



Roberto Hernández García

Construcción y COVID-19: retos jurídicos y áreas de oportunidad para la industria

COMAD , S.C.
Firma de Abogados
Fundada en 1965

BOSCH
MÉXICO

Construcción y COVID-19: retos jurídicos y áreas de oportunidad para la industria

Roberto Hernández García

© Roberto Hernández García, 2020

© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 — Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: octubre 2020

Depósito Legal: M-25738-2020

ISBN versión impresa: 978-84-9090-473-2

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-458-9

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Consideraciones contractuales de la COVID-19 en la construcción mexicana

A) CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES ANTE COVID-19

Como en todo los acuerdos de voluntades, los contratos de construcción tienen como objeto el cumplimiento de su objeto, que en su caso específico, es la realización de un diseño, una obra, servicios de gerencia de proyecto, servicios de supervisión, pruebas de materiales, transporte, entre muchas otras cosas, por conducto de las prestaciones que las partes se otorgan por efectos de los acuerdos de voluntades correspondientes.

Para que un contrato de construcción se pueda cumplir, las partes contratantes tienen que:

- Contar con todos los elementos que les permitan de hecho y de derecho cumplir con su objeto.
- Contar con los elementos de la contraparte o de terceros que les permitan cumplir con su objeto, y/o
- No encontrarse ante situaciones de imposibilidad de hecho o de derecho para su realización.

Es el caso de que la pandemia de COVID-19 hipotéticamente cae dentro de los parámetros del tercer elemento, es decir, que las partes contratantes se encuentran ante situaciones de imposibilidad de hecho o de derecho para el cumplimiento de su objeto, ya sea por efectos de la ley, o de limitaciones contractuales.

B) *PACTA SUNT SERVANDA* VS. *REBUS SIC STANTIBUS*

En términos generales hay dos teorías de cumplimiento de las obligaciones contractuales que se aplican dependiendo de su reconocimiento en el derecho positivo aplicable.

El primer caso es el de ***Pacta sunt servanda***, en el que el cumplimiento de las obligaciones contractuales debe de llevarse a cabo en la forma y términos que las partes contratantes pactaron originalmente independientemente de si las condiciones bajo las cuales se suscribió el contrato varían durante el desarrollo de estos mismos.

Este principio lo podemos observar en el caso del artículo 185 Código Civil Federal y 78 del Código de Comercio que respectivamente disponen:

«Artículo 1851. Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.»

«Artículo 78. En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados»¹.

En otros casos, existe un sistema de cumplimiento en el que las partes pueden «alterar» las condiciones originalmente pactadas, en el caso de que las condiciones externas alrededor del contrato varíen.

A este sistema se le llama ***Rebus sic stantibus*** o «**Teoría de la Imprevisión**».

En México, podemos observar, aunque sea en forma restringida, que dicho principio existe en varios códigos civiles tal como es el caso del artículo 1796 del Código Civil para la Ciudad de México, mismo que se transcribe a continuación²:

«Artículo 1796. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley, con excepción de aquellos contratos que se encuentren en el supuesto señalado en el párrafo siguiente.

Salvo aquellos contratos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los contratos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el siguiente artículo.

Artículo 1796 Bis. En el supuesto del segundo párrafo del artículo anterior, se tiene derecho de pedir la modificación del contrato. La solicitud debe hacerse dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios y debe indicar los motivos sobre los que está fundada. La solicitud de modificación no confiere, por sí misma, al solicitante el derecho de suspender el cumplimiento del contrato.

1. En la jurisprudencia con número de registro 239863 se señala por la Suprema Corte de Justicia de la Nación: «El axioma *pacta sunt servanda* determina que la voluntad de los contratantes es la ley suprema en el acto jurídico que realizan, y... a ello se suma que en la interpretación de los contratos, según lo prescribe el numeral 1851 del Código Civil para el Distrito Federal, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas cuando sus términos son claros y no dejan duda sobre la intención de las partes».

2. Otros Códigos Civiles de Estados de la República también prevén la Teoría de la Imprevisión, tal como es el caso de los Códigos Civiles de Jalisco, Quintana Roo, Guanajuato, Aguascalientes, Estado de México, Morelos, Sinaloa, Veracruz, Chihuahua, Coahuila y Tamaulipas.

En caso de falta de acuerdo entre las partes dentro de un término de treinta días a partir de la recepción de la solicitud, el solicitante tiene derecho a dirigirse al juez para que dirima la controversia. Dicha acción deberá presentarse dentro de los treinta días siguientes.

Si se determina la procedencia de la acción por ocurrir los acontecimientos a que se refiere el artículo anterior, la parte demandada podrá escoger entre:

I. La modificación de las obligaciones con el fin de restablecer el equilibrio original del contrato según lo determine el juez.

II. La resolución del contrato en los términos del siguiente artículo.

Artículo 1796 Ter. *Los efectos de la modificación equitativa o la rescisión del contrato no aplicarán a las prestaciones realizadas antes de que surgiera el acontecimiento extraordinario e imprevisible sino que estas modificaciones aplicarán a las prestaciones por cubrir con posterioridad a éste. Por ello tampoco procederá la rescisión si el perjudicado estuviese en mora o hubiere obrado dolosamente.»*

Resulta sumamente importante observar la gran cantidad de formalidades que el Código Civil de la CDMX (al que nos referimos como mero ejemplo), requiere para que el restablecimiento del contrato opere a través de la teoría de la imprevisión, a saber:

