

201/25



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

EL REGIMEN JURIDICO DEL CONTRATO
ADMINISTRATIVO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
RAUL DE JESUS HUBERT TANGASSI

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Santa Cruz Acatlán Edo. de Méx. 1988





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

I N T R O D U C C I O N

La Administración Pública es la manifestación más acabada de un sistema social que se ha organizado bajo un régimen normativo, es el espéculo de las aspiraciones de todo grupo humano estructurado y es uno de los elementos descriptivos de la concepción que la cultura le ha dado a un pueblo, para cumplir con los objetivos señalados a lo largo de su historia.

Pacta sunt servanda. Axioma grandevo y vigente que se me ocurre, al propósito de dar un comentario preliminar para este prospecto. Los pactos deben cumplirse. La raigambre de derecho civil es indubitable, lo que no es obstáculo para considerar, primafacie, los nexos entre la materia de la Administración -- Pública y las relaciones contractuales desde la perspectiva -- del Derecho Civil. En realidad, no se escribe nada que sea totalmente nuevo, pero si se pretende analizar con la visión periférica el asunto, que pudiera ser el alcance mayor de mi -- opinión para los institutos tan delicados que originan, dan rō tulo y nombre a este trabajo.

Es de incontrovertible derecho, que la Teoría General del Acto Jurídico es secular columnata sobre la que descansa gran parte de la edificación jurídica de cada país, y si se aplica esa teoría general al muy particular tema de los contratos administrativos, la función pública estatal, la manifestación -

de la voluntad administrativa y la declaración de la voluntad particular, con sus accesorios y sus consecuencias, produce - un instituto de definición material-procesal, que escapa a -- los límites de la primera, pero que no puede quedar cincelado en la descripción de la segunda. Esto, considerando que sea, en nuestra legislación vigente, producto refinado de las contingencias sociales acaecidas, no solo en el patrio solar sino en todo el orbe.

Se pretende decir lo siguiente: el derecho -se ha escrito hasta la saciedad-, es vida humana objetivada. Luego, las concepciones jurídicas que conocemos, no son sino producciones - bien terminadas de siglos de evolución del quehacer humano y - aunque no queden incursos los engendros normativos -ab ovo-, - como hoy los conocemos en cada esquema organizativo jurídico: Han existido siempre, desde que el hombre decidió vivir en sociedad.

A partir del momento en que se agrupa socialmente el ente humano, nace el conjunto de facultades y obligaciones que conforman el derecho todo, y por virtud de ese mismo gregorismo - se hace indispensable la dirección del conjunto social, con to da la policotomía del orden normativo, en cuyo aspecto figura la rama principalísima del Derecho de los que administran, paralelo al Derecho de los que son administrados. Incurso queda dentro de todo ello el asunto de las contrataciones de que se sirve la persona pública para cumplir con sus fines, para lo -

de la voluntad administrativa y la declaración de la voluntad particular, con sus accesorios y sus consecuencias, produce - un instituto de definición material-procesal, que escapa a -- los límites de la primera, pero que no puede quedar cancelado en la descripción de la segunda. Esto, considerando que sea, en nuestra legislación vigente, producto refinado de las contingencias sociales acaecidas, no solo en el patrio solar sino en todo el orbe.

Se pretende decir lo siguiente: el derecho -se ha escrito hasta la saciedad-, es vida humana objetivada. Luego, las concepciones jurídicas que conocemos, no son sino producciones - bien terminadas de siglos de evolución del quehacer humano y - aunque no queden incursos los engendros normativos -ab ovo-, - como hoy los conocemos en cada esquema organizativo jurídico: Han existido siempre, desde que el hombre decidió vivir en sociedad.

A partir del momento en que se agrupa socialmente el ente humano, nace el conjunto de facultades y obligaciones que conforman el derecho todo, y por virtud de ese mismo gregorismo - se hace indispensable la dirección del conjunto social, con toda la policotomía del orden normativo, en cuyo aspecto figura la rama principalísima del Derecho de los que administran, paralelo al Derecho de los que son administrados. Incurso queda dentro de todo ello el asunto de las contrataciones de que se sirve la persona pública para cumplir con sus fines, para lo -

que requiere la asistencia de los particulares. Las relaciones humanas son el contenido, las formas sociales su estructura. Dicho de la mejor manera, la enunciación jurídica normativa de las relaciones humanas traducidas al lenguaje del derecho administrativo, y de allí trasladadas al terreno del contrato de la administración pública, son el motivo central y capital de este trabajo de tesis; por tanto y mucho más que ahora se me escapa, es de necesidad imperativa, definir de una vez el proyecto de desarrollo:

Para su tratamiento se ha dividido en cuatro capítulos de organización, también por expectativa de cumplimentar con los requisitos insalvables que orientan un ensayo de esta naturaleza. El primero, pretende recoger una idea muy aproximada y atañente a la Teoría General del Acto Jurídico, con sus elementos de existencia y de eficacia, así como sus modalidades, que quedan incorporadas a la doctrina general del contrato, la naturaleza del pacto contractual, un intento de clasificación y una nota sobre la estructura de las contradicciones; el capítulo segundo guarda un breve resumen acerca de la función pública en sus tres aspectos, la tesis de la división de poderes y las relaciones entre la actividad administradora de los actos producidos por la persona pública; el apartado tercero hace acopio de la Teoría General del Acto Administrativo, los elementos del acto administrativo, los efectos de la misma manifesta-----

ción pública y su correlación con el contrato administrativo; en el capítulo cuarto, se dibuja el régimen jurídico del contrato frente al convenio administrativo, el régimen constitucional y los elementos que le caracterizan, haciendo énfasis en los criterios de las cláusulas exorbitantes, las características de diferenciación del contrato administrativo y la determinación del mismo; por fin, a guisa de corolario, se enumera un plexo de conclusiones finales que llevan como parte integrante, la opinión del sustentante, con proposiciones que se creyeron viables y congruentes con la literatura y la pragmática del contrato administrativo.

Para su elaboración, también se contó con tres componentes principales del ánimo que encaminó el tema: primero, el entender linealmente el concepto del contrato administrativo desde su régimen jurídico; segundo, la naturaleza de la función pública y las actividades que invierte para cumplir sus fines, aún frente al derecho privado con el cual pacta en criterios de cláusulas exorbitantes muy frecuentemente; el encontrar el campo de aplicabilidad de la teoría general del acto jurídico y la doctrina general del contrato, para la función pública, específicamente, la administrativa.

Es de comprenderse desde ahora, que el resultado final de este trabajo debe ser superado, que se ha escrito con todo aquello que

concierno al que inicia en el tirocinio del derecho; si las pro-
posiciones y consideraciones son inacabadas, en descargo anoto,
que el espíritu de construcción fue primigenio y definitorio pa-
ra que los estudiosos presten atención a figuras jurídicas tan -
relevantes como las que se comentan y aporten soluciones firmes,
concretas y aguzadas a todo el tema. Logrado que sea esto, he -
cumplido mi propósito. Hoc era in votis.

CAPITULO PRIMERO

NOCIONES GENERALES

I.- Teoría General del Acto Jurídico.

Trátase de un fenómeno de la naturaleza o de un acto humano que la norma jurídica tome en consideración, nos encontramos frente a un hecho jurídico al cual le otorga el derecho consecuencias, de lo que se desprende que éstos se encuentran previstos por la norma jurídica cuyos elementos serán la hipótesis y disposición o consecuencia normativa. Desde que la Codificación unifica en volúmenes las disposiciones especiales sobre cada materia jurídica, se habla en la literatura y en la Legislación de hechos y actos jurídicos, entendiendo a los primeros como los acontecimientos de la naturaleza que originan consecuencias normativas, esto es en sentido amplio; por otra parte, se habla de actos jurídicos cuando se mencionan aquellas contingencias que contemplan voluntariamente necesariamente, esto es también, lato sensu. Me apresuro a dejar anotado que, en sentido estricto, la volición humana no es elemento sine qua non del acto jurídico, puesto que hay actos jurídicos voluntarios cuyas consecuencias nunca son queridas por el comisor de la actividad; baste recordar los hechos involuntarios que originan consecuencias, los que se ejecutan en contra de la voluntad y los --

cuasidelitos, verbigracia.

"La palabra "acto" en la terminología jurídica tiene dos sentidos diferentes: designa en ocasiones una operación jurídica, correspondiendo entonces, a la palabra latina negotium; otras veces, designa un documento probatorio destinado a demostrar alguna cosa, respondiendo en este caso, al término latino instrumentum. Una venta, una donación, un pago, una remisión de deuda, considerados en sí mismos y haciendo abstracción de su prueba, son actos jurídicos; los documentos notariales o privados en que se hacen constar tales operaciones, son actos instrumentales."*(1)

De lo que se puede concluir que los hechos en general, adquieren trascendencia para el derecho y por lo tanto, la calificación de jurídicos, cuando sus características coinciden con los datos establecidos en la hipótesis de la norma. Cuando éstos ocurran, ello es coincidencia del suceso con la hipótesis normativa, estando en presencia del supuesto jurídico.

1.- El Acto Jurídico (Concepto)

En principio, los hechos vinculados entre sí por la norma jurídica representan una conducta humana. Desde el punto de vis

*(1) ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Compendio de Derecho Civil. T.I. Introducción Personas y Familia. Editorial Porrúa, 4a. Edición. México, 1968, Pág. 115. Citando a Planiol, Marcel.

ta de la legalidad natural no existe más que la relación de -- causalidad y si se mira únicamente a los hechos, solo será esta la "juridicidad" del reino de la naturaleza; la consecuencia jurídica y el supuesto fáctico del derecho no están unidos necesariamente más que dentro de un sistema jurídico. Cuando - esto sucede, se está frente a una actividad que ha sido regula da por la norma de derecho, o dicho en otras palabras, las con secuencias de derecho, refiérense siempre a las acciones del - hombre, ya que no tendría objeto ni razón, dictar normas a la naturaleza. Esto es la diferencia esencial entre acto y hecho jurídico.

A tal efecto el ilustre jurispérito Julian Bonnacase se - expresa del acto jurídico afirmando que: "es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente, o, al contrario, un - efecto de derecho limitado que conduce a la formación, a la -- modificación o la extinción de una relación de derecho". *(2)

*(2) BORJA SORIANO, MANUEL. Teoría General de las Obligaciones, T.I.: Introducción.- La obligación y los hechos jurídicos.- Las fuentes de las obligaciones. Editorial Porrúa, S.A. Sexta Edición. México, 1968. Págs. 97 y 98.

Al propósito, se colige: una manifestación exterior de la voluntad única o colegiada, que tiene como finalidades primordiales el crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos.

" Todo acto de voluntad tiene dos objetos: el objeto inmediato, movimiento corporal directamente querido y producido, y el objeto mediato, modificación en el mundo exterior que no es un producto de la voluntad del sujeto, que solo puede obrar sobre sus órganos."

"Por lo que respecta al fin determinante es preciso no confundirlo con el objeto mediato del querer. El fin, es el -- por qué se elige como principio de acción cierta representación."

" La definición más simple y al mismo tiempo más exacta que nos parece que pueda darse del acto jurídico es esta: Es acto jurídico todo acto de voluntad que interviene en la intención de que se produzca una modificación en el ordenamiento jurídico, tal como existe en el momento que se produce o tal como existirá en un momento futuro dado". (DUGUIT, Traité de -- Droit Constitutionnel , 2a. Ed. 1921, Pags. 224-232). * (3)

*(3) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob. cit., pág. 117.

Necesario es, para finalizar la exposición del concepto del acto jurídico, transcribir la opinión del destacado Juscivilista Carnelutti al respecto y que la divide en las siguientes clases: " a) acto jurídico en el sentido amplio del vocablo. Es el acto lícito o sea el acto voluntario que produce -- efectos jurídicos, sin que la producción de estos haya sido la finalidad perseguida por quien efectuó el acto, aunque tampoco exista incompatibilidad entre el acto y sus efectos...; b) acto jurídico strictu: sensu, que es el acto voluntario que se realiza a fin de producir determinados efectos jurídicos, y -- que subdivide en las siguientes subespecies; 1.-proveimientos que consisten en los actos mediante los cuales se ejercita un poder en interés ajeno; 2.- acto debido, o sea el cumplimiento de una obligación; 3.- negocio jurídico, que se realiza mediante el ejercicio de un derecho subjetivo en interés propio; 4.- acto ilícito, que consiste en la violación de una obligación...; 5.- actos jurídicos simples que son los que consisten en un solo acto. 6.- actos jurídicos complejos que consisten en varios actos, sin los cuales no es posible obtener el fin jurídico que debe producir el acto; 7.- actos jurídicos unipersonales y pluripersonales; se llaman también concursales; 8.- los actos concursales se subdividen en unilaterales y bilaterales: En los unilaterales los intereses de las partes que intervienen no están contrapuestos mientras que en los bilaterales sí-

lo están; 9.- acuerdos, que consisten en el acto complejo uni lateral, es decir cuando las partes que lo celebren no tienen intereses opuestos. Generalmente se define el acto jurídico, como el acto de la voluntad humana que produce efectos legales".

*(4).

Se ha dicho con mucha precisión que los actos jurídicos informan la fuente más fecunda de las relaciones de derecho - puesto que se deduce de lo inmediatamente transcrito que son la causa de la inmensa mayoría de estas relaciones jurídicas, produciendo los efectos de la regla de derecho. En el contra to como fuente obligacional, la voluntad de las partes forma la obligación, es el origen de ella y determina el objeto y el alcance, a lo cual, el legislador interviene como poder - sancionador únicamente, de la obra de los contratantes: bien les otorga una acción, bien la vigila. Así, también es lícito afirmar que el contrato, como acto jurídico generador de - obligaciones, obliga por la aplicación de la ley que le confiere fuerza creadora de deberes jurídicos.

Abreviando las ideas que se han escrito a lo largo de - este apartado, cumpíame afirmar que el acto jurídico es toda manifestación exteriorizada de la voluntad de uno o más suje

*(4) PALLARES EDUARDO . Diccionario de Derecho Procesal Civil; Sexta Edición Corregida y Aumentada, Editorial Porrúa, S.A. México, 1970. Pág. 65.

tos, que tiene como objetivo finalista: la creación, la modificación, la transmisión o la extinción de derechos y obligaciones en el mundo presente o en el futuro, y de cuyas primeras y últimas consecuencias, así como de sus causas, existe reconocimiento expreso y obligado por la Ley, ya que sin este último elemento de la definición, el "acto" no existirá para el derecho.

2.- Elementos Esenciales del Acto Jurídico.

Fijando ahora la atención en los elementos que conforman el universo del Acto Jurídico, hay que decir que los mismos, son verdaderos presupuestos de existencia en contraposición -- de los requisitos de validez, los cuales no son sino aquéllos de convalidación legítima que encierran ciertas cualidades o características que deben llenar los elementos del acto, para que produzcan efectos, de tal manera, los esenciales, se presentan como aquéllos elementos de formación imprescindibles, -- que si no aparecen en el acto, éste no puede siquiera llegar a formarse, y de los cuales se propone la siguiente breve exposición.

2.a.) Manifestación de la voluntad.

Todo externamiento ideático del pensamiento humano requiere de un instrumento para que por medio de signos, señas, sonidos o cualquier otro medio que haga posible la identificación del pensamiento del autor de la idea, y se conozca su propósito

Luego entonces, al manifestar el individuo hacia donde va encaminada su voluntad, debe actuar, pero también puede no hacerlo y con esto producir consecuencias de derecho.

El primer elemento cardinal de composición del acto jurídico consiste en la: "manifestación de voluntad que pueda ser expresa y tácita. Es expresa cuando se exterioriza por el lenguaje: oral, escrito o mímico. Es tácita cuando se desprende de hechos u omisiones que de manera necesaria e indubitable - revelan un determinado propósito aunque el autor del acto jurídico no exteriorice su voluntad a través del lenguaje". *(5)

No hay punto de contradicción entre lo que retrotranscribo y lo que se ha mencionado en páginas anteriores acerca del elemento "voluntariedad". Al hablar del elemento volitivo, como constructor del acto jurídico, se entiende el género de -- constitución del mismo, sin embargo se han mencionado algunas nociones acerca de que, por cuanto la voluntariedad expresada quedará fuera de ser esencia del mismo acto a cuyo juicio -- asistimos casos hay en que subsiste el acto sin el estricto-rigor semántico que exige la expresión "declaración de voluntad".

*(5) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob. cit. Pág. 120.

2. b.) Objeto Física y Jurídicamente Posible.

Siguiendo la línea del ameritado doctrinario Don Rafael Rojina, me adhiero a sus sesudas elucubraciones referidas al objeto física y jurídicamente posible: " En los actos jurídicos debemos distinguir un objeto directo y en ocasiones un objeto indirecto. El objeto directo consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones. La definición del acto jurídico revela su objeto, por esto decimos que es una manifestación de voluntad con el objeto de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones."

Prosigue el recién mencionado autor: " Hay también un objeto indirecto; pero este no se presenta en la totalidad de los actos jurídicos; es sobre todo en los contratos y en los convenios en donde los encontramos. El objeto directo en los convenios es -- crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones y el indirecto consistente en la cosa o en el hecho materia del convenio." * (6) De tales suertes, el objeto directo en los contratos es el contemplar los derechos y obligaciones que puedan ser de dar, de hacer, o de no hacer; el objeto indirecto consistirá en las cosas materiales o en los hechos substanciales que engendran el acto jurídico, con el reconocimiento que la norma le da.

*(6) Ob. cit., pág. 120.

No creo ocioso aclarar que es objeto físicamente posible, aquel que se verifica respecto de bienes contemplados fáctica u ontológicamente presentes o acaecibles, existentes en el comercio y por ende, aptos para su contratación y apropiación. Son objetos jurídicamente posibles aquellos que la ley califica como tales, exentos de ilicitud, con el consiguiente respaldo jurídico. Desde luego queda esta clarificación de conceptos dentro de los objetos mediatos.

No obstante ello y a criterio de distinguidos tratadistas, el acto jurídico excepcionalmente requiere de un tercer elemento esencial que ha sido reiteradamente sostenido con la definición de "solemnidad" que consiste en el ritual litúrgico establecido por la ley para determinados actos jurídicos, y de los cuales el único que subsiste es el matrimonio.

3.- Elementos de Validez del Acto Jurídico.

Para la validez del acto jurídico, después que ha sido debidamente integrado mediante la reunión de los elementos de -- existencia, es además necesario, que concurren los elementos - de validez de los actos jurídicos y que en concreto son los siguientes: que el acto tenga un fin, motivo, objeto y condición lícitos, denominándose este elemento, licitud del acto jurídico, de igual forma que la voluntad se exteriorice de acuerdo-- a lo prescrito por las formas legales y cuyo elemento se deno-

mina formalidad; que la voluntad se exprese sin error, dolo, -- violencia o lesión, esto es que sea una voluntad libre y cierta, sin vicio alguno, (~~elemento~~ que se expresa en forma negativa - corroborando llanamente que hay ausencia de algún vicio de la voluntad); por último que dicha voluntad sea otorgada por persona capaz, llamándose a este elemento capacidad en el acto jurídico. Cuando no se cumple el primero de los elementos mencionado, es decir, cuando hay ilicitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto, se presenta la nulidad absoluta, pero -- ésta puede ser relativa por disposición específica de la Ley. Cuando no se observan los restantes requisitos -formalidad, -- ausencia de vicios y capacidad- existe nulidad relativa del acto jurídico, por consiguiente se analizarán particularmente estos elementos para una mejor clarificación de los elementos -- del acto jurídico.

3. a) Licitud del Acto Jurídico.

En lo que respecta al primer elemento de validez del acto jurídico tenemos que, supone la licitud en el objeto, motivo, - fin o condición del acto, esto es los actos necesariamente necesitan ser lícitos en todas y cada una de sus manifestaciones para que el derecho les otorgue consecuencias jurídicas.

" Hemos definido la ilicitud en el acto diciendo que esta existe cuando el acto va en contra de las leyes, del orden

público o de las buenas costumbres. El Artículo 1830 del Código Civil así define la ilicitud en los actos jurídicos. Dice este precepto textualmente: " Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes del orden público o a las buenas costumbres". *(7)

Estableciéndose en concreto, la ilicitud se presenta, cuando se procede con dolo o culpa, que en el derecho significa ésta última proceder con negligencia, descuido, falta de previsión o de cuidado, en consecuencia nos encontramos ante la presencia de hechos ilícitos dolosos y hechos ilícitos culposos.

La ilicitud en el objeto del acto jurídico, produce su nulidad, ya sea absoluta, ya sea relativa, según lo disponga la ley; es decir, la ilicitud origina nulidad absoluta cuando concurren las tres características anteriormente citadas; pero la ilicitud originará nulidad relativa cuando faltare alguna de esas características, aún cuando concurren las otras dos.

Y refiriéndose en concreto a las mismas, la doctrina sostiene que la licitud jurídica comprende tres categorías, la primera es aquella que está expresamente permitida por la ley;

* (7) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob. cit., pág. 132.

la segunda aquella que la ley ordena que debe hacerse; y la última consistente en las acciones y omisiones que por no estar prohibidas por la ley, pertenecen al orden de lo que es jurídicamente libre; no abundando más en la exposición del presente apartado, pues es evidente que ello requeriría por sí mismo un estudio particular, que me desviaría del objeto fundamental de este trabajo.

3. b) Voluntad Libre

Los tratadistas de la materia han elaborado una doctrina sistemática muy desarrollada sobre el tema de la relevancia jurídica de la voluntad en lo relativo a los actos jurídicos, esto es, hasta qué punto la voluntad es necesaria para la validez y eficacia del acto, y a contrario sensu, de qué manera los vicios de la voluntad (error, violencia, dolo, mala fe), producen la nulidad de los actos jurídicos, no encontrando en la doctrina un sistema definido que pueda resolver completamente dicha discrepancia, y así tenemos que la diferencia que existe en nuestro sistema jurídico, entre inexistencia y nulidad de los actos jurídicos es completamente radical, y para ello es necesario que partamos de la ya referida definición del acto jurídico y el cual se estableció, una manifestación de voluntad que tiene por objeto crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones, de lo cual se-

establecen los elementos esenciales del acto. Todo acto implica una manifestación de voluntad, elemento constitutivo de dicho acto, imprescindible.

Pero en conclusión no cualquier manifestación de voluntad sino solo aquella que se propone un objeto jurídico; el objeto jurídico consiste entonces en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones, con el ánimo de producir consecuencias de derecho y al lado de estos elementos esenciales del acto jurídico, tenemos el elemento de validez del mismo, que viene a dar existencia perfecta al referido acto y que en ausencia del cual el acto existe pero de manera imperfecta.

Dicho lo anterior, encontramos que la voluntad libre, como elemento de validez del acto jurídico, se conjuga en definitiva con el elemento de existencia del referido acto jurídico, ya que para que el mismo exista debe manifestarse, pero que es sancionado por la ley cuando dicha voluntad y en tratándose de su elemento de validez se vierte en error, dolo, violencia o lesión, restringiendo la ley, la validez de dicha manifestación de voluntad, elemento de validez que en concurso con su similar de existencia, son requisitos fundamentales del acto jurídico.

3.c) Formalidad

En lo que respecta al elemento de validez del acto jurídi

co, denominado como formalidad, podemos definirlo como aquellas condiciones, términos y expresiones que se requieren para que un acto o instrumento sea válido, y así tenemos que existen actos consensuales, formales y solemnes, y en lo que respecta a los primeros, son consensuales aquéllos que para su validez no se requiere de ninguna formalidad; en consecuencia toda manifestación de voluntad es válida, ya se haga oral o por escrito, y aún por señas, o se colija de actos mediante los cuales se presume la voluntad.

Cuando un acto jurídico se califica de consensual por la norma jurídica, se puede manifestar la voluntad en cualquier forma; pero si se requiere que exista dicha exteriorización, habrá un problema cuando se pretenda establecer en qué términos se realizó dicha exteriorización de voluntad, los actos formales son los actos en que es necesario que la voluntad se exprese por escrito para que tenga validez, por eso solo se acepta el consentimiento expreso y por escrito.

Existen dos formas de expresión de voluntad en los actos formales, el primero mediante documento público que es aquél que se otorga ante un funcionario que tiene fé pública, y el segundo cualquier documento escrito que no quede comprendido en la anterior clasificación.

Por último los actos son solemnes, cuando debe de obser-

vase una formalidad especial y por escrito, otorgados ante un funcionario determinado, y con la sanción de inexistencia si no se cumple.

" Se distingue el acto solemne del formal en que en el solemne habrá inexistencia si no se observa la formalidad; en -- cambio, en el formal habrá simplemente nulidad relativa. *(8)

En conclusión, nuestro régimen jurídico civil, sólo reconoce como acto jurídico solemne al matrimonio. Los demás actos jurídicos, nunca son solemnes. No existen contratos solemnes - en nuestra legislación, esto es cuando la ley requiere una forma para cierto acto, se exige simplemente como elemento de validez, nunca de existencia. Obvio, la mención queda hecha únicamente al Derecho Común.

3 d.) Capacidad.

Entiéndese por capacidad, la aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones o facultad de realizar actos válidos y eficaces, esto es que la declaración de la voluntad se emita por una persona mayor de edad, ausente de un estado de interdicción o por persona emancipada siempre y cuando actúe de conformidad a lo dispuesto por el Código Civil. (Cfr: arts. 641, 647 C.C.).

" La teoría del derecho común entiende por capacidad de obrar la de realizar actos jurídicos. El C.C. no reconoce un

*(8) Idem., Pág. 139.

concepto general de la capacidad de obrar, sino solo la capacidad para las declaraciones de voluntad, y de consiguiente - para celebrar negocios jurídicos (arts. 104, 115) y la capacidad delictual o de imputación (arts. 827 y 828 (ENNECCE' -- RUS, T. I, V. II, pág. 18) ". (9)

Una vez expuesta la regla general del Derecho Común, el elemento capacidad viene a ser aquella noción psicológica imputativa para la expresión de la voluntad del sujeto para la realización de actos jurídicos. Así la voluntad expresada debe ser hecha por persona capaz de obligarse, y por ende, cumplir con sus obligaciones contractuales. Es bueno anotar de -- una vez, que las figuras jurídicas de la capacidad, la voluntad de contratar, y el consentimiento, aunque estrechamente -- vinculadas entre sí, no pueden identificarse como una sola, de igual manera, si bien es cierto que el consentimiento es elemento esencial del acto jurídico, también lo es que la capacidad en la manifestación de la voluntad solo lo es de validez. La ausencia de un elemento informativo implica la no existencia del acto jurídico; la no aparición de un elemento cualitativo conlleva la nulidad del acto, sea absoluta sea relativa.

La capacidad puede ser parcial o total, aunque esta ter

*(9) Ibidem, pág. 136.

minología se antoje arbitraria, es expresión adoptada por la -
dística de Derecho Civil. (*) Aunque se ha dicho que la capaci-
dad se tiene o no se tiene y que ella no puede estar sujeta a -
restricciones; sin embargo, al hablar genéricamente de la capa-
cidad débese distinguir entre la facultad de ser centro de imputación de derechos y obligaciones sin más, y la calidad facultada de ser ese mismo centro imputativo con idoneidad para realizar todo acto que lleve aparejamiento con el derecho.

Entiéndese por aquella, la capacidad de goce, identifícase con la última la capacidad de ejercicio.

En la incapacidad de ejercicio, la ley reconoce en el sujeto, que hay capacidad de goce, (puede ser titular de derechos o de obligaciones), sólo que no de manera directa, por lo que desde este punto de vista podemos afirmar que el acto jurídico se encuentra afectado de nulidad relativa. En resumen la capacidad de goce es la aptitud general para ser sujeto de derechos en la esfera jurídica y la capacidad de ejercicio es la aptitud o idoneidad legal para ejercer o hacer valer los derechos. Así, la capacidad solo es un elemento que se requiere para que el contrato sea válido. Por consiguiente, la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad relativa del contrato o del acto jurídico general.

" La capacidad no es un elemento esencial en los contratos, toda vez que los celebrados por incapaces existen jurídi-

(*) Vid. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Ob. cit., pág. 136.

camente; son susceptibles de ratificación para quedar convalidados retroactivamente, o bien puede prescribir la ineficacia que los afecta". *(10)

4.- Modalidades del Acto Jurídico

Los efectos de la declaración de la voluntad en algunas ocasiones, quedan sometidos a ciertas limitaciones; a estas limitaciones se les ha definido firme y sostenidamente como modalidades; las cuales no son elementos esenciales del acto jurídico, ni lo acompañan comunmente, no están implícitos en la naturaleza jurídica del acto, se incorporan en el mismo -- por la voluntad de las partes. En tanto la voluntad de las -- partes, no introduzca en el acto una modalidad, que es un -- elemento accidental, se puede establecer que el acto jurídico es simple.

" Aunque desde el momento que se estipula que los efectos del acto quedan sujetos a una modalidad, ésta forma parte del contenido del acto mismo, se incorporan a la voluntad -- que es un elemento esencial del acto, elemento en el cual -- queda inserta; en tal forma, queda determinada la idoneidad -- del acto para producir efectos. Por ello se dice que las modalidades modifican los efectos normales del negocio, que se --

*(10) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, Ob. Cit., T. III, Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa, S.A., 7a. Ed. México. 1977. Pág. 127.

producirán de inmediato, si no se sujetan a esas modalidades, de las cuales las partes han hecho depender el nacimiento de la relación jurídica, o sus efectos".*(11)

Las modalidades del acto jurídico, son aquellas cláusulas accidentales, que pueden ser agregadas por las partes mediante manifestación expresa en cada caso concreto. De esta forma -- las partes del acto jurídico, incorporan en él dichos elementos accidentales, que desde luego pasan a formar parte de la voluntad que de tal forma se limita o se autolimita, circunscribiendo los efectos del acto, a la presencia de aquellos elementos.

" Condición, modo y término son modalidades que se denominan accidentales (accidentalia negotii) con respecto al tipo o género del negocio, en el sentido de que son extrañas a su estructura típica, pero que asumen carácter esencial en relación al negocio concreto en que se incluyen, en cuanto se conviertan en un elemento de su contenido preceptivo y determinan por ello, su supuesto de hecho, *(12)

*[11] GALINDO GARFIAS IGNACIO; Derecho Civil, Primer Curso. Parte General, Personas, Familia, Segunda Edición, Corregida y puesta al día, Ed. Porrúa, S.A, México, 1976, Pág. 271.

*[12] BETTI EMILIO. Teoria Generale Della Interpretazione. Citado por Galindo Garfías, ob. cit, Págs. 171, 272.

Dichos elementos accidentales son, el término, la condición o el modo, que constituyen lo que generalmente se denomina como modalidades de los actos jurídicos. Un acto es puro o simple, cuando la voluntad se expresa llanamente, sin que se supedita los efectos de dicha declaración a otro u otros acontecimientos.

El acto jurídico está sujeto a condición, cuando la eficacia o cesación de los efectos del acto depende de la realización de un futuro acontecimiento, el cual es incierto. Llámase también condición al mismo acontecimiento del que depende la - eficacia del multicitado acto jurídico, o bien que extinga sus efectos.

" Se llama condición, tanto la previsión hipotética de un evento futuro y objetivamente incierto como también este evento mismo, en cuanto la parte haga depender de su realización el -- valor vinculante del negocio. Propiamente, condición es una --- disposición de la parte que enlaza por un nexo hipotético el - precepto del negocio a una determinada previsión, para suspender o resolver, al producirse, la regulación de intereses establecido," * [13]

A tal efecto no debemos confundir bajo ningún concepto -

* [13] BETTI EMILIO. Citado por Galindo Garfias.
Idem. pág; 272.

la condición propiamente dicha, con la condición establecida por la norma; pues esta constituye, refiriéndonos a la última, un presupuesto necesario establecido por la ley, para que el acto jurídico se realice.

