desde siempre dificultosa.

De seguir el criterio clásico que considera la anulabilidad como un supuesto de invalidez y todo contrato anulable como originariamente inválido, la línea diferencial entre esta y la rescisión sería fácil de trazar, puesto que los contratos rescindibles son perfectamente válidos, carecen de defectos estructurales, y el ejercicio de la acción actúa privándoles únicamente de eficacia, no de validez. Pero este criterio carece de entidad suficiente, más aún cuando la doctrina preponderante considera que el contrato anulable todavía no anulado goza de validez.

Por consiguiente, para construir una delimitación entre ambas figuras sobre bases sólidas, es preciso analizar sus respectivos regímenes jurídicos y fundamentos. Desde el primer aspecto, es cierto que en ambas acciones se deja la impugnación del contrato al arbitrio de un contratante, que producen un efecto sustancialmente igual, es decir, la restitución al estado anterior.

Pero también es cierto que la rescisión presenta caracteres técnicos diferenciadores. En cuanto a sus efectos, por su carácter no sancionatorio solamente da lugar a la devolución de lo entregado con sus frutos sin ninguna indemnización añadida. Incluso se advierte que la acción de rescisión no presenta ninguna diferencia sustancial de la anulabilidad, sólo alguna particularidad marginal que la ley establece al objeto de limitar su esfera de aplicación. Por eso, el criterio diferenciador ha de buscarse en el fundamento de las causas que dan lugar a una y otra figura.

La anulabilidad protege a los sujetos incapaces y a los que, siendo capaces, han prestado su consentimiento viciado por dolo, error o intimidación, o por algún otro defecto, casos en los que el proceso de formación de la voluntad contractual de las partes resulta perturbado o falseado por circunstancias internas o externas al sujeto, porque el fin de esta acción es que todo contratante pueda formarse su juicio de conveniencia sobre la operación contractual sin elementos que alteren gravemente su proceso decisorio.

La rescisión, en cambio, obedece al deseo de conceder a quien ha sufrido una lesión o perjuicio económico, un remedio al que acudir para eliminar los efectos perjudiciales de aquel contrato, que no adolecía de vicio alguno. Su fin no es atender a la integridad volitiva del contrato, sino al resultado, corrigiendo los posibles desequilibrios. Los hechos a probar en ambos supuestos son distintos: para la anulabilidad bastará

demostrar el defecto de capacidad o el vicio de la voluntad; en la rescisión, la lesión producida por la conclusión del contrato.

La rescisión presupone que la relación jurídica ha sido válidamente constituida, si bien concurren en ella determinadas circunstancias –en general un agravio jurídico-económico- su distinta naturaleza, puesto que la nulidad es acción principal y la rescisión es subsidiaria, sólo utilizable a falta de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, y los distintos efectos que producen, ya que la nulidad invalida el acto o contrato, mientras que la rescisión es a veces compatible con la subsistencia total o parcial del nexo creado , y sus consecuencias, o no afectan a todos los interesados, o se traducen en una indemnización que compensa la lesión inferida.

2.7.5. Caracteres de la rescisión como forma autónoma de ineficacia

- A) es una ineficacia de causa originaria que actúa en momento sucesivo a la celebración.

Sobre si la ineficacia que produce la rescisión es de carácter originario o sobrevenido, reina una gran incertidumbre, a la cual no es ajena la confusión entre causa de la ineficacia, momento en que se produce y alcance de la misma.

La rescisión no cabe duda que tiene lugar por una causa originaria. Esto se manifiesta en que, desde la perfección del contrato, nace la acción de rescisión y comienza el cómputo para su plazo de caducidad.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que el contrato es inicialmente eficaz, y esa causa de rescisión sólo tiene virtualidad a posteriori, cuando se ejercita la acción y se producen sus consecuencias propias, hay que entender que es una forma de ineficacia sobrevenida o sucesiva. La razón de la ineficacia es siempre contemporánea al contrato, en tanto que siempre es posible una posterior eliminación de sus efectos, salvo que la naturaleza del contrato lo excluya. La ineficacia, como sucede en la rescisión, responde a la existencia de unos intereses externos incompatibles y de rango superior al interés contenido en el contrato, que interfieren en un momento sucesivo a su celebración.

a) afecta a contratos “validamente celebrados”. Es una ineficacia funcional

Se rescinden contratos válidos porque la lesión contractual no constituye un vicio intrínseco o estructural del contrato, sino una consecuencia de este, ya que es un daño pecuniario que sufre una de las partes o un tercero.

La rescisión es una forma de ineficacia funcional, por aplicarse cuando “un contrato regularmente formado contribuye a obtener un resultado contrario a Derecho o un resultado que el Derecho no puede consolidar. En especial, un perjuicio, un fraude o una lesión.

La existencia de una lesión no ataca la estructura del contrato, sino que incide únicamente sobre la función que el Derecho le reconoce, y concretamente sobre su idoneidad para realizar de modo regular sus efectos propios. A esto va dirigida precisamente la rescisión, a hacer desaparecer Inter. Partes esos efectos no idóneos del contrato, respetando su validez.

b) tiene carácter subsidiario, no en relación a otras acciones, sino a la conservación del contrato.

En razón de que no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.

c) es un remedio extraordinario.

En virtud de que su fin es la eliminación del perjuicio, no debe ir más allá de donde llegue el daño: sólo hasta satisfacer los derechos del perjudicado, que bien puede limitarse a una rescisión parcial del contrato.

d) aplicable sólo en los casos legalmente establecidos

El carácter extraordinario de esta ineficacia no deja lugar a dudas de que únicamente tendrá lugar en los casos en que la ley los autoriza. Existe una exigencia de

legalidad y tipicidad, pues a falta de texto legal que lo autorice, no podrá utilizarse la acción rescisoria, ni aún invocando perjuicios u otras razones, por tratarse de un remedio extraordinario restringido a los motivos taxativamente determinados por la ley.

e) es ineficacia provocada: a instancia de parte interesada

La rescisión supone privar de eficacia un contrato válido ab initio, y por tanto, debe ser ejercitada. No hay rescisión automática, sino una opción al interesado para solicitar la ineficacia, la recomposición de las prestaciones o dejar el contrato subsistente. Se entiende que a veces el interés del tráfico esté en rechazar la ineficacia ipso iure.

2.8. La rescisión administrativa como sanción contractual.

La potestad rescisoria es una atribución exclusiva de las entidades y dependencias públicas, la que ha sido reconocida como un privilegio especial de los órganos de la administración pública, que los colocan en una situación distinta y más favorable de la que rige para los particulares que con ella contratan; característica propia de los contratos administrativos, en donde impera la potestad exorbitante del derecho común, esto es, un régimen contractual excepcional de la administración, que no disfrutan los sujetos que celebran un contrato de derecho privado.

La rescisión es una causa extintiva del contrato que puede tener el carácter de sanción o puede no tenerlo; es decir, hay casos en los que la rescisión no será una sanción. Falta la calidad de sanción cuando se trata de la rescisión administrativa determinada por razones de interés general; en cambio, se da la calidad de sanción cuando la causa de rescisión es el incumplimiento o contravención de las obligaciones derivadas del contrato o de disposiciones legales.

Las sanciones rescisorias ponen fin al contrato, declarando su caducidad o rescisión cuando su ejecución resulta imposible por el contratista debido a su culpa, su incapacidad o su ineficiencia. En consecuencia son definitivas.

Es la máxima sanción que puede imponer la Administración a su contratista y consiste en la extinción del vínculo contractual por culpa del contratista. Le ocasiona

consecuencias graves, ya que pierde el contrato sin recibir ninguna indemnización, la sanción le importa un antecedente disvalioso para futuras contrataciones e importa también –en algunos casos- la obligación de indemnizar a la Administración.

En el caso de aplicarse esta extrema sanción, se debe tener la certeza efectiva de que no existe otro medio para hacer cumplir las obligaciones estipuladas en el contrato.

Esta sanción es distinta y debe diferenciarse de la rescisión unilateral, que es la que puede aplicar la Administración por motivos de oportunidad o conveniencia y que debe ser previamente indemnizada en todos los casos.

Igual que las medidas coercitivas o sustantivas, por su extrema gravedad, deben ser precedidas de una intimación previa o constitución en mora, debiendo advertirse que nada impide acumular, según las circunstancias, en los casos de penas coercitivas o sustantivas y de sanciones rescisorias, los daños y perjuicios que puede experimentar la Administración y que sean consecuencia del obrar culposo del contratista.

Por ello compartimos el criterio de que este tipo de sanción resolutoria por culpa del contratista no es una verdadera sanción administrativa unilateral. No teniendo por ende la naturaleza de sanción administrativa, sino que es, simplemente, un efecto del incumplimiento del contrato.

Las causales que, reiteramos, deben ser muy graves, que normalmente dan lugar a este tipo de sanción suelen ser el abandono de las obras o de la concesión, engaños en el cumplimiento de la prestación, incumplimiento de las directivas en forma reiterada, etc.

La rescisión del contrato por culpa de contratista lleva aparejada siempre la pérdida total o parcial de la garantía dada, según que el incumplimiento sea total o parcial. Igual en el caso de desistimiento de la oferta antes del vencimiento del plazo de su validez.

CAPITULO TERCERO.

LA RESCISIÓN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN IBEROAMERICA.

3.1. LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA.

La primera cuestión que se suscita al abordar la extinción de los contratos administrativos, es el problema terminológico. En efecto, tradicionalmente, en el ámbito administrativo, se utilizaba en los textos legales el concepto “rescisión” para referirlo de manera omnicomprendensiva a las diferentes formas de extinción del contrato. Dicho término, se ve, sin embargo, posteriormente sustituido por la utilización uniforme del vocablo “resolución”, para referirlo en general a los casos de extinción de los contratos.

Como señala el autor Villar Palasí que “la rescisión administrativa no tiene por qué coincidir con la civil, y, dada su raigambre en el derecho español, quizá no debió ser abandonada en la terminología legal”. En el ámbito civil el termino “resolución” es utilizado en el código civil para referirlo, en las obligaciones recíprocas, a la extinción de la relación obligacional como consecuencia del incumplimiento de una de las partes (artículo 1124). Los casos de rescisión están configurados legalmente en los artículos 1290 y siguientes del código civil.⁷⁷

La jurisprudencia española mantiene la aplicabilidad de los principios contenidos en el Código Civil, la facultad de resolver se entiende implícita a favor de la parte que cumple y en contra de la que incumple sus obligaciones, para que la acción de resolución proceda es preciso que la parte que la ejercite haya cumplido con sus obligaciones. Otro aspecto interesante es que la jurisprudencia ha considerado que si frente al incumplimiento del contratista la Administración goza de una verdadera potestad de resolución, cuando la parte que incumple es la Administración, el contratista tendrá derecho a la resolución del contrato solo en los casos previstos en la Ley y conforme con una interpretación estricta de la misma.

⁷⁷ GARCÍA TREVIJANO Garnica, Ernesto, “La extinción de los contratos administrativos por mutuo acuerdo”, Revista de la administración pública, No. 127, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, Enero-Abril 1992, pp. 86 y 87.

3.1.1. El contrato de Obra Pública.

3.1.1.1. La extinción por cumplimiento. Recepción y plazo de garantía.

La extinción normal del contrato de obra tiene lugar por el cumplimiento de las obligaciones asumidas y, en concreto, por la realización de la obra, lo que se acreditaba en la legislación anterior con las técnicas de la recepción provisional y la definitiva.

A la recepción concurrirá un facultativo designado por la administración, el facultativo encargado de la dirección de las obras y el contratista. Si se encuentran las obras en buen estado y con arreglo a las prescripciones previstas, el funcionario técnico designado por la Administración contratante las dará por recibidas, levantándose la correspondiente acta, comenzando entonces el plazo de garantía. Cuando, por el contrario, las obras no se hallen en estado de ser recibidas, se hará constar así en el acta y el director de las mismas señalará los defectos observados, fijando un plazo para remediar aquellos. Si transcurrido dicho plazo, el contratista no lo hubiere efectuado, podrá concedérsele otro nuevo plazo improrrogable o declarar resuelto el contrato.

3.1.1.2. La extinción por incumplimiento. La resolución.

La extinción del contrato de obra puede tener lugar por resolución en caso de incumplimiento, siendo las consecuencias de éste mucho más graves cuando el contratista es el incumplidor. En efecto, el incumplimiento por éste viene regulado de forma extensiva: incumplimiento de cualquiera de las cláusulas del contrato (salvo el de los plazos cuando se resuelve con la imposición de penalidades), lo que autoriza a la administración para exigir su estricto cumplimiento, o bien para acordar la resolución del mismo. Esto último es preceptivo si ha habido dolo, fraude o engaño y le será incautada la garantía, indemnizando a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados.

La administración resulta, por el contrario, más favorecida ante su propio incumplimiento, que se sujeta a causas tasadas: a) la demora por más de un mes a partir de la formalización del contrato en la comprobación del replanteo; b) la suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior a seis meses por parte de la Administración; c) el desistimiento o la suspensión de las obras por un plazo superior a ocho meses

acordada por la Administración; d) los errores materiales que pueda contener el proyecto o presupuesto elaborado por la Administración que afecten al presupuesto de la obra al menos un 20 por 100 ; e) las modificaciones en el presupuesto, aunque fuesen sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en el momento de aprobar la respectiva modificación, en más o menos, en cuantía superior al 20 por 100 del importe de aquél o que representen una alteración sustancial del proyecto inicial (artículo 149).⁷⁸

La resolución del contrato en uno y otro caso lleva consigo la indemnización de los daños y perjuicios producidos a la parte cumplidora y obligará a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijándose los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista con citación de éste.

No obstante, la indemnización de perjuicios esta tasada en el 2 por 100 del precio de la adjudicación en el caso de que la Administración demorase el replanteo, que se eleva al 3 por 100 en el supuesto de suspensión de la iniciación de las obras por parte de la Administración por tiempo superior a seis meses y, en fin, si el aplazamiento fuese superior a ocho meses o decidiese la Administración la suspensión definitiva de las obras, el contratista tendrá derecho al 6 por 100 del precio de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial (artículo 151.5).⁷⁹

3.1.2. El contrato de concesión de obra pública.

El texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, tras la Ley 13/2003 que lo regula, define el contrato de concesión de obra pública como “aquel en cuya virtud la Administración Pública o Entidad de Derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras susceptibles del contrato de obra pública o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una

⁷⁸ PARADA, Ramón, Derecho Administrativo I, Parte General, 15ª edición, Marcial Pons, Barcelona 2004, p. 333.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 335.

retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida”.⁸⁰

3.1.2.1. Extinción del Contrato de concesión de obra pública.

La extinción de la concesión tiene lugar por cumplimiento del plazo o por resolución. Las concesiones se otorgarán por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que no podrá exceder de cuarenta años. Las concesiones de sólo explotación de obras públicas se otorgarán por el plazo que se acuerde en el pliego de cláusulas administrativas particulares teniendo en cuenta la naturaleza de la obra y la inversión a realizar, debiéndose justificar expresamente el establecimiento de un plazo superior a quince años, sin que pueda exceder, en cualquier caso, de veinte.