- C) Que se trate de contratos estén celebrados con carácter aleatorio, cuando se sujeten a sujetos a plazo, a condición o sean de tracto sucesivo.
- D) Que durante la ejecución del contrato surjan acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever.
- E) Que dichos acontecimientos generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas.
- F) Que la parte afectada presente su solicitud dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios, debiendo indicar los motivos sobre los que está fundada (en el entendido de que la solicitud no suspende el contrato respectivo).
- G) Que las partes lleguen a un acuerdo sobre el particular.
- H) En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, y surja una controversia, el solicitante debe de solicitarla ante un juez competente, dentro del plazo de 30 días (entendiendo que este plazo inicia a partir del momento en que NO se llega al acuerdo correspondiente), una acción para que el juez reestablezca las condiciones del contrato, o se dé por terminado este último.
- I) En caso de que el juez reestablezca las condiciones del contrato, las partes deberán hacerlo en los términos dictados por dicha autoridad judicial, atendiendo a las directrices de la ley.
- J) En el caso de que se opte por la terminación anticipada del contrato en cuestión, esta solo procederá si el solicitante se encontraba al corriente de sus obligaciones.

Dicho lo anterior es sumamente saber si de conformidad con los principios legales de Derecho Mexicano, podría aplicarse la teoría de la imprevisión en el sector de la construcción.

Para poder contestar esta pregunta, importante recordar que el artículo 75, VI del Código de Comercio establece lo siguiente:

«**Artículo 75.** La ley reputa actos de comercio:

(...)

VI. Las empresas de construcciones, y trabajos públicos y privados;

(...).».

Y que por su parte el artículo 78 del Código de Comercio señala:

«**Artículo 78.** En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.»

En este orden de ideas, es importante hacer notar que en el año 1998, el Poder Judicial de la Federación emitió la Siguiente tesis jurisprudencial:

«TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN. INAPLICABILIDAD DE LA, EN TRATÁNDOSE DE ACTOS DE COMERCIO.

El artículo 78 del Código de Comercio, no exige alguna formalidad o requisito para que los contratos mercantiles tengan validez, pues únicamente establece que los mismos deben cumplirse en la forma y términos que las partes quisieron obligarse. Luego, es claro que dicho dispositivo legal, consagra el principio de *pacta sunt servanda*, esto es, indica que lo estipulado por las partes, en cualquier forma que se haya establecido, debe ser llevado a efecto. Por tanto, es inconcuso que, en tratándose de actos mercantiles, no es posible aplicar la teoría de la imprevisión, que sostiene que los tribunales tienen el derecho de suprimir o modificar las obligaciones contractuales, cuando las condiciones de la ejecución se encuentren modificadas por las circunstancias, sin que las partes hayan podido prever esta modificación —que los canonistas de la edad media consagraron en la cláusula *rebus sic stantibus*—, pues tal principio, es contrario a lo que consagra el citado precepto legal.

Instancia Tribunales Colegiados de Circuito Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo VIII, septiembre de 1998. Materia(s): Civil Tesis: III.2o.C.13 C. Página: 1217.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO Amparo directo 902/98. Miguel Ángel Pérez Córdoba e Irma Yolanda Navarro Tlaxcala de Pérez. 26 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gerardo Domínguez. Secretario: Federico Rodríguez Celis».

Expuesto lo anterior, es importante hacer notar que las modificaciones a los artículos 1796 bis y 1796 ter del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), se publicaron en la Gaceta Oficial del DF el 22 de enero del 2010³, es decir, casi 12 años después de esta tesis jurisprudencial.

3. **Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del código civil para el distrito federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 22 de enero de 2010. Artículo único.** Se reforma el artículo 1796 del Código Civil del Distrito Federal, así como adicionar los artículos 1796 Bis y 1796 Ter.

«El libro que el lector tiene en sus manos es de gran actualidad. Roberto Hernández García, profesional dedicado desde el ámbito del derecho a la construcción aborda el reto de enfrentar los desafíos que ha implicado la pandemia provocada por el coronavirus COVID-19 a nivel global. Se trata de una obra pionera que marcará el rumbo de distintos análisis de mejora regulatoria y contractual a la luz de los cambios paradigmáticos que nos encontramos viviendo en el presente. Las primeras piedras de análisis que se suelen poner en distintos momentos de la historia para analizar los problemas que ocurren en el mismo momento (de forma sincrónica) son tremendamente valiosos porque de ellos se derivan los futuros argumentos, pero sobre todo el modo de abordar realidades complejas».

José Antonio Lozano Díez

Universidad Panamericana

«El Mtro. Roberto Hernández García ha preparado esta obra, *Construcción y COVID-19: retos jurídicos y áreas de oportunidad para la industria*, con el ánimo de reflexionar y de provocar en el lector su propia deliberación y acción, sobre el impacto que el COVID-19 ha tenido y tendrá en la industria de la construcción. La visión del Mtro. Hernández en el libro es la de un profesionalista experto, conocedor y comprometido con su tema y el país en lograr que la industria de la construcción mexicana evolucione favorablemente durante esta crisis sanitaria.

Esta obra atina a tocar todos los actores relevantes, públicos y privados, en el proceso de la construcción en México y a identificar sus papeles, responsabilidades y derechos. De nuevo, el Mtro. Hernández nos desafía, en varios de los capítulos, a reflexionar sobre la conveniencia práctica de mantener el estado de cosas o cambiar de enfoques y abordajes. Un ejemplo es la invitación a pensar en alianzas con otras empresas, similares o complementarias, como una estrategia de fortalecimiento y, en muchos casos, de supervivencia».

Dr. Sergio M. Alcocer

*Instituto de Ingeniería
UNAM*

ISBN: 978-84-9090-473-2



9

788490

904732



3652K29067