Es suspensiva la condición cuando el futuro acontecimiento de incierta realización, esté subordinado a la producción de los efectos del acto. La condición una vez realizada, retrotrae sus efectos al momento en que se celebró el acto y opera para el futuro desde dicho momento.

" El negocio bajo condición crea, por tanto, una situación jurídica caracterizada por algunos efectos provisionales y preliminares, destinados a asegurar la actuación de la regulación de intereses delineada por las partes, en caso de cumplimiento de la condición; efectos que despliegan una función de garantía y tutela de la expectativa, con vistas al cumplimiento futuro o la futura resolución de la relación actual". *(14)

Es resolutoria la condición, cuando de su cumplimiento depende que se terminen los efectos del acto jurídico, en este caso, quedan destruidos todos los efectos del acto cuando se cumple la condición resolutoria, siendo la retroacción de la condición, no necesaria, pues la naturaleza del mismo no siempre la permite o las partes pueden establecer que los efectos cesen a par--

*(14) Idem Cit. No. (13), pág. 272.

tir de que la condición se cumplió.

" La condición resolutoria despliega al verificarse una-
eficacia inmediata y automática, que configura una verdadera-
caducidad de la relación". *(15)

Es menester aclarar en este momento que son muchos y distin-
tos los criterios de clasificación, conceptualización y divi-
sión de la condición del acto jurídico, los cuales ante la na-
turaleza del presente trabajo, me permito omitir, ya que el -
estudio del mismo se presenta como un trabajo ingente digno -
de ser estudiado él solo en una obra especial.

La modalidad del acto jurídico denominada plazo o término
es aquel momento futuro, de realización cierta, en el que el -
acto jurídico inicia a surtir sus efectos, o por el contrario-
deja de producir los mismos, según se trate respectivamente de
término inicial o de fenecimiento, siendo que el término siem-
pre y en todo caso debe ser futuro y cierto, no obstante que -
se ignore la data precisa en que ha de llegar; baste para ello
la certeza de que dicho hecho ha de cumplirse irremediamente
no obstante ello y además de ello, el término no solo debe ser
cierto y futuro, sino que lógicamente debe ser posible, no so-
lo atendiendo al momento en que pueda llegar, sino en cuanto -
*(15) Idem pág. 273

que pueda materialmente llegar el vencimiento.

El término inicial conlleva los efectos de que el acreedor no se encuentre en posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación; sin embargo, puede realizar actos tendientes a la preservación de su derecho, de común, el término se establece en favor del obligado, con sus excepciones. Con la llegada del término perentorio, los efectos del mismo dejan de producirse para lo venidero.

En lo concerniente a la estipulación accidental del acto-jurídico denominado modo o carga, la misma es una manifestación de voluntad accesoria, que se añade únicamente a los actos jurídicos a título gratuito. Por el cual, se impone al beneficiario, la obligación de realizar un acto que paralelamente debe cumplir en reciprocidad al beneficio obtenido. Siendo la misma una forma de limitar la libertad, imponiendo al referido beneficiario el cumplimiento de una obligación determinada. Sin embargo, es necesario para la exigibilidad de la carga, -- que el beneficiado haya recibido previamente la prestación con que le benefició el autor de la carga, porque ésta está incorporada al acto mismo, es una obligación impuesta al beneficiario que no afecta la existencia del acto condicionado, por lo que se puede concluir que el modo o carga debe ser posible y lícito; la imposibilidad física o jurídica y la ilicitud de la

carga que debe prestar el beneficiario convierte el acto mismo en puro o simple, pues en lo que respecta al modo o carga no deberá cumplirse porque no existe obligación jurídica para su cumplimiento. De lo cual se desprende una importante diferencia que no se puede pasar por alto, entre los efectos de la condición suspensiva imposible que acarrea la inutilidad del acto, y la condición ilícita, que conlleva nulidad, y la carga que desde luego esas mismas características presenta, pero que deja lesa el acto jurídico mismo. Esto es: vulnerado.

II Doctrina General del Contrato

A raíz de la consolidación del sistema de codificación de la norma jurídica, que ya he mencionado en páginas anteriores; y como consecuencia de la aparición en la escena de la Teoría del Derecho de la escuela del positivismo, se aceptó por la doctrina estudiosa del acto jurídico, que por su naturaleza misma de fuente generadora primaria de obligaciones, traducidas en contratos -para el particular asunto que nos ocupa- débese estudiar desde dos grandes direcciones: como acto jurídico y como norma jurídica.

Originariamente, desde los tiempos de la expansión del derecho de la península de los Apeninos, los contratos se estudiaron dentro de los márgenes del derecho civil, entendidos és

tos como la producción creada por el acto jurídico. Hasta donde nos llega noticia, el contrato jamás se entendió como una norma jurídica individualizada. Para nuestro tiempo, y vistas las secuencias de la literatura, la legislación y la jurisprudencia, - esta dicotomía: el contrato como acto jurídico y como norma jurídica individualizada, se hace necesaria para desentrañar los -- orígenes y los alcances del acto jurídico denominado contrato - (lato sensu), en máximo de obviedad cuando se refiera el estudio al contrato administrativo, que no deja de tener onda rai-- gambre de derecho común. El acto jurídico como tal, y desde el punto de vista estrictamente civilista, ha quedado retrotranscri^{to} en el punto I que antecede. Ocupémonos ahora del contrato como norma jurídica individualizada.

Es pertinente hacer el estudio del contrato desde esta perspectiva, partiendo de la base de que es un proceso para crear -- una regla de derecho individual. Al efecto débese considerar el proceso de creación y el resultado mismo de ese proceso.

El procedimiento de creación del contrato como acto jurídico seminal de una norma individualizada inicia y concluye con la delimitación de sus elementos esenciales o de constitución. Aquí acabaría el estudio.

Si nos atenemos al resultado de este proceso inmediatamente mencionado, estaremos ante el resultado del proceso nultimencio-

nado. En otras palabras, la norma jurídica que obliga a las partes y que es creada por ellas mismas, cumplidos sus elementos constitutivos y de validez, se estudiará según el sistema que se utiliza para descifrar la teoría del derecho objetivo, puesto que habrá contingencias que se referirán a la contratación como norma jurídica y no como simple acto. El hecho de determinar la materialidad del contrato, como cuando se refieren a las cuestiones civiles o familiares, verbigracia implican el análisis sistematizado de los alcances del contrato, sustantivamente hablando.

Si la contratación es una creación reglamentaria de derecho singularizada, debe hacer consistir su núcleo en cuatro informantes: el material, atañente a la sustancia que puede construir el contrato; el espacial, que como su designación señala, se referirá al territorio en que pueda ser aplicado obligatoriamente el acuerdo de las voluntades; la temporalidad, por cuanto el comienzo de validez y el momento de su término, y; la esfera personal de la contratación en lo que se refiere a los sujetos que puedan quedar comprendidos dentro de los contratos.

5.- Del Contrato Lato Sensu.

Entiéndese por contrato el acuerdo de dos o más voluntades para producir efectos jurídicos, con lo que se deduce que las --

partes pueden tener por fin, ya sea crear una relación de derecho: crear o transmitir un derecho real o generar el nacimiento de una obligación o en última instancia modificar una relación preexistente o en fin extinguirla.

Es comunmente aceptado, y en esto no hay discusión, que el contrato es una especie perteneciente al género de los pactos o convenios, dentro de los cuales desde luego se observa como primicia la concepción del consentimiento. Sin embargo el contrato es un dibujo jurídico que excedió los límites del derecho civil desde la debacle del sacro Imperio Romano y su IUS UNIVERSORUM ROMANORUM. A partir del advenimiento del mediodía de la Historia se hablaba de contratos mercantiles, los operae fabriles, - los administrativos, que no eran sino convenciones entre los señores de los feudos y los viandantes, con los señores de los Burgos y de la Suburbia.

Por consiguiente la idea del contrato, comprende desde entonces, no solo a los contratos civiles, sino los que he mencionado y aún la inmensa variedad de los convenios internacionales o tratados (concordatos), cuya naturaleza contractual queda fuera de toda duda.

" Una concepción moderna del contrato considera, no solo como acto jurídico, sino también como norma jurídica individua

lizada. ROJINA VILLEGAS ² (sic) censura a este respecto que - la doctrina civilista se haya preocupada del estudio del contrato como acto jurídico y haya descuidado totalmente el análisis del mismo como norma jurídica individualizada.

" En realidad lo sucedido no ha sido que los civilistas- se hayan desentendido de esta concepción del contrato, sino - que, después de considerada, la han rechazado".

" La jerarquía de las normas jurídicas establecida por - KELSEN y la Escuela de Viena, de la que él es el líder, coloca en la última escala de su clasificación a las normas individualizadas (contratos, resoluciones judiciales, etc.); pero, por mucha que sea la admiración que merezcan tanto el -- ilustre filósofo citado como sus discípulos, no es posible admitir que la sentencia o el contrato, por ejemplo, tengan la-- verdadera naturaleza de normas jurídicas ni siquiera con el -- aditamento de individualizadas". *(16)

Aclaremos: conforme a la teoría del profesor de la Universidad de Viena y la escuela fundada por sus seguidores, el contrato es una norma jurídica de individuo, como quedó asentado- en el párrafo que antecede. Esta es la concepción de los que - se apartan de la noción estrechamente civilista de las contrataciones. De otro lado, para los cultores del derecho común, el

* (16) DE PINA, RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Vol TERCERO, (Obligaciones Civiles-Contratos en General). Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México, 1977. Pág. 265.

contrato sigue siendo un acto jurídico celebrado en segui-
miento de la regla de derecho previamente establecida.

Resumiendo lo que se ha dicho a lo largo de este singular punto, cabe concluir que el contrato no es una norma jurídica individualizada, puesto que la voluntad al contratar se somete expresamente a la regla de derecho, pues esta misma obliga a los contratantes a su subordinación aparejando como consecuencia de su inobservancia, la inexistencia del contrato. De aquí que, si bien es cierto que puede hablarse de la individualización de una norma aplicable al contrato, no lo es menos que la virtud del contrato no consiste precisamente en ser creador de estatutos jurídicos, sino en entrelazar a las partes con las cargas y obligaciones del ente de derecho al cual se someten.

6.- Noción Jurídica del Contrato.

Encontramos que reviste una gran utilidad práctica, la exposición de los comunes principios a todos los contratos, así como las reglas propias e inherentes de cada grupo determinado de contratos, ya que al estudiar cualesquiera contrato en particular, debe tenerse presente siempre y en todo caso, esos principios y reglas aún cuando se dan los mismos como presupuestos, los cuales suelen incluirse dentro de la Teoría General de las Obligaciones, al estudiar al contrato como especie del convenio, tanto como fuente de las obligaciones; pero su

absoluta importancia y su inconmensurable extinción nos precisa destacar la conveniencia de iniciar como individualidad, la doctrina general del contrato, y a lo que comunmente nuestro - nomoteta denomina como reglas generales de los contratos, considerando que el contrato es la fuente ordinaria de las obligaciones, la cual no se limita a los bienes, sino que se extiende en un amplio campo, que son también contratos.

De igual forma, es oportuno el estudio de los contratos - en general como finalidad de este trabajo, y así mismo ha crecido la opinión doctrinaria de que la noción del contrato tiende a perder vigencia por muchas y muy variadas razones, entre - otras, por la prevalencia de los intereses sociales sobre los - intereses individuales, entendiéndose con tales supuestos que la voluntad de las partes juega un papel limitado o secundario en la formación del contrato (verbigracia el contrato administrativo); por la intervención mayor cada vez del Estado en el contenido del mismo.

Ahora entonces: " Sabemos que el contrato es un acuerdo - bilateral de voluntades para crear una situación jurídica individual. Es bilateral el acuerdo de voluntades, porque debe de - haber intereses opuestos y es individual puesto que produce -- consecuencias jurídicas subjetivas, ya que si fuera general tendría carácter de ley". *(17)

*(17) OLIVERA TORO, JORGE. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, S.A., Segunda Edición, México, 1967. Pág. 445.

La exposición de la noción jurídica del contrato en este apartado y que se desarrollará continuamente, implicará necesariamente algunas repeticiones, para recordar sumariamente conceptos estudiados al analizar el acto jurídico como fuente generadora de las obligaciones, pero también dará oportunidad de precisar aspectos omitidos en el estudio precedente.

7.- Clasificación General de los Contratos.

Los intentos clasificatorios acerca de los contratos es asaz añeja. Desde la época de los romanistas se ha intentado calificar a las contrataciones por sus cualificaciones y ello es debido no solo a la importancia teórica de la materia, sino también a una incuestionable utilidad práctica. Se han realizado tantos impulsos de clasificación casi como cuantos autores se han embarcado en tan complejo tema, los criterios han arrojado una complejidad de formas, que, en puridad, no existe un solo catálogo de los contratos. En todo caso habría que eximirse de la antigua clasificación romanesca de los contratos de buena o mala fé, puesto que la buena fé es elemento ineludible para contratar, es exigencia rigurosa y como tal no debe faltar en todo caso.

Me apresuro a apuntar que, por cuanto a la naturaleza especial del vínculo que crea la situación jurídica particular, pueden ser unilaterales o bilaterales; en mérito de las ventajas y

las cargas que son capaces de crear, serán gratuitas u onerosas; si se atiende a los requisitos previos a observar a su formación, o durante ella, las contrataciones pueden ser consensuales, reales o formales; si se vislumbra su naturaleza de independencia o de relación con otros, los contratos pueden -- ser preparatorios, principales o accesorios; tomando en consideración la materia-sustancia sobre la que afectan relaciones-jurídicas, serán civiles, mercantiles, administrativos y de derecho obrero; si nos acercamos a su susceptibilidad de individualización, deben ser nominados o típicos e inominados o atípicos; por el simple objeto, traslativos del dominio, del uso, de prestación de un servicio o de cumplimiento de un trabajo, así como de tradición de facultades y obligaciones; si se toma en cuenta la finalidad de las partes, pueden ser traslativos de la propiedad, del uso, de cumplimiento de un fin común, de comprobación jurídica o de garantía y también de prestación de servicios; y finalmente, por cuanto a los efectos que producen, de efecto inmediato o diferido, y si se contempla su realización, instantáneos y de trato sucesivo.

Como puede observarse el intento de clasificación de los contratos, pertenecientes a la materia que pertenecieren, resulta extenuante y aunque se produzca una nueva esquematización del contrato, seguirá siendo necesaria, habida cuenta de su benevolencia para la praxis contractual. En homenaje a la bre

vedad de este ensayo, solo se realiza la anterior breve exposición de los mismos, pues como se apuntó anteriormente, el estudio de este apartado requeriría un análisis específico y por separado.

a) La Estructura de los Contratos

Ha quedado dicho que el contrato es un acto jurídico que crea una situación jurídica particular, abstrayendo de la ley la regla particular aplicable al caso concreto. También se ha apuntado que la expresión del consentimiento como concurso de voluntades es incontestable, así como el objeto del mismo.

Ahora bien, el consentimiento en los contratos exteriorizado se lleva a cabo normalmente por la palabra o la escritura (o sus abstenciones). Entonces luego, el estudio de la forma que revisten los actos jurídicos contractuales no queda limitada privativamente al contrato simple y llano, sino que se relaciona con otros actos jurídicos que por definición le quedan adheridos, paradigmáticamente, y sin ánimo de caer en discusiones bizantinas, es de citarse el contrato de matrimonio; en el que por consecuencia de un acto jurídico pleno de consentimiento y con objeto lícito y bien definido, se crean nuevas situaciones: más que de derecho civil, de esa especializada rama -- llamada derecho familiar.

En lo que respecta a la estructura de los contratos " por

tal entiende Carnelutti la manera como está hecha y como actúa la norma jurídica. Sostiene que en el fondo no es sino una fórmula que contiene una declaración de voluntad hipotética. (I, 88, cit.) (18)

La forma predeterminada no es una esencialidad en la conformación del contrato, sino una exigencia legal apremiante para determinada clase de contrataciones y si no es una exigencia general, si se convierte en particular, respecto de determinados actos contractuales, como quedó dicho respecto del conyugo, que reviste tintes de solemnidad muy marcados en nuestro sistema.

En realidad, la estructura de las contrataciones queda liberada del formulismo acartonado, dejando ad-libitum las separaciones de contratos, desde luego con las restricciones y direcciones normales y normativas para la individualidad de la norma. Conque, prevalece la liberalidad de la fórmula y en semejantes circunstancias cada uno se obliga en el modo y en el extremo en que aparezca quiso obligarse, sin que afecte para nada la validez del contrato, salvo, insisto, los especialísimos supuestos que la ley prevé y que reproduzco, respecto del matrimonio, v.gr.

*(18) PALLARES, EDUARDO. Ob. Cit. pág. 340.

8.- Resúmen de Consideraciones.

1a.- Todo suceso natural o humano, sin voluntariedad y que la norma considere para sus efectos es un hecho jurídico.

2a.- El acto de la volición humana que pretende crear, -- transmitir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, es un acto jurídico.

3a.- Un concierto de voluntades que se ciernen sobre un objeto de derecho constituyen los elementos esenciales del acto jurídico.

4a.- Si el acto jurídico además es lícito, contiene espontaneidad y libertad en la declaración de voluntad, es formal y otorgado por sujetos con capacidad, contendrá un acto jurídico válido.

5a.- Cuando haya sujeción, a condiciones, modos o términos para la ejecución del acto jurídico, se estará ante las modalidades del mismo.

6a.- El contrato es el acuerdo de dos o más voluntades para producir efectos jurídicos.

7a.- Los contratos, en sentido amplio, pueden ser: unilaterales o bilaterales, onerosos o gratuitos, consensuales reales o formales, preparatorios principales o accesorios, civiles -- mercantiles administrativos o de derecho laboral, nominados e inominados, traslativos del uso, del dominio, de prestación de servicios, de cumplimiento de un trabajo, de tradición de de--

rechos y facultades, de cumplimiento de fin común, de comprobación jurídica o de garantía y de prestación de servicios, de efecto inmediato o diferido y, de realización instantánea o de tracto sucesivo.

8a.- Los contratos son actos jurídicos bilaterales de origen, que crean situaciones jurídicas singulares, extrayendo de la ley la regla especial aplicable al caso concreto, ello queda manifestado en el concurso de voluntades dirigidas a la consecución del objeto del mismo.

9a.- La manera como está hecha y actúa la norma jurídica es la fórmula contenida en una declaración de voluntad hipotética llamada contrato.

CAPITULO SEGUNDO

Funciones y Actos Jurídicos del Estado

De ordinario se han identificado las ideas acerca de las atribuciones del Estado con las de las funciones del mismo. - Ello es inexacto motivo por el cual trataré dilucidar su significación exacta: la definición de atribución del Estado comprende el cúmulo de actividades de organización estatal, es lo que el Estado debe hacer. El órgano como receptor del poder, debe hacer ejercicio de sus atribuciones como medio para alcanzar los fines estatales y es lógico que el número, la calidad y la extensión varían al multiplicarse su teleología.

El asunto de cuáles son las atribuciones del Estado se encuentra estrechamente vinculado con las relaciones que pueda guardar con los particulares a saber: actividades del Estado para reglamentar a los particulares en sus actividades; facultades del Estado encaminadas al fomento, dirección y vigilancias de las mismas actuaciones y; prerrogativas para sustituirse en absoluto o con limitaciones a la actividad de sus súbditos, o bien para combinarse con ellos en la atención de una necesidad común.

" Como el Estado conserva las atribuciones que a través de sus diversas etapas ha venido adquiriendo, bien pueden resumirse las atribuciones de que goza el Estado contemporáneo, en ---

tres grandes categorías: I.- Las atribuciones de policía o de coacción que se manifiesta por todas las medidas coactivas que imponen a los particulares el cumplimiento de obligaciones y limitaciones de su acción en tanto que es necesario para la coordinación de las actividades privadas y la satisfacción de las exigencias del órgano público...; II.- Las atribuciones de fomento que han sido definidas como constituyendo aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente -- ciertas necesidades consideradas de carácter público protegiendo o promoviendo sin emplear la coacción las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente la satisfacen (Garrido Falla, F., Tratado de D. Adm. Madrid, T. II, pág. 282. Jordana de Pozas, Luis, Ensayo de una teoría del fomento en el D. Adm., " Rev. de Estudios Políticos", Madrid); III.- Las atribuciones de servicio público y de seguridad social por virtud de las cuales el Estado satisfacen necesidades generales por medio de prestaciones de carácter económico, cultural y asistencial" ^{*(19)}. Con la anterior transcripción, está dada una somera noción de la consistencia de las atribuciones públicas, queda ahora exponer la concepción de las funciones del Estado.

A diferencia de la atribución pública por cuanto a lo que está facultado a hacer, esto es la función va referida a la forma y a los medios de la actuación estatal y las funciones constituyen

*(19) FRAGA, GABINO. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, S.A. Decimotercera Edición. México, 1969. Pág. 11.

las formas del ejercicio de esas mismas atribuciones. " Las funciones que se diversifican entre sí por el hecho de que cada una de ellas tenga contenido diferente, pues todas pueden servir para realizar una misma atribución". *(20). Es un poco más fácil hacer la apreciación de la relación que tienen para sí y entre sí las atribuciones con las funciones de los tres poderes, si estamos al rol que juega cada una de las funciones legislativa, jurisdiccional y administrativa para lograr la consecución de las atribuciones estatales. " Se le ve surgir en todo tiempo cada vez que se intenta articular la actividad del Estado - las múltiples manifestaciones del derecho, en la tendencia -- siempre renovada a establecer una jerarquía entre los "poderes", "funciones", "derechos" o como quiera llamarse a la realización de los actos estatales". *(21)

De las anteriores aseveraciones, y siguiendo esa doctrina dominante, es válido afirmar que existen dos esferas que comprenden las funciones del Estado; ya sea por el órgano que las realiza, o por la naturaleza intrínseca de la función; otro sí, hay que recalcar que la normalidad es que coincidan el carácter de formalidad y el carácter de materialidad que revisten las funciones. De mancomún inciden funciones que materialmente

*(20) Idem, pág. 24.

*(21) KELSEN, HANS. Teoría General del Estado, Traducción directa del Alemán por Luis Legaz Lacambra. Editora Nacional. México, 1979. Pág. 300.

corresponden a cada uno de los tres poderes correspondiéndose - con ellos mismos, pero por excepción muy frecuente, hay fun--- ciones materialmente administrativas o jurisdiccionales que --- le son atribuidas al poder legislativo y a la inversa, para --- cada uno de los tres poderes. Lo cierto es que, " la eficacia - de estas se regula a la vez por el criterio formal, o sea por - el carácter del órgano que la realiza, y por el material, o sea por el contenido mismo de la función". *(22)

I. El Estado y la Teoría de la División de Poderes.

Es un principio consagrado de derecho constitucional que el poder, concepto unívoco y multívoco, como genuina expresión de la soberanía de un pueblo, tiene germinal, origen y descansamiento en la generalidad de la población que constituyen una Nación. También es de aceptación unánime que el control constitucional para el aparato que detenta el poder llamado Gobierno, presupone una facilidad pragmática para la realización del poderío de la voluntad colectiva. De otra manera dicho, el poder que emana de una soberanía Nacional, necesita para su ejercicio, limitaciones con su funcionalidad con objetivo trazado - al mejor y feliz logro de sus cometidos.

Conforme con lo anterior, la declaración de esta premisa de la ciencia política, nuestro Código Político, en su artículo

*(22) FRAGA, GABINO. Ob. cit., pág. 27.

49, párrafo primero, preceptúa que el Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

" Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico solo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que ese orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que está caracterizado por los mismos actos --coactivos y una sola y misma comunidad social no puede estar --constituida por dos órdenes diferentes. El Estado es, pues, un orden jurídico, pero no todo orden jurídico es un estado, puesto que no llega a serlo hasta el momento que establece ciertos órganos especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen. Es preciso, por consiguiente, que haya alcanzado cierto grado de centralización." ^{*(25)}

Entonces, desde que una organización normativa supera el estadio primitivo de la organización y se da normas que crean entidades especializadas para la creación, aplicación y ejecución de las normas, fundamentalmente para la coacción de la última función, una élite de individuos ciudadanos y súbditos se

*(25) KELSEN, HANS. Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho. Eudeba, Editorial Universitaria de Buenos Aires. Buenos Aires-Rep. Argentina, 1971. Pág. 189.

destaca del grueso de la comunidad. " La división de Poderes no es meramente un principio doctrinario, logrado de una sola vez y perpetuado inmóvil; sino una institución política, proyectada en la Historia. De allí que sea preciso asistir a su alumbramiento y seguir su desarrollo, si se quiere localizar y entender su realización en un momento histórico determinado." -

*(24). Esta noticia que nos recoge la historia, va ligada a la transición de la economía primitiva a la economía monetaria, - presupone la integración de un recaudador central con un fisco estatal, de cuyas instalaciones depende la diversificación de los empleos para los individuos llamados funcionarios del Estado. " Los órganos centrales solo se forman en el curso de un larguísimo proceso de división del trabajo y los órganos judiciales y ejecutivos aparecen mucho antes que los órganos legislativos *(25). Como anteriormente fué propuesto, el Estado es un orden jurídico de especie particular, y su actividad toda - se presenta necesariamente y en rigor de ese orden, de actos jurídicos que crean, aplican o ejecutan normas jurídicas dadas por la Soberanía Nacional centralizada en el Estado. Si se ha constituido un sistema orgánico especializado, cabe oponer a la noción de individuo, la del órgano estatal. " Si el estado es un orden jurídico y si personifica la unidad de ese orden, el poder del Estado no es otra cosa que la efectividad de un orden jurídico. Este orden es eficaz en la medida que los suje

* (24) TENA RAMIREZ, FELIPE. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. Décimaprimer edición México, 1972. Pág. 209

* (25) KELSEN, HANS. En: Teoría Pura..., páp. 190.

tos de derecho son influidos en su conducta por el conocimiento que tienen de las normas a las cuales están sometidos. *(26)

Es inferible de lo anterior, que el poder es uno, así de sencillo, así de severo. La practicidad en su ejercicio no implica sino la comunión en tríplico personificada en el poder central. La diversidad de los órganos y la clasificación en sus funciones no resultan bastante, hay más: a partir de la entronización de las ideas liberales y humanistas, se justifica el fraccionamiento del poder por la necesidad de limitarlo, de impedir arbitrios excesivos y abusos incontenibles ejecutados antaño por la persona única o el ente único que detentaba el beneficio del poder.

" Según LOCKE, ' para la fragilidad humana la tentación de abusar del poder sería muy grande, si las mismas personas que tienen el poder de hacer las leyes tuvieran también el poder de ejecutarlas; porque podrían dispensarse entonces de obedecer las leyes que formulan y acomodar la ley a su interés privado, haciéndola y ejecutándola a la vez, y en consecuencia, llegar a tener un interés distinto del resto de la comunidad, -- contrario al fin de la sociedad y del Estado '.⁵ (sic) -- Y Montesquieu dice en frase que ha llegado hasta nuestros días como médula del sistema: Para que no pueda abusarse del poder, es preciso que, por disposición misma de las cosas, el --

*(26) Idem, pág. 195

poder detenga al poder.¹⁶ (sic) * (27)

Retomando el punto toral, la división de poderes, expuesta como una teoría jurídico-política para combatir el absolutismo y la tiranía e implantar un gobierno que garantice los derechos fundamentales del ciudadano y del individuo, se expone con dos principios básicos: "a) respecto a las modalidades que impone en el ordenamiento de los órganos del Estado, y b) respecto de la distribución de las funciones del Estado entre sus órganos" *(28). Atendiendo a la primera apreciación, la separación de poderes lleva inmersa la separación de los órganos estatales en tres unidades diversas e independientes unas de las otras, construidas para que sus componentes conserven la unicidad que les da la calidad de poder. Por cuanto al segundo extremo de la división, y en principio la división de poderes lleva subsumida la caracterización de que el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial comprendan funciones exclusivamente legislativas, ejecutivas y judiciales, respectivamente.

" Una concepción completa del Estado ha de comprender tanto el sistema orgánico-estático, como el orgánico-dinámico. O, en otras palabras, la estructura constituida por el conjunto -

*(27) TENA, RAMIREZ, FELIPE. Ob. cit., pág. 210.

*(28) FRAGA, GABINO. Ob. cit., pág. 26.

de órganos, como unidad de los poderes públicos, y el funcionamiento manifestado a través de la dinámica que se alcanza - en las actividades legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales, deben conjugarse para constituir un aparato en movimiento en el que se articulen tanto las formas abstractas de conducta, como simples posibilidades funcionales, como las formas concretas en tanto que son funciones realizadas". *(29)

Esto quiere decir que tanto es verdad que las funciones del Estado se hagan específicas y delimitadas en una trilogía organizada jurídicamente, como que esta triada ejercitoria del poder se sustenta en la limitación del uno por los otros y - de los otros por el uno; además, para lograr el cabal cumplimiento del ejercicio del imperio del poder fundado en el derecho, hay que mirar muy de cerca que esta división también se funda en un todo complejo y a la vez homogéneo, sin cuya universalidad se haría imposible la realización del mismo. Repito lo dicho en líneas anteriores: el poder sigue siendo uno.

II La teoría de las Funciones

En el orden normativo-positivo imperante en el suelo patrio los tres poderes federales competen a la Unión, indepen-

*(29) R. QUINA VILLEGAS, RAFAEL. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S.A., Segunda Edición. México, 1967. Pág. 501.

dientemente de las competencias estatales. " De los tres Poderes federales, los dos primeros que enumera la Constitución es tán investidos de poder de mando; el legislativo manda a través de la ley, el ejecutivo por medio de la fuerza material. El tercer Poder que es el judicial, carece de los atributos de aquellos otros dos Poderes; no tiene voluntad autónoma puesto que sus actos no hacen sino esclarecer la voluntad ajena, que es la del legislador contenida en la ley; está desprovisto tam bién de toda fuerza material. Sin embargo, el Poder judicial desempeña en el juicio de Amparo funciones especiales, que fun dan la conveniencia de darle la categoría de Poder, otorgada por la Constitución; mediante ellas, el Poder judicial se colo ca al mismo nivel de la Constitución, es decir, por encima de los otros dos Poderes, a los cuales juzga y limita en nombre de la ley suprema" *(30)

No sin razón se ha sostenido que las funciones del poder judicial lo convierten en reiteradas ocasiones en un suprapoder, más aún, en tratándose de sus funciones de control constitucional sobre las actuaciones de los otros dos poderes, dan do lugar, como único exponente del enjuiciamiento sobre los re stantes órganos de la administración del poder a través del juicio supremo.

*(30) TENA RAMIREZ. FELIPE. Ob. cit.. párr. 247.

En principio, a cada uno de los poderes corresponde una función propia: " la legislativa al Congreso, la jurisdiccional a los jueces y tribunales, la administrativa al poder ejecutivo. Pero la distinción no es absoluta, ya que los diversos poderes no ejercen exclusivamente la función que se les atribuye. Este hecho ha dado origen a la distinción entre funciones formales y funciones materiales ^{*(31)}. Ha quedado retrotranscrito también en anterior disertación, el criterio de validez para sostener la eficacia de las funciones del Estado: debe estarse al sentido material y al órgano que las cumple.

1.- Función Legislativa

A diferencia de otras eras, el Estado contemporáneo, se caracteriza por ser su propio creador de Derecho. Toda norma se genera en virtud del poder público y tiene por función realizar actos jurídicos creadores de situaciones análogas, generales, obligatorias, abstractas e inclusive impersonales; la formación de las leyes es aquella encomendada al poder legislativo, sea este federal o estatal, y solo en excepcionales casos y por disposición expresa de nuestra carta magna pueden practicar actos legislativos o cuasilegislativos en las condiciones ya referidas. los otros órganos del poder.

*(31) GARCIA MAYNES, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S.A. Séptima Edición. México, 1956, pág. 107.