Los plazos fijados en los pliegos de condiciones podrán ser prorrogados potestativamente hasta los sesenta y veinticinco años, respectivamente, para restablecer el equilibrio económico del contrato o, excepcionalmente, para satisfacer los derechos de los acreedores en el caso en que los derechos de crédito del concesionario hayan sido objeto de titulación.

Son causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas, aparte de las previstas con carácter general para los contratos administrativos, las siguientes: la ejecución hipotecaria declarada desierta y el secuestro de la concesión por un plazo superior al establecido como máximo sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones; la supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público, la imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato y, en fin, el rescate. (Artículo 263).

Extinguida la concesión revertirá a la Administración la obra pública concedida, las zonas complementarias anexas y los bienes e instalaciones incluidos en las zonas de explotación comercial si las hubiera. La entrega deberá hacerse en buen estado de conservación y uso de las obras, así como de los bienes e instalaciones necesarios para

⁸⁰ ídem.

su explotación de acuerdo con lo establecido en el contrato, todo lo cual quedará reflejado en el acta de recepción. Quedarán igualmente extinguidos todos los contratos vinculados a la concesión y a la explotación de sus zonas comerciales (Art. 261).

El rescate, una extraordinaria exorbitancia, merece consideración especial. Supone, nada menos, que la declaración unilateral del órgano contratante, discrecionalmente adoptada, que da por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular.

Es un caso de suma arbitrariedad difícil de justificar, aunque el concesionario no resulte perjudicado, dada la generosa indemnización que se le reconoce. Así es, en efecto, porque tanto en este caso como en los de supresión de la concesión por interés público o imposibilidad por acuerdos posteriores le corresponde percibir: el importe de las inversiones realizadas teniendo en cuenta su grado de amortización en funciones del tiempo que restará para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero; además, los daños y perjuicios que se le irroguen, teniendo en cuenta los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir.

3.1.3. El contrato de gestión de servicios públicos.

El objeto de este contrato son las actividades de interés general que tenga un contenido económico que las haga susceptibles de explotación por empresarios particulares y que no impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

3.1.3.1. La extinción del contrato de gestión de servicio publicos. El rescate.

Las causas por las que se extingue el contrato de gestión de servicios públicos son, en principio, análogas a las que originan la extinción del contrato de obra pública y de suministros. No obstante, se encuentran moduladas por razón de la necesaria continuidad y regularidad del funcionamiento del servicio, interés general superior que el régimen jurídico concesional trata siempre de salvaguardar.

Además del mutuo acuerdo y de la incapacidad sobrevenida del concesionario (declaración de quiebra o de suspensión de pagos o extinción de la persona jurídica

gestora), el contrato de gestión de servicios públicos se extingue por su cumplimiento, resolución e invalidez sobrevenida.

La extinción por cumplimiento tiene lugar cuando se cumple el plazo previsto en el contrato. Cumplido éste, tiene lugar la reversión del servicio a la Administración, debiendo el empresario entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. Durante un periodo prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el pliego de condiciones, la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas (Art. 165).

Los supuestos de incumplimiento de la Administración a los que se refiere explícitamente la Ley son, de una parte, que ésta no hiciere efectiva al contratista la contraprestación económica o no entregare los medios auxiliares a que se obligó en el contrato dentro de los plazos previstos en el mismo (Art. 165).

Son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las generales de los contratos administrativos, la demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato; el rescate del servicio por la Administración por razones de interés público; la supresión del servicio por idénticas razones; la imposibilidad de su explotación como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato. Cuando la causa de la resolución sea la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista, la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores, salvo disposición expresa en contrario de la legislación específica del servicio (Art. 168).

La ley reitera la referencia al rescate como causa específica de resolución al percibir que “por razones de interés público la Administración podrá acordar el rescate del servicio para gestionarlo directamente”. La potestad del rescate como la supresión del servicio, siempre deberán estar justificadas en el interés público e incondicionadas a la forma ulterior de gestión, que es otra decisión posterior e independiente.

3.1.4. El contrato de suministro.

La principal forma en que la Administración adquiere los medios para el ejercicio de sus funciones es por medio del contrato de suministro de bienes. La contratación de servicios externos es una situación cada vez más común, en donde la tendencia a reducir el tamaño del Estado y el gasto público, ha propiciado que una serie de bienes y servicios que anteriormente eran suministrados por la propia Administración, en la actualidad sean proporcionado a ésta a través de agentes privados

Si el contrato de obra pública ha sido el más típico y común de la Administración civil, el de suministros lo ha sido de la Administración militar, cuyos Ejércitos lo han realizado profusamente a lo largo de la Historia (vestuario y alimentación de las tropas, municionamiento, carboneo de los buques de la Armada, etc.); desde la instauración de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en 1845, se ha considerado siempre un contrato de cuyas incidencias, con exclusión de los jueces civiles, debía de conocer aquélla.

No es fácil dar con un concepto unitario del contrato administrativo de suministro, dada la ampliación de su objeto. En principio, a lo que más se asemeja es a una compraventa de bienes muebles, en cuanto se da un traspaso de propiedad de éstos mediante un precio. Sin embargo, de la compraventa de bienes muebles se diferencia porque, ordinariamente en su versión más típica o propia, los bienes no se entregan de una sola vez, sino en fases sucesivas e, incluso, en tiempos indeterminados, según las necesidades o requerimientos del comprador. De otro lado, el contrato de suministro, puede asimilarse al contrato de obra, una obra de bienes muebles, cuando el suministrador realiza un previo proceso de elaboración o fabricación de los bienes que se han comprometido a entregar.

Siguiendo esta orientación, la Ley define el contrato de suministro como aquel “que tenga por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento, con o sin opción de compra, o la adquisición de productos o bienes muebles, salvo los relativos a propiedades incorporales y valores negociables, que se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso” (artículo 171).

3.1.4.1. Extinción del contrato de suministros.

3.1.4.1.1. Extinción por cumplimiento.

La extinción del contrato de suministros se produce por el cumplimiento del mismo mediante la entrega de la prestación debida. Salvo pacto en contrario, los gastos de la entrega y transportes de los bienes objeto del suministro al lugar convenido serán de cuenta del contratista. Si los bienes no se hallan en estado de ser recibidos, se hará constar así en el acta de recepción y se darán las instrucciones precisas al contratista para que subsane los defectos observados o proceda a un nuevo suministro de conformidad con lo pactado (Art. 190).

En los contratos de suministros la extinción normal es la recepción de los bienes o productos suministrados. Pero en este caso habrán de tenerse en cuenta los avatares que se produzcan durante el período de garantía.

Si durante este período aparecen vicios o defectos en los bienes suministrados la Administración tendrá derecho a la reparación o reposición. Pasado el período de garantía, la Administración ya nada podrá reclamar (Art. 191).

Si el órgano de contratación estimase, durante el plazo de garantía, que los bienes suministrados no son aptos para el fin pretendido, como consecuencia de los vicios o defectos observados en ellos e imputables al contratista y exista la presunción de que la reposición o reparación de dichos bienes no serán bastantes para lograr aquel fin, podrá, antes de expirar dicho plazo, rechazar los bienes dejándolos de cuenta del contratista y quedando exento de la obligación de pago o teniendo derecho, en su caso, a la recuperación del precio satisfecho (Art. 191.3).

Si durante el plazo de garantía se acreditase la existencia de vicios o defectos en los bienes suministrados, la Administración tendrá derecho a reclamar del contratista la reposición de los que resulten inadecuados o la reparación de los mismos si fuese suficiente. Si el órgano de contratación estimase, durante el plazo de garantía, que los bienes suministrados no son aptos para el fin pretendido, como consecuencia de los vicios o defectos observados e imputables al contratista, y exista la presunción de que la reposición o reparación de dichos bienes no será bastante para lograr aquel fin, podrá, antes de expirar dicho plazo, rechazar dichos bienes dejándolos de cuenta del contratista

y quedando exento de la obligación de pago, teniendo derecho, en su caso, a la recuperación del precio satisfecho. Terminado el plazo de garantía sin que la Administración haya formalizado alguno de los reparos o la denuncia antes referidos, el contratista quedará exento de responsabilidad por razón de los bienes suministrados y se le devolverá la fianza (Art. 191).

3.1.4.1.2. Extinción por resolución.

Son causas de resolución, las modificaciones de la prestación y la suspensión del inicio del suministro o la suspensión del suministro ya iniciado o el desistimiento del mismo por la Administración en los términos antes referidos.

La resolución del contrato dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados, y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar ésta el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad. En el supuesto de suspensión de la iniciación del suministro por tiempo superior a seis meses, sólo tendrá derecho el contratista a percibir una indemnización del 3 por 100 del precio de la adjudicación, que se eleva al 6 por 100 del precio de las entregas dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial en el caso de desistimiento o de suspensión del suministro por plazo superior a un año por parte de la Administración (Art. 193).

Respecto a las causas de resolución de los contratos de suministros, el Art. 192 aparte de remitirse a las señaladas en el Art. 111, regula las siguientes:

- i. La suspensión, por causa imputable a la Administración, de la iniciación del suministro por plazo superior a seis meses a partir de la fecha señalada en el contrato para la entrega, salvo que en el pliego se señale otro menor.

En este supuesto sólo tendrá derecho el contratista a percibir una indemnización del 3 % del precio de la adjudicación (Art. 193.2).

- ii. El desistimiento o la suspensión del suministro por un plazo superior al año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor.

En este caso el contratista tendrá derecho al 6 % del precio de las entregas dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial (Art. 193.3).

- iii. Las modificaciones en el contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 % del precio primitivo del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o representen una alteración sustancial de la prestación inicial.

En este último caso, y en los demás que señala el Art. 111 TRLCAP, la resolución del contrato dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados, y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar ésta el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad (Art. 193.1).

3.1.5. Los contratos de consultoría y asistencia de los servicios.

Son causas de resolución de los contratos de consultoría y asistencia y de los servicios, además de la causa antes señalada y de las previstas con carácter general para todos los contratos administrativos, las siguientes: a) la suspensión por causa imputable a la Administración de la iniciación del contrato por plazo superior a seis meses a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo, salvo que en el pliego señale otro menor. b) El desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración, salvo que en el pliego señale otro menor.

La resolución del contrato dará derecho al contratista, en todo caso, a percibir el precio de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración.

En el supuesto de suspensión de la iniciación del contrato por tiempo superior a seis meses, el contratista sólo tendrá derecho a recibir una indemnización del 5 por 100 del precio de aquel, y en el caso de que la resolución lo fuere por modificaciones en el

contrato superiores al 20 por 100, al 10 por 100 del precio de los estudios, informes, proyectos o trabajos pendientes de realizar en concepto de beneficio dejado de obtener.

3.2. LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA EN ARGENTINA.

3.2.1. La rescisión en la contratación administrativa.

Los contratos normalmente se extinguen cuando se cumplen las prestaciones pactadas, sin embargo, pueden surgir situaciones que se pueden calificar como "anormales" y causan su conclusión, tal es el caso de la rescisión y resolución. Ambas figuras constituyen formas de extinción de los contratos administrativos. Como se mencionó anteriormente, se les clasifica como "anormales" pues corresponden a hechos o circunstancias advertidos o surgidos con posterioridad.

El alcance de los términos es distinto a nivel doctrinario, legal y jurisprudencial. Por lo cual, se analizarán ambos conceptos a la luz de la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento, así como la doctrina extranjera y jurisprudencia.

La Sala Constitucional, antes de la entrada en vigencia de la actual legislación, consideró en relación con el artículo 227 del Reglamento de la Contratación Administrativa anterior, que la rescisión contractual puede ser unilateral o bilateral. De igual modo manifestó que la resolución como forma de disolución anormal de un contrato, se produce por el incumplimiento de una las partes.

Del artículo 11 de la Ley de Contratación Administrativa, referente a los derechos y obligaciones de la Administración, se infiere que los supuestos para que la Administración pueda ejercer el derecho de rescindir o resolver en forma unilateral sus relaciones contractuales, son el incumplimiento, el caso fortuito, la fuerza mayor o el interés público. Cuando se pone término al contrato por causas que no se imputen al contratista, se le debe liquidar la parte que haya sido efectivamente ejecutada, así como los daños y perjuicios ocasionados. En los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, se le liquida en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada y los gastos en que haya incurrido razonablemente el contratista en previsión de la ejecución total del contrato.

Por su parte el Reglamento General de Contratación Administrativa, en el artículo 13, señala que la Administración tiene el derecho de resolver en forma unilateral el contrato por incumplimiento imputable al contratista; y rescindir sus relaciones contractuales no iniciadas o en curso de ejecución, por motivos de interés público, caso fortuito o fuerza mayor. Además, las partes podrán poner término a la contratación cuando medien circunstancias de interés público suficientes para ello. Dicho numeral dispone el procedimiento para llevar a cabo la rescisión, resolución y el término por mutuo acuerdo.

De conformidad con lo anterior, la Ley de Contratación Administrativa y el Reglamento General de Contratación Administrativa reconocen a la Administración esta prerrogativa; no obstante, dichos cuerpos normativos no se refieren expresamente al supuesto de incumplimiento por parte de la Administración de los contratos administrativos ni a las posibilidades de rescindir o resolver del contratista.

En relación con lo apuntado anteriormente, se debe tener en cuenta el artículo 2 inciso a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que en lo que interesa dispone: "Conocerá también la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: ...a) De lo relativo al cumplimiento, interpretación, resolución y efectos de los contratos, cualesquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por el Estado y demás entidades de Derecho Público, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios de toda especie".

3.2.1.1. El procedimiento para rescindir los contratos administrativos.

El procedimiento consiste en la manera o forma de realizar una cosa o cumplirse un acto. Siguiendo ese orden de ideas y los aspectos que abarca el debido proceso en sede administrativa, esbozados por la Sala Constitucional, mencionaremos el procedimiento que debe seguir la Administración para resolver y rescindir un contrato.

Para rescindir un contrato deben constar los estudios técnicos que determinen la causal de rescisión. Una vez determinados se notifica la rescisión al contratista, que tiene 10 días hábiles para manifestarse al respecto. El acto final de este procedimiento debe ser motivado y en contra de éste caben los recursos ordinarios y extraordinarios de la Ley General de Administración Pública. Firme el acuerdo, se debe indemnizar como

corresponda. En caso de que la rescisión sea por fuerza mayor o caso fortuito, se debe resarcir por completo la parte efectivamente ejecutada del contrato y los gastos en que haya incurrido el contratista con la ejecución del mismo. Si se trata de rescisión unilateral por interés público, se debe indemnizar los Daños y Perjuicios. Éste es un procedimiento más "ligero" que el ordinario de la Ley General de la Administración Pública y sin que la oralidad sea una formalidad sustancial.

Para efectos del trámite de la indemnización, la parte interesada debe presentar un detalle de liquidación con la prueba del caso. La Administración dispone de 30 días hábiles para tramitar y es su obligación verificar todos los rubros presentados. Si no hay acuerdo, el contratista puede presentar reclamo administrativo o solicitar arbitraje.

La aprobación de la liquidación debe pasar por la Contraloría General de la República, que tiene 30 días hábiles para aprobar o improbar la resolución o efectuar las observaciones pertinentes.

3.2.1.2. El procedimiento para resolver los contratos administrativos.

Para resolver el contrato, la Administración debe verificar y acreditar la causa de resolución en el contrato. Debe notificar la audiencia al contratista. Éste, en los 10 días hábiles posteriores a la notificación de dicha audiencia, debe expresar su posición y aportar pruebas. Dentro de los 5 días hábiles siguientes, puede pedir audiencia oral. La Administración tiene un mes para dictar resolución final. Al igual que en la rescisión, el acto final tiene que ser motivado y en contra de éste caben los recursos ordinarios y extraordinarios de la Ley General de la Administración Pública. Firme la resolución, se ejecuta la garantía de cumplimiento y las cláusulas penales.

En este tenor, este ordenamiento hace una distinción entre los términos resolución y rescisión contractual. En relación con el primero está enfocado al incumplimiento del contratista, mientras que el segundo se refiere a caso fortuito, fuerza mayor e interés público.

Si bien el ordenamiento jurídico argentino diferencia los vocablos de resolución y rescisión, ni la Ley de Contratación Administrativa ni su Reglamento contemplan el supuesto de incumplimiento de la Administración.

En este sentido, el procedimiento visto como ese camino que debe seguirse para llegar a un acto final debe hacerse en apego a las formas establecidas por la Ley y el Reglamento de Contratación Administrativa, a efecto de evitar nulidades y, por supuesto, siguiendo los lineamientos básicos del debido proceso.

3.3. LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA EN BOLIVIA.

3.3.1. La extinción de Contratos Administrativos.

Un contrato administrativo, de un modo general concluye por incumplimiento del objeto, expiración del plazo, caducidad que se da por incumplimiento de las obligaciones del contratante como el plazo o la ejecución de los servicios en forma parcial o defectuosa, o la transferencia a terceros, pudiendo la administración proceder a su rescisión o rescate.

También puede concluir unilateralmente cuando el interés público lo aconseje por razones de oportunidad y mérito o conveniencia o el incumplimiento de la administración a sus obligaciones esenciales que haga imposible al contratista ejecutar su contrato dando lugar a la resolución del mismo que le da derechos a percibir daños y perjuicios de la administración. Asimismo, es causa de resolución el incumplimiento del contrato por el contratante cuando exista la imposibilidad sobreviviente de cumplirlo por excesiva onerosidad.

La suspensión del servicio o supresión del objeto del contrato por parte de la administración, es otra causal de resolución, teniendo el contratante derecho a una indemnización

3.3.1.1. La rescisión.

La facultad rescisoria unilateral de la administración por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, es una prerrogativa irrenunciable. La administración puede ejercer tal competencia de manera directa por ejecutoria propia, sin intervención previa del órgano judicial.

La administración debe indemnizar al contratista por los daños causados como los beneficios de los que ha sido privado a causa de su rescisión en negociación directa o por órdenes judiciales.

Para la procedencia de la indemnización se exige que el perjuicio exista efectivamente y que sea resarcible en mérito a que el daño se haya producido imprevistamente, que no se tomó en cuenta el momento de suscribir el contrato y que la medida del Estado tenga carácter general y que la medida provenga de una autoridad pública.

3.3.1.2. El rescate.

Es la decisión unilateral de la administración la que por razones de interés público o general pone fin al contrato antes del vencimiento del plazo, asumiendo directamente la ejecución del contrato.

Se da en aquellos contratos que por la naturaleza de su objeto suponen una actividad que originalmente compete al Estado y que puede ser reasumida por la administración pública, se aplica a la concesión del servicio público y a la concesión de la obra pública. Es una medida para sustituir la concesión por la ejecución directa.

El fundamento jurídico del rescate es análogo al de la revocación por razones de oportunidad, mérito o convivencia sin perjuicio patrimonial del concesionario. Se justifica por el interés general que así lo exija. No requiere pre aviso al concesionario pero debe notificárselo, no necesita de norma que lo disponga expresamente.

3.3.1.3. La renegociación o reconversión.

Renegociar significa equilibrar los elementos del mismo contrato sin que importe una variación sustancial en la prestación.

La renegociación de los contratos públicos ante la ruptura de la ecuación jurídica, económica, política, social y aun ética, tiene fundamentos legales y constitucionales, bajos los principios de igualdad y razonabilidad, para mantener la seguridad jurídica de la que gozan todos los contratos públicos.

La renegociación puede llevar a la reconversión que se traduce en un cambio más profundo que significa transformación de elementos esenciales, como los sujetos, objetos partes, etc.

Puede producirse contingencias sobrevivientes no previstas por las partes a tiempo de suscribir el contrato que dificultan y hasta imposibilitan la ejecución de mismos y que requiere una revisión que implica un proceso de negociación pudiendo concluir con una rescisión, resolución o rescate.

3.3.1.4. Negociación.

La negociación opera cuando por efecto de las modificaciones y migraciones que puede imponer la administración al contratista en uso de sus prerrogativas, con el propósito de establecer nuevas condiciones y obligaciones de las partes para la prosecución de la relación contractual, y evitan así ingresar al arbitraje.

También se acude a la negociación entre partes para dar fin a la relación contractual de manera menos traumática, donde ha de determinarse las indemnizaciones, y compensaciones, situación de los bienes de la empresa, etc.

Si ningún intento de negociación tuviera éxito, las partes acudirán al arbitraje que generalmente está previsto en el contrato administrativo.

3.3.2. Contrato de Concesión.

Dentro de la economía de mercado se utilizó la concesión como la vinculación contractual del Estado para ejecutar transformaciones sustanciales en el campo económico.

Este contrato que transfiere el cometido del Estado a manos privadas desprendiéndose de la responsabilidad directa en la prestación de un servicio, determina las obligaciones a las que está sometido el concesionario, como calidad, inversiones permanentes, modernización tecnológica y todo cuando haga a la prestación de un buen servicio. Asimismo reconoce sus derechos subjetivos contenidos en la normativa vigente como la percepción del precio pactado, suspensión de la ejecución o rescisión del contrato por culpa del Estado y el mantenimiento de la ecuación económica – financiera.

Desde la segunda mitad del siglo XX el contrato de concesión de servicios públicos dejó de ser el contrato administrativo por excelencia. Los Estados decidieron tomar a su cargo la prestación, nacionalizando o estatizando los servicios prestados por particulares y creando al efecto diversas formas de empresas públicas, fue la época del florecimiento de múltiples tipos de formas jurídicas por las cuales el Estado realizaba estas actividades. Fue la época del marxismo y el desarrollo histórico del Estado de Bienestar, siendo éste el sujeto activo de la economía.

A partir de los años 90 se opera el cambio de orientación mundial de las ideas económicas surgiendo nuevos modelos y se produce un traspaso a la actividad privada de algunas actividades que antes había asumido el Estado, quedando desmonopolizadas y libradas a las reglas del mercado. Surge la época de los grandes contratos de concesión a las transnacionales y el sistema regulatorio. En el lapso de 15 años de estos nuevos hechos se revierte la tendencia y se sienten nuevos vientos de nacionalizaciones en Latinoamérica, poniéndose en duda la eficacia de los contratos de concesión y surge una lucha de interés que está latente.

3.3.2.1. Modificación de los contratos de concesión.

Como ya lo expresamos, una de las importantes prerrogativas de la administración pública, es la facultad que tiene de modificar las formas y condiciones de los contratos suscritos con los particulares y entre ellos los de concesión.

En el contexto de que el servicio público por definición tiene en vista el interés público y ante esta consideración primordial el argumento contractual pierde toda importancia. Esto no puede ser una traba al mejoramiento o perfección del servicio. Si tan solo se pudiese admitir por un instante, que por efecto de los contratos de concesión, la voluntad de los concesionarios pudiera poner en jaque las decisiones tomadas por la administración en un fin de utilidad pública, necesario sería condenar irremediabilmente el sistema de la concesión como contraria al interés general. Esto es, que la concesión, como forma transitoria de la prestación está siempre subordinada a las necesidades del mejor servicio.

Al respecto, la doctrina nos enseña que, toda revocación, que no sea por ilegalidad conlleva una indemnización. Por el contrario si la concesión es nula, no hay indemnización, porque nunca ha tenido el concesionario derecho alguno, por ejemplo si en el contrato se le atribuye al concesionario la propiedad de la concesión, esto en virtud de que la administración solo puede delegar temporalmente para la prestación de un servicio de interés público.

3.3.2.2. Extinción de la concesión.

El contrato de la concesión se extingue por las mismas causas que cualquier contrato administrativo.

Pueden ser revocadas las concesiones por ilegalidad o por inoportunidad o inconveniencia. Si se revoca la concesión por inoportunidad, y si el contrato no está afectado de vicio alguno, tiene que ser indemnizado.

El servicio público debe ser dominante y rígido, es decir continuó, general y eficiente. Si el contratista contraviene estas reglas, la administración puede revocar la concesión. Al

otorgarse la concesión puede la administración establecer en su favor la facultad de rescatar, es decir de revocar la concesión y apropiarse de la obras y elementos de la explotación mediante indemnización.

3.3.2.3. Anulación de concesiones.

La concesión como todo acto administrativo se anula por cualquiera de los vicios consistentes en la omisión de requisitos esenciales para que el acto exista válidamente, como la falta de competencia del organismo administrativo que otorga la concesión; la omisión de requisitos esenciales como la autorización legislativa de acuerdo a las normas que regulan ésta; la falta de licitación y vicios del consentimiento.

La nulidad puede demandarla el concesionario o la Administración Pública aunque ésta puede revocar la concesión por ilegalidad según algunas opiniones y otras se pronuncian en sentido de que la Administración Pública después de revocar el acto, está obligada a demandar Judicialmente la nulidad.

El concesionario debe en el caso, promover el recurso Jurisdiccional contra la Administración Pública si la revocación es ilegal.

3.3.2.4. Efectos de la extinción.

La extinción de la concesión autoriza al poder concedente a ordenar al concesionario el levantamiento de instalaciones, esto es, volver las cosas al estado anterior. Pero si así lo considera la administración, por razones de servicio, el contratista debe seguir prestándolo durante un tiempo pactado en las condiciones acordadas, debiendo cancelarle por este servicio; esto se funda en el principio de continuidad del servicio público, bien entendido, sin perjuicio patrimonial del concesionario, sin que ello signifique prórroga del convenio. A falta del consentimiento del concesionario, la administración puede disponer momentáneamente de las instalaciones o medios de explotación por la urgente necesidad pública.

3.4. LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA EN CHILE.

Los contratos administrativos toman ese nombre por encontrarse regidos por normas de carácter público, plasmadas en el derecho administrativo.

El derecho administrativo fue concebido en sus orígenes como un conjunto de servicios públicos encaminados a la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

El contrato Administrativo como institución jurídica existe en el derecho actual, siendo reconocido abiertamente en algunas legislaciones, con regulaciones atinentes y desarrollo jurisprudencial, como la francesa y la española. En Chile a pesar de no existir una regulación orgánica vasta y jurisprudencia administrativa específica al respecto, es indudable su existencia y celebración continúa.

Los Contratos Administrativos pueden verse como una técnica de colaboración que proporcionan los administrados, en el desarrollo de determinadas materias propias de los entes públicos, como son los suministros, la gestión de los servicios públicos, la construcción de obras públicas, la prestación de servicios profesionales, etcétera. Esto no significa, en ningún caso, la renuncia del Estado a sus atribuciones, de las cuales continúa titular, simplemente es asistido por los particulares.

La Administración, al celebrar estos contratos, concurre con su voluntad y la del particular que resulta obligado. No se trata de una imposición de la autoridad, sino que es la manifestación libre y espontánea de su propia voluntad. No existe imposición alguna por parte del ente administrador, cada una de las obligaciones que impone el contrato son conocidas con anterioridad a la aceptación que realiza la parte contraria.

Al hablar de Contrato Administrativo decimos que es aquel en que una de las partes es la administración, que se celebra con un fin inmediato y directo de carácter público, donde concurren ambas voluntades libremente, para la ejecución de un fin de estas características. Por lo tanto los elementos de todo Contrato Administrativo son: La existencia de un acuerdo de voluntades, la concurrencia de la Administración como una de las partes y que este acuerdo de voluntades genere obligaciones entre el contratista y

la Administración, que dicho acuerdo de voluntades se celebre para la satisfacción de un fin directo o inmediato de carácter público.

En Chile, todas las controversias entre las partes son resueltas por los tribunales de fuero común. Es la única forma contractual en la cual se reconoce la aplicación de la teoría de la imprevisión. En estos contratos se admiten causales de terminación que no son propias de la contratación civil, tales como la caducidad y la revocación, lo que le imprime un rasgo contractual público.

Los principales contratos administrativos, que se celebran son: el contrato de aprovisionamiento o suministros, el contrato de concesión de servicio público, el contrato de obra pública, sea este de construcción o de ejecución, y el contrato de consultoría o prestación de servicios profesionales.

Actualmente todos los contratos que suscribe la Administración están regidos por el derecho Público como Privado, es por eso que el legislador al regular determinados contratos ha establecido que en forma supletoria se aplique el derecho privado, principalmente cuando estamos frente a Contratos de Suministro y de Prestación de Servicios que se requieren para el desarrollo del Estado.

3.4.1. Clasificación de los Contratos Administrativos.

Los contratos administrativos se pueden clasificar atendiendo a la función que cumple el Contrato, en:

- ❖ Contratos Mediales
- ❖ Contratos Finalistas

Los Contratos Mediales son aquellos en los que existe una provisión de medios para la Administración del Estado, tales como Obras, Servicios y Suministros, donde la Administración es el Cliente y el Particular el Proveedor.

Los Contratos Finalistas son aquellos en que la Administración en forma indirecta realiza las funciones vinculadas al giro o tráfico administrativo a favor de los

administrados que frecuentemente son tenidos como usuarios del servicio que es prestado por un privado que asume la calidad de concesionario o gestor de un servicio público. Ejemplo, el contrato de Concesión de Obra Pública.

3.4.2. Tipología de los Contratos Administrativos.

- ✓ Contrato de Trabajo de Consultoría
- ✓ Contrato de Prestación de Servicios Profesionales
- ✓ Contrato de Suministro
- ✓ Contrato de Obra Pública
- ✓ Contrato de Concesión
- ✓ Contrato de Uso Público
- ✓ Contrato de Servicio Público
- ✓ Contrato de Obra Pública

Entre los principales podemos mencionar: los Contratos de Trabajo de Consultoría, la Prestación de Servicios Profesionales, el Contrato de Obra Pública, los contratos de Suministro y los Contratos de Concesión.