Desde luego la encomienda de la producción de las normas se ha encargado en su cúspide a la asamblea legislativa, que en el concierto de nuestra legislación se denomina Congreso - de la Unión, supone este poder, el normal desenvolvimiento de las instituciones jurídico-políticas.

La función legislativa como todas las funciones del Estado pueden ser estudiadas desde dos puntos de vista, formal y - materialmente.

" La función legislativa es la función que normalmente regula el poder legislativo y es la actividad fundamental del Estado encaminada a la creación de la ley, es decir, los actos reglados son aquellos que generan situaciones jurídicas generales."

* (32)

En lo que respecta al criterio formal de la función legislativa, la misma se refiere al órgano que tiene a su cargo dicha función, la cual corresponde normalmente al poder legislativo federal, órgano encargado de la expedición de las disposiciones normativas de carácter federal, así como las legislaturas - de los estados, las cuales expiden las reglamentaciones comunes específicamente territoriales.

*(32) SERRA ROJAS, ANDRES. Derecho Administrativo, Doctrina, - Legislación y Jurisprudencia, Novena Edición, T.I.; Editorial-Porrúa, S. A. México 1979. Pág. 43.

" Una importante consecuencia del carácter formal de la función legislativa, la encontramos en el artículo 70 de la -- Constitución que ordena: toda resolución del Congreso tendrá -- carácter de ley o decreto. Las leyes o decretos se comunicarán al ejecutivo firmados por los presidentes de ambas cámaras y -- por un secretario de cada una de ellas y se promulgarán en esta forma." * (33)

Es necesario precisar que el punto de vista formal que se analiza es del todo insuficiente para determinar la reiterada función legislativa, y para ello bástenos señalar que no todos los actos del poder legislativo pueden válidamente llamarse -- " legislativos " pues los mismos quedan circunscritos al campo administrativo y otros caen bajo el campo de la función jurisdiccional, más aún considerando que los poderes ejecutivo y judicial realizan verdaderos actos legislativos y es suficiente para ello como ejemplo lo dispuesto por el artículo 89 de la -- Constitución General de la República, mediante el cual se faculta al jefe de la Nación a expedir reglamentos administrativos, y en lo que respecta al judicial, cúmpleme citar la jurisprudencia que se encuentra al lado de la Constitución, siendo los referidos actos formal y materialmente legislativos, con -- los caracteres mismos especificados por la ley.

* (33) Idem. pág. 48.

En tratándose del criterio formal al que nos referimos anteriormente de la función legislativa, podemos decir que el acto típico de dicho órgano es la creación de la norma, la cual podemos definir en estricto sentido, como una manifestación -- de voluntad que tiene como fin último generar una situación jurídica general ya sea federal o local en sus respectivos casos.

" La función legislativa es una actividad estatal, que se realiza bajo el orden jurídico; por medio de ella, el Estado dicta disposiciones generales, encaminadas a la satisfacción -- del bien público". *(34)

En tal concepto la ley en su sentido más amplio es toda -- norma jurídica o todo precepto, sea cual fuere la autoridad -- originadora, la forma que se revista y la integración de su -- contenido, encontrando como elemento material del acto legislativo las siguientes características: es una norma de conducta, abstracta e impersonal, general y permanente y en conjunción-- con ella obligatoria, de lo cual se desprende su imperatividad y como consecuencia a su inobservancia la sanción o coercibilidad, de lo que se infiere que el poder legislativo impera, ordena, impone una ordenación; en este sentido puede decirse que -- el nomoteta es el generador y precursor del orden jurídico.

*(34) Idem. pág. 49.

2.- Función Jurisdiccional

Compéteme ahora la exposición de la función jurisdiccional del Estado, la cual es una actividad de éste, subordinada al orden jurídico y atributiva, constitutiva o generadora de derechos en los conflictos concretos que se le someten para -- comprobar la inadecuación de una regla de derecho o de una situación de hecho e implementar la solución adecuada, esto es, dar solución a un conflicto de intereses.

Como una necesidad irrefutable de orden, armonía y estabilidad del orden jurídico, el Estado crea la organización judicial sin la cual la sociedad viviría en la anarquía, la función jurisdiccional se encuentra comprendida en el tercer grupo de las actividades del Estado y se produce en su acto fundamental, que lo es la sentencia, del mismo modo que a la función legislativa corresponde la ley." Se ha llegado a negar a la función jurisdiccional el carácter de actividad de orden jurídico, porque se dice que en ella el Estado no realiza ningún acto de voluntad, ni crea una situación jurídica, que son los dos elementos fundamentales del acto jurídico" * (35). Lo anterior es fácilmente rebatible si se aplica la teoría general del acto jurídico al acto jurisdiccional: ya se ha afirmado que los particulares no tienen la virtud de crear normas partiendo de sus convenciones; empero, es opinión firme y fundada que la declaración -

*(35) FRAGA, GABINO. Ob. cit., pág. 44.

de los derechos, al hacerse por el Estado, conlleva la individualización normativa, o creación particular de una norma general aplicada al caso concreto, cosa que no ocurre cuando lo deciden los particulares.

" Ha habido una parte de la doctrina que se ha inclinado a considerar que la función jurisdiccional no se distingue sustancialmente de la administrativa; que en realidad en el Estado hay solo dos actividades diferentes: la de hacer las leyes y la de ejecutarlas, sin que haya razón de fondo para distinguir la ejecución en casos de controversia y la ejecución en casos en que no hay conflicto"* (36). Estas afirmaciones carecen de pulcritud completa ya que, reitero que no se puede dejar de lado la desiderata del ejercicio del poder único del Estado: hay que atender el motivo y el fin de la actividad jurisdiccional y para ella es más que sobrado recordar el control de constitucionalidad que engalana a la actividad jurisdicente, además de que la finalidad de revisión controladora, es suficiente para reconocerle su cualidad de ejecutora de actos de eximio imperio jurídico.

" La función legislativa consiste en la formulación de -- normas jurídicas generales; la jurisdicción establece, relativamente a casos concretos, el derecho incierto o controvertido". *(37)

*(36) Idem, pág. 47

*(37) GARCIA MAYNES. EDUARDO. Ob. cit., pág. 107.

Apoyo una vez más la cita que hago mía: "Hacer las leyes, hacerlas ejecutar, me parecen, en buena lógica, dice Berthélemy dos términos entre los cuales o al lado de los cuales no hay lugar vacío. El acto particular de "interpretar la ley en caso de conflicto" forma necesariamente parte del acto general "hacer ejecutar la ley". *(38)

En resumen y en estricto sentido formal, las funciones -- del Estado, no son enteramente definidas de acuerdo con su naturaleza, sino únicamente atendiendo al órgano que las cumple. --. Desde este punto de vista es formalmente legislativo todo acto del Congreso o Legislaturas estatales; y formalmente jurisdiccional, todo acto de los jueces o tribunales; o sea, la naturaleza jurídica de la sentencia desentraña la intención de la ley y la ordena como única finalidad de la resolución; por tanto, la autoridad de la cosa juzgada, al establecer la verdad legal y definir los medios para cumplirla, concretiza el derecho, lo sublima, lo define y le da estabilidad con eficacia definitiva, es imparcial y disipa la duda o incertidumbres. Aplicado que fué el derecho al negocio particular señala el fondo y el rito del camino que siguió la voluntad de la ley y modifica siempre, de alguna manera las situaciones jurídicas preexistentes. Cabe ahora-- la afirmación: la función jurisdiccional es un acto jurídico -- por antonomasia.

*(38) FRAGA, GABINO. Ob. cit., pág. 47.

3.- Función Administrativa

Es noticia confirmada que en los regímenes constitucionalistas contemporáneos, la división de poderes no corresponde siempre a la división de funciones, así hablamos con acierto de funciones materialmente legislativas y formalmente administrativas, por ejemplo. Siguiendo la opinión generalizada de los autores de los textos de fundamento doctrinario, puede decirse que ya establecidas las funciones jurisdiccional y legislativa material y formalmente consideradas, la función administrativa, se encuentra por exclusión, - tanto más que las funciones del Estado integran el organigrama de las formas de hacer lo que debe hacerse, cuanto que delineadas -- las funciones de creación de las normas y de singularización de - las mismas, compete al ente administrativo la ejecutoriedad del sistema propuesto: "Berthélemy considera la función administrativa como la actividad del Poder Ejecutivo encaminada a la ejecución de la ley" * (39)

Para apreciar esta breve pero sustanciosa sentencia se han encontrado dos momentos estelares: uno, en la formalidad del órga no ejecutor; dos, en la finalidad que persigue la soberanía al ha cer efectivo el imperio de la voluntad de la ley. Estos son los - centros de gravitación de la actividad de la entidad ejecutoria administrativa. Me adelanto a dejar inscripto que, independientemente de las posturas que guardan los literatos de la administración

* (39) FRAGA, GABINO. Ob. cit.;, pág. 47.

pública, en cuanto a la materialidad o formalidad que revisten los actos de Poder, así queda compendiada la actuación del ejecutivo. " Dos criterios pueden existir para entender lo que es la ejecución de la ley: o se quiere indicar que la actividad se encuentra autorizada por una disposición legal, o bien se entiende por tal ejecución la actividad necesaria para dar efectividad o realización pública a la norma legislativa". *(40) Atendiendo el primer criterio, es perfectamente claro y comprensible que la actividad de ejecutividad es de estricto derecho en nuestro sistema; prestando atención a la segunda aseveración, también queda claro que el rito de seguimiento para hacer posible la ejecución de la ley es de derecho puro.

De lo cual se puede establecer la doble atribución que guarda el poder ejecutivo, la primera; atribuciones de carácter eminentemente políticas y las segundas que son de carácter definitivamente administrativas; a las referidas en primer término pueden ser exclusivamente políticas o a su vez político-administrativas, conferidas en nuestro régimen jurídico a las Secretarías de Estado y las segundas que son puramente administrativas, otórganse a organismos desvinculados de toda práctica política. "Al segundo grupo de órganos del ejecutivo -decía la comisión- o sea a los meramente administrativos corresponda la creación de una nueva clase de entidades que se llamarán. Departamentos Ad-

*(40) Ibidem

nistrativos, cuya función en ningún caso estará ligado con la política, sino que decidirá única y exclusivamente el mejoramiento de cada uno de los servicios públicos, dependerán directamente del Jefe del Ejecutivo, no refrendarán los reglamentos y acuerdos relativos a su rama, no tiene obligación o facultad de concurrir a las Cámaras a informar ni se les exigen constitucionalmente cualidades determinadas para poder -- ser nombrados; el Presidente, que tiene la facultad de nombrarlos, queda con el derecho de calificar sus aptitudes, que deben ser principalmente de carácter profesional y técnico".*(41)

Infiérese de lo anterior que la función administrativa -- que realizan las entidades denominadas Departamentos Administrativos, se encuentra absoluta y totalmente desprovista de -- reglamentación constitucional e ingerencia, su designación -- para su conformación, es una facultad discrecional de la cual se haya investido el Jefe de la Nación, no tienen obligación de rendir cuentas al cuerpo legislativo y su responsabilidad se finca en la inobservancia de las disposiciones dadas por el ejecutivo, en resúmen la función administrativa en estos casos única y exclusivamente participa de actos materiales, -- por oposición a formales, que aparejan como fin la realización de los intereses sociales, desprovistos de toda facultad de decisión, ratificación e inclusive de reglamentación.

*(41) Diario de los Debates; T. II., pág. 346; cit. por TENA RAMIREZ, FELIPE, ob. cit., pág. 541.

Maurice Hauriou dejó dicho que la función administrativa es diferida, entre otros elementos, por el fin que persigue. En esta circunstancia, la función de la administración pública - " tiene por objeto manejar los asuntos corrientes del público, en lo que atañe a ejecución de las leyes de derecho público y - a la satisfacción de los intereses generales, haciendo todo esto por medios de policía y por la organización de servicios públicos, en los límites de los fines del poder político que ha - asumido la empresa de la gestión administrativa "*(42). Como -- quiera que sea material, formal, finalista o de simple organiza-- ción por exclusión, la verdad es que la justicia y la adminis-- tración son actividades todas por las que el Estado pretende -- conseguir sus fines. Lo que les distingue es la forma precisa - en que lo organizan trinitariamente, todo siempre bajo un orden jurídico. Para Otto Mayer " en la legislación tal como la enten-- demos, dice, el Estado está por encima de este orden jurídico; en la justicia todo se hace por este orden "*(43), y agrega Gabino Fraga: " en tanto que en la administración se está bajo el orden jurídico" *(44)

En excerpta de conformidad a lo transcrito en los puntos - que anteceden, aún cuando los mismos se repitan, la función le-

*(42) Citado por FRAGA, GABINO. ob. cit., pág. 54.

*(43) Idem. Pág. 55.

*(44) Ibidem.

gislativa consiste en la formulación de normas jurídicas generales; la jurisdicción establece relativamente a casos concretos, el derecho incierto o controvertido; y por último y en -- complemento de los anteriores, la función administrativa consiste en la ejecución, dentro de los límites fijados por la ley, de una serie de tareas completas, apolíticas, tendientes a la realización de intereses generales.

III.- La Función Administrativa y los Actos Administrativos in genere.

El Estado es una creación ontológica e ideática para realizar los fines que competen a una sociedad que se ha transformado en una nación. Esta debe ser la concepción más general y última del Estado. No obstante, y debido a la naturaleza misma de la ciencia jurídica, existen corrientes que interpretan la jurisdicción de la ciencia según particulares puntos de partida. De tal manera hay quienes ven en la función administrativa una actividad sui generis que la distingue de los otros por los efectos de derecho que son los actos jurídicos que realiza y propone. Quepa decir de una vez que la definición jurídica de la función administrativa, prescinde de los actos materiales que aparecen en su actividad.

" La doctrina de los actos políticos o de gobierno es en --

sus orígenes, francesa y jurisprudencial. Se trata, como dice Díez, de una ' prudente reserva del Conseil d' Etat a la evolución del recurso por exceso de poder', una especie de concesión al poder ejecutivo para evitar los recelos que necesariamente hubieran de producir en éste las crecientes conquistas de la - justicia administrativa", * (45)

Acerca de lo que se ha dicho, hay opiniones divergentes que pretenden demostrar la contradicción de la contradicción de los supuestos a la doctrina que proponen, todo esto referido otra -- vez, a la materialidad, formalidad, organización o teleología de la función administrativa. " De cuanto llevamos dicho, resulta - que tampoco la función del Estado que se conoce con el nombre de " administración" puede comprenderse de otro modo que como individualización o concreción de normas generales [leyes] y que - no existe una diferencia esencial entre ella y la función jurisdiccional por relación a la legislación, ni tampoco entre ésta - y aquellas.

" La doctrina dominante, poniéndose en contradicción con - sus propios supuestos, afirma la existencia de una antítesis de fondo, entre dichas funciones; ello se debe a que para determi-

*[45] GARRIDO FALLA, FERNANDO. Tratado de Derecho Administrativo. V.I. Parte General, Segunda Edición. I. E.P. Madrid 1958. Pág.375

nar el concepto de administración se fija en el contenido o "fin" del Estado, mientras que para definir los conceptos de las otras funciones o poderes acude a la forma del Estado: el Derecho. Defiñese la administración como aquella actividad del Estado encaminada al cumplimiento de los fines y tareas del mismo, especialmente, los fines de poder y cultura. La relación de esta función con el derecho, ya que no puede ser totalmente eliminada relégase, sin embargo, a un puesto secundario, insistiéndose en que la administración constituye una actividad " libre" del Estado, con lo cual se suscita la apariencia de que sería posible comprender el Estado administrador independientemente del Derecho, como si la naturaleza de la administración no tuviese nada que ver con el Derecho, a pesar de que tendría que mantener alguna relación con él'

* (46) Resulta que la administración estatal no puede comprenderse sino como contenido de normas de derecho, no puede ser traducida a otro lenguaje que no sea el del acto jurídico, que los fines políticos o administrativos, ni son opuestos ni se contraponen, el derecho es el ropaje que viste la actividad estatal y desde el punto de vista finalista también engalana la función jurídica del Estado.

Epímore: El acto creador de situaciones jurídicas generales es el informante de las funciones legislativas, el acto creador de situaciones legislativas, el acto creador de situaciones ju-

* (46) KELSEN, HANS. Teoría General..., pág. 309.

rfdicas individuales, y que hacen status, es acto administrativo, y el acto que hace labor de comprobación de aplicación normativa a un hecho, es la forma de la función jurisdiccional. Así se presenta el panorama del poder en nuestro país, que repito, es uno solo.

CAPITULO TERCERO

EL ACTO ADMINISTRATIVO

I.-Teoría General del Acto Administrativo.

De conformidad con lo anotado en el capítulo que antecede referente a las funciones y actos jurídicos del Estado y en particular a la actividad administrativa, la cual se realiza como finalidad principal del Estado, que es en suma la de dar satisfacción al interés general, mediante el "régimen de policía", que comprende la implementación de las medidas indispensables para salvaguardar el orden público, o sea, salubridad, seguridad y tranquilidad pública; por medio de ingerencias tendientes a fomentar la actividad de los particulares, tanto como por medio de los servicios públicos que otorguen prestaciones para satisfacer las necesidades colectivas o generales.

Ahora bien, como dicha actividad se cumple en forma de función administrativa y como la misma consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinen situaciones jurídicas específicas, es necesario hacer una detallada exposición de las características y elementos de los actos administrativos que, sin más, se procede hacer.

1.- De los Actos Administrativos..

La pública administración, se plasma en una intensa acti-

vidad que se traduce en un sinnúmero de actos de distintas naturalezas, creadoras todas ellas de derechos y obligaciones, imponiendo el Estado unilateralmente cargas y obligaciones a los particulares y disponiendo de medios coactivos, para cumplirlos; al mismo tiempo se constituye en creador de derechos, pudiéndose afirmar que la administración pública se caracteriza por actos jurídicos y operaciones materiales.

El Estado como orden jurídico se adjudica la responsabilidad de los problemas sociales y se involucra en todos y cada uno de sus actos, ello no arbitrariamente sino por proteger el interés general mediante actos administrativos o decisiones -- ejecutorias que fluyen unilateralmente de su personal pública potestad o de órganos que son receptorios expresos de dicha prerrogativa de poder público dirigidos a la ejecución de la ley. Además " la administración no consiste en la mera obediencia automática a normas predeterminadas, no es simplemente el cumplimiento mecánico de leyes, reglamentos, órdenes superiores, sino que es además y principalmente discrecionalidad, que implica formulación de decisiones, capacidad creativa, etc."

*(47)

Como ya lo hemos dicho la función administrativa se de-

* (47) GOMEZ FLORES, ADELOR. La Reforma Administrativa Tarea de Políticos Responsables, en: Pensamiento Político, No. 86, - Vol. XXII, Junio 1976. Edición de Cultura y Ciencia Política- A.C. México, 1976. Pág. 165.

sarrolla en una vasta variedad de actos jurídicos, hechos jurídicos y actos materiales, esto, es una actividad jurídica y una actividad meramente material, siendo que el sector de mayor importancia es el correspondiente a los reiteradamente citados actos administrativos que tienen por objeto: "originar un efecto de derecho, como el nombramiento de un empleado, el otorgamiento de una concesión, una declaración de expropiación por causa de utilidad pública, de requisición, o una declaración de nacionalización". *(48)

Deduciéndose de lo transcrito que los actos administrativos son declaraciones unilaterales a diferencia del contrato administrativo que requiere dos o más voluntades, lo que se establecerá pertinentemente en el apartado correspondiente de este trabajo. " Un nuevo concepto de la legitimidad administrativa se va abriendo así paso; por ello es que ahora se advierte un control, incluso judicial, de las finalidades perseguidas -- en cada caso por la administración, del ejercicio de sus potestades discrecionales, antes casi por entero eximidas de todo control, y del ejercicio de sus potestades más superiores, como ser aquellas que habrían dado origen a la ya casi perimida teoría de los llamados "actos de gobierno". *(49)

*(48) COVIELLO NICOLAS, Doctrina General del Derecho Civil. Citado por Serra Rojas, ob. cit., T.I, pág. 227.

*(49) ESCOLA, HECTOR JORGE, El Derecho Administrativo y su Problemática actual en: La Ley, Revista Jurídica Argentina, Sociedad Anónima, Editora e Impresora, Buenos Aires, República Argentina, 1970, pág. 1533.

Haciendo reiteración de lo que se ha señalado en el acápi te referido a la función administrativa, y toda vez que el acto administrativo es la onomatopeya de la entidad administradora, resalto una vez más, que será de derecho puro: en este sentido, el " principio de legalidad tal como hasta ahora ha sido entendido, es un resultado del Estado de Derecho. Pero esa legalidad es, más que nada de carácter formal; se trata de ver, simple-- mente, si la acción de la administración está acorde con la letra de las leyes que le son aplicables." *(50)

En vista de lo cual puede afirmarse que los actos administrativos se pueden clasificar en dos grandes categorías, materiales y actos jurídicos, siendo los actos materiales aquellos que no producen ningún efecto de derecho, y los últimos -- los que generan consecuencias en el orden jurídico, en tal concepto los actos administrativos en su categoría de actos jurídicos pueden ser constituidos por una voluntad única o formados por el concurso de varias voluntades, el acto en donde se manifiesta una sola voluntad, conserva su carácter de acto administrativo, aún cuando el mismo requiera una confirmación. En lo que respecta al acto administrativo colegiado puede subdividirse en dos conjuntos: el emanado de un órgano de la administración constituido por varios titulares; o aquel que se forma por el concurso de voluntades de varios órganos de la administración, - *(50) Ibidem.

teniendo siempre presente que cuando las distintas voluntades que concurren en el acto administrativo no se avienen en una sola consecuencia, sino que por el contrario generan actos que sucesivamente se condicionan, se genera entonces otro tipo de acto complejo, y al que me referí anteriormente. Vasto es el campo de las opiniones doctrinarias en lo que respecta a los actos administrativos, inclusive es incesante la evolución de la materia, lo que impide una organización sistemática de ellos, vaste para el efecto del presente estudio la breve referencia monográfica citada para el cabal cumplimiento del presente apartado y que necesariamente abordaré en el reglamento de este trabajo.

a.-) El Acto Administrativo (Concepto)

En el extenso panorama de la reglamentación jurídica y en concreto en la doctrina, no existe una unificación de criterios en la conceptualización del acto administrativo, los especialistas lo han definido en inmensas variaciones y cabe aclarar que casi todos los autores de la materia tienen la suya -- propia, por lo que de ellas reproduciré las más representativas, mismas que en criterio del sustentante, nos pueden dar el marco de referencia para que in fine proponga la propia. Así tenemos -- que: "El acto administrativo es, como el jurisdiccional, un acto de aplicación del derecho al caso concreto, pero en él, la au--

toridad correspondiente es parte de la relación jurídica concreta que realiza con fundamento en la norma abstracta" *(51)

Para el jurista Olivera Toro el acto administrativo es: "aquel por medio del cual se exterioriza la función administrativa. Siendo dicha función producto de la actividad del Estado." *(52)

Por su parte el emérito maestro de nuestra Universidad Nacional Autónoma de México, Andrés Serra Rojas, en relación al acto administrativo manifiesta lo siguiente: "el acto administrativo es una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, concreta y ejecutiva, que constituye -- una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto: la Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva y su finalidad es la satisfacción del interés general." *(53)

La doctrina arroja aún más conceptos, y así tenemos que Antonio Royo Villanova lo define argumentando lo siguiente: -- "es un hecho jurídico que por su procedencia emana de un funcionario administrativo; por su naturaleza se concreta en una

* (51) CAMPILLO SANCHEZ, ANTONIO G. El Notario y la Jurisdicción Voluntaria, Ponencia presentada al VIII Congreso Internacional del Notariado Latino en Veracruz, Ver., 1965. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. México, 1965. Pág. 102.

* (52) OLIVERA, ob. cit. pág. 119.

* (53) Ob. cit. pág. 226.

declaración especial; y por su alcance, afecta positiva o negativamente a los derechos administrativos de las personas individuales o colectivas que se relacionan con la administración pública," *(54)

El florilegio doctrinal de la materia es por demás abundante y para ejemplo de ello cito al jurista Maurice Hauriou - quien en relación al concepto en estudio manifiesta: " Acto administrativo es una decisión ejecutoria, es decir, toda declaración de voluntad emitida por una autoridad administrativa, en forma ejecutoria, que implica la ejecución de oficio de producir un efecto jurídico respecto a los administrados,"*(55)

Y aún más en este concierto de definiciones tenemos la - autorizada opinión de Zanobini quien en este sentido ofrece su concepto diciendo: " acto administrativo es cualquier declaración de voluntad, de deseo de conocimiento, de juicio realizado por un sujeto de la administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa." No serán actos administrativos los actos jurídicos que realice la administración conforme al derecho privado," *(56)

*(54) ROYO VILLANOVA, ANTONIO, Elementos de Derecho Administrativo, T.I. cit. por Olivera Toro, ob. cit. pág. 119,

*(55) HAURIUO, MAURICE, Precis de Droit Administratif, citado - por Serra Rojas A. ob. cit. pág. 227,

*(56) ZANOBINI, GUIDO, Corso di Diritto Administrativo, Citado por Serra Rojas A, ob. cit. pág. 228,

De las retrodichas definiciones propuestas por la doctrina, me encuentro en posibilidad de sustraer de las mismas los elementos constitutivos que pueden informar y precisar, un concepto acorde en relación a nuestro sistema jurídico, pudiéndose establecer que, el acto administrativo es evidentemente un acto jurídico circunscrito en el ámbito del derecho público emanado de la administración pública, sometido al régimen de derecho administrativo; no normativo, resultando esta peculiaridad de su naturaleza que distingue los actos administrativos y las normas jurídicas. El acto administrativo se agota con su cumplimiento, en tanto que la norma administrativa mantiene su vigencia hasta en tanto no sea derogada, cierto es que guardan ambos conceptos estrecha vinculación, pero actos y normas, es evidente, obedecen a regímenes jurídicos distintos; es en concreto -- una decisión ejecutoria y no contenciosa como lo pretenden algunos de los autores citados, es una declaración exteriorizada, que emana de una autoridad administrativa y excepcionalmente -- por otra autoridad distinta, en el ejercicio de la administrativa función; unilateral, ejecutiva independientemente de ser ejecutoria y oportuna, que produce concretamente una concreta -- situación jurídica que en definitiva es objetiva, y que como -- finalidad se propone la satisfacción de un interés general.

Cabe en este momento aclarar que dichos elementos no son arbitrariamente propuestos por el que esto suscribe, sino que es como ya ha quedado asentado, la extracción de los elementos

fundamentales propuestos por la doctrina y que sirven como fundamento para que me permita aumentar el ya gran catálogo de definiciones en la materia, proponiéndolo en la siguiente forma:

El acto administrativo es aquella exteriorización de voluntad, conocimiento y juicio, eminentemente unilateral, concreto y necesariamente ejecutivo; generado, en principio, por la autoridad administrativa y excepcionalmente por la legislativa y judicial en su materialidad, en el ejercicio de la potestad otorgada por la Ley; que crea, reconoce, modifica, transfiere o extingue una situación jurídica subjetiva, y; su finalidad, es la satisfacción del interés general.

b.-) El Acto Administrativo y el Acto de Administración.

Por lo que se ha demostrado a lo largo de este opúsculo, la confusión en la terminología de la materia que nos mantiene ocupados es por demás frecuente. El aspecto que se refiere a los actos de administración propiamente dichos y los actos administrativos no podría quedar como apostilla; la actividad administradora como función del Estado implica los fenómenos de la decisión y de la operatividad, siguiendo un camino que la legislación previamente le ha señalado; hacer administración, por otra parte, es encausar la actividad que se trueca en actos jurídicos

y que decide los deberes y las facultades de la ontología pública y el individualismo privado, es materialidad, es cierre de -- circuito, es cumplimiento final particularizado de la voluntad -- legislativa impersonal, abstracta, general y uniforme.,

" La actividad de la Administración, como toda actividad humana comprende dos vías: la de la decisión y la de la operación; administrar, es a la vez, hacer los actos jurídicos que -- fijan los derechos y las obligaciones respectivas de las personas públicas y de los particulares, y cumplir la masa de las -- operaciones tanto materiales, como intelectuales que exige la -- satisfacción del interés general," ^{*(57)} Lo que quiere decir -- que la dicotomía existente entre un acto administrativo y un -- acto de administración estriba en la formalidad de las actuaciones en el primero, incluyendo el interin^o y el fin, tal como se propone en el anuncio de concepción que se hizo en el punto anterior.

" Las operaciones administrativas son múltiples y uniformes, sea que ellas preceden y preparen las decisiones (estudios previos), sea que ellas constituyen la ejecución, y más ampliamente, la realización del servicio. Pero, cualquiera que sea su

* (57) RIVERO, JEAN, Droit Administratif, Citado por Serra Rojas A. ob. cit., T. I, pág. 229.

importancia práctica, su papel permanece secundario: si ellas pueden dar nacimiento a obligaciones, es de manera indirecta, por ejemplo causando un daño que abre un derecho de reparación a provecho de la víctima, frecuentemente, ellas son la ejecución material de obligaciones preexistentes. El acto jurídico de la administración, al contrario, es como todo acto jurídico, un acto de voluntad destinado a introducir un cambio en las relaciones de derecho que existen en el momento en que ella interviene, o mejor a modificar el ordenamiento jurídico." *(58)

Lo dicho: atendida la noción que se ha dado del acto jurídico de la autoridad administradora, éste siempre encarnará una modificación en el universo jurídico del administrado. Un acto de administración así englobe operaciones administrativas, se dirigirá a materializar la labor administradora, ignorante, por definición de la entidad de derecho.

c.-) Actos no Administrativos

Vuélvese obligatorio ahora, enunciar aquellas actuaciones, que aunque vertidas por un órgano administrativo genéricamente considerado, no son actos administrativos in substratum: Primero, no son actos administrativos, los actos de gobierno o

*(58) Ibidem.

actos relacionados con la ciencia política que son productos - de la política del Estado y la conformación de los órganos de derecho público.

" Un tríptico tradicional se ha establecido en la Constitución mexicana: a) un régimen de garantías individuales, combinadas con los derechos sociales.

"b) Un sistema de limitación del poder público dentro de un círculo de facultades expresas.

"c) Un procedimiento democrático para la formación del Gobierno, constituido por tres poderes independientes."*(59)

Esto significa que la política, en cuanto es posible, -- queda desvinculada de la afectación del orden normativo. Es -- cierto que aún la política queda supeditada a la regla de derecho, pero también es cierto que el régimen de derecho ordena la regla política, limita el poder público en los actos políticos y de gobierno y enseña el procedimiento democrático de sus administradores.

Segundo, los actos políticos, como emanados de seres del poder ejecutivo, llamado comúnmente Gobierno, tales como los -- electorales, las relaciones de cancillería, el cartograma castrense, gobernación, y los que como los anteriores, en estricto sentido, no quedan sujetos al control de la jurisdicción.

*(59) OLIVERA, TORO, JORGE. Ob. cit., pág. 71.

Tercero, obviamente las actividades legislativas y jurisdicentes alcanzadas por el ejecutivo, aunque formalmente queden como injertos de los actos administrativos, por las razones que anteriormente se han desenvuelto y que en incesidad de reiteraciones remito a ellas.

Cuarto, los actos de la administración que se someten a la potestad del derecho común, entre los que hay que destacar el contrato administrativo y los actos jurídicos de los administrados en contrapartida con la unidad administradora quedan excluidos.