3.4.3. El contrato de consultoría o prestación de servicios profesionales.

El contrato de consultoría o prestación de servicios profesionales, de tan notoria ocurrencia en los últimos tiempos, es aquel en que el particular ofrece sus servicios profesionales para la ejecución de proyectos, asesorías y estudios, en beneficio de la administración. El contrato de consultoría o prestación de servicios profesionales, se manifiesta de dos formas: Cuando la administración celebra contratos a honorarios, para proveer cargos públicos, y cuando celebra el contrato de consultoría o prestación de servicios profesionales propiamente tal, los que están orientados a la realización de estudios y/o asesorías, siendo esta última forma contractual, en donde se ve más claramente las características de los contratos administrativos.

Respecto al contrato de consultoría o prestación de servicios profesionales, en Chile su fuente es reglamentaria, DS N°48 MOP de 28 de febrero de 1994, reglamento para la contratación de trabajos de consultoría. En virtud de este reglamento, se consagran los

concursos públicos como mecanismos para la contratación de trabajos de consultoría. La consultoría es definida, por este reglamento, como todo estudio, proyecto o asesoría que se estime necesario o conveniente contratar, para el cumplimiento de sus objetivos.

La fuente más directa de los contratos de consultoría la constituyen las bases del concurso. Estas se clasifican en bases administrativas y en términos de referencia, las que definen todos los aspectos necesarios para la ejecución del trabajo de consultoría. La forma de estos contratos puede ser a suma alzada, precios unitarios o tarifas profesionales. El consultor se encuentra obligado a prestar ciertas garantías, tales como la de seriedad de la oferta, o la de fiel cumplimiento del contrato. En virtud de este mecanismo, se resguardan los intereses del Estado. La solemnidad de estos contratos se manifiesta en sus distintas etapas. En la apertura, con la presencia de una comisión de apertura y el levantamiento de un acta que resume todo lo obrado en este acto.

En la celebración del contrato, compuesto por los términos de referencia y bases, preguntas, consultas, respuestas y aclaraciones, como así mismo por la oferta del consultor. Y finalmente en la ejecución del contrato, en el cual el consultor debe emitir informes de avance del trabajo encomendado, dar las facilidades pertinentes para el control del mismo, y entregar el trabajo dentro de los plazos convenidos.

3.4.4. El contrato a honorarios.

El contrato a honorarios, es el mecanismo de prestación de servicios que tiene por objeto permitir a los jefes superiores de la administración, contar con la asesoría de especialistas en determinadas materias. Estos contratos están circunscritos a un objeto especial, recayendo sobre labores accidentales y cometidos específicos. Constituye una fórmula de empleo dentro de los organismos públicos, más no se considera un cargo público.

Se rigen por las normas de sus respectivos contratos. Esta forma contractual permite el ingreso de nacionales o extranjeros, a prestar un servicio profesional en una institución pública, ampliando la provisión de personal profesional necesario en estos organismos, y que no pueden incorporarse a ellos, ya sea por falta de vacantes, recursos financieros permanentes o porque sus funciones se encuentran limitadas a proyectos específicos.

3.4.5. El Contrato de Suministro.

Son aquellos que se caracterizan por suministrar bienes muebles de manera regular, ejemplo: Contratos de Electricidad, Agua, etc.

Regulado en la ley 19.886, tiene un sustrato jurídico de compraventa de bienes muebles. Según la doctrina este contrato no tiene contenido obligacional predeterminado, pues lo único específico es que el suministro puede tener por objeto productos, utensilios, insumos etc. Es decir, bienes muebles por el cumplimiento de la función administrativa.

3.4.6. El Contrato de Concesión.

Todo acto de autoridad que otorga a favor de los particulares derechos de uso, goce o disposición sobre los bienes o servicios de dominio público. Para otros es un contrato por el cual una persona administrativa (el concedente) entrega a una persona natural o jurídica (concesionario) gestionar y hacer funcionar a su riesgo o ventura un servicio público o una gestión pública proporcionándole ciertas ventajas y en general el derecho de percibir tarifas pagadas por los usuarios (derechos de explotación).

Tipos de Concesiones

1. La concesión de uso público, regulada en el decreto ley 1939 de 1917 (es la ley sobre la administración y disposición de bienes del estado).
2. Concesión del Servicio Público, se encuentran reguladas en diversas leyes. Constituye un contrato administrativo por el cual la autoridad administrativa concede a una persona la facultad de ejecutar en beneficio público cierta parte de la actividad que le corresponde ejercitar al concedente, no a nombre público, ni en representación de este, sino que en su propio nombre y por su propia cuenta. Ejemplo la telefonía, servicio de electricidad, agua potable, recolección de basura, etc.

3.4.6.1. La Concesión de Obra Pública.

Es un contrato administrativo celebrado entre el Estado y Chile y un particular concesionario en virtud del cual este asume en un régimen de riesgo compartido la ejecución, conservación o reparación de una obra pública fiscal a cambio del derecho de explotar dicha obra y obtener la tarifa o peaje pactado dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales reglamentarias vigentes.

3.4.7. Terminación Anticipada del Contrato.

La Administración tiene la atribución de poner término anticipado a un contrato. Regularmente su ejercicio exige la existencia de un interés público o general que lo fundamente.

Otra forma que presenta el poder de terminación del Contrato Administrativo especialmente en las concesiones de servicio público es el llamado poder de sustitución de la Administración que le permite retomar el servicio por razones del interés general pero sólo en casos estipulados en la ley.

3.4.8. Extinción del Contrato.

3.4.8.1. Normales.

- Cumplimiento del Objeto.- Lo anterior significa que las partes deben verificar que dicho cumplimiento se haya realizado de acuerdo a los términos del Contrato y que las obligaciones recíprocamente se encuentren cumplidas y sólo una vez acreditado lo anterior, se otorga la recepción y liquidación final del contrato.
- Vencimiento del Plazo.- Se produce con la llegada del plazo pactado con lo que cesan inmediatamente los efectos del contrato. Esta forma de terminación se aplica generalmente a los contratos de concesión y a los contratos de consultorías o servicios.

- Rescisión por mutuo acuerdo.- También los contratos pueden terminar por mutuo acuerdo de las partes y este mutuo acuerdo puede deberse a que se estime innecesario o inconveniente la permanencia del contrato a la luz del interés público. En la ley 19.886 artículo 13 letra “A” se establece que puede terminarse el contrato por mutuo acuerdo. Pero se señala que las resoluciones o decretos que dispongan tal medida deberán ser fundados.
- Renuncia.- En este caso, el Estado debe aceptar expresamente la renuncia, ya que de otro modo podría ser una figura ilegítima que comprometería la responsabilidad del renunciante.

En la ley de concesiones se contiene la renuncia luego del llamado abandono del contrato o de la concesión, lo que posibilita que se designe un interventor para que este administre en caso de que el contratista no reasuma la orden.

3.4.8.2. Extraordinarios o anormales de terminación del Contrato.

- a. Revocación.- Por razón de oportunidad o también rescate. Los contratos administrativos, especialmente, los de gestión de servicio público terminan de un modo extraordinario, por la revocación o rescate. Esto es, por la decisión unilateral de la administración aduciendo razones de interés público o general, en los casos en que el propio contrato y la ley lo aceptan, indemnizando debidamente al contratista que se ve afectado por ello.

Ejemplo, el artículo 13 letra “D” de la ley 19.886 que autoriza terminar contratos por exigirlo el interés público o la seguridad nacional. Una figura similar se encuentra en el reglamento del contrato de Obra Pública, donde se autoriza a poner término al contrato por necesidad del servicio o por falla de fondos para llevar adelante la obra. Estas causales deben ser reales y acreditables porque de lo contrario la terminación sería ilegítima y podría acusarse a la administración de falta por desviación de poder.

- b. Muerte o incapacidad sobreviniente.- El contrato también puede terminar por la muerte del contratista, por su incapacidad o por ser acusado del delito que merezca pena aflictiva. Esto puede afectar tanto al contratista (persona

natural) como a las personas jurídicas, caso este último donde responden los socios o directores del contratante. La quiebra del contratista en el contrato de Obra Pública, produce la terminación anticipada del Contrato.

En el caso del contrato de concesión de obra pública la quiebra no produce de inmediato el término del contrato. En efecto, en la primera junta de acreedores, esta debe pronunciarse a proposición del síndico o de dos o más acreedores, si se subasta la concesión o bien se decreta la cantidad de giro. En el caso del contrato de suministros o prestación de servicios, el contrato termina cuando el contratista se encuentra en notoria insolvencia, a menos que, se mejoren las cauciones entregadas a los existentes, sean suficientes para garantizar el cumplimiento del contrato.

- c. Caducidad o resoluciones.- no cualquier incumplimiento contractual da origen a la resolución del mismo. En efecto, si el incumplimiento proviene de la administración, el contratista solo tiene derecho a la indemnización de perjuicio. En cambio, si el incumplimiento es del contratista, es muy probable que en la administración lo sancione con multas de dinero.

Otra opción es que la Administración proceda a ejecutar las garantías y solo en casos excepcionales autorizan para darlos por terminado.

Por eso se dice que la caducidad es una sanción por el incumplimiento culpable del contratista y que interrumpe el curso o desarrollo de un contrato, estando en plena ejecución. Esto aparece por ejemplo, en el artículo 13 letra "B" de la ley 19.886 que autoriza la terminación del contrato cuando existe un incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante.

En el contrato de concesión de Obra Pública, este puede terminar por declaración de incumplimiento grave del contratista.

- d. Nulidad.- Nada impide que el contrato sea declarado nulo por alguna de las causales que se establecen tanto en derecho privado como en el derecho público. Por ejemplo, cuando se ha incurrido en vicios en la etapa de preparación o en la adjudicación del contrato.

Para lo anterior, veremos aquellas causales que afectan a uno o ambos contratantes y que causal autoriza justificar la nulidad de derecho público:

- En cuanto a los vicios de nulidad absoluta o relativa que afecta a ambas partes.
- En cuanto a vicios de nulidad absoluta que afecten a ambos contratantes.
- En cuanto a los vicios de nulidad de derecho público, ellos pueden encontrarse en el proceso licitatorio como en el acto administrativo que adjudica el contrato.

Como la nulidad opera hacia el pasado, opera con efecto retroactivo. Se debe reconocer el derecho de las partes a ser restituidas al mismo estado en que se encontraban antes de la contratación.

- Finalmente el procedimiento judicial.

CAPITULO CUARTO

REGULACIÓN DE LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

4.1. La rescisión administrativa en los Contratos de Obra Pública.

El contrato de obra pública termina tras haberse cumplido el objeto del mismo, sin embargo, lejos de extinguirse siempre de manera normal por su cabal cumplimiento, en ocasiones concluye por otras causas, como puede ser el interés público, los vicios de contratación, el incumplimiento de obligaciones durante la ejecución del contrato, la desaparición del objeto o imposibilidad de cumplirlo, la muerte o quiebra del contratista, y el mutuo consentimiento, que dan lugar a la terminación anticipada y anormal del contrato, bajo distintas figuras jurídicas, como la revocación, la rescisión unilateral y la rescisión convenida.⁸¹

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, contempla como extinción anormal de los Contratos: la suspensión, terminación anticipada y la rescisión, (artículos 60 y 61 de la LOPSRM).

La autoridad administrativa tiene la facultad de **suspender temporalmente** de manera parcial o total, los trabajos contratados por cualquier causa justificada.

De igual manera, la Administración Pública tiene la facultad de terminar de manera anticipada las obras contratadas en los siguientes supuestos:

- Cuando concurren razones de interés general
- Existan causas justificadas que le impidan la continuación de los trabajos
- Se demuestre que de continuar con las obligaciones pactadas se ocasionaría un daño o perjuicio grave al Estado
- Se determine la nulidad de actos que dieron origen al contrato

⁸¹ FERNANDEZ Ruiz, Jorge, Derecho Administrativo, Contratos, Op. Cit., p. 299.

- Por no ser posible determinar la temporalidad de la suspensión de los trabajos contratados.

Expresa el artículo 120 del reglamento, que **no podrá celebrarse ningún acuerdo entre las partes para efecto de dar por terminado un contrato**, indicando que solamente en los supuestos arriba señalados procederá la terminación anticipada de los contratos. Lo anterior se contrapone a lo dispuesto en el artículo 62, fracción IV de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, mismo que a la letra señala:

“Artículo 62.- *En la suspensión, rescisión administrativa o terminación anticipada de los contratos deberá observarse lo siguiente:*

(...)

- IV.** *Cuando por caso fortuito o fuerza mayor se imposibilite la continuación de los trabajos, el contratista podrá optar por no ejecutarlos. En este supuesto, si opta por la terminación anticipada del contrato, deberá solicitarla a la dependencia o entidad, quien determinará lo conducente dentro de los quince días naturales siguientes a la presentación del escrito respectivo; en caso de negativa, será necesario que el contratista obtenga de la autoridad judicial la declaratoria correspondiente, pero si la dependencia o entidad no contesta en dicho plazo, se tendrá por aceptada la petición del contratista...”*

Del análisis jurídico efectuado a lo dispuesto por la fracción IV del artículo 62 de la ley en comento, se observa que si bien dicha disposición se contrapone a lo dispuesto por el artículo 120 del Reglamento; en razón de que se le faculta al contratista para optar por la terminación anticipada del contrato ya sea por caso fortuito o por fuerza mayor, aunque sea la autoridad Administrativa quien resuelva respecto a la procedencia de dicha petición, hasta aquí podríamos encuadrar dicho supuesto con el artículo 60 de la Ley, relacionándolo como una causa justificada que le impide la continuación de los trabajos. Sin embargo, dispone dicha fracción que: *“...si la dependencia o entidad no contesta en dicho plazo, se tendrá por aceptada la petición del contratista...”* lo cual nos ubica en otro supuesto totalmente distinto, por

lo que ya no resulta posible equipararlo como una causa justificada de la autoridad administrativa, y tampoco como un acuerdo entre las partes.

Por lo cual, resulta conveniente especificar con precisión las causas en las que la Autoridad Administrativa pueda dar por terminados de manera anticipada los contratos de obra, lo anterior, con la finalidad de eficientar la contratación administrativa.

En los supuestos de terminación anticipada, la administración pública adquiere la obligación de reembolsar al contratista los **gastos no recuperables**⁸² en los que haya incurrido, con la condición de que estos sean razonables, estén debidamente comprobados y sean justificados. En este mismo sentido, las fracciones I y III del artículo 62 de la ley señalan:

“Artículo 62.- *En la suspensión, rescisión administrativa o terminación anticipada de los contratos deberá observarse lo siguiente:*

I. Cuando se determine la suspensión de los trabajos o se rescinda el contrato por causas imputables a la dependencia o entidad, ésta pagará los trabajos

⁸² Al respecto, el precepto 122 del reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas señala que en una terminación anticipada los gastos no recuperables serán: I. Los gastos no amortizados por concepto de:

- a. La construcción de oficinas, almacenes, bodegas, campamentos e instalaciones en el sitio de los trabajos. Al ser liquidados estos gastos, las construcciones serán propiedad de la Federación o de la entidad;
 - b. Oficinas, almacenes, bodegas, campamentos e instalaciones rentados por el contratista, con el objeto de atender directamente las necesidades de la obra;
 - c. La instalación y montaje de plantas de construcción, talleres y su retiro, y
 - d. La parte proporcional del costo de transporte de ida y vuelta de la maquinaria o equipo de construcción y de plantas y elementos para instalaciones de acuerdo con el programa de utilización, y la expedición de la garantía de cumplimiento del contrato;
- II. El importe de los materiales y equipos de instalación permanente adquiridos por el contratista y que se encuentren en el sitio de los trabajos, camino a éste, terminados o habilitados en los talleres o fábricas correspondientes, siempre que cumplan con las especificaciones de calidad y que la cuantía sea acorde con las cantidades de obra pendientes de ejecutar según los programas convenidos, y
- III. Liquidación del personal obrero y administrativo directamente adscrito a la obra, siempre y cuando no sean empleados permanentes del contratista.

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;

III. *Cuando se den por **terminados anticipadamente** los contratos, 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,...*

De la lectura del artículo 62 de la ley, en específico la fracción I, se desprende que dicho precepto contempla la rescisión por causas imputables a la Administración Pública, lo cual nos genera inquietud, en razón de que la rescisión administrativa solamente procede por causas imputables al contratista; aunque el artículo 125 del Reglamento dispone que la rescisión puede darse por causas imputables al contratista y por incumplimiento de la Administración, señalando como requisito en éste último supuesto, el que sea a petición del Contratista ante autoridad Judicial Federal, sin embargo, la ley no establece el procedimiento de rescisión por incumplimiento de la Administración, limitándose únicamente a mencionarlo.

En este sentido, la ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas señala en el artículo 60, párrafo segundo, los supuestos en que la administración puede extinguir de manera unilateral los contratos que suscribe con particulares, figura jurídica que se denomina: “terminación anticipada”. Por lo cual, consideramos resulta impreciso lo dispuesto en la fracción I del artículo 62 de la ley de mérito, en específico la expresión siguiente: “*se rescinda el contrato por causas imputables a la dependencia o entidad*”, en razón de que cuando la administración extingue de manera unilateral y por incumplimiento en sus obligaciones un contrato de obra, este supuesto no debe equipararse a una rescisión, sino a una terminación anticipada, o mejor dicho a una “revocación” en razón de que es el propio órgano que originó el acto administrativo quien lo da por terminado.

Tanto en la doctrina como en la legislación y en la jurisprudencia se suele confundir la rescisión con algunas de las formas de la revocación, pudiendo la primera por regla general ser unilateral, y en este caso sólo puede ser promovida por la autoridad

contratante; y administrativa o judicial, conforme al carácter administrativo o judicial del órgano del poder público que la determine.

A este respecto, el artículo 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las Mismas faculta a las dependencias y entidades de la Administración pública federal a rescindir administrativamente los contratos de obra pública, en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, facultándole también a dar por terminados anticipadamente dichos contratos cuando ocurran razones de interés general (artículo 60), y en su artículo 62, la ley de referencia establece las reglas que deberán observarse en la suspensión, rescisión administrativa o terminación anticipada del contrato de obra pública.

Señala el artículo 124 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, que “la rescisión administrativa de los contratos deberá ser el último medio que las dependencias y entidades utilicen, ya que en todos los casos, previamente, deberán promover la ejecución total de los trabajos y el menor retraso posible.

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

“Artículo 127.- *Las dependencias y entidades, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 124 de este Reglamento, rescindirán administrativamente el contrato cuando se presente alguna de las siguientes causas:*

I. Si el contratista, por causas imputables a él, no inicia los trabajos objeto del contrato dentro de los quince días siguientes a la fecha

convenida sin causa justificada conforme a la Ley y este Reglamento;

II. *Si interrumpe injustificadamente la ejecución de los trabajos o se niega a reparar o reponer alguna parte de ellos, que hubiere sido detectada como defectuosa por la dependencia o entidad;*

III. *Si no ejecuta los trabajos de conformidad con lo estipulado en el contrato o sin motivo justificado no acata las órdenes dadas por el residente de obra o por el supervisor;*

IV. *Si no da cumplimiento a los programas de ejecución por falta de materiales, trabajadores o equipo de construcción y, que a juicio de la dependencia o entidad, el atraso pueda dificultar la terminación satisfactoria de los trabajos en el plazo estipulado.*

No implicará retraso en el programa de ejecución de la obra y, por tanto, no se considerará como incumplimiento del contrato y causa de su rescisión, cuando el atraso tenga lugar por la falta de pago de estimaciones, o la falta de información referente a planos, especificaciones o normas de calidad, de entrega física de las áreas de trabajo y de entrega oportuna de materiales y equipos de instalación permanente, de licencias, y permisos que deba proporcionar o suministrar la contratante, así como cuando la dependencia o entidad hubiere ordenado la suspensión de los trabajos;

V. *Si el contratista es declarado o sujeto a concurso mercantil o alguna figura análoga;*

VI. *Si subcontrata partes de los trabajos objeto del contrato, sin contar con la autorización por escrito de la dependencia o entidad;*

VII. *Si cede los derechos de cobro derivados del contrato, sin contar con la autorización por escrito de la dependencia o entidad;*

VIII. *Si el contratista no da a la dependencia o entidad y a las dependencias que tengan facultad de intervenir, las facilidades y datos necesarios para la inspección, vigilancia y supervisión de los materiales y trabajos;*

IX. *Si el contratista cambia su nacionalidad por otra, en el caso de que haya sido establecido como requisito, tener una determinada nacionalidad;*

X. *Si siendo extranjero, invoca la protección de su gobierno en relación con el contrato, y*

XI. En general, por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones derivadas del contrato, las leyes, tratados y demás aplicables.

*Las dependencias y entidades, atendiendo a las características, magnitud y complejidad de los trabajos, **podrán** establecer en los contratos otras causas de rescisión”.*

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

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

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

En consideración de lo anterior, al tenor de las disposiciones citadas de la Ley y su Reglamento, para externar el criterio que se solicita, se considera pertinente precisar la discrecionalidad u obligatoriedad de la acción de rescisión administrativa de los contratos por las dependencias y entidades, en atención a que la Ley en su artículo 61, dispone que podrán rescindirse administrativamente los contratos en caso de incumplimiento de las

obligaciones a cargo del contratista, en tanto que el artículo 127 de su Reglamento dispone que se procederá a la rescisión administrativa del contrato, cuando se presente alguna de las causas que dicho precepto establece.

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

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

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

Por lo que refiere al procedimiento de rescisión, el artículo 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las Mismas señala:

“Artículo 61.- Las dependencias y entidades podrán rescindir administrativamente los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

El procedimiento de rescisión se llevará a cabo conforme a lo siguiente:

- I. Se iniciará a partir de que al contratista le sea comunicado el incumplimiento en que haya incurrido, para que en un término de quince días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte, en su caso, las pruebas que estime pertinentes, y*

- I. Transcurrido el término a que se refiere la fracción anterior, la dependencia o entidad contará con un plazo de quince días para resolver, considerando los argumentos y pruebas que hubiere hecho valer el contratista. **La determinación de dar o no por rescindido el contrato deberá ser debidamente fundada, motivada** y comunicada al contratista dentro de dicho plazo*

- III. Se deroga.*

*Las dependencias y entidades podrán, bajo su responsabilidad, **suspender el trámite del procedimiento de rescisión,** cuando se hubiere iniciado un **procedimiento de conciliación** respecto del contrato materia de la rescisión.*

Al respecto, de la lectura al precepto arriba señalado se desprende que la rescisión es una facultad de la Administración Pública y que procede únicamente por incumplimiento del contratista, no considerando otro supuesto. .

De igual manera, el último párrafo del precepto en mención señala que la Autoridad Administrativa tiene la facultad de suspender el trámite del procedimiento de rescisión en el caso de haberse iniciado un procedimiento de conciliación respecto del contrato materia de la rescisión.

Por lo que refiere al procedimiento de conciliación, la ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en lo conducente señala:

“Artículo 95. *En cualquier momento los contratistas o las dependencias y entidades podrán presentar ante la Secretaría de la Función Pública solicitud de conciliación, por desavenencias derivadas del cumplimiento de los contratos.*

Una vez recibida la solicitud respectiva, la Secretaría de la Función Pública señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia de conciliación y citará a las partes. Dicha audiencia se deberá iniciar dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la solicitud.

La asistencia a la audiencia de conciliación será obligatoria para ambas partes, por lo que la inasistencia por parte del contratista traerá como consecuencia tener por no presentada su solicitud.

Artículo 96. *En la audiencia de conciliación, la Secretaría de la Función Pública, tomando en cuenta los hechos manifestados en la solicitud y los argumentos que hiciere valer la dependencia o entidad respectiva, determinará los elementos comunes y los puntos de controversia y exhortará a las partes para conciliar sus intereses, conforme a las disposiciones de esta Ley, sin prejuzgar sobre el conflicto planteado.*

Artículo 97. *En el supuesto de que las partes lleguen a una conciliación, el convenio respectivo obligará a las mismas, y su cumplimiento podrá ser demandado por la vía judicial correspondiente. La Secretaría de la Función Pública dará seguimiento a los acuerdos de voluntades, para lo cual las dependencias y entidades deberán remitir un informe sobre el avance de cumplimiento del mismo, en términos del Reglamento de esta Ley.*

En caso de no existir acuerdo de voluntades, las partes podrán optar por cualquier vía de solución a su controversia”.

De los preceptos transcritos se desprende que existirá conciliación siempre y cuando el procedimiento sea a instancia de los contratistas, derivado de controversias por incumplimiento en los términos y condiciones pactados en el contrato.

Ahora bien, lo relevante de este procedimiento, es que se torna ineficaz. En efecto, si bien es cierto que en el procedimiento de conciliación se pretende en forma amistosa y conciliatoria solucionar dichas controversias, también lo es que dicho procedimiento se convierte en ineficaz por las siguientes razones:

- Si bien es cierto que se señala una audiencia de conciliación, también lo es que sólo existe apercibimiento legal para el contratista en caso de no presentarse a ella, consistente en tenerlo por desistido de su queja, no así para la autoridad contratante, no obstante que el artículo 95 señala la obligatoriedad para las partes de asistir a la audiencia. Evidentemente con ello existe inquietud procesal en dicha instancia.
- Los acuerdos que tomen las partes en el procedimiento serán vinculatorios siempre y cuando se celebre un convenio, y podrá reclamarse en vía judicial respectiva.

De lo anterior podemos concluir que más que un procedimiento de conciliación para dirimir controversias derivadas de contratos administrativos, se trata de un procedimiento tendiente a obligar fundamentalmente al proveedor a llegar a un arreglo, ya que por una parte lo obliga a cumplir con los términos y condiciones del contrato; y finalmente se obliga al proveedor a acudir a instancias judiciales para reclamar sus derechos, no así a la autoridad, ya que tiene el procedimiento de rescisión.

Por lo anterior, podemos afirmar que se desvirtúa la conciliación, siendo un procedimiento ineficaz, sobre todo por lo que hace a la parte contratante, y prácticamente se obliga a acudir a instancias judiciales para reclamar sus derechos.

Por otra parte, es inexplicable que se tenga que acudir a instancias judiciales cuando la naturaleza de los contratos es eminentemente administrativa. Independientemente de la capacidad que puedan tener los órganos jurisdiccionales judiciales para la interpretación, aplicación y cumplimiento de contratos, es indiscutible que los contratos administrativos por su propia y especial naturaleza, deben ser analizados por las instancias y órganos jurisdiccionales administrativos competentes.

4.2. La rescisión administrativa en los Contratos de Adquisición y Arrendamiento de Bienes Muebles, así como en los contratos de Prestación de Servicios regulados por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público en los artículos 54 y 54 Bis, establece como figuras de la terminación anormal de los contratos administrativos: la rescisión y la terminación anticipada de los contratos administrativos que celebra la administración pública federal.

Al respecto, por lo que refiere a la terminación anticipada, el artículo 54 Bis de la ley establece:

“Artículo 54 Bis. La dependencia o entidad podrá dar por terminados anticipadamente los contratos cuando concurren razones de interés general, o bien, cuando por causas justificadas se extinga la necesidad de requerir los bienes o servicios originalmente contratados, y se demuestre que de continuar con el cumplimiento de las obligaciones pactadas, se ocasionaría algún daño o perjuicio al Estado, o se determine la nulidad de los actos que dieron origen al contrato, con motivo de la resolución de una inconformidad o intervención de oficio emitida por la Secretaría de la Función Pública. En estos supuestos la dependencia o entidad reembolsará al proveedor los gastos no recuperables en que haya incurrido, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato correspondiente”.

De lo anterior se deduce que la Administración Contratante podrá dar por terminados anticipadamente los contratos administrativos por:

- Razones de interés general.
- Nulidad del procedimiento de contratación.
- Por causas de interés o conveniencia.

En dichos supuestos, la Administración Pública deberá reembolsar al proveedor los gastos no recuperables, al igual que en los contratos de obra pública.

Tanto la ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, y de igual manera la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, establecen la figura jurídica de “terminación anticipada” misma que atiende a la atribución de la Administración Pública de concluir de manera anticipada los contratos que ésta suscribe con particulares, por las causas ya señaladas con anterioridad. Al respecto, la doctrina deduce que la revocación se configura por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, cuando la administración, fundada en motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, decide unilateralmente poner fin a la relación contractual sin que haya mediado culpa alguna imputable a su contratista. Por lo cual, y con la finalidad de dar mayor certeza jurídica tanto al proveedor como a la autoridad contratante, resulta más que necesario reformar las leyes de la materia, para establecer la figura de revocación y señalar con precisión las causas en que procede la revocación.

Así como la doctrina, señala que la revocación genera a favor del contratista el derecho a ser indemnizado, la legislación en el multicitado artículo y en el artículo 65 del Reglamento de la LAASSP contempla la obligación para la convocante de reembolsar al proveedor los gastos no recuperables, con la limitación de que sea previa solicitud y que correspondan a los conceptos señalados en el mencionado artículo 65 debidamente comprobados. Al respecto dicho artículo dispone:

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

I. Costo de las bases de licitación;

II. Pasajes y hospedaje debidamente comprobados de acuerdo a los montos y aspectos previstos en las políticas, bases y lineamientos en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios de la dependencia o entidad, de una persona que haya asistido a la o las juntas de

aclaraciones, al acto de presentación y apertura de proposiciones, al fallo de la licitación, y a la firma del contrato, en caso de que el licitante no resida en el lugar en que se realice el procedimiento, y

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

Adicionalmente, el artículo 66 del Reglamento de la LAASSP considera para este supuesto de terminación anticipada, la obligación de sustentar mediante dictamen⁸³ las razones que la determinen, y señala un término para el pago de los gastos no recuperables reclamados. Al respecto dicho precepto reza:

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

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

En este orden de ideas, la Autoridad Administrativa podrá invalidar un contrato en razón de vicios que afectan la competencia, consentimiento, forma, objeto o causa del contrato administrativo, o bien, por carecer de dichos elementos.