Quinto, las actuaciones de los particulares que son resultado de la singularización de una ley de derecho administrativo, quedan fuera del programa, así como los actos materiales que no producen ninguna consecuencia jurídica.

d.-) Clasificación de los Actos Administrativos

El acto administrativo presupone una expresión de voluntad de la administración; si no hay tal declaración de voluntad se encontrará frente a un hecho administrativo. Pero la declaración de voluntad, puede ser tácita, como ocurre frecuentemente, en los casos en que el silencio administrativo tiene valor de pronunciamiento ficto. (Confesión Negativa ficta). De lo que se deduce que: " acto administrativo es toda declaración

unilateral de voluntad de la administración, que produce efectos jurídicos. *(60)

Toda manifestación de la administración pública, con consecuencias de derecho, estructura una declaración de voluntad. " Es indiferente que produzca efectos jurídicos externos o solamente internos, que constituyan negocio jurídico o mero acto administrativo que sea acto preparatorio o definitivo, etc. Todas son declaraciones de voluntad de la administración, aunque sus efectos y su régimen jurídico pueda ser diverso". *(61)

Estableciéndose de lo anterior, que los actos administrativos se han clasificado y se siguen clasificando desde diversos puntos de vista, según sea la base que se tome en su consideración. Dichas clasificaciones, desde luego, no pueden considerarse excluyentes, sino que las mismas se complementan unas a otras, exponiendo luego las más representativas propuestas por la doctrina. Así tenemos que hay actos administrativos preparatorios y definitivos, los primeros son aquellos que se otorgan para la realización material de un acto principal ulterior, siendo éstos la estructura que necesariamente antecede al acto

*(60) SAYAGUES LASO, ENRIQUE, Tratado de Derecho Administrativo Talleres Gráficos Barreiro y Ramos, S.A. T.I., Cuarta Edición, puesta al día por el Dr. Daniel H. Martins; Montevideo 1974. pág. 388.

*(61) Idem. pág. 389.

principal que emanará del primero. El segundo, es el que efectivamente produce el efecto requerido. Es la voluntad administrativa en esencia. " Como generalmente es la única declaración de voluntad, pues no requiere actos preparatorios ni complementarios, se le denomina simplemente acto administrativo." *(62)

En concordancia con este último, se generan los actos de ejecución, que son aquellos que se dictan para dar cumplimiento al acto principal, ejecutándose de ordinario, mediante hechos y operaciones materiales, pero excepcionalmente se requiere de otros actos administrativos posteriores.

Partiendo de lo anterior podemos encontrar otra sub-clasificación de los actos administrativos, atendiendo a la manifestación de voluntad de la administración, en unilaterales o plurilaterales, y designados por la doctrina también como simples y complejos; simple es aquel acto administrativo cuando la declaración de voluntad emana de un solo órgano; compleja cuando la voluntad se encuentra en concurso para su formación, de la intervención de dos o más órganos.

" Desde el punto de vista de las voluntades que intervienen en el acto administrativo, encontramos actos unilaterales como manifestación de una sola voluntad y actos plurilaterales, formados por el concurso de varias voluntades." *(63)

*(62) Idem, pág. 392

*(63) OLIVERA TORO. JORGE. Ob. cit., pág. 148.

Dentro de los actos complejos, cabe separar a los actos contractuales, denominados ordinariamente contratos, ya que en estos las voluntades creadoras del acto persiguen coincidentes fines, encontrando en los actos administrativos clasificados - de acuerdo a la voluntad, actos colectivos, complejos y de -- unión, los cuales por sí mismos se explican.

Suele distinguirse a los actos administrativos en función de su radio de acción en externos e internos, en tanto que produzcan sus efectos únicamente en el ámbito de la administración, denominanse internos, cuando trascienden fuera de ella se denominan externos. " Los primeros son lo que proyectan sus efectos fuera del ente público, es decir, sobre otros sujetos de derecho (3); los segundos, los que tienen únicamente trascendencia interna, dentro de la persona pública a que pertenece el órgano que lo dictó." *(64)

En la primera categoría se pueden considerar, todos los actos con la aplicación y funcionamiento del estatuto de los -- empleados públicos, así como la reglamentación de los actos y -- procedimientos de administración interna. Los actos externos -- son todos aquellos por los cuales se realizan las funciones del estado y que trascienden y afectan a los particulares, sean personas privadas, físicas o jurídicas e incluso personas públicas. El acto de un ente público que afecta a otro similar, es metamente externo; para que éste fuese interno tendría que relacio-
*(64) SAYAGUES LASO, ENRIQUE. Ob. cit. T.I., pág. 396.

nar dos órganos del mismo ente.

La administración pública desarrolla siempre su actividad bajo el manto de la norma jurídica, pero varía la proporción - en que limita dicha actividad. En algunos casos se encuentra - precisada con exactitud lo que debe hacer el órgano administrativo, otras veces los órganos administrativos se mueven con libertad, ya que la ley no especifica o en último caso determina, lo que deben hacer en los actos concretos, clasificando la doctrina a los primeros como actos reglados o vinculados y a los segundos como discrecionales. En el acto discrecional la ley - les concede poder jurídico y fija las líneas generales de su - acción futura.

El acto reglado, constituye la mera ejecución de la ley - en esta clase de actos, la ley determina exactamente la autoridad competente para actuar, si ésta misma debe y puede actuar y cómo hacerlo, estableciendo en definitiva los lineamientos - de la actividad administradora. El acto discrecional se genera cuando la norma jurídica deja a la administración el libre albedro de apreciación para decidir si se abstiene o concede, cómo y en qué momento debe hacerlo, facultad de decidir a su criterio.

" Por el contrario, el acto discrecional tiene lugar cuando la ley deja a la administración un poder libre de apre---

ciación para decidir si debe de obrar o abstenerse, o en qué momento debe obrar, y cómo debe obrar, o en fin, qué contenido va a dar a su actuación." *(65)

Al concederse por el ordenamiento jurídico facultad discrecional a la autoridad encargada de realizar un acto, tal facultad se refiere más que a la realización del acto en su totalidad, solamente aparte de los elementos del mismo. De esta manera ocurre que la ley otorgue facultad discrecional para determinar si existe motivo que provoque la intervención de la autoridad, pero que desde luego, obliga a éste a realizar un acto determinado, por lo cual la doctrina insiste en manifestar que no existe una línea perfecta entre el acto obligatorio y el acto discrecional.

Por último y atendiendo al contenido del acto administrativo, la doctrina clasifica a los mismos como actos que aumentan las facultades de los particulares subdividiendo éste en actos de admisión, concesión, autorización y dispensa; así como en actos destinados a limitar los derechos de los particulares, encontrándose dentro de estos las sanciones, la expropiación, la ejecución forzosa de obedecer las disposiciones de la administración, las órdenes administrativas, llamándose estas últimas, según sea el caso, mandatos o prohibiciones y finalmente un tercer grupo que se refiere a las manifestacio-
*(65) FRAGA.GABINO...Ob. cit., págs. 241 y 242.

nes de reconocimiento, entendiéndose por ellas a las certificaciones, el registro y las notificaciones.

En lo tocante a la admisión, como acto que aumenta las facultades de los particulares, es aquella que tiene por objeto permitir que una persona entre a formar parte o tenga acceso a una institución, para que participe de los derechos, ventajas y goces de algún servicio público. " Acto de admisión - (6) es el que tiene por objeto introducir una persona en un -servicio, institución o categoría especial, atribuyéndole los derechos y obligaciones que establece el régimen jurídico propio de aquellas." *(66)

La concesión considerada como elemento de contenido en la clasificación de los actos administrativos, es un acto por medio del cual se confiere a una persona, extraña a la admnistración, una nueva condición jurídica, esto es, implica la subrogación de las facultades de gestión o disfrute de la cual la administración pública es su eminente titular. " Posiblemente: la especie de acto administrativo que plantea una problemática más jugosa y de mayor trascendencia para la teoría general de derecho público, esté constituida por las concesiones. .. *(67)

*(66) SAYAGUES LASO. ENRIQUE. Ob. cit. T.I., pág. 419.

*(67) OLIVERA TORO, JORGE. Ob. cit., pág. 152.

En lo que respecta a la autorización, licencia o permiso, la misma se diferencia de la concesión, en que estas no determinan la generación de un nuevo derecho a favor del receptor, sino solamente la remoción de un obstáculo, jurídico, que posibilita el ejercicio de un derecho. Y la dispensa o con donación, son aquellos actos administrativos que exoneran a una persona del cumplimiento de una obligación establecida en una norma jurídica, o de una carga fiscal, en sus casos concretos.

Dentro de los actos destinados a limitar los derechos de los particulares, encontramos a las sanciones, las cuales sancionan las infracciones de la ley; la expropiación que impone coactivamente a un particular la cesión de su propiedad. -- " Por lo que hace a la expropiación por causa de utilidad pública, debemos decir que constituye un acto por medio del cual el Estado impone a un particular la cesión de su propiedad mediante ciertos requisitos, de los cuales el principal es la -- compensación que al particular se le otorga por la privación de esa propiedad," *(68); así como la ejecución forzosa que obliga a los particulares a obedecer las disposiciones de carácter administrativo; y las órdenes administrativas, que imponen al administrado la obligación de dar, hacer o no hacer, de nominándose en cada caso prohibiciones o mandatos.

*(68) FRAGA. GABINO. Ob. cit., pág. 194.

En lo tocante a las manifestaciones de reconocimiento - como elementos de contenido de los actos administrativos tenemos a las certificaciones, que consisten en los actos por los cuales el órgano de administración, afirma o confirma la existencia de un acto o un hecho realizado dentro de la propia administración, asimismo como manifestación de reconocimiento en contramos el registro, que es el acto mediante el cual el órgano de administración, asienta en la forma prescrita por la norma jurídica, determinados actos y cuya realización se requiere constatar en forma incuestionable. No contiene el acto ninguna disposición, nada funda ni modifica, son instrumentos exclusivamente probatorios y dada su calidad pública es verdad legal. Como colofón tenemos a las notificaciones, que son los actos - por los cuales se da a conocer a los interesados las resoluciones o determinaciones del órgano de administración.

Largo sería pretender exponer todos y cada uno de los - criterios doctrinarios de clasificación de los actos adminis--trativos, se hanpropuesto en este apartado únicamente los más representativos; los cuales considero son suficientes para fundamentar el ulterior desarrollo de este trabajo.

2.- Elementos del Acto Administrativo.

La doctrina jurídico administrativa, ha intentado fijar

los elementos del acto administrativo, y en esta materia no ha existido acuerdo doctrinal, por mi parte señalaré como elementos del acto administrativo los siguientes, sujeto y competencia, manifestación de la voluntad administrativa, objeto del acto administrativo, motivo, elemento teleológico del mismo y la forma del acto, aclarando desde luego que no son ellos todos los elementos contemplados por la doctrina, pero sí son los más abordados por la misma y de los cuales, aún parcialmente son esbozados por las distintas corrientes jurídicas, en lo referente a los elementos del acto administrativo.

a.-) Sujeto. y Competencia.

El sujeto del acto administrativo, es el órgano de la administración que lo realiza. En su carácter de acto jurídico el acto administrativo requiere ser realizado por quien tiene aptitud legal. De igual forma que los actos jurídicos requieren una capacidad especial para ser realizados, asimismo, se requiere la competencia del órgano del poder público que lo ejecuta.

" La competencia en derecho administrativo tiene una significación idéntica a la capacidad en derecho privado; es decir, el poder legal de ejecutar determinados actos. Constituye la medida de las facultades que corresponden a cada uno de los órga-

nos de la administración." ^{*(69)} . No obstante este significado idéntico existe entre la competencia del derecho administrativo y la capacidad del derecho civil, las substanciales diferencias siguientes: primeramente la competencia requiere siempre y en todo caso una ley específica para que pueda existir, en tanto que en el derecho civil la capacidad es la regla y la ausencia de ésta es la excepción, ello es en el derecho administrativo rige el principio de que la competencia debe justificarse siempre y en todo caso; la segunda diferencia se encuentra en que la competencia administrativa en tanto sea de ejercicio es obligatoria y en la privada es potestativa, esto es, sucede que la ley al establecer la competencia, determina las especiales condiciones en que debe ejercitarse, o bien que dé libertad de apreciación respecto a la oportunidad de su ejercicio, Una característica más es la de que la competencia en su mayoría se encuentra dividida entre varios órganos, de tal suerte que para la creación de un mismo acto jurídico intervienen varios de ellos, y por último se señala el del que ella, - la competencia, no se puede renunciar ni ser objeto de pacto - que comprometa su ejercicio.

En resumen, el sujeto del acto administrativo, es el órgano que formula la declaración de voluntad, dicho órgano cuenta con una competencia, la cual constituye el conjunto de facultades

^{*(69)} FRAGA, GABINO: Ob. cit., pág. 285.

tades del mismo, las cuales requieren siempre un texto expreso de la ley para que puedan existir, siendo obligatorio su -- ejercicio puesto que no es renunciable, ni puede ser objeto de pactos que comprometan tal ejercicio, toda vez que la competencia es constitutiva del órgano que la ejerce y no un derecho particular del titular del propio órgano.

" El acto debe emanar de la administración, es decir, de un órgano estatal actuando en función administrativa (véase -- supra, No. 4). Esto significa que son actos administrativos no solo los que dictan los órganos de administración, en el doble aspecto orgánico y funcional, sino también los emanados de los órganos legislativos y judiciales cuando ejercen actividad administrativa (V. supra No. 217). Por igual razón, a la inversa no son actos administrativos los actos jurisdiccionales que a veces dictan los órganos de administración". *(70)

Con lo cual se establece en definitiva el sujeto del - acto administrativo, la competencia emanada del texto expreso de la ley, la obligatoriedad de la misma, la fragmentación de los órganos, su irrenunciabilidad y la detertación del órgano en su ejercicio, siendo suficientemente diáfano, por lo que - procedo al desarrollo del siguiente punto.

*(70) SAYAGUES LASO, ENRIQUE. Ob. cit. T.I. pág. 432.

b.-) Manifestación de la Voluntad Administrativa.

La exteriorización de voluntad es elemento esencial del acto jurídico, ya que el efecto jurídico es deseado y requerido por el sujeto administrativo, la existencia de la voluntad estatal se exterioriza mediante una declaración expresada en las formas legales. " Aunque el acto administrativo se aprecie a través de esa declaración, lo esencial es la voluntad real del órgano administrativo. De ahí que si hay discordancia entre la voluntad real y la declarada (2), el acto resulta viciado, pues la que vale es la primera (3). En ese caso corresponderá rectificar el acto para ajustarlo a la voluntad real, salvo que medien obstáculos legales para hacerlo y sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar." *(71)

Todo acto administrativo se forma con una conducta voluntaria del titular investido de las funciones del órgano, sin encontrarse viciada, por ello es elemento del mismo la manifestación de voluntad, exenta de error, dolo o violencia. El error consiste en la discordancia entre el acto y el fin deseado. La violencia en la coacción física o moral realizada en el receptor del poder estatal. El dolo en las maquinaciones efectuadas para producir un acto contrario a las disposiciones normativas.

" En la mayor parte de las leyes que regulan el funcio-

*(71) SAYAGUES. LASO, ENRIQUE. Ob. cit. T.I., pág. 434.

namiento de la administración, no se contienen disposiciones que fijen los caracteres de la voluntad para que puedan dar nacimiento a un acto jurídico; pero es indudable que el concepto mismo de este acto supone necesariamente la existencia de una voluntad no viciada." *(72)

La voluntad del sujeto, que es el elemento esencial para el nacimiento de un acto jurídico privado, " sufre en el derecho administrativo una inversión total pues es necesario que el sujeto estatal presupueste la causa de su actividad en una norma, para que tenga existencia el acto administrativo. En lugar de la voluntad natural, la juridicidad de una norma que hace de causa creadora. El contenido de la causa creadora, es distinto al que rige en el derecho privado, pues en éste basta la voluntad para crear.² mientras que en el derecho administrativo se justifica la validez del acto." *(73)

Por constreñirse a elementos eminentemente similares, a la manifestación de la voluntad en el acto jurídico, para su consideración me permito remitir a lo expuesto en el capítulo correspondiente, en el apartado específico dedicado a la manifestación de la voluntad, como elemento esencial del acto jurídico.

*(72) FRAGA, GABINO. Ob. cit., pág. 286.

*(73) FIORINI, BARTOLOME A. Teoría Jurídica del Acto Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, República Argentina, 1969 pags. 81 y 82..

c.-) Objeto del Acto Administrativo.

El objeto del acto administrativo, es en lo que consiste específicamente la declaración de voluntad administrativa, establece la substancia del acto jurídico y sirve para distinguir un acto de otro, como los casos de la requisa, la multa o la concesión. " El objeto del acto administrativo se encuentra en relación directa con la llamada causa categorial o causa de terminante y puede manifestar la creación inmediata de normas jurídicas, o un juicio, o una prestación administrativa o una certificación del cumplimiento de obligaciones." ^{*(74)} Es la relación jurídica que crea el contenido del acto, de tal forma que objeto y contenido se encuentren identificados, es el resultado práctico que el órgano se propone conseguir a través de su voluntaria acción.

" Parte de la doctrina estudia el objeto del acto administrativo como un elemento con individualidad propia, afirmando -- que debe ser cierto, determinado y lícito (4). Sin perjuicio de compartir esa opinión en cuanto establece tales características del objeto del acto, parece más acertado considerar que ese elemento está comprendido dentro del contenido." ^{*(75)}

Todo aquello que pueda formar objeto de relaciones de derecho público puede serlo de los actos administrativos. " En ---

*(74) Idem. ob. cit. pág. 119

*(75) SAYAGUES. LASO, ENRIQUE. Ob. cit. T. I., pág. 444.

otros términos, un acto administrativo estará legalmente motivado cuando se ha comprobado la existencia objetiva de los antecedentes previstos por la ley y ellos son suficientes para provocar el acto realizado." *(76)

En tal concepto el objeto del acto administrativo debe ser posible, lícito y determinable, en estos conceptos nuevamente me permito retrotraerme a la exposición formulada a su similar del acto jurídico.

d.-) Motivo

El elemento del acto administrativo, denominado motivo, surge al panorama administrativo, como un mandato establecido por nuestra carta magna al ordenar que " nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento por escrito de autoridad competente, que funde y motive las causas legales del procedimiento..." (*), esto es, el razonamiento lógico mediante el cual se genere la causa en que se funda dicho mandamiento, el motivo es luego entonces, el antecedente que provoca y funda la realización del acto administrativo. " Un acto administrativo se integra con tal elemento cuando existe previa y realmente una situación legal o de hecho; cuando esa situación es la prevista por la

*(76) FRAGA. GABINO. Ob. cit., pág. 287.

(*) Artículo 16 Constitución General de la República.

la ley para provocar la actuación administrativa y cuando el acto particular que se realiza es el que la misma ley ha determinado." ^{*(77)} O resumido en otros términos, un acto administrativo se encontrará legalmente motivado cuando se ha comprobado previamente la existencia objetiva de los presupuestos -- previstos por la norma y ellos fueren suficientes para generar el acto realizado.

" Al revés de lo que ocurre con los particulares, que se mueven bajo el principio de libertad y deciden como quieran mientras no vulneren una norma jurídica prohibitiva, los órganos de administración actúan para el cumplimiento de los fines que el derecho objetivo establece y de conformidad con las reglas de fondo y de forma. Los órganos de administración están, pues, en una situación de deber, para cumplir la cual el derecho les asigna determinados poderes jurídicos." ^{*(78)} Derivando de ahí que la administración pública no pueda actuar caprichosamente, sino que debe de hacerlo, en consideración de las circunstancias de hecho y de derecho correspondientes.

Desde luego debe existir siempre y en todo caso, como elemento del acto administrativo, una relación inmediata de causalidad, entre la declaración y las razones que determinen

^{*(77)} FRAGA. GABINO. Ob. cit., pág. 287.

^{*(78)} SAYAGUES. LASO, ENRIQUE. Ob. cit. T. I., pág. 447.

el acto administrativo.

e.-) Elemento Teleológico del Acto Administrativo

Entendida la teleología del acto administrativo como elemento o causa final del mismo, que en esencia es la utilidad pública, de suerte que no puede seguirse en el acto administrativo sino un interés de un fin público, no una finalidad extraña a las que enuncie la ley y más aún, tampoco otro fin que aquel concreto, que dada su naturaleza misma y condiciones impone el acto. " El fin público es confundido con interés público aunque son expresiones distintas, pues el primero expresa el concepto teleológico de una actividad pública mientras que el segundo se refiere a su contenido u objeto. El fin público expresa una relación lógica siempre genérica e incondicionada, mientras que el interés público es substancialmente su contenido que sufre recondicionamiento manifestándose en diversas formas y sobre bienes distintos." *(79)

Como anteriormente quedó asentado en el apartado respectivo al motivo del acto administrativo, el órgano administrativo se ubica en una situación de deber, para cumplir la asignación prevista por el derecho de determinados poderes de incontinencia jurídica, por lo tanto al ejercer los referidos poderes, han de orientarse por el fin propio del servicio a su

*(79) FIORINI. BARTOLOME A. Ob. cit., pág. 71.

cargo, despojándose de toda idea extraña que pueda desorientar su línea de conducta, por lo cual todo acto administrativo debe tener una finalidad propia del servicio este requisito debe constituirse como elemento esencial del acto.

" No puede darse una fórmula genérica acerca de lo que es el fin de la actividad administrativa, pues varía de un servicio a otro. La determinación debe hacerse en cada caso de -- conformidad con las reglas establecidas por el legislador." - *(80).

Por lo que se puede establecer que la teleología del acto jurídico es perseguir al interés general que queda incurso dentro de la competencia del agente que realiza el acto, lícito, perseguible por medio de los instrumentos que la ley establece y no por ningún otro medio, ya que de ser así se degeneraría la finalidad del acto, como elemento supremo del mismo.

f.-) La forma del Acto Administrativo.

Constituye la forma, el elemento extremo que integra al acto administrativo, en ella se comprenden todos y cada uno de los requisitos de carácter extrínseco que la ley establece como necesarios para la expresión de la voluntad que engendra la decisión del órgano administrativo." La forma es el conjunto - *(80) SAYAGUES LASO, ENRIQUE. Ob. cit. T.I., pág. 449.

de las prescripciones de la ley respecto a las solemnidades - que deben observar al tiempo de la formación del acto jurídico." *(81)

La formalidad en el derecho administrativo tiene el carácter de solemnidad necesaria para la existencia del acto, en tanto que dicho elemento constituye una garantía de la regularidad de la actuación administradora, más aún considerando que la formalidad genera, con la determinación de la competencia, la principal condición en el ejercicio del poder administrativo.

" El derecho moderno se liberó del formalismo siempre - que se revelara de alguna manera la existencia de la declaración de voluntad, pero que ello no quiere decir que hubiera -- perdido su importancia ya que existen determinados actos que - requieren para su eficacia jurídica, una solemnidad especial, una forma determinada. En los actos administrativos, esa forma es la escrita. La ley positiva señala en cada caso la forma -- que debe revestir el acto, cuando ello sea requisito para su - eficacia jurídica. " *(82) La forma del acto administrativo, - puede ser oral o consistente en actos materiales, generalmente se plasma en forma escrita y llega a ser una garantía constitu

cional, en términos del referido artículo 16 Constitucional, -

*(81) ORTOLAN. Generalidades del Derecho Romano, citado por - Fiorini Bartolomé, ob. cit. pág. 121.

*(82) OLIVERA TORO; JORGE. Ob. cit. pág. 134.

cuando el acto implica la afectación de un derecho o una imposición obligatoria.

g.-) El Silencio de la Administración Pública.

El silencio administrativo es un hecho, al cual la ley le otorga determinadas consecuencias jurídicas, este silencio consiste en una abstención de la autoridad administrativa para dictar un acto previsto por la ley, y que tiene como nota esencial la ambigüedad, que no autoriza a presumir que dicha autoridad ha adoptado una actitud afirmativa o negativa.

" Para que haya silencio administrativo, es decir, para que la inactividad de la administración en resolver una cuestión de su competencia produzca efectos jurídicos, es necesario que un precepto legal así lo establezca. En este punto las declaraciones jurisprudenciales son concluyentes y no dejan lugar a duda. Así la jurisdicción de agravios ha declarado que el silencio administrativo consiste en la atribución, por disposición general, de un valor concreto al defecto de pronunciamiento expreso de un órgano ante una pretensión que exige una decisión del mismo, sin que, por ende, pueda verse la institución en ausencia de tal disposición general determinadora del sentido del silencio." *(83)

*(83) GARRIDO FALLA, FERNANDO, " La llamada doctrina del silencio administrativo." Revista de Administración Pública, Número 16, Madrid, España. 1951., pág. 88.

Se afirma que hay silencio administrativo, en tanto que una autoridad de este género, no resuelva concretamente una petición, siendo una denegación del derecho reclamado a la autoridad, pero no siempre ocurre esto ya que: " Hay numerosos casos en que la autoridad administrativa no esta obligada a informar a los particulares de sus actos porque así puede exigir lo la seguridad, la tranquilidad y los intereses públicos."*(84)

queda expresado que el silencio administrativo debe entenderse pura y llanamente como una presunción legal, de lo contrario se prestaría a enredadas interpretaciones puesto que: " Analizando la cuestión en el plan estrictamente doctrinario, creemos que el silencio de la administración no puede considerarse como decisión ficta en ningún sentido, ni aprobatoria ni denegatoria, salvo que textos expesos le atribuyan un significado especial." *(85) En mi concepto, su aplicación, no genera una voluntad pública, sino una ficción jurídica, ya que en el fondo del denominado silencio administrativo encontramos una falta de respuesta, lo que es en todo caso una ilegalidad en el aspecto formal y también de acuerdo con el sentido que se le da a la presunción, pudiera producirse una ilegalidad de fondo, si con este sentido se le diera la presunción, lesionando el interés particular afectado, estas consideraciones tendrían

*(84) SERRA ROJAS, ANDRES. Ob. cit., T. I., pág. 389.

*(85) SAYAGUES LASO, ENRIQUE. Ob. cit., T. I., pág. 437.

valor y fuerza, si al silencio se le diera un significado positivo, esto es si se considera que la petición del particular se aceptó por la administración, en efecto, en este caso la voluntad de la administración sería substituída por la del petionario, de tal suerte, la actividad del ente público quedaría a disposición de los particulares, la que desde luego constituiría una aberración jurídica.

3.- Efectos del Acto Administrativo.

Para que pueda producir todos sus efectos el acto administrativo, es indispensable que reúna todos sus elementos legales, a través del procedimiento administrativo. Al adquirir obligatoriedad el acto administrativo, ofrece las siguientes características: la irretroactividad, la revocabilidad, la ejecutoriedad y la presunción de legitimidad; este acto contiene los elementos necesarios para su debido cumplimiento, esto es, desde luego puede ser puesto en ejecución, ya que determina los derechos y obligaciones de las partes a que se refiere, -- así como todos los demás elementos de tiempo, lugar y condición, de lo cual se desprende que el acto ejecutivo lleva siempre implícita su fuerza de ejecución y acto ejecutorio, que es lo que por sí mismo, es ejecutivo.

" En la doctrina contemporánea, se funda esta ejecutoriedad del acto administrativo particularmente en dos razones:

una derivada de la urgencia de las necesidades sociales que la administración debe atender y que no permitiría la demora de - un juicio previo, y la otra que es la segunda de las notas dis tintivas de que antes hablábamos: en la presunción de legitimi dad del acto administrativo." *(86)

El acto administrativo surte sus efectos desde el momento de su expedición, siempre que no contenga alguna condición que lo retarde, posponga o en su caso suspenda, como su publica ción, aprobación del superior, notificación, o en concreto es tar sujeto a alguna modalidad o en su caso que afecte algún in terés particular reconocido con anterioridad, en tal caso el ac to no produce sus efectos sino hasta entonces que alcance su -- perfeccionamiento jurídico y en concordancia su eficacia." El - efecto no es sino la consecuencia, el resultado, la reacción, - de un hecho o una conducta legalmente regulada y subordinada a su finalidad." *(87)

En consecuencia un acto administrativo perfecto es aquel que se genera previo el agotamiento del procedimiento necesario para su existencia jurídica y es eficaz en cuanto ningún obstá- culo se opone al despliegue de sus efectos, y por tanto, a su - ejecución. " El acto administrativo se considera perfecto ----

*(86).- CARRILLO FLORES, ANTONIO, La defensa jurídica de los par ticulares frente a la administración pública. Porrúa Hnos. y -- Cía. México, 1939. Segunda Edición, pág. 75.

*(87).- SERRA RÓJAS. ANDRES. Ob. cit. T.I., pág. 286.

cuando se han cumplido todos los requisitos de procedimiento y de forma establecidos (4). Puede no haber emanado del jerarca, si el órgano subordinado tenía competencia para dictar el acto. Tampoco se requiere el agotamiento de los recursos administrativos, que tienden a obtener el pronunciamiento definitivo de la administración". *(88)

Resultando que, el acto administrativo da origen a su vigencia al momento de ser emitido por la autoridad administrativa, o en el plazo señalado por la norma; sin embargo, debe recordarse que si tal acto afecta intereses particulares, el mismo debe ser previamente notificado al perjudicado y a partir de ese momento, en el cual el acto es oponible, al cumplirse con todos los requisitos de legalidad y en tanto no se declare su invalidez, será jurídicamente válido. De tales suertes: Un acto jurídico es válido en cuanto que sin oponibilidad expuesta, se demuestra el colmo legal; un acto jurídico es eficaz -- cuando sus efectos se cumplen en el rigor de la voluntad administrativa. Validez es a contenido, como eficacia es a estructura.

a.-) Derechos y Obligaciones de las partes.

A distinción del derecho civil, en tratándose de los actos administrativos, se puede afirmar con certeza, que el prin

*(88) SAYAGUES LASO, ENRIQUE. Ob. cit. T.I., pág. 486.

cipio que regula sus efectos es distinto u opuesto, es decir que la regla general es que las situaciones jurídicas creadas por el acto administrativo son oponibles a todas las personas sin excepción (en el derecho administrativo, el Estado realiza actos tendientes a la satisfacción de las necesidades colectivas, al cual no se podría llegar si sus actos no pudieran oponerse a todos los miembros de la colectividad) pero sin embargo esta regla conlleva su excepción, en tanto que -- existen derechos particulares que la administración se encuentra obligada a respetar o que solo puede afectar mediante el cumplimiento previo de ciertos requisitos, de tal forma que, cuando realiza un acto administrativo, el mismo es oponible a todos, en tanto observe el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para afectar el derecho.

Dicho en otras palabras, el acto administrativo no puede transgredir derechos anteriormente adquiridos, generados por otro acto o por un derecho público especial o de otro orden normativo, desprendiéndose de aquí el concepto de tercero en el derecho administrativo, esto es, la persona a quien no es oponible un acto de autoridad, siendo dicho derecho un motivo de limitación de la actividad administrativa.

" El tercero es una parte ajena a los actos que realiza

el autor, por consiguiente, no puede recibir ni perjuicio ni beneficio del propio acto".*(89) De lo cual resulta que la definición de tercero en materia administrativa, es decir, de sujeto a quien no es oponible un acto administrativo, comprende al particular que tiene un derecho, de cualquier género, que puede resultar lesionado con la ejecución del acto, siendo por lo mismo, el citado derecho, un motivo de limitación de la actividad administradora. Ahora bien, la tendencia actual del Derecho Administrativo, es que en el procedimiento administrativo participen no sólo quienes lo inicien, sino que serán llamados a participar en él los terceros, cuyos intereses o derechos puedan resultar afectados con la emisión del acto administrativo.

b.-) Presunción de Legitimidad.