En materia de adquisiciones, el último párrafo del artículo 54 Bis y el 15, ambos de la LAASSP consideran respectivamente la terminación anticipada del contrato y la nulidad total del procedimiento de contratación, en ambos casos la determinación puede llegar a darse una vez firmado el contrato, no obstante considerando que éste se llevó a cabo mediante un procedimiento de derecho público cuya inobservancia conlleva vicios de ilegitimidad, la cual será declarada con la nulidad. Esta puede versar sobre la voluntad,

⁸³ Al respecto, consideramos necesario que dicho ordenamiento legal señale los requisitos del referido dictamen. Lo anterior, con la intención de evitar que los procedimientos de rescisión sean impugnados por la parte contratante que se ve afectada, ya sea por falta de fundamentación y de motivación de dicha resolución.

verbigracia, cuando en el procedimiento se solicitaron manifestaciones bajo protesta de decir verdad y el proveedor actuó con falsedad, o bien, vicios relativos a los elementos del contrato, como puede ser la competencia de la administración, la capacidad del contratante, y la licitud del objeto.

Por otro lado, la rescisión por hechos relativos al contratista, se trata de hechos que no son imputables al contratista, es decir, no hay culpa del mismo, como es el caso de muerte o inhabilidad sobre viniente, cuando el contratista sea persona física; quiebra, disolución o retiro de personería, en el caso de que sea persona jurídica. En este supuesto, opera la extinción del contrato por decisión unilateral de la administración sin derecho a indemnización alguna. Su fundamento radica en la circunstancia de que los contratos administrativos son *intuitu personae* y por ende, intransferibles.

La doctrina considera factible esta forma de rescisión, sin embargo, la LAASSP no contempla dicha figura⁸⁴, por lo cual, resulta necesario la implementación de dicha figura en la ley, con el objeto de contemplar situaciones como las mencionadas y tener una solución a las mismas.

Por lo que hace a la figura de la rescisión, el artículo 54 de la LAASSP regula el procedimiento del tipo de rescisión declarada unilateralmente por los órganos de la administración por hechos imputables al proveedor, equiparable a una sanción por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

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

Señala la ley que la rescisión debe fundarse en un hecho grave que ponga en peligro la satisfacción de los fines determinantes de su celebración o produzca una conducta incompatible con esos fines. Y que sólo debe llegarse a la rescisión cuando se hayan

⁸⁴ Al respecto, cabe mencionar que la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, no especifica las causas por las cuales la Autoridad Contratante puede dar por rescindido un contrato, sólo señala que procederá por incumplimiento en algunas de las obligaciones del proveedor, lo cual genera incertidumbre jurídica, en razón de que si bien es cierto la rescisión procede de manera unilateral por la Administración Pública, la ley debe señalar con precisión las causas de rescisión.

agotado todas las vías conminatorias previas, intimaciones, apercibimientos, multas previstos en el régimen de contratación correspondiente.

Esta forma de rescisión es la única para la cual la LAASSP establece un procedimiento denominándola rescisión administrativa, al respecto el artículo 54 de la ley señala:

“Artículo 54. Las dependencias y entidades podrán en cualquier momento rescindir administrativamente los contratos cuando el proveedor incurra en incumplimiento de sus obligaciones...”

De dicho precepto se desprende que en el caso de adquisición de bienes, arrendamiento y prestación de servicios, la rescisión se dará por atraso en la entrega de los bienes o por el incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor. En ambos casos cabe destacar que de determinarse la rescisión, se hará efectiva a fianza de cumplimiento de contrato respectiva, sin que proceda el cobro de la penalización que se hubiere contabilizado.

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

“Artículo 64.-...

...

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

Los proveedores que por motivos diferentes a atrasos incumplan con sus obligaciones, se sujetarán al procedimiento de rescisión del

contrato, conforme al procedimiento establecido en el artículo 54 de la Ley.”

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

El tipo de extinción anormal del contrato por caso fortuito o fuerza mayor deriva de un acontecimiento imprevisto o imprevisible, sobreviniente a la celebración del contrato, ajeno a la persona y voluntad de las partes, que al imposibilitar su cumplimiento, total o parcial, libera de toda responsabilidad a quien lo invoca. El caso fortuito o fuerza mayor es causal de rescisión unilateral por parte de la Autoridad Administrativa sin necesidad de acudir a la justicia federal. Esta figura podemos encuadrarla en la terminación anticipada del contrato, sin embargo la ley es ambigua al respecto y no la ubica con precisión ni en la figura de terminación anticipada ni como forma de rescisión, ya que esta última sólo procede por incumplimiento del proveedor. Esta modalidad de extinción anticipada, no genera derecho a indemnización.

La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, pero sólo para caso de servicios y no de bienes, establece previo a la terminación anticipada del contrato, una suspensión, cuando en la prestación del servicio se presente caso fortuito o de fuerza mayor, y de continuar el motivo que la originó se procedería a la terminación anticipada, conforme a lo establecido en el artículo 55 bis de la LAASSP.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cuando con posterioridad a la adjudicación de un contrato se presenten circunstancias económicas de tipo general, como resultado de situaciones supervenientes ajenas a la responsabilidad de las partes,

que provoquen directamente un aumento o reducción en los precios de los bienes o servicios aún no entregados o prestados o aún no pagados, y que por tal razón no pudieron haber sido objeto de consideración en la proposición que sirvió de base para la adjudicación del contrato correspondiente, las dependencias y entidades deberán reconocer incrementos o requerir reducciones, de conformidad con las disposiciones que, en su caso, emita la Secretaría de la Función Pública.

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

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

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

Respecto al tipo de rescisión por mutuo también llamada bilateral, convencional o amigable, se pone fin al contrato antes de la expiración de su término, o antes del cumplimiento de su objeto. En el caso de adquisición de bienes sólo se justifica por motivos muy graves y debidamente fundados sobrevinientes a la licitación.

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

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

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

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

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

De donde se desprende que de ocasionar algún daño o afectación a las funciones encomendadas, se podrá determinar no dar por rescindido el contrato. Cabe precisar que del texto se infiere que el procedimiento de rescisión de cualquier forma se debe iniciar y será durante su tramitación que se tome la determinación de no rescindir.

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

Al respecto, aún quedan algunas lagunas con relación a la interpretación que a dicho texto debe darse, ya que si como se menciona en el capítulo III del presente trabajo, las adquisiciones derivan de una planeación contenida en programas sectoriales y específicos, y en la justificación de compra se debe señalar la fecha y lugar de su

instalación, es difícil imaginar una adquisición que no causara daño o afectación a las funciones encomendadas, salvo que se tratara de bienes consumibles o de alta rotación en los que se tuvieran establecidos niveles de inventario, en cuyo punto de reorden se absorbiera el impacto del retraso del proveedor.

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

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

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

“Al no dar por rescindido el contrato, la dependencia o entidad establecerá con el proveedor otro plazo, que le permita subsanar el incumplimiento que hubiere motivado el inicio del procedimiento. El convenio modificadorio que al efecto se celebre deberá atender a las condiciones previstas por los dos últimos párrafos del artículo 52 de esta Ley.”

Dicho texto representa una prórroga para el cumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor, y no obstante el señalamiento de que se debe cumplir con lo establecido en los dos últimos párrafos del artículo 52 de la propia ley, invariablemente tal supuesto representaría otorgar condiciones más ventajosas al proveedor, en el supuesto de que no se justificara por parte de la Administración las razones de la prórroga otorgada al proveedor.

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

“I. Se iniciará a partir de que al proveedor le sea comunicado por escrito el incumplimiento en que haya incurrido, para que en un término

de cinco días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte, en su caso, las pruebas que estime pertinentes;

II. Transcurrido el término a que se refiere la fracción anterior, la dependencia o entidad contará con un plazo de quince días para resolver, considerando los argumentos y pruebas que hubiere hecho valer el proveedor. La determinación de dar o no por rescindido el contrato deberá ser debidamente fundada, motivada y comunicada al proveedor dentro dicho plazo, y

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

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

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

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

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

Por último también respecto de la fracción I debemos considerar el actual término de 5 días hábiles que se otorga al proveedor para que exponga lo que su derecho convenga, que aún cuando se ha reducido en comparación con el señalado en la fracción I del artículo 54 reformado de la LAASSP que señalaba:

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

Sin embargo, en suma es un término que corre en contra de la administración, ya que de entregar los bienes antes de la determinación de rescisión, aún cuando se aplique la pena convencional, habrá representado una prórroga para el proveedor y la rescisión quedara sin efectos conforme al párrafo tercero del artículo 54 de la LAASSP, que indica:

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

Por lo que refiere a la fracción III, establece que la determinación que se tome respecto a la rescisión deberá estar debidamente motivada y fundamentada, debiendo informarse al proveedor dentro de los 15 días hábiles siguientes al término señalado en la fracción I. Al respecto, se considera únicamente por lo que se refiere al término para la determinación, que debe tomarse en consideración un término similar al otorgado al proveedor para manifestar sus argumentos, ya que de nueva cuenta si la administración opta por tomar la determinación, utilizando todo el plazo establecido, el mismo correrá en perjuicio de la administración, además que otorga simultáneamente mayor tiempo al proveedor para en su caso entregar los bienes, no obstante que para que quedara sin efecto el procedimiento, conforme al párrafo segundo del propio artículo ya citado, la administración debe aceptar y verificar que continua vigente la necesidad de adquirirlos, lo cual presenta el problema de si de desaparecer la necesidad conforme a lo ya mencionado en el apartado relativo a la revocación unilateral por razones de oportunidad, mérito, oportunidad o conveniencia procedería la rescisión o la terminación anticipada (revocación).

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

Asimismo, el texto del párrafo citado nos lleva a la problemática de lo que pasaría si no obstante el pronunciamiento de la administración de ya no requerir los bienes, estos fueran entregados y recibidos a entera satisfacción de la administración, ya que la administración podría hacer valer la determinación de rescisión, pero al mismo tiempo el proveedor podría demostrar el cumplimiento de la obligación. El último párrafo del artículo 54 en comento señala que:

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

pactados. Cualquier pacto en contrario a lo dispuesto en este artículo se considerará nulo.”

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

CAPITULO QUINTO

BREVES REFLEXIONES EN TORNO A UNA NECESARIA REVISIÓN DEL REGIMEN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN MÉXICO

El resultado del análisis realizado al régimen de la contratación administrativa del Estado mexicano, nos ha permitido vislumbrar algunas problemáticas en la normatividad administrativa.

Al respecto, las razones de tantas reformas al ordenamiento jurídico en materia administrativa obedecen en algunos casos a un pregonado intento de modernización de nuestra Administración Pública. Sin embargo no ha sido posible lograr una operatividad de los principios constitucionales de contratación establecidos en el artículo 134 constitucional. Lo anterior, en razón a ciertos errores que presenta nuestra legislación, mismos que requieren de un profundo análisis para su corrección y operatividad.

Para efecto de que la contratación administrativa atienda a los principios de eficiencia, eficacia, transparencia y honradez es necesario atender las siguientes directrices:

- 1) se hace necesaria la aprobación de una nueva ley de contratos administrativos, que regule todos los contratos de la administración, con la finalidad de lograr una unidad entre las leyes y las disposiciones constitucionales y de esta manera eficientar la contratación administrativa. En este sentido, la introducción de eficiencia en los procedimientos de contratación atiende a la búsqueda de mejores precios y productos de mayor calidad, una vía óptima para evitar decisiones mediatizadas por el pago de comisiones u otras prácticas ilegales.
- 2) Se debe realizar un estudio serio sobre el ámbito de aplicación de las disposiciones normativas (en específico de la ley de adquisiciones y la ley de obra pública). Lo anterior con la finalidad de cumplir con la regla general de contratación dispuesta en el artículo 134 constitucional y que dichas leyes le

sean aplicables a todo el sector público, es decir, que aplique a la administración pública del poder legislativo y del judicial, ya que también celebran contratos de carácter administrativo. En este sentido, resulta más que necesario una reforma a dichas leyes, para efecto de que referidas leyes sean aplicables a las contrataciones del legislativo y judicial. Lo anterior, con la finalidad de crear una cobertura de la ley que permita alcanzar una mayor idoneidad en la contratación del estado, cumpliendo así con los criterios de eficacia, eficiencia, transparencia, honradez, disciplina y control presupuestal, para así asegurar las mejores condiciones al Estado.

- 3) Asimismo, es necesario lograr una simplificación de la ley con la intención de lograr una simplificación en la desburocratización, y en la necesaria apertura de los mercados de contratos públicos a las pequeñas y medianas empresas.
- 4) De igual forma, resulta necesario discutir la conveniencia de sujetar a las administraciones públicas a rigurosos procedimientos selectivos de sus contratistas, marcados por la publicidad y la concurrencia, no debemos ignorar por completo los argumentos favorables a una relajación de las exigencias procedimentales. La agilidad y flexibilidad en las adquisiciones de bienes y servicios son claves de la eficiencia de las organizaciones, especialmente en un contexto como el actual, cambiante y acelerado, aunque en el Derecho Administrativo mexicano cobran mayor importancia los principios jurídicos de igualdad y selección objetiva que los aspectos de gestión favorecedores de la discrecionalidad y la agilidad administrativa.
- 5) Modernizadoras son también las previsiones sobre compras electrónicas, incluyendo las subastas electrónicas. La centralización de adquisiciones es otra técnica de gestión novedosa, ya ensayada en varios países. Asimismo, la negociación competitiva, figura como un procedimiento que permite debatir con cada candidato todos los aspectos del contrato. Todos estos cambios en cuanto a los procedimientos selectivos suponen una revolución al derecho administrativo mexicano.

- 6) La mayoría de las reformas de los últimos años en el sistema de adquisiciones públicas van encaminadas al supuesto de que la Administración Pública debe comprar mejor y más barato, definiendo por supuesto la necesidad de controles y revisiones de las decisiones de adjudicación. Así pues, se requiere de introducir más flexibilidad con los debidos controles a los procedimientos de contratación.

Lo anterior es con el afán de mejorar las técnicas a disposición de la autoridad convocante para conseguir comprar mejor, más rápido, con más calidad y más barato, sin desatender otros intereses públicos dignos de protección.