Una vez que el acto administrativo cumple con todos los elementos de validez y eficacia, en relación con la norma aplicable, se puede afirmar que estas circunstancias fundan la presunción de su legitimidad, ello es, nos encontramos en presencia de un acto de la administración pública subordinado estrictamente en la ley, la presunción de legitimidad del acto administrativo, no es otra cosa más que la tolerancia legislativa que inviste de "legalidad" al quehacer administrador, pues --

*(89).- SERRA ROJAS, ANDRES. Ob. cit. T.I., pág. 288.

debe presumirse siempre, que el acto realizado en todo caso se encuentra subordinado estrictamente a la norma jurídica y que el mismo ha reunido todos sus elementos de existencia, - validez y eficacia, aún cuando ello no sea cierto, pues en - tanto no sea impugnada y determinada su ilegitimidad, subsis- te la presunción de validez. El artículo 68 del Código Fiscal de la Federación explica pragmáticamente esta orientación li- teraria, al presumir los actos y resoluciones de las autorida- des exactoras como legales, con la salvedad de que prueben -- éstas la facticidad de los sobredichos actos y resoluciones, en caso de negativa lisa y llana, y que esta negación conlle- ve la afirmación de otro hecho, lo que equivaldría a inferir que el hecho invocado por el Soberano está conexo con otro -- que ha motivado la causa tributaria impuesta.

" La presunción de legalidad del acto y el cumplimiento de los recaudos de eficacia llevan en su seno la impronta ope- rativa de su ejecutoriedad, sin perjuicio de las impugnaciones por los vicios de irregularidad que pueda contener. La ejecu- toriedad del acto no tiene como contrapartida lógica la nuli- dad; el principio de presunción legal lo repele. Solo podrá es- tablecerse la suspensión, pues mientras el acto no se encuen- tre sancionado de nulidad por su invalidación continuará reali- zándose a través de la ejecutoriedad que lleva contenida como

acto estatal", *(90).

Y toda vez que la autoridad administrativa está obligada a dirigir sus actos en relación a la legislación administrativa, todo acto de ésta, debe estar conformado de acuerdo con el derecho, por lo cual, y en ese sentido todos los actos de la administración pública conllevan en sí mismos la presunción de su legalidad.

c.-) Publicación del Acto Administrativo.

Es verdad cotidiana que la mayor parte de los actos de la administración pública tienen por finalidad la realización del bienestar social y los fines propios del Estado, lo que realiza mediante el acto administrativo, el cual debe producir sus efectos a partir de que se cumplen todos los requisitos de su elaboración, y el contenido de los mismos, determina el modo y forma de su aplicación, por tanto, en todos los casos deben darse a conocer dichas resoluciones para divulgar su contenido y consiguientemente la acción administrativa y más aún para que el administrado tome conocimiento del resultado de su gestión, ello es, para que el mismo acto comience a generar sus efectos jurídicos y el administrado pueda hacer valer el uso de sus defensas. " La publicidad de los actos administrativos generales hacen a su cabal conocimiento por la

*(90).- FIORINI BARTOLOME A. Ob. cit., pág. 142.

colectividad; la notificación se dirige al conocimiento y al ejercicio del derecho de defensa; la circular al deber de obediencia jerárquica". *(91)

La reglamentación de la publicidad de los actos administrativos y de la publicación en general de toda norma jurídica la encontramos en el Código Civil para el Distrito Federal, - que en su artículo 3 establece: " las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el periódico oficial.

En los lugares distintos del en que se publique el periódico oficial, para que las leyes, reglamentos, etc., se reputen publicados y sean obligatorios, se necesita que además del plazo que fija el párrafo anterior, transcurra un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad". (*)

Cuando se afecte el derecho de un particular por un acto administrativo, la notificación de éste, se constituye como una formalidad del procedimiento, y en determinados casos cuando la administración se enfrenta al interés general, puede mantener la reserva que estime conveniente a efecto de evitar alarma o

*(91) Idem. ob. cit. pág. 133

(*).- Artículo 3 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

especulación. Es obligación del órgano administrativo el publicar aquellos actos de carácter general, y los actos especiales asimismo deben publicarse para poner en conocimiento la actividad que realizan con respecto a la afectación que pueden crear a los particulares, ello entendido con las limitaciones lógicas y necesarias a las cuales anteriormente se hizo referencia.

" Desde luego, deben publicarse los actos administrativos de carácter general o aquellos que la legislación española llama actos que tienen por destinatario pluralidad indeterminada de sujetos". *(92)

El acto por el cual se da conocimiento a una persona de una decisión según las formas administrativas es la notificación y ésta como cualquiera otra, debe hacerse del conocimiento de los interesados, toda otra notificación distinta puede practicarse por oficio o telegrama, e inclusive se puede implementar cualquier medio idóneo de conocimiento, y ésta puede ser personal, mediante cédula, por edictos, por telegrama o por cualquier medio que pueda hacer constancia del mismo. De lo que se puede concluir lo siguiente: los actos administrativos reglamentarios deben ser publicados, los actos administrativos individuales deben ser notificados.

* (92) SERRANO GUIRADO, ENRIQUE, " La notificación de los actos administrativos en la Jurisprudencia." Revista de Administración Pública. I.E.P. Madrid, Núm. Uno, en abril 1950, pág. 131.

4.- Acto Administrativo y Contrato Administrativo.

Los variados y complejos fines del Estado, lo impelen a la celebración de un sinnúmero de actos jurídicos entendidos ellos de derecho público y privado, necesitando la participación de los administrados y la de otros órganos públicos, imponiendo asimismo determinadas prestaciones personales obligatorias, para realizar eficazmente la administración. Estas formas de acción suelen ser en algunos casos unilaterales y en otros bilaterales, plurilaterales o contractuales, que tienen su génesis en la teoría general de las obligaciones del derecho privado, evolucionando hasta formar un órgano de conocimiento único en su género, que elabora su propia teoría.

Al actuar unilateralmente el Estado, impone su autoridad unimoda, para obtener los paleativos necesarios para la realización de sus fines, siendo ello una forma del ejercicio del poder, como en el caso del impuesto por señalar solamente a alguna, las cuales establecen una contribución obligatoria de bienes a la administración pública, siendo siempre que el acto administrativo se caracteriza por ser una declaración unilateral de voluntad de la administración.

En otra circunstancia, la acción administrativa logra el acuerdo de voluntades, entendida como la concurrencia de intereses particulares que libre y espontáneamente celebran sus contratos, guiados por sus respectivos intereses, aquí el ac-

to jurídico contractual representa la culminación del acuerdo entre las partes, denominados administración pública y particular, sobre el objeto y circunstancias concordantes con el mismo, recibiendo a cambio ventajas principalmente económicas.

Es evidente que para lograr los fines del Estado, el órgano administrativo debe realizar cuantiosos actos de esta misma naturaleza, pero no solo ella, sino que los mismos deben llegar a perfeccionarse con la concurrencia de los particulares o de otro órgano administrador, complejidad que sustrae la esencia del acto administrativo y la absorbe para convertirse en un contrato administrativo, el cual por su difícil estructuración jurídica requiere de una pronta y clara exposición, la cual se propondrá en el capítulo siguiente, no obstante me permito apuntar que la importancia del acto administrativo, estriba en ser la fuente generadora del contrato administrativo, y no solo de éste, sino en general constituye el origen mismo del quehacer administrativo.

CAPITULO CUARTO
DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

I.- El Régimen Jurídico del Contrato Administrativo.

1.- El Convenio y el Contrato Administrativo.

Establece nuestra legislación positiva civil que: " Convenio es el acuerdo de dos o más voluntades, para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y derechos." (*) Se transcribe lo anterior en virtud de que tanto en el derecho civil como en el derecho administrativo, los términos de convenio y contrato se emplean como sinónimos y se les reconoce en la misma definición, entendiéndose en tal concepto que los convenio que producen o transfieren obligaciones y derechos, asumen el nombre de contratos; luego entonces tenemos que convenio es el continente y contrato el contenido o dicho en otra forma, el género próximo es el convenio y la diferencia específica, la producción o transmisión de las obligaciones y derechos, aunque de cualquier forma los convenios y contratos civiles, tanto como los administrativos están sujetos a las mismas reglas universales.

Necesario es precisar que el derecho administrativo contemporáneo no adecúa con precisión el campo de los convenios -

(*) Artículo 1792 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

administrativos, ya que los ha transferido al plano de la administración concertada, creando convenios inter-administrativos y convenios entre la administración y los particulares, que -- no tienen el carácter de contratos; de tal suerte que dicho -- criterio sirve para valorar instituciones administradoras, tales como la concesión, la cual desde luego no debe ubicarse en esta categoría, los convenios realizados en función de la ex-propiación, así como convenios en materia fiscal en concurso - con los convenios formalizados entre la administración pública y las entidades federativas en materia de sufragio, turismo, - educación, salubridad y otros tipos de convenios que no tienen el carácter de administrativos, lo que desde luego fue previamente analizado en el capítulo tercero de este apartado, y de los cuales se estableció que no son actos administrativos propiamente dichos, y toda vez que ha quedado asentado que tanto en el derecho privado como en el derecho administrativo se utilizan como sinónimos el contrato y el convenio, pertinente es substraerme de la bagatela jurídica de distinción y enfocar -- nuestra atención a un plano más productivo, en el análisis específico del contrato administrativo, no perdiendo desde luego la proporción entre el género convenio y la especie el contrato.

Establecido lo anterior, corresponde ahora entrar de - lleno al análisis de la noción del contrato administrativo, a-

fin de poder precisar aquellas notas que en definitiva lo distinguen y le otorgan una singularidad específica en el derecho administrativo, y de lo que desde luego se apunta, que si el contrato administrativo existe como tal y tiene características propias, es porque no puede ser introducido a la figura clásica del contrato civil. " El contrato es una institución de carácter general, que corresponde a todo el derecho, aunque sea en el Derecho Civil donde ha alcanzado una aplicación más depurada, pero no por eso deja de ser una institución de derecho administrativo," *(93)

En general la doctrina se inclina a tomar en cuenta el objeto o fin que se persigue con el vínculo contractual para revestir de carácter propio al contrato administrativo, y en consecuencia se generaría el mismo cuando el fin es el servicio público o más precisamente cuando el contrato realiza directa e indirectamente un servicio público," Se ha sostenido - que si bien es necesario que el contrato esté destinado a asegurar el funcionamiento de un servicio público, ello sólo no basta y es preciso que de manera expresa las partes se hayan sometido al régimen especial del derecho público," *(94)

*[93] ESCOLA, HECTOR JORGE, Tratado Integral de los Contratos Administrativos, Volumen I; Parte General, Ediciones de Palma. Buenos Aires República Argentina, 1977. p. 99.

*[94] JESE, GASTON, Principios Generales del Derecho Administrativo T. III; citado por SAYAGUES LASO, ob. cit. págs. - 534, 535.

Para diferenciar el contrato administrativo del contrato civil, la doctrina aporta un criterio más en la clasificación de sus elementos distintivos, y ello lo es la cláusula -- exorbitante, ya que la administración siempre mantiene en los contratos de naturaleza administrativa, una posición predominante, que se manifiesta en la existencia de poderes o atribuciones que en su conjunto no son sino manifestaciones de las distintas potestades administrativas.

" En consecuencia, puede aceptarse que en todo contrato de este tipo existen, expresas o implícitas, cláusulas exorbitantes del derecho privado, lo que no significa, sin embargo, que un contrato adquiriera el carácter de administrativo por el mero hecho de que tenga incluidas cláusulas de esta naturaleza!" *(95).

En el momento de esta exposición, se requiere el apoyo de la doctrina para poder concretar la definición de contrato administrativo, para vislumbrar las características que recaen sobre los elementos que individualizan al contrato administrativo, y así tenemos que. " La especialidad de los contratos -- administrativos consiste precisamente en el objeto, en las -- obras y servicios públicos, en el interés general que implican y que obligan a someterlos a normas jurídicas especiales."*(96)

*(95) ESCOLA. HECTOR JORGE. Ob. cit. V. I., pág. 103.

*(96) ROYO VILLANOVA, ANTONIO. ELEMENTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, TOMO II, Valladolid, España, 1955. Pág. 122

Una vez apuntado lo anterior, resulta evidente que los elementos distintivos del contrato administrativo que sanjan las similitudes con el contrato civil se encuentran en el objeto o fin que se persigue con el vínculo contractual, esto es, la realización inmediata de un servicio público; además de la existencia de una cláusula exorbitante y el sometimiento a una reglamentación jurídica especial, así como algunos otros elementos secundarios, señalando desde ahora que los transcritos se erigen como fundamentales en todas las concepciones doctrinales y los cuales en este momento no se apuntan, por requerir ser analizados más ampliamente en los puntos subsiguientes, pero que desde luego quedan previamente establecidos, destacándose en avance de la consideración personal del sustentante que el elemento que básica y fundamentalmente distingue y caracteriza al contrato administrativo, lo es la referida cláusula exorbitante, como se demostrará ampliamente en su oportunidad.

a.) Régimen Jurídico Normativo del Contrato
Administrativo.

El conjunto coherente, primario, fundamental, del cual se derivan los ordenamientos que organizan un nuevo Estado, se llama Constitución -lato sensu-, y a través de este universo de normas de origen, se crea una forma nueva de relación del

Estado con la sociedad y de la Nación.

Para el cumplimiento de los fines de este nuevo ente colectivo, ya se han descrito anteriormente las actividades primigéneas que revisten la función estatal y las finalidades que se persiguen. Como consecuencia del desarrollo y consecución finalista que parte de este orden normativo de fundamento, se dotó al Ejecutivo Federal de los instrumentos de recto rfa económica que exigía la sociedad naciente.

" Se afirma que el Estado para obtener de los particulares los medios económicos y la prestación de servicios que -- a aquel requiere para cumplir sus cometidos lo hace a través de la vía imperativa, es decir, estableciendo impuestos y servicios obligatorios y gratuitos al particular. En México, ambos medios están previstos en la Constitución, artículo 31, fracción IV, y 5º; pero al mismo tiempo están limitados expresamente a los supuestos que el propio Código Político señala."*(97)

El poder coactivo de la voluntad del imperio estatal, -- empero, no es omnipotente, puesto que en ocasiones solicita -- de los gobernados su actuación para dilatar el espectro de -- sus funciones y los invita a que en forma conciente y voluntaria se alleguen a sus entidades para la realización de un sin número de colaboraciones con el Estado para que por virtud de

* (97) ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Teoría General del Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, S.A., Cuarta edición actualizada. México, 1981. pág. 489.

estímulos y convenciones se consigan beneficios mutuos entre el ente estatal y los particulares, con la distinguidísima nota de la armonización del interés colectivo.

Para el cumplimiento de todos estos predicados, nuestra Carta Magna en su artículo 90 previene que la administración pública será centralizada y paraestatal, de conformidad a la Ley Orgánica que aprueben las legislaturas y que repartirá -- los asuntos de la Federación en el ámbito administrativo atendidos por las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, dando a la vez las bases generales para su creación y la ingerencia del Ejecutivo Federal para su operación. De igual manera se describirán las relaciones entre las paraestatales y el Ejecutivo Federal y las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos. Aquí se encuentra la primitiva normativa de origen para la organización de las relaciones y las creaturas de la administración pública federal paraestatal, designación con que genéricamente se conoce la actitud empresarial-contractual del Estado con los particulares.

"El fin de la administración pública es la realización del interés general por medio de una acción desinteresada de todo propósito de lucro, que se asegura con determinadas prerrogativas que establecen un régimen jurídico exorbitante del -- privado. Los particulares, por el contrario actúan en un plano de igualdad jurídica y su finalidad es obtener un interés -

ventaja o provecho personal dentro de la tésis liberal; el régimen de la libre empresa estimula el lucro como impulso necesario de las instituciones económicas, señalando como actividades marginales los actos de filantropía o generosidad, que se analizan bajo la forma de fundaciones, asociaciones civiles o cooperación económica." *(98)

En consecuencia, y homogeneizando las concepciones que quedan transcritas en los párrafos que anteceden y concordadas con el numeral 134 de nuestro Código Político, aparece que: los recursos económicos propios de los Gobiernos Federal y Central, y sus administraciones públicas paraestatales, se administrarán con miras a satisfacer el colmo del objetivo estatal. Además: " Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones posibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento y demás circunstancias pertinentes."

De la observación de la reproducción del párrafo segundo del artículo que nos ocupa, son deducibles las siguientes aseveraciones: primera, toda adquisición, arrendamiento, enajenación, etc., se realizará a través de licitaciones públicas. *(98).- SERRA ROJAS, ANDRES. Ob.cit. T.I. pág.78.

jenación de bienes, o prestación de servicios, se hará por medio de licitación pública; segunda, este otorgamiento se llevará a término por adjudicación y mediante convocatoria pública; tercera, los particulares jurídicos y colectivos concursarán con ofrecimientos en sobre cerrado; cuarta, la proposición se abrirá públicamente, con afán de dar nitidez a las posturas de igualdad de los oferentes; quinta, todo con el objeto terminal de que se asegure el ente administrativo las mejores condiciones de precio, calidad, firanciamiento, oportunidad y todo -- aquel elemento circundante en las reglas del juego del mercado económico, asegurando siempre que: " la administración no es la única tarea del Ejecutivo, pero la administración es exclusivamente la tarea del Ejecutivo,"*(99)

De la conjugación en preminencia de los cordinales 90 y 134 de nuestro Código de Códigos, en relación con el 5º y el - 31, fracción IV de la misma norma fundamental, aparece el punto de partida de la regulación de los contratos que celebra el soberano con sus súbditos, y da origen este plexo de disposiciones a las leyes reglamentarias que inmediatamente se describen y que tienen interés para este trabajo.

La administración pública centralizada, de conformidad con la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, reglamentaria del artículo 90 del Código Político, se encuentra compuesta, en primera instancia por las Secretarías de Estado; *(99) VEDEL, Droit Administratif. Citado por SERRA ROJAS, ANDRES. Ob. cit. Ibidem.

en segundo lugar por los Organos de la Administración Pública Paraestatal o Descentralizada, entre los que destacan (artículo 46) como empresas de participación estatal mayoritaria: Las Sociedades Nacionales de Crédito, conforme a su legislación especial; la de cualesquiera otra naturaleza, incluyendo las auxiliares nacionales de crédito, como las de finanzas y seguros, siempre que: a) el Gobierno Federal, alguna o algunas entidades paraestatales, conjunta o separadamente aporten o sean propietarios de más del 50% del capital social; b) que su capital constituido incluya títulos representativos únicamente suscriptibles por el Gobierno Federal; c) que esté facultado el Gobierno Federal para nombrar la mayoría de los miembros del órgano de gobierno, su equivalente, su presidente, su director general o tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano gubernativo.

Son asimilables a estas, las asociaciones o sociedades civiles en las que la mayoría de los asociados sean dependencias o entidades de la administración pública federal o sus encargados por virtud de su trabajo, o bien se obliguen a realizar o hayan realizado las aportaciones económicas preponderantes. Son asimilables también los fideicomisos a que se refiere el artículo tercero, fracción III, es decir aquellos contruidos con la finalidad de ayudar la administración del Ejecutivo Federal en las áreas prioritarias del desarrollo.

De lo anteriormente anotado, es deducible, que son dos grandes esferas, las áreas de intervención estatal centralizada, y descentralizada para cumplir las finalidades del Estado, iniciando con dos grandes sectores: las Secretarías de Estado y el Departamento del Distrito Federal, para la administración centralizada; para la administración paraestatal, se origina la intervención del gobierno federal por medio de los institutos que han sido descritos en el párrafo que antecede inmediatamente.

Es importante destacar que, si bien y por su naturaleza propia, cada una de las Secretarías de Estado está facultada para celebrar actos y contratos administrativos; también existen Secretarías de Estado que por su esencia están más inmiscuidas en la regulación de actos y contratos administrativos, entre las que es conveniente resaltar: la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la Secretaría de Programación y Presupuesto, la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, Secretaría de Educación Pública, Secretaría de Turismo. Como puede observarse, de hecho, todas las llamadas - Secretarías de Estado que se han especificado y aún las que no se han mencionado en este párrafo, incluido el Departamento -

Central, tienen facultades para otorgar actos y contratos administrativos para el cumplimiento de sus fines.

Es decir lo siguiente: por la naturaleza propia de sus funciones, y en ocasión de asignaciones legislativas, las Secretarías de Estado, por la índole de las funciones a desarrollar específicamente, otorgan actos y contratos administrativos; empero, existen separaciones diversas de las Secretarías que otorgan actos y contratos administrativos sin más, que; de las Secretarías que conceden actos y contratos administrativos para supervisar, dirigir, vigilar dichos actos y contratos, productos de convenciones del ente soberano con los particulares, o entre las entidades de derecho público entre sí. Este es exactamente el supuesto al que se refiere el párrafo inmediato anterior.

El impulso significativo que ha merecido en la Ley General de Bienes Nacionales el organismo denominado Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, como la Secretaría que queda facultada para decidir sobre la suerte de los bienes inmuebles de propiedad federal, tanto los de dominio público como los de dominio privado, otorgando y revocando concesiones o permisos y establecer directrices para decidir toda operación relacionada con los bienes que comprenden el patrimonio nacional al tenor de los que menciona la Ley de Bienes Nacionales en sus

artículos segundo y tercero, quedando sujetos a sus disposiciones todo acto jurídico que decida en nombre de la federación por los bienes que se indican, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley de Obras Públicas, según lo previenen el artículo noveno de la Ley de Bienes Nacionales.

La ley especial que recién se ha mencionado considera a los bienes nacionales, como aquellos que son del dominio público y del dominio privado de la Unión, entendiéndose aquellos - los que son destinados al uso común, a un servicio público o a alguna de las actividades que se equiparan a los servicios públicos, o de hecho son utilizados en esas finalidades; por --- bienes de dominio privado, se entienden, por exclusión, como - aquellos muebles o inmuebles que son destinados al servicio de las distintas dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal y municipal, pasando a ser incorporadas al dominio público (artículos 4º, 57, 77 de la Ley de Bienes Nacionales).

Para establecer las características de estos bienes, y las formas de su adquisición, se estará a la ley que se comenta, en conjunto con las disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, en concordancia con la Ley de Bienes Nacionales para los inmuebles; para la enajenación y arrendamiento de es-

tos bienes y los servicios, serán de aplicarse los contenidos de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relaciones con Bienes Muebles.

Es de suponerse que el aprovechamiento de los bienes del dominio público o privado, muebles o inmuebles, y los actos y contratos jurídico administrativos realizados para la creación, modificación, reconocimiento, transmisión y extinción de derechos respecto de ellos, deberán hacerse con el seguimiento de un proceso en los términos de la Ley de Obras Públicas y de la Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, y como intervinientes, las Secretarías de Programación y Presupuesto y de Desarrollo Urbano y Ecología, en tratándose de inmuebles y según lo dispone el artículo 43 de la Ley General de Bienes Nacionales, verbigracia en su párrafo primero.

Cuando se trate de bienes de dominio privado y según las estipulaciones del Capítulo Sexto de la Ley de Bienes Nacionales, la Secretaría de Programación y Presupuesto clasificará y organizará los bienes muebles de dominio privado de la Federación, los sistemas de inventarios, su depreciación y lo relativo al procedimiento de afectación y destino final de los bienes muebles (artículo 77 de la Ley General de Bienes Nacionales).

De otro lado la enajenación se hará siempre mediante --

licitación pública, salvo el caso en que ocurran condiciones o circunstancias extraordinarias o imprevisibles, o situaciones de emergencia, no concurren tres postores como mínimo o sin capacidad legal para ofertar, o; cuando el monto de los bienes no exceda 500 salarios mínimos generales vigentes en el Distrito Federal. Hecha la salvedad en este último supuesto, el titular de la dependencia lo comunicará en un plazo que no excederá de 20 días hábiles a la Secretaría General de la Federación, cuyo valor mínimo de enajenación lo determinará la Secretaría de Programación y Presupuesto. Una vez efectuada la enajenación se cancelará el registro en inventarios y se dará cuenta a Programación y Presupuesto para los efectos legales. Quedan prohibidas las enajenaciones de estos bienes, hechas en favor de los servidores públicos, cónyuges o parientes hasta el cuarto grado o los terceros que negocien con los funcionarios o tengan vínculos privados con ellos, en cuyo caso serán causa de responsabilidad y nulas de pleno derecho. Así lo prescribe el artículo 79 de la Ley General de Bienes Nacionales.

Guarda preponderancia la relación de la Ley General de Bienes Nacionales, con la Ley de Obras Públicas, la que entiende por obra pública: todo trabajo que tenga por objeto -- crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles por su naturaleza o disposición de la Ley (artículo 2º Ley de -- Obras Públicas).

Este ordenamiento en cita tiene como objetivo regular el gasto y las acciones que se dirigen a la planeación, programación, presupuestación, ejecución, conservación, mantenimiento, demolición y control de las obras públicas ejecutadas por: unidades de la Presidencia de la República; por la Secretaría de Estado y los Departamentos Administrativos; las Procuradurías General de Justicia del Distrito Federal y la de la República; por el Departamento Central, por los Organismos Descentralizados; empresas paraestatales y los fideicomisos públicos que de conformidad con las disposiciones legales aplicables sean considerados entidades paraestatales.

Toda concentración de obra pública deberá ajustarse a los objetivos y prioridades nacionales y programas sectoriales institucionales, regionales y especiales, con observancia de las previsiones programáticas anuales y a los recursos de los presupuestos de egresos respectivos; deberán seguir acciones previas y de infraestructura, obtener coordinación entre sí y satisfacer el avance en la tecnología y componentes industrializados para la obra, atendiendo siempre y en todo momento los requerimientos de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, con efectos y consecuencias ambientales, empleando recursos humanos propios regionales, así como equipamiento, productos y tecnología nacionales (artículos 12 y 13 de la Ley de Obras Públicas). (*)

(*) Conforme a la Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de enero de 1983, se establece la norma y el --

Atendiendo al Reglamento de la Ley de Obras Públicas, toda entidad gubernamental solo podrá realizar las obras públicas - por administración directa o por contrato, elaborando el presupuesto de cada una de las obras públicas a realizar, según el artículo 15 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas. Para tales efectos se instituye un padrón de contratistas y su registro, el cual deberá hacerse de conformidad al artículo 16 del mismo reglamento, para quedar legitimados para participar en los concursos de cada especialidad (artículo 19 del reglamento de la Ley de Obras Públicas) y para asegurar la seriedad de las proposiciones deberá otorgar garantía el proponente y constituirá fianza por el 10% del monto del contrato, la cual subsistirá hasta por un año (artículos 24 y 26, fracciones I y VI del reglamento que se comenta.)

(*) principio básico para la Planeación Nacional del Desarrollo, el Sistema Nacional de Planeación Democrática y la coordinación, la promoción y el aseguramiento de la participación democrática de los diversos grupos sociales, así como las bases de los gobernados para alcanzar objetivos y prioridades del plan y los programas.

El Plan Nacional de Desarrollo, se hará, aprobará y publicará dentro de los seis meses a partir de la protesta presidencial, y será vigente dentro del período constitucional, precisando los objetivos nacionales, estrategia y prioridades del desarrollo integral del País, indicando los programas sectoriales, las coordinaciones con las entidades gubernativas de la Unión y, las certificaciones objeto de contratos o convenios de cumplimiento forzoso para las partes, a fin de asegurar el interés general y garantizar su cumplimiento.

Es obvio que toda proposición que presente el concursante deberá contener los datos necesarios de garantía y seriedad y carta de compromiso, su conocimiento del sitio de los trabajos, un catálogo con todas las cifras aritméticas necesarias, con los análisis de precios unitarios y precios indirectos, un programa ejecutivo de trabajo y un inventario de maquinaria y utilización de la misma [artículo 31 del reglamento].

La dependencia del gobierno publicará en términos señalados el fallo y el concursante a quien se adjudique el contrato deberá entregar: la documentación que avalen los análisis de precios totales y el programa de ejecución de trabajos por detallado y por conceptos [artículos 35 y 36 del reglamento].

Queda señalado que en caso de incumplimiento de prima del contrato por el proponente, perderá las garantías en favor de la convocante [artículo 39 del reglamento de la Ley de Obras Públicas].

Para continuar con este apartado, se hace necesario la mención de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de febrero de 1985, que incluye actos y contratos que lleven a cabo y celebren la Secretaría de Programación y Presupuesto, la Secretaría de la --

Contraloría General de la Federación, las Dependencias a que se refiere el artículo primero de la Ley de Obras Públicas, fracciones I, II, III y IV, las entidades comprendidas en las fracciones V y VI del propio artículo primero de la Ley de Obras Públicas, los sectores o agrupamientos de entidades -- coordinado por la dependencia designada por el Ejecutivo Federal y las dependencias coordinadoras de sector.

El artículo 26 de la Ley que ahora se menciona, ordena, que las adquisiciones, arrendamientos y servicios se adjudicarán por licitación pública, por virtud de convocatoria -- (artículo 27 de la ley en comentario), que contenga las bases de cada licitación (artículo 28), quedando facultada la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial para encaminar - criterios para obtener las mejores condiciones presupuestales (artículo 30 de la misma ley), rindiendo cada uno de los organismos a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación la información relativa a pedidos y contratos que regula la ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados, con Bienes Muebles, al tenor del artículo 49 de la misma.

Con fundamento de las especificaciones de calidad a que se refiere el artículo 52 y con base en el análisis y evaluación que determine el artículo 56 de la multicitada ley, la -

Secretaría de Comercio y Fomento Industrial determinará acerca del tipo de bienes, precio, características, especificaciones, tiempo de entrega o suministro, calidad y demás condiciones, dando cuenta a la Secretaría de la Contraloría de la Federación sus observaciones respecto de los pedidos y/o contratos. Las observaciones de referencia obligan a las partes y facultan para que efectuadas éstas y conforme a sus atribuciones proceda la Secretaría de la Contraloría General de la Federación en términos de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, así lo dispone el numeral 57 de ella.

Considerando la importancia de este apartado, resta -- ahora hacer una mínima reseña acerca del procedimiento de -- contratación de la Ley de Obras Públicas, para cuyos efectos, el legislador administrativo dispone: todo contrato de obra pública se llevará a cabo previa licitación pública, a través de una convocatoria general para que se acepten proposiciones solventes en sobre cerrado, mismo instrumento que se abrirá públicamente, a fin de garantizar al organismo gubernamental como representante del Estado las mejores condiciones existentes en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias inherentes. Quedan exceptuados -- los casos en que el contratista posea una patente, supuesto -- en el que será él mismo quien deberá efectuar la obra única--

mente. Asi lo dispone el artículo 30 de la Ley de Obras Públicas.

Toda convocatoria contendrá el nombre del ente convocante, lugar y descripción de la obra, información sobre requisitos y anticipos, el plazo para inscribirse en el proceso de adjudicación así como el lugar, fecha y hora de la apertura de las proposiciones, los lineamientos de especialidad del Padrón de Contratistas y los criterios para definir la adjudicación. De igual manera, las sobredichas convocatorias se podrán referir a una o más obras a realizar (artículo 31 de la Ley de Obras Públicas). Queda facultado el Ejecutivo Federal para acordar la adjudicación de obras sin los requisitos previos del artículo 30 de la Ley de la mención (artículos 33 y 55), fundando en todo caso sus criterios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

La entidad convocante deberá emitir un dictámen, que será fundamento para el fallo en adjudicación y se dará a conocer públicamente, siempre y cuando reuna las condiciones legales, técnicas y económicas requeridas; otorgue garantía bastante para el cumplimiento contractual; haga acopio de la experiencia necesaria que requiera la convocante, contratándose en caso de dos o más proposiciones, a quien adopte la postura más baja. En contravención de los requisitos de este

artículo 36, el fallo será nulo de pleno derecho, y cuando las posturas no fueren aceptables, la resolución adjudicatoria no tiene recurso alguno, procediendo a emitir una nueva convocatoria. Esta adjudicación obliga a formalizar el documento relativo dentro de veinte días siguientes a la adjudicación; si el contratista no firmare el documento perderá en favor de la convocante la garantía, pasando el derecho al siguiente convocado, igualmente el contratista adjudicado no podrá hacer ejecutar la obra por otra, sólo con autorización de la Secretaría que le corresponda, a través de la Dependencia o Entidad respectiva, en tratándose de partes de la obra, o cuando adquiera materiales o equipos que incluyan su instalación en la obra. El contratista sigue siendo responsable de la ejecución de la obra ante el ente nacido del Soberano, y el subcontratista nunca será subrogado en los derechos del primero.

Los contratos serán a precio alzado o sobre la base de precios unitarios a las modalidades que garanticen las mejores condiciones de ejecución de la obra, integrándose el contrato con: la descripción detallada de la obra, proyectos, planos, especificaciones y presupuestos correspondientes (artículo 39 de la Ley de Obras Públicas). Los contratos celebrados con fundamento en la Ley de Obras Públicas, se considerarán de Derecho Público y las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de la misma Ley, o los contratos

concertados con arreglo a ella, serán motivos de litigios a resolver por los tribunales del fuero federal (artículo 50 de la ley en comentario).

Si el procedimiento establecido por el artículo 30 de la multicitada ley resulta inconveniente por los costos que presente, los organismos públicos podrán contratar sin las reglas que establece dicho proceso, siempre y cuando no exceda los límites que ordenen los presupuestos de Egresos de la Federación y del Departamento del Distrito Federal, estableciéndose en caso contrario, los montos máximos de las obras propias para contratar directamente. Si supera la obra los montos máximos, pero no supera los límites de los presupuestos, el contrato se adjudicará al contratista que reúna las condiciones indispensables de realización, mediante convocatoria extendida a cuando menos tres personas con capacidad responsiva y con recursos -- técnicos, financieros y demás inherentes. Cada obra se considerará individualmente para determinar si queda entre los montos máximos y los límites de presupuestos, sin que en ningún caso, se fraccione el importe total para ser comprendida en los presupuestos a que se refiere el artículo 57 de la Ley de Obras Públicas, para cuyos efectos, esos máximos y esos límites, se fijarán singularizando las obras y su cuantía, y en atención a la inversión total designada a las dependencias y/o entidades:

Estos mismos organismos invitarán al acto de apertura de

proposiciones, a la Cámara de la Industria correspondiente, a las dependencias facultadas y obligadas a asistir, a los servidores públicos o representantes privados que considere pertinentes, anticipándoles, por lo menos, cinco días hábiles, a la celebración del acto. Así lo dispone el artículo 32 del -- Reglamento de la Ley de Obras Públicas.

El artículo 33 del mismo Reglamento indica: el acto de presentación y apertura será precidido por el funcionario que designe la convocante, quien queda facultada para aceptar o desechar cualquier proposición, con arreglo a la Ley de -- Obras Públicas y su Reglamento; las proposiciones se entregarán en la fecha designada en sobre cerrado; abiertos los sobres se desecharán las posturas que no contengan los documentos o requisitos necesarios; el servidor público leerá el importe total de cada una de las posiciones admitidas; los participantes rubricarán toda la documentación de las proposiciones, entregándose a los concursantes el recibo por la garantía otorgada; se levantará el acta correspondiente con todos los pormenores de estilo y, si no se recibe proposición alguna o fueren desechadas, se declarará desierto el concurso. Cuando la dependencia o entidad no firme el contrato dentro de veinte días hábiles, el convocado favorecido, sin responsabilidad, podrá declinar elejecutar la obra, quedando obligada la - dependencia o entidad a regresar la garantía y resarcirle los

gastos irrecuperables al contratista por preparar y elaborar su presupuesto (artículo 38 del Reglamento de la Ley de -- Obras Públicas).

Muy al propósito, se reproducen algunas notas cardinales acerca del contrato de obra pública, en atención al oficio-circular del Diario Oficial de la Federación de 21 de -- abril de 1986:

I.- La Secretaría de Programación y Presupuesto fundada en la Ley Orgánica de Administración Pública Federal, Ley de Obras Públicas, y oída que fué la Comisión Intersecretarial Consultiva de la Obra Pública, publica nuevas reglas -- generales para la contratación y ejecución de obras públicas y de servicios relacionados, al tenor de las siguientes prescripciones:

II.- El contrato de obra pública a precio unitario, lo celebran por una parte: el Ejecutivo Federal, por medio de - la Secretaría o Departamento respectivos, a quien se denominará " la Dependencia", y si es paraestatal la celebrante, se - anotará primero, su nombre, enseguida la designación " la entidad", que estará representada por el servidor público de - la celebrante, con carácter de servidor público y con designación de su oficio, y por la otra parte " el contratista ", cuyo nombre o razón social se asentará en el documento; representada legalmente, con nombre y cargo del contratista.

III.- Las declaraciones propias a todo contrato, en vías de antecedentes como sujeto capaz de obligarse y como conocedor de los contenidos de la legislación aplicable y a la cual queda sujeto, así como las declaraciones propias del contrato en particular.

IV.- Las cláusulas, conteniendo el objeto del contrato, el monto, el plazo de ejecución, la disponibilidad del inmueble y los documentos administrativos, los anticipos, las formas de pago, las garantías, el ajuste de costos, la recepción de trabajos total o parcial, el representante del contratista, las relaciones laborales, las responsabilidades del contratista, las penas convencionales, la suspensión temporal del contrato, la rescisión administrativa del contrato y la obligatoriedad contractual, así como otras estipulaciones específicas y la sujeción a la jurisdicción federal señalando la ubicación de los tribunales competentes para dirimir las controversias originales por la interpretación del contrato y la aplicación de la ley de la materia.

Es totalmente identificable que, de conformidad con los modelos de ordenamiento en el clausulado contractual, estamos ante un ejemplo claro de contrato celebrado bajo cláusulas exorbitantes, si se toma en consideración que el contratista, en estricto sentido de la expresión contractual, es un individuo de derecho privado que queda subordinado a las normas del

derecho público y a la potestad de la autoridad administrativa, la que, siempre y en todo caso será representante del interés general, quedando la relación contractual que de esencia es de derecho privado, incluida bajo la reglamentación del derecho público, por disposición expresa de la ley, su reglamento y el oficio circular que recién se ha comentado.

Emparentada con lo anterior queda la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, de acuerdo con las siguientes disposiciones: la Secretaría de Programación y Presupuesto llevará el Padrón de Proveedores de la Administración Pública Federal, con vigencia indefinida (artículo 20 de la Ley en cita); las adquisiciones, arrendamientos y servicios serán adjudicados previa convocatoria pública y mediante licitación pública, en los términos que ya se han citado para la Ley de Obras Públicas (artículo 26 de aquella Ley); las convocatorias quedan igualmente identificadas, en los términos que ya han sido descritos anteriormente; los interesados presentan proposiciones, llenando los requisitos legales y de la convocatoria (artículo 27 y 29 de la Ley en comento).

De igual manera, la adjudicación se hará mediante fallos fundados y motivados (artículo 34 de la Ley de Adquisiciones...); en forma semejante a lo que ya se ha señalado, queda facultado el Ejecutivo Federal para otorgar la adjudicación ----

sin perjuicio de la licitación pública (artículos 35, 36, 37 de la misma Ley); las reglas determinarán qué bienes no quedan sujetos al procedimiento de licitación, tal como los que quedan sujetos, así como las cotizaciones que permitan elegir la mejor opción, tanto como los montos de las operaciones adjudicables directamente y las sujetas a licitación, previas cotizaciones que permitan la elección, de conformidad con los artículos 38 y 39 de la ley reseñada. Además, los pedidos o contratos se signarán dentro de 20 días hábiles a partir del fallo, salvo los casos de necesidad de contratos preparatorios, en los cuales se ampliará el plazo de suscripción, pero no mayor de 30 días; los supuestos de incumplimiento, para la Ley de Adquisiciones..., quedan sujetos a las estipulaciones de la Ley de Obras Públicas y que en obviada de repeticiones e inoficiosas redundancias se dan por reproducidas.

Es importante señalar que, aunque el artículo 34 de la Ley que nos ocupa, en su párrafo final señala que en contra de la resolución contenida del fallo no procede recurso alguno, el artículo 46 de la propia ley, consagra la inconformidad por escrito, que puede interponerse indistintamente ante la dependencia, entidad o Contraloría, en término de diez días naturales que sigan al fallo del concurso, o bien; al día siguiente a aquél que se haya decidido cualquier acto de cualquier etapa o fase del procedimiento, transcurrido dicho plazo

precluye el derecho a inconformarse, sin obstáculo de la nulidad o la rescisión según el caso en los términos que han quedado dichos para la Ley de Obras Públicas.

2.- Elementos característicos del Contrato Administrativo en el Régimen Jurídico Mexicano.

a.-) Elementos Esenciales.

Es común encontrar en los contratos administrativos, casi siempre los mismos elementos que en el acto administrativo, a saber: sujetos, voluntad, contenido, el interés general como causa del mismo, finalidad, forma, procedimiento, el servicio público como objeto, la desigualdad de las partes, jurisdicción especial, la especialidad legal e inclusive, los modos y requisitos que determinen las leyes, los elementos que necesariamente procedo a definir y explicar particularmente:

El primer elemento planteado como requisito esencial del contrato administrativo, lo constituyen, los sujetos, estableciéndose, desde luego, que en todo caso siempre será parte un órgano administrativo, con un particular o inclusive con otro u otros órganos administrativos." En la contratación administrativa. Una de las partes es siempre la administración, es decir, un órgano estatal actuando en función administrativa."*(100) No basta para la realización del contrato administrativo, la intervención del órgano administrador, sino que necesariamente éste se

*(100) SAYAGUES LASO, ENRIQUE. Ob. cit. T. I., pág. 541.

realice en ejercicio de sus funciones y dentro de su competencia. " En los contratos administrativos, una de las partes es siempre la administración, o sea, un órgano estatal actuando en función administrativa, el cual debe actuar en todo momento dentro de su competencia específica, y, además respetando las restricciones especiales que puedan existir en la legislación, en esta materia." *(101)

De tal manera que, por un lado sujeto del contrato administrativo lo es el órgano de administración pública, actuando en el ejercicio de sus funciones, realizadas dentro de su competencia específica, restringida por su legislación especial, y por otro lado un particular, otro órgano estatal o administrativo, como en el caso de los contratos interadministrativos, limitándose a tales cualidades los sujetos en el contrato administrativo.

Para el perfeccionamiento de todo acto jurídico y en especial para la creación del contrato administrativo, es requisito ineludible la manifestación de voluntad, y que en este caso requiere el concurso de cuando menos dos de ellas. " En la contratación administrativa una de ellas es de la administración y la otra del co-contratante." * (102)

*(101) ESCOLA. HECTOR JORGE. Ob. cit. V. I., pág. 170

*(102) SAYAGUES. SAYAGUES LASO, ENRIQUE. Ob. cit. T. I., pág. 542.

En lo que respecta a la voluntad del particular en el contrato administrativo, para su validez rigen las disposiciones del derecho privado y aquellas reglas especiales que se consagran en el derecho público, en lo tocante a la voluntad administrativa, rigen las disposiciones específicas del derecho público, Por último debe tenerse en cuenta que el silencio de la administración no puede, en general, dar lugar al nacimiento de vínculos contractuales, más aún que nuestro sistema jurídico en donde tal silencio tiene efectos negativos.

" El silencio de la administración no puede valer como aceptación de un proyecto de contrato (1), máxime que actualmente en nuestro derecho el silencio tiene efecto de negatorio." --

*(103) Voluntad luego entonces es, exteriorización del asentimiento para generar la creación o transformación del acto administrativo. De igual manera que para el derecho civil, para el derecho administrativo, la exteriorización de la voluntad se da a través del consentimiento, que significa el acuerdo o la coincidencia de dos o más voluntades que se encuentran referidas a una misma intención. Cabe aquí entonces distinguir la voluntad administrativa de la simple voluntad hecha consentimiento: ésta, ha quedado descrita ya; aquella debe ser la intención razonada y totalmente expresa de concurrir el órgano administrativo a producir un acto bien determinado, esta voluntad se manifiesta exteriormente por virtud de una declaración, lícita

*(103) Idem. ob. cit. pag. 543.

ción o exposición concreta de la administración, con circunscripción a las formas que se han prevenido para cada caso-particular.

"Lo más común, lo más corriente, es que el consentimiento, es decir, el acuerdo de voluntades entre la administración y su cocontratante, se produzca por la simple adhesión de este último a las condiciones y términos prefijados por la administración pública. Y ello es así porque siendo la administración gestora principal del interés público, es ella quien debe establecer las bases y las modalidades del contrato a celebrarse, que serán aquellas que de mejor forma contemplan la satisfacción de ese interés público."* (104) Excepcionalmente, pueden concurrir las partes en una libre concertación para el contrato, si bien esta posibilidad es aceptable, no deja de ser poco frecuente realmente como en el caso de cualificación de aptitudes y preparación de obras referidas a la ciencia o al arte.

Como tercer elemento del contrato administrativo, genéricamente considerado, se encuentra al contenido, que no es otra cosa que la consistencia misma del contrato administrativo, sus propios elementos de conformación y cualidades propias:" sería aquello en lo que el contrato en sí mismo consiste, sus propios elementos constitutivos y caracterizantes"* (105); de aquí cabe

*(104) ESCOLA, HECTOR JORGE. Ob. cit: V. I., pág. 193.

*(105) Idem, pág. 195.

distinguirle al contenido del objeto propiamente dicho; el objeto es el cúmulo de efectos directamente considerados que se ha propuesto alcanzar la administración con la celebración del contrato. " El objeto es el propósito de las partes para generar los derechos y obligaciones" ^{*(106)}. En tales virtudes: el contenido del contrato administrativo será el conjunto de sus propios elementos y caracteres; el objeto, lato sensu, es el propósito de crear derechos y obligaciones muy concretos y con sus efectos.

Se menciona también al interés general como causa de los contratos administrativos. Es natural que la causa que forma -- parte del contrato de derecho privado, no puede ser trasladada -- sin más. al derecho administrativo; se llega a los límites de -- reemplazar el concepto de causa por el de motivo, " siendo éste las circunstancias de hecho y de derecho que en cada caso particular dan origen a la decisión de la administración". ^{*(107)} De este modo, en las contrataciones de la administración, las nociones de causa o motivo deben ser concretadas al dictaminar cada acto. " En los contratos administrativos la idea de causa o motivo determinante tiene aún más importancia que en los contratos de derecho privado, porque presupone el interés público o -- el fin de la institución a que se refieren esos contratos" ^{*(108)}

^{*(106)} SERRA ROJAS, ANDRES. Ob. cit., T. II., pág. 444

^{*(107)} ESCOLA, HECTOR JORGE. Obc. cit. V. I., pág. 203.

^{*(108)} SERRA ROJAS, ANDRES. Ob.c cit. T.II., pág. 444.

La motivación en los contratos administrativos, así; no determina los intereses privados y viceversa: los intereses quedan condicionados a los de la comunidad o a los de los organismos creados para servirle a ella.

Cumplimentados los elementos primarios de esencia para la celebración del contrato de la administración, aparece otro, llamado comunmente como su finalidad: " los poderes jurídicos que se le confieren a la administración para celebrar contratos, deben ser ejercidos conforme al fin propio del servicio, de igual manera como sucede con los actos administrativos"*(109) Con la finalidad se exterioriza el objeto mediató y el porqué se desea obtener dicho objeto. " La causa y la finalidad son -- así, en la teoría del contrato administrativo, dos elementos -- que se complementan e interconexionan directamente, y adquieren una trascendencia que supera la que la teoría de la causa ha -- adquirido en el régimen de los contratos de derecho privado"*(110)

Es importante hacer mención que no nada más estos elementos se encuentran interrelacionados, debido a que la naturaleza propia de cada uno de los componentes del contrato administrativo: verbigracia, cabe aquí la contingencia de la voluntad viciada en el órgano administrativo, o cuando el administrador sujeto

*(109) SAYAGUES, LASO, ENRIQUE. Ob. cit. T.I., pág. 546.

*(110) ESCOLA, HÉCTOR JORGE. Ob. cit. V.I., pág. 208.

percibe un fin indebido u oculto, en semejante caso, cabe la aplicación de la doctrina de la desviación del poder, en términos semejantes como si fuese respecto a la teoría de los actos administrativos.

El sexto elemento constitutivo del contrato de la administración, consiste en la forma. "La forma constituye la manifestación material objetiva en que se plasma el acto administrativo, para el efecto de que pueda ser apreciada por los sujetos pasivos o percibida a través de los sentidos. Viene a ser la envoltura material externa en la que se aprecian no sólo los demás elementos del acto administrativo, sino también sus requisitos, circunstancias y modalidades". *(111)

Muy al propósito, hay que diferenciar entre formas y formalidades: éstas son el grupo de requisitos que deben atenderse para la celebración del contrato y pueden ser anteriores, contemporáneas o posteriores a la concertación de las voluntades, aquellas son precisamente unas de las formalidades a llenarse y se reduce al modo de documentar la relación contractual. "La forma puede adoptar diversas variantes, la más normal es la forma escrita, casi pudieramos decir que es la regla general; así, tenemos que hay acuerdos, decretos, oficios, circulares, memorándums, telegramas, notificaciones que se expresan a través -

*(111) ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Ob. cit., págs. 364 y 365.

de la escritura. También puede ser verbal, ya sea directamente o a través de los medios técnico-mecánicos de transmisión del sonido, sobre todo, en los altos niveles de jerarquía" *(112)

Esto da origen a que se establezca un procedimiento para la celebración del contrato que nos ha mantenido ocupados, pero eso es objeto del tratamiento del séptimo elemento cardinal:

El procedimiento en la contratación. La formación de la voluntad en la administración debe alcanzarse por medio de mecanismos muy específicos y que derivan de la formación del acto administrativo. " Las reglas de procedimiento administrativo tienen indudable importancia, al punto que su cumplimiento condiciona generalmente la validez de los actos dictados"*(113)

En el medio jurídico que nos costringe, y por mandato del código de códigos, a guarismo 16, se desprenden una serie de requisitos que se deben satisfacer para las actividades de la administración y que deben cumplirse fielmente por las autoridades emisoras, esto es, actos de la administración frente a los gobernados, y que contendrán, en epíquerema: ser emanado y originado por autoridad competente en el ejercicio de sus funciones; llevar la forma escrita; que se funde legalmente, y; que se motiv,

*(112).-Idem, pág. 365

*(113).- SAYAGÜES, LASO, ENRIQUE. Ob. cit. T.I., pág. 462.

razonadamente la fundamentación legal.

El vínculo de la contratación nace en una etapa posterior, bien por encuentro directo de las voluntades, bien por licitación:

1.- Por contratación directa. Como su designación lo indica, la administración busca y contrata en forma directa a sus cocontratantes, lo que presupone su capacidad de directa contratación, o también peticionar a los posibles contratantes y entablar negociaciones contractuales a quien ofrezca mejores condiciones para sus requerimientos, obvio, la voluntad administrativa sigue regida por sus propias normas. Es posible que estos contractuales pactos, en ocasiones, surjan de la intervención aprobatoria de otra persona de derecho público distinta a la celebrante del contrato, o de otro órgano de cualesquiera otra persona pública, de lo cual es excogitable que la voluntad administrativa se colma por virtud de esta aprobación.

Puede suceder también el supuesto de la intervención del nomoteta en cuerpo colegiado para llenar el extremo de la voluntad administrativa. El procedimiento de contratación, recoge dos momentos estelares: la formación de la voluntad administrativa, y el encuentro de esta volición con la del gobernado.

2.- La forma más utilizada de celebración contractual, es la licitación. " La licitación es un procedimiento legal y -

técnico que permite a la administración pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad y conveniencia, prestar servicios públicos o realizar obras."*(114) Es pertinente señalar en la licitación, dos columnatas cardinales que inspiran esta figura de derecho: " igualdad de los licitantes y cumplimiento estricto del pliego, porque determinan múltiples soluciones concretas" *(115), explican su naturaleza.

En el octavo lugar elemental, se encuentra el objeto, - que como ha quedado escrito en páginas anteriores, lleva una íntima relación con el contenido. Aquí me refiero al servicio público como objeto principal de la contratación administrativa. De inicio, el "objeto inmediato es, así, un acto material, que puede consistir ya sea en un hacer, ya sea en una tradición, etc. El objeto mediato, en cambio, es siempre la situación de derecho que produce el objeto inmediato ²⁶(sic) *(116)." Por consiguiente, el interés público, viene a ser el objeto mediato resultado de la situación de derecho consistente en realizar la actividad del órgano estatal de cumplir con sus encargos y ejercer el imperio de la voluntad de la ley que se le ha delegado y que tiene su más alta expresión en el interés público. Todo esto como resultado del objeto inmediato, conformado por la constitución en contrato de creación, transmisión, modifica-

*(114).-SERRA ROJAS, ANDRES, Ob. cit. T. II., pág. 445.

*(115).- SAYAGUES LASO, ENRIQUE, Ob. cit. T. I., pág. 553.

*(116) ESCOLA, HECTOR JORGE. Ob. cit. V. I., pág. 195 citando a Bergaitz, Teoría General de los Contratos Administrativos; Duguit, Droit Constitutionnel.

ción, reconocimiento o extinción de derechos y obligaciones. Paradigmas muy a la mano de lo que inscribo en este singular punto; los constituyen los contratos de la administración por autonomía: contrato de obras, concesiones administrativas, contratos de prestación de servicios, en los cuales el servicio público, como objeto (mediato), resultante de la contratación ítem como objeto de servicio público (inmediato), contempla a éste último como finalidad y contenido del contrato reunidos por -- virtud del nudo elemental esencial del que ya he hecho el comentario.

Incluyo como apostilla de este párrafo, la simple mención de la literatura acerca de la diferencia de contratos celebrados por la administración pública en materia civil y en materia de su competencia estricta. Se ha afirmado con razón, -- que en los segundos actúa como poder, mientras que en los primeros lo hace como simple persona moral.

" Esta misma opinión reviste una modalidad especial, -- cuando se sostiene que el contrato administrativo, a diferencia del civil, supone una desigualdad jurídica de las partes contratantes.

" Hablar en estos términos significa que el Estado, en situación de superioridad respecto de su co-contratante, puede

imponer a éste las cláusulas del convenio, no quedando al particular ni la posibilidad jurídica de discutir las. En tales -- condiciones, pensamos que se destruye la idea misma de contrato, pues si las dos voluntades que en él deben intervenir no - contribuyen a su formación, sino que solo una de ellas lo impo- ne y la otra se limita a aceptarlo porque no puede jurídicamen- te discutirlo, entonces no existe la bilateralidad de volunta- des que al principio de esta obra dejamos señalada como un ele- mento esencial del acto contractual, pudiendo, entonces decirse con Posada, que (si la Administración impone su voluntad por - interés público no contrata, manda) (Dr. Adm., T.II, pág.264) *(117).

La razón de mi inclusión de tan discutido asunto en este apartado, obedece a que le encuentro estrecha relación con los elementos de esencia del contrato de la administración, todos y cada uno de ellos, con la observación de que si las finali- dades de diversos ramajes del orden jurídico se han ido sepa- rando las unas de las otras, de igual forma, la organización ad ministradora de la vida del ente público estatal no podía ni de- bía haber quedado enclaustradas en su origen: el estado moderno nació, evolucionó y sigue su desarrollo con normas propias y no encuentro motivo de fondo para ver, así sea en lontananza las-

*(117).- FRAGA, GABINO. Ob. cit., pág. 413.

creaciones de derecho público que nos ocupan como forrocinas del derecho civil.

Aclaremos conceptos: es verdad incontestable que el Estado no está obligado ni facultado para tener ingerencia en la voluntad de los particulares en todo caso, imponiéndoles la suya propia, o más claro, la voluntad administrativa. En algunas de las ocasiones busca la colaboración consentida de los gobernados y concerta con ellos de mancomún, la prestación de bienes o de servicios personales. Atención con esto; si se afirma que el Estado consiente o concerta con los gobernados, desde ese momento se hace innecesario e intrascendente el emplear el imperativo mandato administrativo y discrecional de la persona pública para dejar en salvaguarda la eficiente observancia de sus atributos funcionales. Me anticipo a aseverar que cuando los particulares no realizan sus atribuciones-obligaciones de manera ccontinuada y uniforme, el logro oportuno de esos bienes y servicios con los cuales no existe colaboración adecuada, el poder público debe hacer suya la vía del imperio de la voluntad de la ley, conjuntamente con el camino de las facultades discrecionales del mandato, para hacer coercitiva su voluntad, que no es otra más que la representación gráfica del interés general facultado por sus atribuciones reflejadas en la ley como voluntad suprema de la general-

dad. Dicho de otra manera, si el Estado contrata con los singulares en consentimiento (entendido en su mayor acepción: concurso de voluntades), no se hace necesaria la facultad de mando para proceder al cumplimiento del pacto, tanto más si el particular ha consentido la contratación, cuanto que cumpla con las obligaciones derivadas del pacto administrativo.

Colofón: La bibliografía acerca de la desigualdad de las contrataciones administrativas, queda sujeta a una endeble especulación de los estudiosos de la materia por las razones que recién escribí y si resulta la secular pretensión de sumisión de otras ramas del derecho, al derecho común, no arrojan más resultados que unas disputas estériles e ingratas: la desigualdad, en materia de contrataciones, no existe, y si se diera, simplemente no hablamos de contratos.

La jurisdicción especial es otro componente de definición de los contratos administrativos. "La regla de que los contratos deben ejecutarse de buena fé no es exclusiva del derecho privado; es un principio general y por lo tanto rige también en el derecho administrativo (3) (sic). De ahí deriva que las potestades excepcionales que posee la administración para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses públicos, no pueden significar el desconocimiento de los derechos de quienes han contratado con ella. Esto se logra protegiendo

el resultado económico que perseguía el contratante, es decir, usando la denominación generalizada en el derecho francés, la ecuación financiera del contrato (4) (sic)." ^{*(118)}

Es claro y perfectamente comprensible que las potestades singularísimas que contiene la investidura del ente público, -- con referencia a las convenciones de la administración, aparecen delineadas de manera especialísima, en extremos que ya desarrollé al comentar el régimen constitucional del contrato administrativo. Empero, siempre y en todo momento, la decisión acerca de la interpretación y cumplimiento de los contratos administrativos encontrarán cualidades diferenciales respecto de los contratos del derecho privado, características cualitativas por la insigne manera de actuación de la administración y el fin de interés público que persigue el Estado cuando contrata con los particulares. Los lazos convencionales quedan sujetos a un organigrama jurídico-judicial muy diferenciado, que sigue una línea de ascenso de los estadios del derecho común hacia los del derecho público.

"Dicho objetivo se alcanza de diversas maneras: negando a la administración el derecho de modificar las cláusulas de contenido puramente patrimonial; resarciendo al contratante los perjuicios que le causen las modificaciones, ampliaciones o supresiones ^{*(118)} SAYAGUES LASO, ENRIQUE. Ob. cit. T. I., pág. 570.

siones dispuestas por la administración; responsabilizando a ésta por el incumplimiento de sus obligaciones; etc.

" En todos los casos la situación del contratante debe ser finalmente tal que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originarias.

" La situación del contratante en este aspecto resulta a veces más ventajosa que si estuviera bajo las reglas del derecho privado, como lo demuestra la elaboración jurisprudencial y doctrinaria sobre la teoría de la imprevisión." *(119)

Esta tesis, llamada también del riesgo imprevisible y aplicada en un principio solo a los temas de concesiones de servicios públicos y a los contratos de obras públicas, pronto se extendió para su aplicación con el apoyo de la literatura administrativa, con la finalidad de eludir las consecuencias de los casos de fortitudad o fuerza mayor y los efectos que provocó para los gobernados y el interés general. Es evidente que los cánones del derecho privado no podían aplicarse sin restricción a las directrices del derecho administrativo, precisamente en función del interés público. Para esto, se hace necesario que interin se ejecute el contrato, la circunstancia se altere de modo inusitado y totalmente extraña a los contratantes y que de

*(119) Idem, págs. 570 y 571.

ello se produzca excesiva onerosidad para que el gobernado haga perfecta y eficaz su observancia, lo que originaría la compensación, en su medida de la administración al gobernado. Relacionado ésto con la teoría de la desigualdad o la subordinación, me resta decir: ¿Cuál desigualdad?

" A mayor abundamiento, las funciones del Estado son todas aquellas actividades del mismo que integran las diversas manifestaciones de ejercicio de su potestad estatal y que son distintas de aquellos que le competen a los individuos en particular, pero para llevar a buen término esas realizaciones, el Estado sin renunciar a su potestad y sin vulnerar la unidad de su poder, lo divide en partes, encomendando cada una de ellas a los distintos órganos que para el caso existen" *(120)

Esto viene a colación, porque la doctrina que más generalizada está, agrupa las convenciones del Estado llamadas contratos en dos grupos: contratos de derecho civil y contratos de derecho público o administrativos. El razonamiento para distinguir a las dos categorías contractuales es de lo más divergente y poco acabado, pues varía desde la diferenciación de la forma, hasta la negativa de que el contrato administrativo sea un contrato, en rigor semántico. Este mismo criterio han segui-

*(120) FLORESGÓMEZ GONZÁLEZ, FERNANDO; CARVAJAL MORENO, GUSTAVO. Manual de Derecho Constitucional. Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición. México, 1976. Pág. 48.

do quienes han identificado a la trilogía de poderes como un espectro trino del poder. La inferencia que resulta de estas dos apreciaciones no puede ser valedera, puesto que tanto el contrato es uno solo, por definición, como el poder es sólo uno, ambos: contrato o poder, de estructura de esencia, que no admite cortapisas ni ataduras y por tanto la llamada jurisdicción especial no es precisamente una dilogía en el orden jurídico contractual o funcional estatal, sino una especialidad legal en función del ejercicio del cumplimiento de los más altos intereses del Estado: el interés público, concebido no sólo como " la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también un interés propio y directo" *(121)

Atendiendo a esto se ha dado origen a una doble deducción: los contratos de derecho civil son aquellos pactos que son sometidos a la jurisdicción civil; los contratos administrativos, son aquellas convenciones sujetas a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. " Según esta opinión, son contratos administrativos, aquellos cuyos diferendos deben ser sometidos

*(121).- ESCOLA, HECTOR JORGE. Ob. cit. V.I., pág. 127.

dos, a la dilucidación de los tribunales contencioso-administrativos, mientras que los contratos de derecho privado quedan sometidos a la competencia de la jurisdicción común." *(122)

Considero que la distinción de régimen sólo puede deberse a un punto de excelsitud en los contratos administrativos: - el objeto, que redunde en definitiva en el interés social. "La precisión de un criterio en el asunto se puede abordar en nuestro país sin la complicación que en otros se ha originado por la existencia de una doble jurisdicción, administrativa y judicial. La distinción entre contratos civiles y contratos administrativos tiene importancia para nosotros, no para determinar -- casuísticamente el Tribunal que tenga competencia para conocer de ellos, sino, lo que es más interesante, para señalar doctrinalmente el régimen que a cada uno conviene." *(123). Si se pretende establecer una separación judicial contractual para hacer distinción de categorías contractuales e inferir la jurisdicción especial como elemento sine qua non del contrato administrativo, se está equivocando la regla (Oliván Santamaría de Paredes, Abella, Alfaro y Caballero, en este sentido); la jurisdicción no puede ni debe, ni persigue mudar la esencialidad contractual, y menos trueca su naturaleza; en cambio, sí colma la necesidad de la especialidad del contrato administrativo, atendido por una persona pública jurisdiccional personificada en la jurisdicción

*(122) Idem, pág. 71

*(123) FRAGA, GABINO. Ob. cit., pág. 412.

contencioso-administrativa.