Del texto constitucional se desprenden diversos conceptos que desde nuestro punto de vista incurren en una problemática generalizada en el sistema jurídico administrativo, que es la falta de claridad de los mismos y, por tanto provocan subjetividad. En efecto, del primer párrafo se desprende que los recursos deberán ser administrados con eficiencia, eficacia y honradez, conceptos que se reproducen en las leyes reglamentarias de este precepto, pero que no señalan su alcance y significado, lo que desde luego permite subjetividad por parte de la administración pública, y hasta cierto punto discrecionalidad en la aplicación de recursos, sobre todo si se toma en cuenta que la propia disposición constitucional deja abierta la posibilidad de utilizar otras formas de contratación que no sea la licitación en términos de las leyes secundarias.

Todo lo anterior, deja abierta la puerta para que se efectúe una contratación que no necesariamente cumpla con todos aquellos requisitos que nuestra carta magna señala para la buena aplicación de los recursos públicos, lo que sentimos que es peligroso, ya que el alcance de una mala contratación implicaría definitivamente un daño patrimonial al Estado.

Por ello es importante que en las leyes reglamentarias de este precepto se establezcan con toda claridad los significados y alcances de los conceptos anteriormente mencionados, con objeto de evitar subjetividad y discrecionalidad, obteniendo certeza y seguridad jurídica tanto para la administración pública como para el particular.

Otro punto importante es que, en la actividad de la administración pública se ha tomado una práctica que consideramos negativa para la buena aplicación de recursos. Esta consiste en el hecho de que las dependencias y entidades de la administración pública, tienen como regla general, e incluso podemos decir, de carácter obligatorio, que por necesidad debe agotar los recursos que les fueron previamente asignados en el Presupuesto de Egresos de la Federación, ya que consideran que en caso contrario, los recursos asignados y no ejercidos, que por ley deben ser sujetos a devolución, les perjudica para su siguiente ejercicio fiscal, ya que parten de la idea o temor fundado de que exista una disminución en la asignación de recursos, y es por ello que en muchas ocasiones prefieren efectuar el gasto sin que exista una verdadera necesidad para ello. En otro orden de ideas, no sólo debe realizar el gasto, sino fundar y motivar debidamente la necesidad que se tiene para ello, ya que de lo contrario se estarían aplicando recursos públicos en forma innecesaria, tergiversando desde luego el sentido de la función del Estado.

En este orden de ideas, la lucha contra la corrupción suele ser uno de los puntos en los que se pone más énfasis a la hora de acometer las reformas, partiendo de la existencia de numerosas prácticas irregulares en las adjudicaciones de encargos, prácticas que van desde el enriquecimiento ilícito de autoridades y funcionarios (cohecho) a la financiación ilegal de partidos políticos. Estos problemas son universales, no exclusivos de los países en vías de desarrollo, y la lucha contra las prácticas corruptas, se ha convertido en uno de los principales vectores de las reformas de los sistemas de contratación pública en todo el mundo. Sin embargo, es recomendable que no se abogue por una rigidificación de los procedimientos adquisitivos.

Atendiendo al régimen de contratación administrativa del Estado mexicano, en específico por lo que hace al régimen de las adquisiciones públicas, publicidad y concurrencia han sido tradicionalmente principios respetados en la selección de los contratistas de la Administración. Inicialmente la subasta era regla general a la hora de decidirse por una de las ofertas, regla introducida por leyes aprobadas, con el fin de evitar el intento de algunos funcionarios de captar contratos para amigos. En 1917 se estatuyó la regla de la subasta, a través del procedimiento de licitación pública como el procedimiento a seguir, con limitadas excepciones.

La subasta fue considerada mejor desde todos los puntos de vista como forma de adjudicación por reducir la discrecionalidad administrativa, garantizar la igualdad de los licitadores y evitar fraudes y colusiones. Sin embargo, en la actualidad se presenta el problema de que aunque la constitución política de los estados unidos mexicanos establezca como regla general para la contratación del estado a la licitación pública, esta se utiliza en un muy bajo porcentaje, empleando distintos subterfugios la mayor parte de las veces para recurrir a otros procedimientos de adjudicación.

Por lo que hace a la eficiencia en la contratación del estado, un análisis riguroso de la eficiencia de los mercados de encargos públicos arrojaría el dato de si se está respetando este principio y si los órganos de contratación están adquiriendo bienes y servicios al mejor precio posible. Si pensamos que esto no es así, y sabemos que hoy en la practica administrativa contractual puede darse el caso de que dos administraciones muy próximas geográficamente (incluso dos órganos o entidades de la misma Administración) contraten el mismo servicio, o adquieran el mismo bien, a la misma empresa, a un precio distinto, entonces tendremos que cuestionar las normas reguladoras de la formación de la voluntad administrativa en este campo. Conseguir bienes y servicios mejores y más baratos (a precio de mercado) no parece ser el objetivo básico de esta normativa, a pesar de que parece claro que si se consiguiera este objetivo (objetivamente contrastable comparando los resultados con los verdaderos precios de mercado) difícilmente se plantearían problemas de corrupción.

Otra necesidad acuciante de cualquier práctica de adquisiciones eficiente es el manejo de la información para determinar los precios que están pagando las distintas administraciones públicas por bienes y servicios.

El primer paso en la mejora de la política de adquisiciones de cualquier organización pasa por un mejor conocimiento (información más completa) de la situación de mercado. Para lograr este objetivo, podrían crearse oficinas de contratación que dispusieran de base de datos de precios actualizadas en todas las administraciones públicas, garantizando que los precios a los que están comprando las Administraciones estén a disposición de cualquier ciudadano o empresario que deseara consultarlo y que esos datos se intercambien para que todas las Administraciones conozcan la situación real del mercado de los encargos públicos.

La valorización de la eficiencia de los mercados de encargos públicos debería realizarse en los órganos consultivos con funciones de asesoramiento y estudio sobre la contratación administrativa.

También se plantean medidas en el sentido de reducir los trámites para agilizar el procedimiento contractual y la introducción de nuevas tecnologías en los procesos selectivos.

Dadas estas circunstancias, no parece descabellado proponer un análisis más profundo de la racionalidad y eficiencia de nuestro Derecho de los contratos administrativos.

CONCLUSIONES.

PRIMERA. La administración pública para cumplir con sus fines, recurre a la contratación en diversas formas a la de los sujetos ordinarios del derecho, contrata con estos sujetos para obtener medios materiales o servicios con los que desarrolla su propia actividad, pero también para asociar sujetos privados a la actividad propia, o como resultado de la regulación y programación de actividades. Desde esta perspectiva, la contratación cumple una función decisiva en la satisfacción del interés general.

SEGUNDA. La administración pública para satisfacer las necesidades de la colectividad, busca celebrar contratos como ayuda a su gestión, mediante acuerdos de muy distinta naturaleza con particulares y entes públicos. En este sentido, los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, caracterizados por elementos especiales tales como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin jurídico o propio de la administración y que llevan explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado. Dentro de lo que consiste este régimen exorbitante se suelen incluir verdaderos poderes jurídicos que detentaría la administración en el marco de los contratos administrativos que celebra, como por ejemplo, el ius variandi, el poder de control y dirección del contrato, la facultad de imponer penalidades al contratista, la prerrogativa de interpretar el texto del contrato y la posibilidad de decretar la caducidad, rescisión, rescate o terminación anticipada del contrato por razones de interés público entre otros.

TERCERA. Algunos estudiosos del derecho han sostenido que “contrato administrativo es el que la administración celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública” Han señalado también que “en los contratos del derecho administrativo la posición de las partes se caracteriza por la desigualdad esencial con que concurren a su celebración, asistiéndole al órgano de la administración una evidente superioridad respecto de la otra parte contratista, que se sitúa en un plano de subordinación. Y es así porque el órgano administrativo concurre en su condición de poder y como exponente y representante del interés público, mientras que el particular contratante sólo lo hace en su propio interés privado siendo ésa la razón de su lógica subordinación al primero.

CUARTA. Por lo que refiere a la denominación de “contrato administrativo” existe un debate interesante, hay quienes no admiten que hayan contratos que se regulen exclusivamente por el derecho público y que, en consecuencia, merezcan la denominación de administrativos y otros que también celebrados en ejercicio de la función administrativa se regulen únicamente por el derecho civil o comercial y deban calificarse como privados. Por lo cual, se ha considerado acertado prescindir de la expresión contrato administrativo, que sugiere una idea de oposición con los contratos del derecho privado, y hablar en cambio de los “contratos de la Administración” o “en la función administrativa”.

QUINTA. En este sentido, la importancia real de la distinción entre estos dos conceptos jurídicos (contratos administrativos y contratos privados), radica en el hecho de que cada concepto remite a un régimen jurídico diferente; por lo que la trascendencia de la distinción será mayor o menor según sea la distancia existente entre ambos regímenes. Así pues, hay que advertir que en el caso concreto de los contratos de la Administración la distinción entre los de carácter administrativo y los de carácter privado no remite a regímenes jurídicos irreductiblemente diferentes, sino en buena parte próximos. Hay que notar también que tales regímenes no son unitarios y compactos, es decir, que no hay un solo régimen jurídico para los contratos administrativos y otro para los contratos privados, sino varios regímenes distintos a cada lado de la línea divisoria. Dicho de otro modo, la distinción de regímenes jurídicos se hace más por series o tipos de contratos individualmente considerados que por su calificación genérica como privados o administrados.

En este tenor, hablar de un régimen jurídico específico de los contratos administrativos sólo es posible, en sede doctrinal, sobre la base de una serie de generalizaciones sucesivas. Un régimen jurídico unitario para todos los contratos administrativos no ha existido nunca, ni existe tampoco en la actualidad. No puede existir, incluso, dada la diversidad de tipos contractuales, y el hecho de que toda la materia contractual esté presidida por el principio de la libertad de pactos, que permite configurar indefinidamente negocios concretos no reconducibles a los tipos habituales (contratos atípicos o innominados), lo que obliga a remitirse a sus propias normas con carácter preferente. Sobre todas estas figuras contractuales incide la presencia de la Administración, que cuando las utiliza en el ámbito de su propia competencia funcional introduce en ellas una

modelización peculiar que es la que permite calificarlas de contratos administrativos propiamente dichos.

SEXTA. El tema de los principios generales del derecho, representa una preocupación común en muchos juristas y guarda, al mismo tiempo, una peculiar trascendencia en el Derecho Administrativo. Es en el Derecho Administrativo donde resulta más propicio la vigencia y aplicación de estos principios; esto se da por su naturaleza, en el sentido del actuar discrecional del funcionario público, y en este caso, en los procedimientos y fines de la contratación administrativa.

SÉPTIMA. En materia de contratación administrativa, se ha desarrollado la elaboración de un conjunto orgánico de principios que permiten resolver los innumerables y novedosos problemas prácticos que plantea el obrar de la Administración en su capacidad de derecho privado. En este tenor, los principios que la administración debe seguir en la contratación son: el principio de equilibrio de intereses, el principio de legalidad, el principio de igualdad, el principio de equidad, el principio de libre concurrencia, el principio de publicidad, el principio de transparencia, el principio de eficiencia, el principio de eficacia, el principio de honradez, el principio de Imparcialidad, el principio de interés público, el principio de proporcionalidad y el principio de buena fe.

OCTAVA. La administración pública realiza un sin número de contratos administrativos, entre los cuales figuran: a) los contratos de obra pública, b) los contratos de adquisición de bienes muebles, c) los contratos de arrendamiento de bienes muebles, d) los contratos de prestación de servicios, e) los contratos de prestación de servicios profesionales, f) los contratos de suministro, g) los contratos de empréstitos públicos y h) los contratos de enajenación de bienes del Estado.

NOVENA. Rescisión proviene del latín rescissum y significa rasgar, romper, dividir algo. El vocablo tiene la misma etimología de la palabra escisión que vale tanto como separación. Es un concepto netamente jurídico de derecho civil, que expresa la privación de efectos de un acto jurídico por si mismo válido. Es decir, la rescisión produce la ineficacia del contrato validamente celebrado debido a lesión o perjuicio producido a una de las partes.

DÉCIMA. Toda la contratación lleva implícita la intención de llegar a la ejecución del contrato, de acuerdo a lo pactado. Aún cuando debamos partir de esa premisa, en no pocas ocasiones, luego de suscrito el contrato administrativo se presentan circunstancias que cambian esa intención inicial de ejecutar lo pactado, y que concluyen en forma anormal la contratación. En este sentido, la rescisión de los contratos administrativos constituyen actos administrativos, los cuales se pueden extinguir de dos formas: normal y anormal.

Dentro de los medios de extinción del acto administrativo normales, se tienen aquellos que culminan con el cumplimiento del contenido del acto y que son: el cumplimiento voluntario por los órganos internos de la administración; el cumplimiento voluntario por parte de los particulares; cumplimiento de efectos inmediatos; y cumplimiento de plazo, mientras que entre los anormales tenemos: caducidad, revocación, anulación, renuncia, rescisión y rescate.

DÉCIMA PRIMERA. La revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, se configura cuando la administración, fundada en motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, decide unilateralmente poner fin a la relación contractual sin que haya mediado culpa alguna imputable a su contratista. La revocación denota por sí misma la unilateralidad que la caracteriza; en cambio, la rescisión puede producirse por decisión de una o ambas partes intervinientes en la contratación y de ahí la necesidad de remarcar su carácter unilateral. La revocación es una forma excepcional de ineficacia de ciertos contratos, en los cuales se permite a uno de los contratantes dejarlo sin efecto por su sola voluntad, es una manifestación de voluntad que modifica una voluntad precedente, inducida por una nueva y diversa valoración de conveniencia del acto, que puede deberse a razones de oportunidad, mandato o por constancia de nuevos hechos, mientras que la rescisión obedece a una razón de equidad, y encuentra su causa en el propio contenido contractual.

DÉCIMA SEGUNDA. En el Derecho Comparado, la resolución es la figura que más atiende a confundirse con la rescisión. El único criterio seguro de delimitación hay que buscarlo en las causas que dan lugar a cada una de ellas: la rescisión es una ineficacia aplicable a contratos válidamente celebrados que contienen una lesión. En cambio se denomina “resolución” a la facultad que se confiere a un contratante o a ambos para solicitar la extinción de la relación obligatoria cuando se produzcan determinadas causas,

las más características son cuando se cumple con una condición resolutoria pactada, o incumple una de las partes la obligación que le corresponde, quedando la otra parte desligada de la correlación por la reciprocidad causal del sinalagma, causas que en general tienen un cierto carácter sobrevenido respecto a la celebración del contrato.

DÉCIMA TERCERA. Conviene dejar claro que, si bien suele denominarse “rescisión” a aquellas cláusulas de un contrato que conceden una facultad resolutoria a una, o a ambas partes, la denominación es impropia, puesto que la rescisión solamente obra por virtud de la ley, y no por causa de la voluntad de las partes.