Concluimos: " La exigencia de una jurisdicción específica para considerar las cuestiones surgidas de un contrato se derivan, por tanto, del hecho de que este contrato es administrativo, de modo que el criterio de la jurisdicción no aporta ningún elemento caracterizador del contrato, por cuanto su existencia como administrativo es anterior a la posibilidad siquiera de que sea considerado por la jurisdicción contencioso-administrativa."*(124)

El undécimo elemento considerado como cardinal del contrato administrativo es el que se refiere a la especialidad legal, o también, régimen jurídico especial. Es la compilación de opiniones que se encuentran en el estudio de la especialidad normativa del contrato administrativo, y es que no podía ser de otro modo; de la legislación administrativa se desprende la calificación de entidades de derecho público tanto en los contratos como a las jurisdicciones especiales que se deriven de la función legislativa." El contrato administrativo está sometido a un régimen de estricto derecho público, sólo por excepción debe remitirse al derecho privado.

*(124) ESCOLA, HECTOR JORGE. Ob. cit. V. I., págs. 101 y 102.

" Es a través de las cláusulas reglamentarias como la ley asegura el mantenimiento del interés general, que no puede quedar al arbitrio de los particulares." *(125)

Esto quiere decir que los contratos administrativos quedan regulados por la norma de derecho estricto, que este derecho es público y que sólo excepcionalmente deberá adentrarse en los linderos del derecho común; además, a través de los contenidos de las cláusulas que contiene en forma de reglamento--manifestaciones, es como se asegura el superior beneficio colectivo o interés general, informante de definición del contrato administrativo que no puede quedar a la libre decisión y --disposición de los gobernados que contratan con la administración pública.

Por fin, inscribo algunas modalidades y requisitos legales que completan sus elementos estructurales: atendiendo el desarrollo del ínclito jurisconsulto mexicano. *(126)

Como modalidades de esencia del acto administrativo, se encuentran los motivos y las finalidades del acto administrativo traído en contrato de la administración pública, que, bien es cierto que no son componentes del acto administrativo, pero que sí he tratado ya como componentes del contrato motivo de este ensayo, y por ese motivo, eludiendo repeticiones innecesarias

*(125).- SERRA ROJAS, ANDRES. Ob. cit. T.II., pág. 444

*(126).- Cfr. ACOSTA ROMERO, MIGUEL.. Ob. cit., págs. 366 y 367.

rias, remito a mis opiniones fundadas en la doctrina acerca - del motivo y la finalidad en el contrato administrativo." Fin es la meta que se pretende alcanzar con una actividad o con una conducta" * (127), por otra parte el motivo y modo -agregoyo- deberá ser " el conjunto de circunstancias de hecho y de derecho que precede al acto administrativo". *(128)

Recordemos que el acto administrativo, engloba un momento primero, y del mismo resulta uno segundo: el contrato administrativo. Aprovecho este espacio para insertar dos conceptos -- accesorios a la modalidad que dibuja el acto administrativo, por un lado se encuentra la noción del mérito y me apego a la tesis del Dr. Acosta Romero, " pues su significado implica virtud, -- excelencia, merecimiento dignos de obtener un premio o una alabanza y, en este sentido, el cumplimiento de las potestades administrativas y su eficaz resultado, son efectos normales que - deben buscarse siempre en la administración, porque establecer una escala valorativa de los actos implica hacer juicios subjetivos sobre lo bueno, lo malo y lo moral de la administración y - su actividad, por lo que negamos que el mérito sea elemento o -- modalidad del acto administrativo." *(129) Pasado que fuere al - segundo momento del contrato administrativo, tampoco entra en el

*(127) ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Ob. cit., pág. 367.

*(128) Idem, pág. 266.

*(129) Idem, pág. 368.

censo de sus integrantes..

Por último, la oportunidad es una situación fáctica de coincidencia entre la voluntad administrativa y las apremiantes del interés colectivo requirientes de la actuación de la persona de derecho público. Traducido lo anterior al conglomerado de los contratos de la administración pública, agrego " que la oportunidad es una cuestión más bien de responsabilidad político-administrativa del funcionario público que debe tomar la decisión de realizar un acto administrativo oportuno, " *(130) , y de la misma forma se observa el concepto de oportunidad contractual. Por lo demás, urge ahora la inclusión de los elementos no esenciales.

b.-) Elementos Accidentales.

Existen otros elementos que también hacen concurrencia, si no para la formación, sí para la conformación e identidad de los contratos de derecho público administrativo. Cotidianamente, y con veracidad, se habla de elementos de fondo y de elementos de forma para la creación del contrato que nos ha tenido empleados. Para la norma de derecho privado, los elementos de forma pueden incluirse por el simple concenso, pero para la norma de derecho administrativo, esos mismos elementos de forma, o

*(130) Idem. pág. 369

de accidente, pueden aparecer o no en el contrato administrativo, según lo decidan los contratantes sin olvidar nunca la finalidad total de su obra: el interés general.

Es por esto que se habla de plazos, con conmutatividad intransferibilidad, las garantías, las sanciones, y comunmente, la licitación.

En primer término, figura el plazo, determinable según la naturaleza del contrato que ha de comprometerse: " El plazo se determina de acuerdo con la naturaleza del contrato que se celebra. En unos casos los contratos demandan plazos muy amplios para que se pueda operar la amortización de los capitales invertidos y en otros casos, se fijan plazos breves".^{*(131)}, caso en el que se aplica meridianamente la conveniencia económica por medio de la ecuación financiera, v.gr.

En segundo lugar, se menciona la conmutatividad: " Los contratos administrativos se clasifican como contratos conmutativos, porque los provechos y gravámenes que corresponden a las partes, son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato.

" Pueden surgir situaciones o acontecimientos que hagan valer las condiciones de un contrato, como en la aplicación de la teoría de la imprevisión"^{*(132)}. La regla del Derecho Común

*[131] SERRA, ROJAS, ANDRES, Ob. cit. T. II., pág. 444.

*[132] Idem, pág. 445.

queda superada otra vez por la noticia del interés público para la aplicación de la teoría del riesgo imprevisto.

La intransferibilidad aparece en el sítil tercero de las accidencias contractuales de la administración. " Al celebrarse un contrato administrativo la administración se cerciora de la idoneidad de su co-contratante, es por ello que en -- principio se prohíbe el transferir esos contratos a otras personas". *(133) El pacto administrato queda convertido en personalísimo, debido a la naturaleza de la función pública encomendada al gobernado que ha sido designado para su cumplimiento, previa demostración de sus cualidades y calidades como contra tante ideal co-estatal.

Las garantías otorgadas, como cuarto componente no esencial, siguen los principios de la regla general de Derecho Común: " La garantía es sinónimo de obligación y responsabilidad. En los contratos es un medio para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

" Las garantías que se pueden exigir por la administración pueden ser: las que señalan las leyes a las que se pactan en el contrato respectivo" *(134). Punto en el que tampoco se aleja la materia administrativa del orden del Derecho Común.

*(133) Ibidem

*(134) Ibidem.

Las sanciones figuran en el quinto punto: " El concepto de sanción se emplea como pena o represión. Es la ley la que ordena una pena contra quienes la violen; en otro aspecto es la pena que se pacta por el incumplimiento del contrato"^{*(135)} El doble papel que juega el concepto de la sanción deriva de la determinación de la Ley Administrativa que contempla el administrativo contrato por definición, aunque, como en la materia civil, puede quedar sujeta a la voluntad de las partes, -- sin más.

Elemento contingente distinto según el doctor Serra Rojas ^{*(136)}, es la licitación. " La licitación es un procedimiento legal y técnico que permite a la administración pública conocer quiénes pueden, en mejores condiciones de idoneidad y conveniencia, prestar servicios públicos o realizar obras "^{*(137)}. Opino que es accesorio, desde el punto de vista de que puede seguirse el procedimiento de licitación o el de acercamiento directo de las partes para contratar: en el primero será esencial elemento; para el segundo; la licitación será accesoría.

* (135) Ibidem.

* (136) Ob. cit., pag. 445.

* (137) SERRA, ROJAS, ANDRES, Ob. cit. T. II., pág. 445. Citando a Bielsa.

c.-) En especial la Cláusula Exorbitante.

La precisión direccional para establecer llanamente la calificación de los contratos administrativos, obedece al establecimiento de un privilegiado ordenamiento jurídico-judicial que dilucida todas las cuestiones inherentes a los contratos que celebra la administración pública. De inicio: " la existencia de una categoría especial de contratos, los administrativos, sólo puede justificarse por la circunstancia de que ellos estén sujetos a un régimen jurídico exorbitante del constituido por el Derecho Civil" ^{*(138)}. Esta premisa, así sea insuficiente, indica alguna base de apoyatura para encontrar solución al problema fundamental: realizar el hallazgo de la consistencia del régimen exorbitante, junto al por qué en los contratos administrativos existe ese régimen exorbitante del derecho civil.

" 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 persigue, que es una finalidad pública, o según otras expresiones, de utilidad pública, de utilidad social." ^{*(139)} Este criterio, que inspira a la doctrina de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que tiene su génesis en la Francia, ha tenido un rol preponderante en la estructuración de esta especialidad contractual, de la cual participa la pública administración.

* (138) FRAGA, GABINO. Ob. cit. pág. 412

* (139) Idem... pág. 414.

Conceptualizando: en el inicio, la cualificación de los contratos administrativos, desde antaño, responde a la oposición del contrato público frente al contrato privado, fundada en la diferencia entre actos de autoridad y los actos de gestión. Se produce una distinción muy significativa entre la potestad imperial, impulsiva y voluntariosa del poder soberano de los actos de imperio o de autoridad, enfrente de la llana discusión, concertamiento y ejecución de diversos actos, entre el Estado y los particulares, en relaciones de coordinación y supeditada, siempre y en todo caso, la ejecutoriedad y eficacia de la convención, al concertamiento de una voluntad con la otra.

" Creemos que dentro de estas últimas opiniones se encuentra la solución del problema que tenemos en estudio. En efecto, así como la finalidad diferente es motivo para que dentro del mismo derecho privado se clasifiquen los contratos en civiles y mercantiles y que estos últimos queden sujetos a un régimen legal diverso del que se aplica a los primeros, así los contratos que el Estado celebra con fines especiales, distintos de los que persiguen los particulares en sus relaciones civiles o mercantiles, exigen, por la misma razón, un régimen jurídico especial" * (140)

Conjugadas estas ideas inmediatas con las de la jurisprudencia del Consejo de Estado, se explica el por qué existen --

*(140).-Ibidem.

contratos en los cuales la administración pública tiene una serie de derechos que en cierta forma rompen con el derecho civil. Originada la tesis de fundamento en juicios en los que el Estado había de decidir sobre indemnizaciones por cuasidelitos ocurridos en ocasión del azar imprevisto para la prestación o motivo de un servicio público, puso en cepto de buitre al Estado Galo, al aplicar una directriz eminentemente convencional, justipreciar al interés individual que pudieran tener los afectados. Era la época del Imperio de la voluntariedad:

" Las explicaciones voluntaristas son totalmente insuficientes. Pese al paralelismo cronológico entre las doctrinas predominantes en cada momento sobre el fin de Estado y la correspondiente actividad dinámica administrativa, errarfa gravemente el que -- afirmase que este desarrollo era consecuencia de aquellas doctrinas. Si en algún caso fue así, por lo común la doctrina ha sido inducida al mismo acontecer o, cuando menos, sugerida por realidades más o menos extensas contemporáneas." *(141)

Posteriormente, la orientación se hizo más lineal, para hacer derecho a lo que hubiera de fundado en las contradictorias pretensiones, volviendo a conocer a los particulares los derechos adquiridos, por cualquier medio, y; a la generalidad, esto es, al interés social, la sacra facultad de asegurarse en sus -

*(141) JORDANA DE POZAS LUIS. El Problema de los Fines de la Actividad Administrativa, en: Revista de Administración Pública. Madrid, España. Enero-Abril de 1951. págs. 15 y 55.

derechos, como elevado fin del derecho, aún más; cediendo la oportunidad de hacer ciertos esos derechos, a un tercero, para el caso de que, si los primeros particulares rehusaran servir en Derecho, este último se hiciese cargo de la vigilancia de la aplicación de la norma legal.

No es posible olvidar en ningún momento que la persona pública está inspirada en el interés de que las necesidades generales sean satisfechas en una forma eficaz, continúa y regular, conque débese recordar: " Las tres funciones esenciales del Estado son: la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional.

" Sin embargo, aunque existen varias funciones, el poder del Estado es único, solo que nos encontramos ante competencias que se tienen que resolver en cuanto a su distinción y distribución.

" Estas tres funciones no pueden, de ninguna manera, desvincularse o separarse, sino que deben estar conexas o interdependientes como actividades de un todo que las involucra, es decir, el poder público. Afirmar lo contrario nos llevaría al absurdo de que dentro del orden estatal existen tres poderes o soberanías". *(142)

*(142) FLORESGÓMEZ GONZALEZ; FERNANDO y CARVAJAL MORENO GUSTAVO. Ob. cit., pág. 47.

Después de reiterada esta tarea del Estado brevemente, llegamos al punto de avance en las ideas referidas al Consejo de Estado " que había fijado un crédito para que se otorgara una prima a todo aquél que diera muerte a una víbora, previa la debida certificación del caso. Agotadas las disponibilidades previstas en el crédito, el señor Terrier se presentó reclamando el pago correspondiente a los réptiles que él había matado."

*(143)

Este fué el famoso caso Terrier, primero concreto de res-ponso de un particular al público llamado de lo que después, con el paso del tiempo culminaría en lo que hoy llamamos licitación.

Es típico, a partir de entonces, que los contratos administrativos contengan cláusulas exorbitantes, cuyos efectos no son sólo interpartes, sino son tripartitas. " Lo pactado entre la Administración Pública y el contratante sufre efectos respecto del usuario del servicio y la obra, o de los contribuyentes beneficiados con ella según los casos. Es característica de esta clase de contratos administrativos extender sus efectos a personas que no entraron en su formación." *(144)

Significativa es la cuantía y la calidad de opiniones que se han vertido en cuanto a los criterios para encontrar la definición de la cláusula exorbitante:

*(143) ESCOLA, HECTOR JORGE. Ob. cit. V.I., pág. 46'

*(144) ACOSTAROMERO, MIGUEL. Ob. cit., pág. 499.

" Bergaitz ha agrupado las cláusulas exorbitantes del derecho privado en dos grandes grupos:

a) Aquellas por las cuales la administración se atribuye, respecto de su contratante, derecho que un particular no podría atribuirse en ningún contrato, porque las leyes y reglamentos - no lo autorizarían a hacerlo;

b) Aquellas por las cuales la administración otorga a su cocontratante poderes respecto de terceros, de una índole tal - que ningún particular podría conferir en ningún contrato por im pedírsele las leyes en vigor." *(145)

Conclusión: las llamadas cláusulas exorbitantes son una serie de derechos por virtud de los cuales la administración pública, se aleja de alguna manera, de los principios tradicionales del derecho civil, fundamentalmente, del de igualitarismo - de los contratantes según el derecho civil. Es obvio, ya que nos encontramos dentro de los límites del derecho administrativo, y por ello, fuera del círculo del derecho común; con lo que no me contradigo con todo lo dicho acerca de los elementos esenciales, específicamente acerca de la desigualdad, la igualdad no - se encuentra desafiada en el contrato administrativo, más bien está coloreada de matices propios. Así parece presentarse el - espectro que contienen los criterios de las cláusulas exorbitantes.

* (145) BERGAI TZ, Teoría General de los Contratos Administrativos Citado por ESCOLA, HECTOR JORGE, Ob. cit. V.I., pág. 708.

Réstame ahora hacer la exposición acerca del régimen exorbitante del derecho común al cual pueden quedar sujetos los -- contratos administrativos. Es posible partir de la noción de -- las reglas de aplicabilidad a la ejecución de las obligaciones de cada una de las partes contratantes, para lo que conviene -- tener en cuenta: existen principios incommutables de equidad y de justicia que sujetan a todos los contratos, recuérdese que -- ya se ha hablado que la ejecución de todo contrato presupone la buena fé, es decir que la palabra dada debe ser cumplida y el que falta en la eficacia cumplida de sus deberes queda ex-- puesto a soportar los efectos; los pronunciamientos para la interpretación de las cláusula de un contrato deben tener ejecu-- ción razonada, atendiendo al elemento intención de cada uno -- de los participantes, dejando de lado, en su medida, la literalidad contractual. Otro sí, entiéndese que las obligaciones de las partes no son solo las que derivan de la expresión de los -- contenidos sino que se extienden a la naturaleza misma de la -- convención y a los usos y las costumbres que les atafe.

Sin embargo: " Los pronunciamientos más modernos oscilan -- entre criterios semejantes, y demuestran que la jurisprudencia -- y en general, no muestra orientaciones originales, ni una verdaldera profundización del tema, limitándose a aceptar, por sus -- propios fundamentos, las teorías más en boga, recibidas de la -- doctrina administrativa común." ^{*(146)} Los principios que retro--
^{*(146)} ESCOLA, HECTOR JORGE. Ob. cit. V. I., pág. 82.

escribo,, indiscutidamente se aplican a los contratos administrativos, pero con fundamento en el autor de la cita, también confirmo que estas fórmulas por las que los códigos de derecho privado aplican felizmente el espíritu de estas instituciones, no son igualmente mudadas al cartograma de los contratos administrativos.

"La confusión de conceptos y terminología, igualmente advertible en nuestra jurisprudencia, torna aún más difícil la interpretación y valoración de las decisiones judiciales en materia de contratos administrativos, lo cual indica la existencia de un aparente divorcio entre la doctrina nacional de derecho administrativo -indudablemente valiosa y de avanzada- y la elaborada -- vía jurisprudencial." *(147)

Sumariando: las fórmulas de interpretación que circunstan-- cian el régimen exorbitante de derecho civil al cual están sujetos los contratos administrativos predispone la fuerza obligatoria de todos los principios antedichos, en cambio, estos conceptos de fundamento no se aplican a los contratos de la administración: se saca la noción del argumento, más no del texto. Gastón Jéze afirma: " Es pues un error grosero, que un jurisconsulto no debe cometer, el querer, a causa de la analogía aparente, aplicar

*(147)Idem, pag. 83

las reglas de derecho privado editadas por el contrato de venta, al contrato administrativo de suministros; las reglas de derecho privado editadas para el contrato de arrendamiento de obra al contrato administrativo de trabajos públicos." *(148)

Esto indica claramente la conexión existente entre las prestaciones impuestas por él y las funciones y atribuciones de la persona pública con la obligada necesidad de que el cumplimiento de las obligaciones contractuales deje a salvo las atribuciones del ente estatal, así sea con sacrificio, en su caso del interés particular, por consecuencia de la situación de derecho creada con el contrato y sin perjuicio que: " De acuerdo con la doctrina tradicional del derecho administrativo, y en general, del derecho público, el Estado tiene dos aspectos de su personalidad. El aspecto de institución de origen y finalidad política y el aspecto de institución susceptible de derechos y obligaciones, como un particular." *(149)

Por tanto, la regla fundamental de interpretación en los contratos administrativos y la situación planteada por el régimen exorbitante de derecho civil que sujeta a estos contratos, debe consistir en aquella que beneficie mayoritariamente el cumplimiento de las funciones del Estado.

3.- Contrato Administrativo Strictu Sensu

Ha quedado escrito ya, que las formas de pactar del Estado

* (148) Théorie générale des contrats de l'administration. "Rev' de Dr. Pub." 1930. págs. 605 y S.S. Citado por FRAGA, ob. cit. pág. 417.

* (149) ATWOOD, ROBERTO. Diccionario Jurídico. Editor Librería Bazán. México 1981. pág. 103.

se distinguen en unilaterales y bilaterales; las primeras implican un acto de voluntariedad estatal para llamar a los particulares a acercarse a la persona pública para la consecución del interés del Estado, que no es sino el espejo del interés general; las segundas, son unos medios de acercamiento directo para obtener bilateralmente el concenso con los gobernados, -- también para obtener con ellos el interés de la colectividad. Entonces, el Estado celebra actos y contratos de derecho público y de derecho privado, y aún recurre a otros entes públicos para lograr la eficiencia del quehacer de la pública administración. Estas fórmulas de la actividad de la administración, que como ya hemos visto, se originan en la teoría general de las -- obligaciones del derecho civil, evoluciona hasta iniciar a formular su propia tesis de subsistencia.

La autoridad suprema del Estado manifestada en sus actuaciones, no es sino el medio idóneo para alcanzar su teleología, es la manifestación del imperio del poder de mando que le distingue de las demás entidades existentes en un sistema jurídico. Al dedillo viene el recuerdo de la teoría del acto administrativo, que " se caracteriza por una declaración unilateral de la administración " ^{*(150)}. También se dijo del acto administrativo, que es el primer momento de la actuación administrativa; el contrato administrativo es uno de los segundos momentos de eficacia de la voluntad administrativa: " El contrato - ^{*(150)} SERRA ROJAS, ANDRES. Ob. cit. T. II., pág. 434.

administrativo no es acto administrativo ya que no exige de éste, pese a las numerosas clasificaciones del acto administrativo." *(151)

Entonces pues, se trata de vislumbrar cómo es que el Estado consigue obtener sus fines, que son los de la generalidad, - sin olvidar que hay ocasiones jurídicas en que la acción oficial alcanza el consentimiento y la concurrencia de intereses de los gobernados, que por propio arbitrio contratan, con previa aprobación del clausulado y en obediencia a los intereses propios de cada uno de los que pactan, luego entonces; puedo decir que el - acto jurídico contractual es la cristalización del consentimiento entre la parte pública y la parte gobernada, que versan sobre los mismos objetos y que concuerdan en el intercambio de prestaciones y que por gracia del mismo contrato administrativo perciben benevolencias materiales o ventajas derivadas del peculio.

Llamo la atención especial sobre el hecho de la voluntad de las partes intervinientes: se sigue sosteniendo que el ente público se encuentra en todo momento en adelante jurídico con referencia a su contraparte, esto debido a que tiene atribuciones para-

* (151) GAETANO, MARCELLO. Manual de Derecho Administrativo. (Manual de Direito Administrativo). (8a. Ed.). T.I. Ed. Coimbra Limitada, Lisboa, Portugal, 1969, pag. 193

dejar sin consecuencias de derecho en ocasión de su inobservancia o en la contingencia de que los requerimientos generales o el interés público le exijan, de trocar la condicionalidad y - circunstancialidad del contrato y hasta ciertas fronteras, de modificar la envergadura de la obligación de su contraparte, - de rescindir por unilateral arbitrio el contrato y hasta de ejecutarlo por si o por persona distinta en casos de mora, con la peculiaridad muy propia del imperio de la voluntad estatal, -- forzadamente. A todas estas atribuciones del Estado, se ha dado en llamarlos faits du prince (hechos del príncipe).

Si es cierto que pudiera darse el supuesto que acaba de mencionarse, también lo es que la " institución del contrato - forma parte del sistema liberal ya que las partes lo celebran con libertad o en ocasiones sujeto a ciertas restricciones necesarias para asegurar el interés general. Un sistema totalmente diferente es el que existe en los Estados comunistas, en -- donde estas formas jurídicas no pueden llamarse propiamente contractuales, por la constante y total acción unilateral del Estado" ^{*(152)} El contrato administrativo se caracteriza porque

* (152) BOQUERA OLIVER, JOSE MARIA. Poder Administrativo y Contrato. Escuela Nacional de Administración Pública. Valladolid.
GONZALEZ BERENGUER URRUTIA, JOSE LUIS. La Contratación administrativa. Municipalía. Madrid, 1966.
ENTRENA CUESTA, RAFAEL. Consideraciones sobre la Teoría General de los Contratos Administrativos. Rev. Ad. Púb. Núm. 24. Pág. 39.
GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. La Figura del Contrato Administrativo. Rev. Ad. Pub. Núm. 41. pág. 100 Citados por SERRA ROJAS, AN- DRES. Ob. cit., T. II., pág. 454.

en él la voluntad contratante no puede alterar la voluntad de la ley aplicable linealmente, en él las partes quedan supeditadas a un nexo de público derecho previo y a unos principios jurídicos ad-hoc para reglamentar esos supuestos, que siempre son reclamos del público interés.

Por lo que se ha escrito: " El contrato administrativo es una obligación bilateral, sinalagmática, en la que una de las partes es la Administración pública con las prerrogativas inherentes a su condición jurídica, y la otra un particular o una entidad pública destinada a realizar determinados fines o relaciones, sometidos a ciertas reglas particulares exorbitantes, entre ellas la forma que deben revestir y la de estar sometidos. en su caso, a la jurisdicción contenciosa administrativa." *(153), cuyas finalidades radican en la obtención de asegurar el supremo interés general y sin lucro, agregaría yo.

4.- Contratos Administrativos celebrados por la Administración Pública sujetos al Régimen de Derecho Privado.

Por principio de cuentas, débese diferenciar la noción de contrato administrativo y de contrato celebrado por la administración. El contrato administrativo acaba de ser encapsulado en el párrafo inmediato anterior, desde el punto de vista estricto,

*(153) SERRA ROJAS, ANDRES. Ob. cit. T.II., pág. 434.

o dicho en otra forma: es aquél verificado por un ente público en vista u ocasión del servicio público y para el cual el Estado adopta el régimen de derecho público en privilegio del derecho privado, intención que declara con la cláusula exorbitante, con participación directa de la contraparte o en la funcionalidad del servicio. Los otros, son contratos que la administración pública conviene y por consecuencia de los cuales se sujeta al derecho privado, en ellos, se insiste en que falta la autonomía de las partes por cuanto a la declaración de su voluntad, punto de mucha discusión, puesto que, finalmente, la entidad pública no puede obligar coercitivamente al gobernado a venir con ella. Esta aparente contradicción se produce de las divergencias explicativas doctrinarias, sin embargo, creo que no hay tal. Sólo distinción de esquema a aplicar.

"El Derecho Administrativo no puede desechar el conocimiento de ciertos principios lógicos y preceptos neutros, recogidos en el Código Civil por razones históricas, pero que corresponden en forma genérica al objeto jurídico denominado acto jurídico. Ignorar su vigencia porque se encuentran como artículos del Código, es negar la ciencia del derecho y crear teorías personales que podrán ser muy brillantes pero que no son jurídicas. Los elementos esenciales que rigen el acto jurídico deben ser aplicados al Derecho Administrativo, pues no presentan ninguna diferencia de fondo y, si la presentan, será de grado."

*(154)

*(154) FIORINI BARTOLOME A. Ob. cit., pág. 47.

El autor Serra Rojas (*) opina que hay recelo por lo que se refiere a esta forma, puesto que en el cálculo de Derecho Privado, la voluntad de las partes " es la suprema Ley de los Contratos", y con alusión a los contratos administrativos, la fórmula debía ser: " en derecho público el interés general, es la suprema ley de los contratos administrativos.

Por su lado: Don Gabino Fraga, y respecto del abundoso tema, agrega con esta tónica: " Pudiera considerarse que las facultades que corresponden a la Administración en el contrato administrativo vienen a ser incompatibles con la naturaleza misma del contrato, pues equivalen a que la fijación de las prestaciones y el cumplimiento de las mismas queden al arbitrio de una de las partes, que en el caso es la Administración la cual en esa forma impondría unilateralmente su voluntad"*(155)

Siguiendo con las opiniones doctrinarias, "Conssagne, luego de afirmar que el imperio del " régimen administrativo" en nuestro país, sostiene que esa doble categoría de los actos de la administración pública se impone como resultado de la necesidad de no aplicar todo el rigorismo propio del derecho administrativo a actos cuyo contenido está reglado por el derecho privado. El hecho de que algunos elementos del acto " privado" de la administración, como la competencia, aparezcan regulados

(*) ob. cit. T.II, Págs. 441 y 442.

*(155) Ob. cit., pág. 418.

por el derecho administrativo, mientras que el objeto o el -- contenido le son por el derecho privado, no tiene tanta importancia, para la configuración de este tipo de actos, como la circunstancia de que en ellos se nota la ausencia de las prerrogativas públicas que son inherentes a la administración pública, como tal." *(156)

Aclaremos: en la tesis de los discursos de la doctrina, se advierten dos puntos principales; se habla del elemento voluntariedad de las partes como ley suprema, la naturaleza misma del contrato administrativo y el contrato civil; además, en la línea que menciona Cassagne, se imprime un duplo categorial de los actos administrativos del Estado. Lo que -- ocurre sencillamente, es que los contratos administrativos siguen siendo pactos o convenciones en los que el ente estatal interviene con la categoría que le otorga el interés público y le conviene al mismo y que por tal motivo pudiera quedar afectado el contrato en su definición; por otro lado los contratos civiles, en los cuales se presupone el consentimiento como suma autoridad contractual, escapa a la rigidez de la -- obligatoriedad impresa previamente, en homenaje al tantas veces citado público interés. Al dedillo viene la reiteración en el tópico de que sigue siendo arriesgada la posición de la doble personalidad estatal, puesto que así como el poder es -

*(156) Citado por ESCOLA, HECTOR JORGE. Ob. cit. V.I., págs. 253 y 254.

uno, la persona pública sigue siendo una, " Aún cuando la doctrina ha discutido mucho sobre el particular, creemos que en la actualidad sí se aceptan teóricamente esta clase de contratos, y se explica la intervención del Estado en vista de una autolimitación a su soberanía y a su poder de mando, en función de los objetivos que persigue con la celebración del contrato y que son los de cumplir con sus cometidos," *(157)

Sin ánimo de entrar en disgresiones que vayan dirigidas a dilucidar si hay o no autolimitación a su soberanía estatal por su relación contractual, y mucho menos a esclarecer si se costrañe su poder de mando a la persona estatal, insisto una vez más en que la razón de ser de estos contratos se explica por la funcionalidad de los objetivos que persigue el Estado con la celebración del pacto contractual y que van dirigidos sagitalmente para el cumplimiento de sus cometidos, en cuya constelación, una de las estrellas más rutilantes, fué, es, y será, el interés común.

" Incluso, el abandono de la tesis de la doble personalidad del Estado no es óbice para que éste o sus entes actúen en el campo del derecho privado, de la misma manera como las personas jurídicas privadas pueden celebrar indistintamente tanto contratos civiles como administrativos, sin que para ello tengan que desdoblar su personalidad," *(158) Queda perfectamente -

*(157) ACOSTA ROMERO, MIGUEL, Ob. cit., pág. 491.

*(158) CASSAGNE, El acto administrativo, citado por ESCOLA, - HECTOR JORGE. Ob. cit., V. I., pág. 254.

claro y totalmente comprensible la motivación que me inclina a sostener que son cabalmente compatibles las existencias de ambos dichos tipos de contratos.

Acabemos: " El Código Civil no es un registro de normas - privadas; ha sido un error considerar que este cuerpo en forma exclusiva acumula normas y preceptos del derecho privado. No - hay duda que dentro del Código Civil se encuentran concentra-- das normas que reglan instituciones exclusivas de la voluntad individual y que el Estado jamás podrá realizar, por ejemplo: la familia, el derecho hereditario, etcétera. Estas son instituciones que son inherentes a la existencia del individuo. Los actos administrativos, excluyendo estas instituciones inherentes al Código Civil, pueden encontrar en las normas de dicho - Código sustento legal para su enjuiciamiento y comprensión interpretativa. No todo el Código Civil es derecho privado, y no todo acto jurídico administrativo es derecho publico." *(159)

Racionalmente queda explicado el por qué el ente estatal aplica en los casos de necesidad el derecho público y el derecho privado en los asuntos de su incumbencia; el por qué celebra contratos administrativos y le inflinge la legislación civil o administrativa, según la solución. Parafraseando a Fiori ni, hago mía su afirmación: no toda relación civil es derecho

*(159) FIORINI BARTOLOME A. Ob. cit., pág. 51.

privado, no toda relación pública es derecho administrativo.

5.- Características Esenciales del Contrato Administrativo.

Mucho se ha escrito acerca de los contratos administrativos y las cualidades especiales que los diferencian de los de más contratos de derecho público o privado, se han reseñado - muchas posiciones literarias en torno del contrato de la Administración Pública, tareas que quedarían inconclusas si no se hiciera una referencia -asi sea breve- hacia la caracterización de los contratos administrativos.

" Sea cual fuere la posición que se adopte frente a la -- existencia de los contratos administrativos, y aún prescin--- diendo de toda idea sobre tal cuestión, lo cierto es que la -- praxis administrativa pone de manifiesto la existencia de cierutos actos, en los cuales participa la administración pública, que presentan caracteres especiales que los acercan al concepto que de los contratos se tiene en el derecho privado."*(160)

En semejantes circunstancias, la actividad administradora, se compondrá de una serie de hechos con relevancia para el derecho y manifestaciones voluntaristas de todo tipo, pero que tienen la singularidad de que dichas determinaciones darán luu*(160) ESCOLA, HECTOR JORGE. Ob. cit. V. I., pág. 86.

gar a relaciones jurídico administrativas y, por ende, efectos para el ámbito del derecho administrativo, esto es, relaciones interpersonales en las que una de las partes es la persona pública, o un ente que depende directamente de la pública administración. Luego así, los hechos realizados por la administración general tienen vínculo de imputabilidad a ésta, aún cuando no siempre persigan producir, transmitir, modificar, reconocer, alterar o extinguir consecuencias en las relaciones jurídicas en que intervienen, así sea, que los produzcan. Además, son actos materiales emanados de la voluntad para cumplimentar o ejecutar un acto de la pública administración y hasta sin acto administrativo previo, pero eso sí, siempre revestidos del ropaje que les da la norma jurídica, pues en contrario, llevan consigo el estigma de la ilicitud, que va de la mano con el de la responsabilidad.

Variadas son también las opiniones acerca del criterio -- que débese seguir para diferenciar los contratos administrativos de cualquiera otra clase de contrato: en sentido amplio, - comprendiendo toda manifestación de la administrativa voluntad, sin restricciones de forma y alcance; como enunciativa de la - misma voluntad que origina efectos jurídicos unilateral o plurilateralmente considerados, y; como recogedora de la misma voluntad unilateral de la administración, productora de efectos jurídicos subjetivos. La primera noción corresponde a la idea-

lización más general del acto administrativo, de cuyas fontanas bebe y se nutre todo el edificio del derecho administrativo; a la segunda categoría pertenecen los reglamentos, uno de los productos más fecundamente generadores del derecho de la administración, y; aquellas declaraciones de voluntad plurilaterales que requieren determinado nivel de concierto entre la voluntad administrativa y la de los particulares, se han identificado bajo el rótulo de contratos administrativos.

Atendiendo a este último grupo de declaraciones de la voluntad, y al criterio de diferenciación por reducción o eliminación, a más del punto de vista que creo más adecuado a la -practicidad administrativa nacional, sigo los pasos del autor de la " Teoría General del Derecho Administrativo", y me anticipo a apuntar su tesis de distinción del contrato administrativo frente al contrato de derecho común:

Siguiendo el criterio objetivo o intrínseco, un contrato será administrativo cuando pretenda alcanzar el beneficio común. " Cuando el Estado acuerda con los particulares realizar una actividad de interés general, y para ello es necesario que se celebre un contrato, verbigracia, contrato de obra pública para construir una carretera. Este criterio objetivo indica - que será contrato administrativo: aquel cuyo objeto vaya íntimamente relacionado con la actividad de la Administración Pública

blica o con el mismo se satisfaga el interés general".*(161). En consecuencia, conforme al criterio objetivo o intrínseco, será contrato administrativo aquel dirigido linealmente a satisfacer la actividad de la administración pública que vaya encaminada a satisfacer el interés público.

El segundo criterio va referido a la jurisdicción de los Tribunales encargados de conocer las controversias suscitadas por la interpretación y cumplimiento de los contratos administrativos, con raigambre muy profunda de las tesis doctrinarias francesas, país en donde los tribunales administrativos tienen poder de decisión para resolver. Entre nosotros, " los -- problemas derivados de los contratos administrativos, se resolvían tradicionalmente por los Tribunales Federales (juzgados de distrito), sin embargo, posiblemente con el afán de introducir instituciones francesas que viene (sic) desde 1938, el legislador reformó el Código Fiscal de la Federación (D.O. de 31 de diciembre de 1961), para incluir en la fracción X del artículo 160 la competencia de las salas de dicho Tribunal para conocer de los conflictos relativos a los contratos de -- obras públicas". *(162) Al hablarse de Tribunales Federales, se habla de los Juzgados de Distrito también, según la Ley de -

* (161) ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Ob. cit., pág. 496.

* (162) Idem, pag. 497.

Obras Públicas, con lo que la jurisdicción aplicable a los contratos administrativos, sigue siendo la ordinaria de los Tri bunales Federales.

En un tercer lugar, se encuentra el criterio del régimen al cual están sujetos los contratos administrativos: primero, se tiene que hay contratos a los que se les aplica el régimen del derecho privado y hay contratos, en segundo, a los que se les aplica la reglamentación del derecho público. " No hay -- criterio unitario en este aspecto más que el formal que ya se comentó. Esto sin dejar de considerar que el Estado también - puede celebrar contratos de Derecho Civil exorbitante" *(163). Esto quiere decir que las declaraciones de la voluntad, siguiendo la regla administrativa, producirán un contrato de derecho público; el consentimiento manifestado acorde al derecho civil, generará un contrato de derecho común, sin dejar de lado que - la entidad pública puede realizar contrataciones con cláusulas exorbitantes.

" En concreto, puede afirmarse que lo que caracteriza -- esencialmente al contrato es:

a) La existencia de un acuerdo de voluntades, es decir, la existencia de dos o más voluntades individuales que concurren - respecto de una declaración de voluntad que se acepta como común para todas ellas;

*(163) Idem, pág. 498

b) Que esa declaración de voluntad común esté destinada a reglar los derechos de las partes". *(164)

Terminando: cuando se encara el tema que contiene el decidir si un acto jurídico plurilateral es contrato o no, no basta la noción tradicional del contrato puesto que sus lineamientos formales han quedado más o menos alterados a lo largo del tiempo. Conceptos tales como la igualdad y libertad de las partes han sido desdibujados en su apariencia externa, como muchas otras columnatas de la edificación del derecho. No se puede negar que: " asistimos a instantes de cambio en el orden político, social, económico y cultural que han promovido y requieren ajustes normativos de carácter fundamental. Las estructuras constitucionales no pueden quedar rezagadas y sujetas a esquemas precluidas so pena que la vida -más fuerte que las -- normas y los principios- se deslice triunfante sobre ellos, y el derecho pase a ser categoría olvidada en el corazón de los hombres.

" Las modificaciones que puedan introducirse no deben perder de vista las finalidades primigéneas: la limitación del poder y el resguardo de los derechos humanos para una real vigencia del bien común. Esto es, la consagración práctica de la libertad y la dignidad humana, según agudas palabras de Linares - Quintana, a la vez que la realización efectiva de la justicia, *(164) ESCOLA, HECTOR JORGE. Ob. cit., pág. 94.

mediante el imperio del derecho". *(165) Con todo esto, y con las modificaciones a las concepciones de todo el orden jurídico: poder, constitución, bien común, libertad, dignidad o igualdad humanas, el instituto del contrato, sigue inmovible: consentimiento y objeto, igual a contrato.

6.- Determinación del Contrato Administrativo.

De la exposición y el examen de los diversos componentes del contrato administrativo, no debe escaparse su determinación como semejante criatura de derecho público y administrativo, con análisis rectificador y con afán de adecuar la terminología que de alguna forma se ha escapado a la verdadera gramática enervando la definición esencial de contrato administrativo. Si he dejado asentado que:

" No debe olvidarse que estamos viviendo en una época en que el concepto de fines públicos se ha estado extendiendo -- firmemente". *(166), y que la actividad administrativa es una

* (165) ROMERO, CESAR ENRIQUE. ¿ Hacia un nuevo Derecho Constitucional? , en la Ley, Revista Jurídica Argentina. Sociedad Anónima Editora e Impresora. Buenos Aires República Argentina, 1970. Pág. 1553.

* (166) SCHWARTZ, BERNARD. Los Poderes del Gobierno, Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos. Volumen I. Poderes Federales y Estatales. Traducción de José Juan Olloqui Labastida. Universidad Autónoma de México, Facultad de Derecho. Dirección General de Publicaciones. Primera Edición en Español, México. 1966. Pág. 211.

función de desiderata, finalista, encausada a obtener un fin: cumplir necesidades colectivas y cumplir los fines propios del Estado. Si la función administrativa merece ese nombre, debe organizar, regular y ejecutar el esquema social y para eso es imprescindible la norma exacta para la ejecución de los servicios y solucionar los conflictos del curso de su desarrollo. " La actividad administrativa es una actividad no homogénea, siendo factible reducirla a un concepto unitario al referirla al poder del Estado del cual emana⁴⁷ (sic), pero siempre estará presente en ella esa idea de poder, de potestad o prerrogativa especial" *(167)

Luego entonces, reitero la siguiente conclusión: " los contratos administrativos son una forma de la actividad administrativa (actos jurídicos plurilaterales), y como tales, en ellos debe estar presente, en alguna forma, el poder o potestad administrativa en todos o en algunos de sus aspectos más importantes". *(168) Por consiguiente, habrása de tener siempre a la vista el organigrama jurídico de la función administradora y la sujeción de esa función a la regla de derecho, de otro modo, si sucediera " que los actos del gobierno están colocados en una posición privilegiada de inmunidad al dominio de la ley, es absolutamente incompatible con un régi

*(167) ESCOLA, HECTOR JORGE, Ob. cit: V. I. pág. 112.

*(168) Ibidem.

men de derecho. La noción de que la administración de justicia debe tener un carácter dualista de que normas diferentes han de aplicarse a la acción del estado, de que diversas consecuencias deben deducirse cuando están involucrados actos - de funcionarios gubernamentales- esto es ajeno a nuestro concepto constitucional básico...en un gobierno de derecho, los actos oficiales deben estar sujetos a un escrutinio legal tan estricto como los actos de los ciudadanos ordinarios".*(169)

Con esto queda reafirmado el rechazo sin reservas al criterio de la desigualdad de las partes y la teoría de la subordinación y supraordinación que resulta, además si los contratos - administrativos persiguen fines mancomún, intereses públicos, necesidades colectivas, necesidades del grupo social, se necesita rememorar con esto, que por la concreción de la actividad de la administración, los fines perseguidos se satisfarán en forma directa e inmediata, además de continuada, elemento de descripción de la función administrativa, frente a la legislativa verbigracia, en la cual se acosan fines mediatos, o -- aún de la jurisdiccional que se surten del ejercicio del órgano administrativo para el cumplimiento de sus fines.

Mención aparte merece el ideal del interés público, que - debe ser latísimo y encuadrado al servicio de los más amplios intereses sociales, más que de rigor jurídico normativo. Junto

*(169) SCHWARTZ, BERNARD. Ob. cit., pág. 35.

con esta reseña, se encuentra la de servicio público, de un sentido y alcance tan tradicional que poco ayuda para aclarar el asunto, pero que puede quedar en toda ejecución de actos rectilíneamente dirigidos al beneficio de la colectividad.

Por tanto, aparece una segunda conclusión acerca de la - determinación del contrato administrativo: " estos contratos tienen por objeto directo el servicio público, en sentido general y amplio, o sea, la satisfacción del interés público, de las necesidades colectivas". ^{*(170)} Objeto que se perseguirá por la administración pública, así sea por intervención de un tercero. Luego pues, un contrato administrativo es aquel que celebra la administración pública en manifestación plurilateral de la voluntad, conocimiento y juicio, de tintes unilaterales concretos y contingentemente ejecutivo; propuesto por la autoridad administrativa en principio y por la contraparte por excepción; ambas voluntades en el ejercicio de las potestades otorgadas por la ley, y cuyo fin-objeto inmediato es -- crear, modificar, transferir o extinguir una relación jurídica subjetiva y concreta; con finalidad de interés público y - que por esa razón contengan cláusulas exorbitantes del dere--

*(170) ESCOLA, HECTOR JORGE. Ob. cit. V. I., pág. 115.

cho "privado o que coloquen a la contraparte particular de la persona pública -en una llamada relación " de subordinación" respecto de ésta. Todo lo que se ha dicho, partiendo del principio del estricto rigor jurídico " con interés social y servicio público".

" Convencido estoy de ello porque, desde este ángulo y -- con ese enfoque, el tratamiento y el análisis de los temas --- inherentes al Derecho Administrativo, por una parte, dignifica al administrado como tal administrado y, más aún, como persona humana; y por otra parte, dignifica al Estado como órgano creador del Derecho y encargado de asegurar su imperio!" (171)

A todo esto queda abreviado un contrato administrativo.

*(171).- SCAGURINI, AMADEO F.J. El objeto fundamental del Derecho administrativo en el ordenamiento jurídico contemporáneo, en: LA LEY, Revista Jurídica Argentina. Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires-República Argentina, enero-marzo 1969. pág. 1114.

CONCLUSIONES

Primera.- Existe una distinción tajante entre el mundo de lo ontológico y el mundo de lo normativo. De esta dicotomía se colige que hay fenómenos humanos o de la naturaleza que producen o no, consecuencias jurídicas, y también hay acontecimientos naturales o humanos que pretenden desde el inicio, lograr una situación jurídica concreta. Cuando los actos humanos o naturales carecen de voluntariedad para producir efectos de derecho, se habla de hechos jurídicos. Cuando estos hechos de la naturaleza o del hombre tienen como objeto inmediato el establecimiento de una relación jurídica de imputación, se trata de actos jurídicos.

Segunda.- Toda creación normativa, tiene componentes de eficacia e integrantes de existencia. Para el acto jurídico, estos últimos son: el consentimiento y el objeto, y en algunos casos muy especiales, la solemnidad; aquellos informantes de eficacia para el acto jurídico, se encuentran en la licitud, la ausencia de vicios del consentimiento, la formalidad y la capacidad. El concurso de estos elementos configuran la explicación que le corresponde dar a la teoría general del acto jurídico.

Tercera.- El acto jurídico puede ser simple y llano, pu

ro, pero bien puede estar sujeto a cláusulas accidentales que configuran las modalidades del acto jurídico, y que se hacen consistir en: condición, modo y término, contenidos del acto, que le imprimen singularidad especial y que tienden a afectar las relaciones jurídicas preexistentes de las partes, otorgándoles un sello muy característico y distintivo al cual queda circunscrito el cumplimiento o la ejecución del acto.

Cuarta.- Verificado que sea el primer momento relativo al acto jurídico, se puede llegar a un segundo que es fruto, de la primera actividad humana para crear, reconocer, transmitir y extinguir derechos y obligaciones. Este segundo momento, de acercamiento de las partes, celebración del contrato y otorgamiento del mismo, a su vez, crearán un segundo momento, que será integrado por la realización del fin-objeto del contrato.

Quinta.- El contrato, genéricamente considerado, es el acuerdo de dos o más voluntades para producir efectos jurídicos, sin que por ello sea una norma jurídica individualizada que decide sobre la situación abstracta de derecho, sin que por ello sea tampoco creador de estatutos jurídicos, sino que enlaza a las partes, y de esa relación se obtiene su razón de ser. Explicado esto en el idioma jurídico, contendrá como elementos: acuerdo bilateral de voluntades capaz de crear una relación jurídica individual, de los intereses opuestos se deri

va su bilateralidad y su individualización obedece a la cuestión subjetiva y singular, ya que si generalizásemos, hablaríamos de una ley.

Sexta.- Se advierte que hay un sinnúmero de criterios para clasificar a los contratos: atendiendo al criterio de la situación jurídica particular; en ocasión de ventajas y cargas que crean; por los requisitos para su formación, previos o durante ella; por el carácter de dependencia o independencia; por la materia que afectan; por su facilidad para ser identificados o no; por el objeto de la relación; considerando la finalidad de las partes, y, por los efectos que producen, y así por el estilo, según el autor, y según la orientación de su doctrina. Lo que a nosotros nos interesa es encontrar difano el elemento distintivo del contrato administrativo y el contrato civil. La forma que debe llenarse no queda limitada al contrato, sin más; más bien estará relacionada con otras actuaciones jurídicas que por esencia le son aplicables y que son exactamente las maneras de actuación de la norma de derecho, en cuyo fondo no hay sino un formulismo que implica una declaración hipotética de la voluntad, aunque en pureza, la forma queda a la libertad de las partes, por respecto al sacro principio del libre albedrío, claro; siempre que se llenen las direcciones normales y las especificaciones normativas para lograr la individualización de la norma.

Séptima.- De todo lo que corresponde al primer Capítulo, cabe considerar que la intención secular de la teoría general del acto jurídico, aunada a la doctrina general del contrato, son bases incommovibles para el sistema de derecho que nos - sustenta. Aunque ha habido bifurcaciones y desviaciones en la comprensión literaria y legislativa que contemplan estos elementos esclarecidos de la ciencia del derecho, lo cierto es - que siguen estando allí, en donde se hace necesario urgentemente el resolver las cuestiones surgidas por la interpretación y aplicación de las leyes de la materia. Si se ha liberado el formulismo rígido, no por ello, las creaciones de la norma han dejado de tener vigencia.

Octava.- El Estado es una realidad social en la que se - conjugan los más altos fines perseguidos por los individuos - y que nos permite distinguir en donde existe una organización humana que se ha aglutinado bajo la protectora sombra de un - régimen normativo de derecho.

Novena.- Para el ejercicio de sus cometidos y para el cumplimiento de sus fines, el orden estatal se manifiesta como la voluntad soberana de la colectividad, voceada por la persona -

pública. Es obvio que por la complejidad de sus funciones, el ente estatal deba recurrir a la división del único poder, para lograr su ejercicio y para asegurar la vigencia del imperio de la voluntad de la ley; de tal manera, se reparte el ejercicio del poder, en tres entidades de derecho público: los poderes legislativo, jurisdiccional y ejecutivo.

Décima.- El poder ejecutivo ejerce la función administrativa en principio, y realiza actos administrativos para el logro de sus cometidos, empero la diversificación de las actividades administrativas, que son ahora las que mayoritariamente nos interesan, impiden materialmente que el sujeto público administrativo obtenga resultados totales por sí solo, por eso en el ejercicio de su imperio, toma resoluciones unilaterales, que afectan más o menos las esferas jurídicas individuales o colectivas de los administrados, cuando se está ante este supuesto, se dice que hay un acto jurídico administrativo.

Décima Primera.- El acto administrativo es una evidencia completa de un acto jurídico que se encuentra circunscrito en el ámbito del derecho público, emanado de la administración pública y sometido al régimen de derecho administrativo, y que se cambia por consecuencia, en aquella exteriorización de la voluntad, conocimiento y juicio, unilateral por fuerza y --

necesariamente concreto y ejecutorio, creado, ab initio, por la autoridad de la administración, y por exclusión por las - nomotéticas y jurisdicciarias . en su materia; hecho en el - ejercicio de potestades legales y que tiene por finalidad: - crear, reconocer, modificar, transferir, o extinguir una situación jurídica subjetiva y concreta, todo ello encaminado a la satisfacción del interés general.

Décima Segunda.- Debe hacerse rotunda distinción entre - acto administrativo y acto de administración. El acto administrativo quedó delineado en la consideración inmediata anterior, por lo que sólo cabe agregar que la actividad de la administración comprende las vías de la decisión y la operativa para -- efectuar los actos jurídicos que fijan los derechos y las obligaciones de la entidad pública y los gobernados, así como para obtener el logro de sus cometidos, encaminados al interés general. Los actos de administración son todas aquellas actuaciones, que por más que administran los recursos y las decisiones de la persona pública estatal, no alcanzan el nivel categorial de actos administrativos. Las decisiones y actuaciones que se encuentran coloreadas de política, simplemente no son actos administrativos.

Décima Tercera.- Hay actos administrativos preparatorios y definitivos, unilaterales o plurilaterales, simples y complejos,

internos y externos, actos que aumentan las facultades de los particulares (admisión, concesión, autorización y dispensa), y actos que limitan los derechos de los gobernados (sanciones, expropiación, ejecución forzosa, las órdenes de mandatos, prohibiciones, y de reconocimiento). Con independencia de la tesis seguida para clasificar al acto administrativo, es concenso común que los elementos de existencia están representados por: los sujetos y la competencia, la existencia de la voluntad administrativa y su manifestación, el objeto y motivo del acto administrativo, el elemento de la teleología administrativo y la forma del referido acto.

Décima Cuarta.- El silencio administrativo es un instituto de omisión. En cuanto una autoridad de la administración no resuelva sobre una petición, se presume legalmente que ha denegado el beneficio al peticionario, no es expresión de pública voluntad sino una creación ideática y en el sentido que se entiende la presunción resultaría acaso una ilegalidad de fondo, enervante del interés particular. Por lo demás la actuación de la persona pública quedaría a disposición de los particulares, lo que nos llevaría a una incongruencia de derecho. De otro lado para que cumpla sus efectos el acto administrativo, necesita llenar todos los requisitos legales y de rito para su eficacia; por lo dicho, un acto administrativo perfecto es aquel que se genera previo el extremo del procedimiento re

querido para su existencia y validez, una vez cumplimentado ésto, existe la presunción plena de legitimidad, con lo que se origina su publicidad, preparando el estado inmediato posterior: el contrato administrativo.

Décima Quinta.- Los convenios, los contratos administrativos y los contratos de derecho privado, son creaciones del derecho que parte de un origen común a los que para diferenciar unos de los otros, es conveniente aplicar el criterio de exclusión,--partiendo de su nomenclatura y de los objetos y fines que se persiguen con ellos, además de la reglamentación legal específica aplicable al caso de cada uno de ellos, partiendo de la constitución, y cerrando las jerarquías con las leyes reglamentarias que los ordena.

Décima Sexta.- Los elementos constitutivos del contrato administrativo se hacen consistir en: sujetos, voluntad, contenido, el interés general como causa del mismo, finalidad, forma, procedimiento, el servicio público como objeto, la desigualdad y los modos y requisitos que las leyes ordenan. Como elementos de accidencia, figuran: los plazos, la conmutatividad, intransferibilidad, las garantías otorgadas, las sanciones, y para algunos, la licitación o invitación pública de suscripción.

Décima Séptima.- El criterio de la cláusula exorbitante es eje central de este estudio y de la teoría general del contrato

administrativo. El hecho de que la administración pública, aparentemente se otorgue para sí privilegios frente a los particulares, con fundamento en su calidad de autoridad y de lo que resulte una disparidad en el plano de las relaciones contractuales, da lugar al sostenimiento de esta tesis. Sin embargo, opino que no hay tal exorbitancia ni relaciones de supraordinación y subordinación, tal como insistí a lo largo del espacio correspondiente y atendiendo a la teoría general de los contratos.

Décima Octava.- Queda reducido el concepto de contrato administrativo al concenso bilateral sinalagmático en el que una parte es el ente público, con las cualidades esenciales a su condición jurídica, frente a un administrado o una entidad estatal, con destino a realizar fines que queden sometida de reglas particulares exorbitantes, y en su caso, a la jurisdicción contencioso administrativa. Por lo que tanto se ha dicho, ni el Código de Derecho Civil es un registro de normas privadas, ni los actos administrativos informan un catálogo de Derecho Público, no pueden sustraerse terminantemente el uno del otro.

Decima Novena.- En consecuencia, por cuanto a la objetividad, la jurisdicción y el régimen de los contratos administrativos, se puede asistir al esclarecimiento de su materia prescindiendo del uso de doctrinas tan atractivas pero arriesgadas, como las que se han objetado en su momento. Los contratos adminis-

trativos son una forma de la administración pública y en cuanto tales debe aparecer en ellos el elemento potestad de la administración. Potestad sujeta sin restricciones al régimen de estricto derecho supeditado siempre y en todo caso, al interés general, determinado por el servicio público.

Vigésima.- Con todo lo que se ha pretendido demostrar a lo largo de este proyecto, y que se ha fundado en los criterios doctrinales que aparecen, rebatida para siempre jamás la polémica acerca de las desigualdades conjuntas con los criterios de las cláusulas exorbitantes. Apoyo los criterios de -- las cláusulas exorbitantes en el sentido de ser requisito esencial del contrato administrativo, más no, en el de explicar -- las causas de la desigualdad. Por fin y al cabo, la cláusula -- exorbitante es el elemento que nos permite distinguir allí, en dónde existe manifestación de la voluntad administrativa, y -- por ende, un acto y un contrato administrativo.

B I B L I O G R A F I A

- ACOSTA ROMERO, MIGUEL. Teoría General del Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, Cuarta Edición Actualizada. México, 1981.
- ATWOOD, ROBERTO. Diccionario Jurídico. Editor Librería Bazán. México. 1981.
- BORJA SORIANO, MANUEL. - Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Porrúa, S.A. Sexta Edición. México 1978.
- CAMPILLO SANCHEZ, ANTONIO G. El Notario y la Jurisdicción Voluntaria, Asociación Nacional del Notariado Mexicano. A.C. México, 1965.
- CARRILLO FLORES, ANTONIO. La Defensa Jurídica de los Particulares Frente a la Administración Pública. Porrúa Hnos., y Cía. Segunda Edición. México, 1939.
- ESCOLA, HECTOR JORGE. Tratado Integral de los Contratos Administrativos. V.I. Ediciones de Palma. Buenos Aires República Argentina, 1977.
- ESCOLA, HECTOR JORGE. El Derecho Administrativo y su Problemática actual. La Ley, Revista Jurídica Argentina, S.A. Editora e Impresora. Buenos Aires República Argentina, 1970.
- FIORINI, BARTOLOME A. Teoría Jurídica del Acto Administrativo. Abeledo-Perrot, Buenos Aires República Argentina, 1969.
- FLORES GOMEZ GONZALEZ, FERNANDO. CARBAJAL MORENO, GUSTAVO. Manual de Derecho Constitucional, Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición. México 1976.
- FRAGA, GABINO. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. Decimotercera Edición. México, 1969.
- GAETANO, MARCELO. Manual de Derecho Administrativo. (Manual de Derecho Administrativo), Colmbra Limitada. Octava Edición. Lisboa, Portugal. 1969.
- GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho Civil. Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición. México, 1976.
- GARCIA MAYNES EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho Editorial Porrúa, S.A. Séptima Edición, México, 1956.
- GARRIDO FALLA, FERNANDO. Tratado de Derecho Administrativo. V.I. Segunda Edición. Madrid, España, 1958.

- GARRIDO FALLA, FERNANDO. La Llamada Doctrina del Silencio Administrativo. Revista de Administración Pública. Madrid, España. 1951.
- GOMEZ FLORES, ADELOR. La Reforma Administrativa Tarea de Políticos Responsables. Pensamiento Político No. 86 Vo. XXI, Edición de Cultura y Ciencia Política, A.C. México, 1976.
- JORDANZA DE POZAS, LUIS. El Problema de los Fines de la Actividad Administrativa. Revista de Administración Pública, Madrid, España, 1951.
- KELSEN HANS. Teoría General del Estado. Editorial Nacional. - México 1979.
- KELSEN HANS. Teoría Pura del Derecho, Eudeba, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, República Argentina, 1971.
- OLIVERA TORO, JORGE. Manual de Derecho Administrativo. Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición. México, 1967.
- PALLARES, EDUARDO. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa. Sexta Edición. México, 1970.
- PINA VARA, RAFAEL DE. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición, México, 1977.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil. Toms. I-III IV. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México 1968.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Introducción al Estudio del Derecho. - Editorial Porrúa, S.A., Segunda Edición. México, 1967.
- ROMERO, CESAR ENRIQUE. ¿Hacia un nuevo Derecho Constitucional? La Ley, Revista Jurídica Argentina, Sociedad Anónima, - Editora e Impresora, Buenos Aires, República Argentina, 1970.
- ROYO VILLANOVA, ANTONIO. Elementos de Derecho Administrativo. - Tomo II. Valladolid, España, 1955.
- SAYAGUES LASO, ENRIQUE. Tratado de Derecho Administrativo. Talleres Gráficos Barreiro y Ramos, S.A. Montevideo, Uruguay, 1974.
- SCAGUARINI, AMADEO F.J. El Objeto Fundamental del Derecho Administrativo en el Ordenamiento Jurídico contemporáneo. La Ley. Revista Jurídica Argentina. Sociedad Anónima. Editora e Impresora. Buenos Aires República Argentina, 1969.
- SCHWARTZ, BERNARD. Los Poderes del Gobierno. V.I. Poderes Federales y Estatales, Universidad Autónoma de México, Direc-

ción General de Publicaciones, Primera Edición. México, 1966.

SERRA ROJAS, ANDRES. Derecho Administrativo, Toms. I y II Editorial Porrúa, S.A. Sexta Edición. México 1979.

C O N T E N I D O

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

NOCIONES GENERALES

	Pág.
<u>I.- Teoría General del Acto Jurídico</u>	6
1.- El Acto jurídico (Concepto)	7
2.- Elementos esenciales del Acto jurídico.	12
2.a.-) Manifestación de la Voluntad.	12
2.b.-) Objeto Física y Jurídicamente Posible.	14
3.- Elementos de Validez del Acto Jurídico.	15
3.a.-) Licitud del Acto Jurídico.	16
3.b.-) Voluntad Libre.	18
3.c.-) Formalidad.	19
3.d.-) Capacidad.	21
4.- Modalidades del Acto Jurídico.	24
<u>II.- Doctrina General del Contrato.</u>	30
5.- Del Contrato Lato Sensu.	32
6.- Noción Jurídica del Contrato.	35
7.- Clasificación General de los Contratos.	37
a.-) La Estructura de los Contratos.	39
8.- Resumen de Consideraciones	41

CAPITULO SEGUNDO

FUNCIONES Y ACTOS JURIDICOS DEL ESTADO

<u>I.- El Estado y la Teoría de la División de Poderes.</u>	Págs. 46
<u>II. La Teoría de las Funciones.</u>	51
1.- Función Legislativa.	53
2.- Función Jurisdiccional.	57
3.- Función Administrativa.	60
<u>III.- La Función Administrativa y los Actos Administrativos.</u>	
<u>In Genere.</u>	64

CAPITULO TERCERO

EL ACTO ADMINISTRATIVO

<u>I.- Teoría General del Acto Administrativo.</u>	68
1.- De los Actos Administrativos.	68
a.-) El Acto Administrativo (Concepto)	72
b.-) El Acto Administrativo y el Acto de Administra- ción.	76
c.-) Actos no Administrativos.	78
d.-) Clasificación de los Actos Administrativos.	80
2.- Elementos del Acto Administrativo.	88
a.-) Sujetos y Competencia.	89
b.-) Manifestación de la Voluntad Administrativa.	92
c.-) Objeto del Acto Administrativo.	94
d.-) Motivo.	95
e.-) Elemento Teleológico del Acto Administrativo.	97
f.-) La forma del Acto Administrativo.	98
g.-) El Silencio de la Administración Pública.	100

	Págs.
3.- Efectos del Acto Administrativo.	102
a.-) Derechos y Obligaciones de las partes.	104
b.-) Presunción de Legitimidad.	106
c.-) Publicidad del Acto Administrativo.	108
4.- Acto Administrativo y Contrato Administrativo	111

CAPITULO CUARTO

DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1.- El Régimen Jurídico del Contrato Administrativo.	113
1.- El Convenio y el Contrato Administrativo.	113
a.-) Régimen Jurídico Normativo del Contrato Administrativo.	117
2.- Elementos Característicos del Contrato Administrativo en el Régimen Jurídico Mexicano.	142
a.-) Elementos Esenciales.	142
b.-) Elementos Accidentales.	164
c.-) En Especial la Cláusula Exorbitante.	168
3.- Contrato Administrativo Stricto Sensu	176
4.- Contratos Civiles celebrados por la Administración Pública, sujetos al Régimen de Derecho Privado.	180
5.- Características Esenciales del Contrato Administrativo.	186
6.- Determinación del Contrato Administrativo.	192
<u>CONCLUSIONES</u>	197
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	207
<u>CONTENIDO</u>	