DÉCIMA CUARTA. Al tratar el tema de la eficacia de la rescisión administrativa, conviene distinguir entre los términos invalidez e ineficacia. Al respecto, inválido es, se dice, un negocio “en el cual falta o se encuentra viciado alguno de los elementos esenciales, o un contrato que carece de uno de los presupuestos necesarios, constitutivos del tipo negocial al que pertenece”. En cambio, ineficaz es el negocio “en el cual están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez, y sin embargo impide su eficacia una circunstancia extrínseca a él”. En síntesis, la invalidez procede de un defecto o circunstancia intrínseca del contrato, mientras que la ineficacia tiene lugar por carencias o causas extrañas a su estructura típica, ya provengan de la ley, de la voluntad de las partes o de otras circunstancias.

DÉCIMA QUINTA. La rescisión tiende como finalidad restaurar el status quo anterior a la celebración del contrato, para impedir la consumación o el mantenimiento de una lesión o ventaja injusta. Por eso representa un tratamiento especial para ciertas imperfecciones de los contratos. Actúa como “remedio jurídico” a través de un procedimiento legal que tiende a salvar esas imperfecciones o a disminuirlas, y así tutelar determinados intereses antes desprotegidos. En este sentido, la rescisión por lesión viene a remediar un resultado contractual injusto para un contratante, más que a sancionar la conducta de otro contratante.

DÉCIMA SEXTA. Delimitar nulidad y rescisión no plantea problemas, porque actúan en ámbitos y planos diversos. La nulidad resuelve las deficiencias estructurales, problemas que atacan la validez y esencia del contrato, y también su propia licitud, mientras que la rescisión representa la solución de un particular problema jurídico del contrato, que sólo

afecta a la función que realiza, sin menoscabar ni la realidad y certeza, ni la validez o licitud del contrato. La rescisión, en cambio, obedece al deseo de conceder a quien ha sufrido una lesión o perjuicio económico, un remedio al que acudir para eliminar los efectos perjudiciales de aquel contrato, que no adolecía de vicio alguno. Su fin no es atender a la integridad volitiva del contrato, sino al resultado, corrigiendo los posibles desequilibrios.

DÉCIMA SÉPTIMA. La LAASSP manifiesta como formas anormales de terminación de los contratos administrativos la terminación anticipada y la rescisión, por lo que refiere a esta última, se limita a regular el incumplimiento del proveedor, aún cuando también considera la posibilidad de que sea el proveedor quien solicite la rescisión ya no en el régimen administrativo sino judicial. Al respecto, se considera que la LAASSP debería referirse a la rescisión en sus diferentes modalidades de acuerdo al caso concreto para la resolución de los contratos y de esta manera lograr una mayor eficacia en la contratación administrativa.

DÉCIMA OCTAVA. Por lo que toca a la terminación anticipada, se considera conveniente atender a lo dispuesto en el artículo 54 Bis de la LAASSP, con la finalidad de considerar la importancia de reformar dicho precepto, en razón de que las causas de terminación anticipada que este señala, atienden a la figura de revocación.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, Derecho Administrativo Especial, 2ª ed., Porrúa, t. I. México 2001.

AYALA Espino, José, Economía del sector público mexicano, Grupo editorial esfinge, México 2001.

BÁEZ MARTÍNEZ, Roberto, Manual de Derecho Administrativo, 2ª ed., Trillas, México, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Curso de Derecho Administrativo, primera edición en español, traducción del portugués por Valeria Esfepanía Labraña Parra, editorial Porrúa, UNAM, México 2006.

BARRAGÁN BARRAGÁN, José, et al, Aspectos de la Deuda Externa, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1990.

BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos, Ediciones De Palma. 2º Edición, Buenos Aires, Argentina 1980.

BUJ MONTERO, Mónica. Contratos administrativos. Dirigido por Ismael Farrando. 1ª edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2002.

CARRASCO Iriarte, Hugo, *Derecho Fiscal I*, México, Iure, 2004.

CASSAGNE, Juan Carlos. Los principios generales en el Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot. 1988.

CIFUENTES Vargas, Manuel, El artículo 134 constitucional y las adquisiciones, arrendamientos, contratación de servicios, obras públicas y enajenación de bienes del estado, (origen, evolución e interpretación), Fonacot, Estudios doctrinales, No. 1, México D.F., 1991.

CONNOLLY, Priscilla, El contratista de don Porfirio, obras públicas, deuda y desarrollo desigual, Editorial Zamora Michoacán, El Colegio de México, Fondo de Cultura Económica, México 1997.

CHAPOY Bonifaz, Dolores Beatriz, El Régimen Financiero del Estado en las Constituciones Latinoamericanas.

ESCALANTE GONZALBO, Pablo et al, Nueva Historia Mínima De México, México, El Colegio de México, 2008.

ESCOLA, Héctor Jorge, El interés público como fundamento del derecho administrativo, Buenos Aires, Depalma, 1989.

FAYA VIESCA, Jacinto, Finanzas Públicas, 7ª ed. México, Porrúa, 2008.

FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, 42ª ed., México, Porrúa, 2002.

FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, Derecho Administrativo y Administración Pública, segunda edición, editorial Porrúa, México 2008.

FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, Derecho Administrativo, Contratos, 2ª edición, Editorial Porrúa, UNAM, México 2003.

FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, Coord., Contratos administrativos, culturales y sistemas jurídicos comparados, Editorial UNAM, México 2007.

FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge, Cisneros Farías, Germán y López Olvera, Miguel Alejandro, coord. *Seguridad Pública. Segundo congreso iberoamericano de derecho administrativo*, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, [citado 16-05-09], formato pdf, disponible en internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2375/8.pdf>, ISBN 970-32-3925-0.

FARRANDO, Ismael, Dir., Contratos administrativos, Lexis Nexis, Buenos Aires Argentina 2005.

FUENTES, López, Mercedes, El contratista y el subcontratista ante las administraciones públicas, Editorial Pons, Madrid 1997.

GABINO Fraga, Derecho Administrativo, 46ª edición, Editorial Porrúa, México 2007.

GARCÍA, De Enterría, Eduardo, Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo I, decimotercera edición, Thomson, Civitas, España 2006.

GALINDO Garfias, Ignacio, Teoría General de los Contratos, editorial Porrúa, México. 2000.

GORDILLO Agustín, Los contratos administrativos, Contratos administrativos, Buenos Aires, Asociación Argentina de derecho Administrativo-Astrea, 1988, t. I.

GUTIÉRREZ y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, tomo II, Editorial Porrúa, México 1998.

IÑIGUEZ De Salinas, Elizabeth, Contratos administrativos, Tribunal Constitucional, Sucre Bolivia 2005.

IRIBARREN, Juan Antonio, Lecciones de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1936.

LÓPEZ ELÍAS, José Pedro, Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México, México, UNAM, 1999.

MARTIN Pérez, José Antonio, Alonso Pérez Mariano, La rescisión del contrato (en torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores), España 1995.

MARTÍNEZ Alfaro, Joaquín, Teoría de la Obligaciones, Editorial Porrúa, México 2001.

MATA, Mauricio. El procedimiento de licitación pública y distintas modalidades de contratos administrativos. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad Escuela Libre de Derecho, 2003.

MESSMACHER, Miguel, Políticas de Estabilización en México, 1980-2000, México, Banco de México.

MOYANO BONILLA, César, et al, La Deuda Externa y la Responsabilidad Internacional del Estado, México, UNAM, 1994.

PRIETO PÉREZ, Eugenio, Análisis Financiero de los Empréstitos Obligaciones, Madrid, España, Ice, 1982.

RAMOS, Torres, Daniel, Los contratos administrativos de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios, editorial Pacj, México 2007.

RODRÍGUEZ SOLAR, José M., Cifras de espanto, análisis de la deuda pública en México, México, Mile Stone, 2005.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, Los Impuestos y la Deuda Pública, México, Porrúa, 2000.

SAXE Fernández, John, Globalización. Crítica a un paradigma; México, UNAM, Instituto de Investigaciones Económicas, 1999.

SEMPRE Navarro, Antonio V., Dir., El despido, aspectos sustantivos y procesales, Editorial Aranzadi, España 2004.

TENA RAMÍREZ, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, 38ª ed., México, Porrúa, 2006.

TORES Perea, José Manuel De, Presupuestos de la acción rescisoria, Tirant Blanch, Valencia España 2001.

VILLAREAL González, Diana R., La Política económica y social de México en la Globalización, UAM – Xochimilco, Grupo Editores, Miguel Ángel Porrúa, México 2000.

HEMERÓGRAFICA

CALDERÓN Mauricio Roberto, “los contratos administrativos” *Revista de derecho*, San Salvador, época III, núm. 1, julio de 1973.

MARTÍNEZ Morales, Rafael, “Introducción al estudio de los contratos administrativos”, *Justicia Fiscal y Administrativa*, México, 4ª época, No. 5, Julio 2007.

ORTIZ Reyes, Gabriel, “algunas precisiones sobre la rescisión administrativa de los contratos de Obra Pública en la legislación mexicana” *O Pemex Lex*, México, Nos. 5 – 6, Noviembre-Diciembre de 1988.

CUARTERO, Felipe M., "Contratos", *La Ley*, Buenos Aires Argentina, Año LXIV, No. 180, 19 de septiembre del 2000.

AVILA Orive, J. L., "Principios generales de los contratos administrativos", *Estudios de Deusto*, Bilbao España, Vol. 43, No. 2, Julio – Diciembre de 1995.

VILLASANA Rangel, Patricia, "El Estado y los contratos administrativos", *Revista Jurídica Jalisciense*, México, Año 6, No. 2, Mayo – Agosto de 1996.

GOMEZ De Lara, Fernando, "Convenios y contratos administrativos Federales. Un análisis sobre su naturaleza jurídica", *Pemex Lex*, México, Nos. 99 – 100, septiembre – octubre de 1996.

ORTIZ Reyes, Gabriel, "Función de interés legítimo en la anulación de los contratos administrativos regulados por la ley de adquisiciones y obras públicas", *Revista del Senado de la República*, México, Vol. 3, No. 6, Enero – Marzo 1997.

GARCÍA TREVIÑO Garnica, Ernesto, "La extinción de los contratos administrativos por mutuo acuerdo", *Revista de Administración Pública*, Madrid España, No. 127, Enero – Abril de 1992.

CERDAS Rodriguez, Carlos, "La terminación anormal de los contratos administrativos", *Ciencias Jurídicas*, San José Costa Rica, No. 84, Mayo – Agosto de 1997.

GONZÁLEZ – VARAS Ibáñez, Santiago, "¿Una tesis "sustancialista" del contrato administrativo?", *Estudios de la Administración Local y Autonómica*, Madrid España, No. 279, Enero – Abril 1999.

CASTILLO Blanco, Federico A., "La modificación del régimen de garantías en la contratación administrativa", *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, España, No. 106, Abril – Junio 2000.

NAZARENO, Julio S., "Contrato Administrativo", *La Ley*, Buenos Aires Argentina Año LXIV, No. 227, 24 de noviembre del 2000.

GARCÍA GOMÉZ De Mercado, Francisco, "Contratos administrativos y privados tras la ley de contratos de las administraciones públicas", *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid España, No. 95, Julio-Septiembre 1997.

FUERTES, Mercedes, "Personificaciones públicas y contratos administrativos. La última doctrina del tribunal de justicia de las comunidades europeas", *Estudios de la administración local y autonómica*, Madrid España., No. 279, Enero-Abril 1999.

VALLE TAVERES Duarte, Fabiola Del, "Teoría de la coligación entre los actos administrativos y los contratos de la administración pública en la jurisprudencia venezolana", *Tachirensis de Derecho*, Venezuela, No. 13, Enero-Diciembre 2001.

RIVERO Ortega Ricardo, “¿Es necesaria una revisión del régimen de los contratos administrativos en España?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid España, No. 120, Octubre – Diciembre 2003.

MEILÁN GIL, José Luis, “Para una reconstrucción dogmática de los Contratos Administrativos”, *Anuario da facultade de dereito da universidade da Coruña*, España, No. 8, 2004.

NAVA Negrete, Alfonso, *La legalidad en los actos administrativos*, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1973, [citado 20-05-09], Anuario del departamento de derecho de la universidad Iberoamericana (núm. 5), formato pdf, disponible en internet <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/5/pr/pr16.pdf>, ISSN 1405-0935.

RODRIGUEZ Rodríguez, Gerardo, “El equilibrio económico en los contratos administrativos”, *Res Pública, Revista de la asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*, México Distrito Federal, Año II, No. 4, Enero-Abril 2006.

LAVILLA Alsina, Landelino, “El interés público en la interpretación de los contratos administrativos”, *Documentación Administrativa*, Madrid España, No. 110, Febrero 1967.

SÁNCHEZ Luque, Guillermo, “Jurisprudencia del Consejo de estado en materia de anulación de actos administrativos y de contratos estatales en acciones populares”, *Elementos de juicio, Revista de temas constitucionales*, Bogota Colombia, Año II, No. 4, Enero-Marzo 2007.

GALLEGO Córcoles, María Isabel, “Daños derivados de la ejecución de contratos administrativos. La culpa invigilando como título de imputación”, *administración pública*, Madrid España, No. 177, Septiembre-Diciembre 2008.

MARTÍNEZ Morales, Rafael, Introducción al estudio de los contratos administrativos, Justicia Fiscal y Administrativa, México, 4ª época, No. 5, Julio 2007.

ROMERO Pérez, Jorge Enrique, “El contrato administrativo: sus directrices básicas”, *revista de ciencias jurídicas*, No. 58, San José Costa Rica, septiembre – diciembre 1987.

CIFUENTES Vargas, Manuel, “el artículo 134 constitucional y las adquisiciones, arrendamientos, constitución de servicios, obras públicas y enajenación de bienes del estado”, *Revista Opemex Lex*, No. 47 – 48, México D.F., mayo – Junio 1992.

SERRANO Gómez, Alfonso, “posible inconstitucionalidad del artículo 20 de la ley de contratos de las administraciones públicas” *Boletín de la Facultad de Derecho*, segunda época, No. 7, Madrid España, Invierno 1994.

ANTIK, Analía, “¿es posible sistematizar los contratos administrativos en el derecho argentino?”, *La Ley*, Año LXV, No. 39, Buenos Aires, Argentina, 23 de febrero de 2001.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero del 2000, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo del 2009.

Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo del 2009.

Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Ley de Planeación, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de Junio del 2003.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica

Ley General de Deuda Pública

Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.

DICCIONARIOS

Diccionario jurídico, María Laura Valletta, 4ª edición, Vallarta Ediciones, Argentina 2006.

Enciclopedia Jurídica Latinoamericana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, UNAM, Tomo III, México 2006.

SEPE, Onorato, voz “contrato en diritto amministrativo”, Enciclopedia del Diritto, milán, Giuffré Editore, 1961, t. IX.

Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo V [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, [citado 15-05-09], serie E. Varios (núm. 27), formato pdf, disponible en internet en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1172/pl1172.htm>.