

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**El  
Contrato  
de  
Obra Pública**

LICENCIADO EN DERECHO  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

**TESIS**

**CARLOS ERICH JANSEN ESCOBAR**

MEXICO 1963



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*Al recuerdo de mi padre*

*Con veneración y gratitud  
a mi madre  
Sra. Beatriz Vda. de Jansen*

*A mi abnegada esposa*  
*Sra. María del Socorro*  
*R. de Jansen*

*A mis hijos*  
*Beatriz, Jorge y Erich*

Con cariño a mis hermanos  
Erika y Edna

Con fraternal estimación al  
Sr. Arquitecto  
Raúl Huerta Christy

Con mi agradecimiento  
a la Srta.  
Marina Arceo

*Al señor Licenciado Horacio  
Castellanos Coutiño con profundo  
agradecimiento por su dirección y  
estimulo para la consecución de este  
trabajo*

## CAPITULO PRIMERO

### HECHOS Y ACTOS JURIDICOS

- I INTRODUCCION.
- II NOCION DE HECHOS Y ACTOS JURIDICOS.
- III ELEMENTOS DEL ACTO JURIDICO.
  - 1. LA VOLUNTAD Y LA LEY GENERADORAS DE LOS EFECTOS DE DERECHO.
    - a) Escuela Clásica.
    - b) Crítica a la Escuela Clásica.
    - c) Doctrina de León Duguit.
    - d) Tesis Ecléctica.
    - e) Criterio Personal.
  - 2. ELEMENTOS ESENCIALES.
  - 3. ELEMENTOS DE VALIDEZ.
- IV CLASIFICACION DE LOS ACTOS JURIDICOS.
- V LOS ACTOS JURIDICOS EN NUESTRA LEGISLACION.

## CAPITULO SEGUNDO

### LOS CONTRATOS EN GENERAL

- I DEFINICION.
- II ELEMENTOS DE EXISTENCIA.
  - 1. CONSENTIMIENTO.
  - 2. OBJETO.
    - a) Objeto en las obligaciones de dar.
    - b) Objeto en las obligaciones de hacer.
- III ELEMENTOS DE VALIDEZ.
  - 1. CAPACIDAD LEGAL DE LAS PARTES.
  - 2. EL CONSENTIMIENTO EXPRESADO SIN VICIOS.
    - a) Error.
    - b) Dolo y mala fe.
    - c) Violencia.
    - d) Lesión.
  - 3. LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN.
  - 4. LA FORMA.
- IV ANTECEDENTES DE NUESTRA LEGISLACION.
  - 1. CODIGO DE NAPOLEON.
  - 2. PROYECTO DE CODIGO ESPAÑOL.
  - 3. CODIGO PORTUGUES.
  - 4. NUESTRA LEGISLACION CIVIL.
- V CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS.
  - 1. CLASIFICACION DE PLANIOL.
  - 2. CLASIFICACION DE GIORGI.
  - 3. OTRAS CLASIFICACIONES.
  - 4. CLASIFICACION DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

## CAPITULO TERCERO

### EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

- I GENERALIDADES.
- II NOCION DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.
- III NATURALEZA JURIDICA.
- IV ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.
  - 1. SUJETO.
  - 2. OBJETO.
  - 3. MOTIVO.
  - 4. FORMA.
- V ELEMENTOS DE VALIDEZ.
  - 1. FORMA SUBSTANCIAL.
  - 2. FORMA INTEGRAL.
  - 3. VOLUNTAD.
- VI LICITACION.
  - 1. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.
  - 2. FORMA DE CONTRATAR DEL ESTADO.
    - a) Subasta o adjudicación pública.
    - b) Concurso.
    - c) Acuerdo o Contrato directo.
  - 3. ADJUDICACION.
- VII CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

## CAPITULO CUARTO

### EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA

- I GENERALIDADES.
- II REGIMEN JURIDICO.
- III PLIEGO DE CONDICIONES Y FIJACION DEL PRECIO.
  - 1. CLAUSULA A RIESGO Y VENTURA.
  - 2. ALTERACION DE LAS CLAUSULAS Y MODIFICACIONES EN LAS OBRAS PROYECTADAS.
  - 3. SUSPENSION O REDUCCION DE LAS OBRAS.
  - 4. EJECUCION DIRECTA DE LA ADMINISTRACION.
- IV MODOS DE CONCLUSION DE LOS CONTRATOS DE OBRA PUBLICA.
  - 1. ADJUDICACION PUBLICA COMO REGLA GENERAL.
  - 2. EXCEPCIONES.
  - 3. GARANTIAS.
- V EJECUCION DE LOS CONTRATOS DE OBRA PUBLICA.
  - 1. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.
  - 2. RECEPCION DE LA OBRA.
- VI RECURSOS JURISDICCIONALES.
  - 1. DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACION.
  - 2. RECURSOS EN LA EJECUCION DEL CONTRATO.
  - 3. COMPETENCIA.
- VII EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA EN EL DERECHO MEXICANO.
  - 1. LA CONSTITUCION.
  - 2. LEYES Y DECRETOS.
  - 3. COMPETENCIA.
  - 4. CRITERIO SUSTENTADO POR LA H. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

## CAPITULO PRIMERO

### HECHOS Y ACTOS JURIDICOS

#### I INTRODUCCION.

#### II NOCION DE HECHOS Y ACTOS JURIDICOS.

#### III ELEMENTOS DEL ACTO JURIDICO.

##### 1. LA VOLUNTAD Y LA LEY GENERADORAS DE LOS EFECTOS DE DERECHO.

- a) Escuela Clásica.
- b) Crítica a la Escuela Clásica.
- c) Doctrina de León Duguit.
- d) Tesis Ecléctica.
- e) Criterio Personal.

##### 2. ELEMENTOS ESENCIALES.

##### 3. ELEMENTOS DE VALIDEZ.

#### IV CLASIFICACION DE LOS ACTOS JURIDICOS.

#### V LOS ACTOS JURIDICOS EN NUESTRA LEGISLACION.

## I INTRODUCCION

Siendo el fin de este trabajo, el analizar el contrato administrativo que se denomina "Contrato de Obra Pública", es de elemental importancia el tratar de establecer la noción y elementos del contrato, desde su concepto más simple que es, el acto jurídico.

En el estudio del Derecho, se habla de los hechos y actos jurídicos, como fuentes de las obligaciones; elementos indispensables de los derechos; causa del derecho mismo; etc., por lo que es menester examinar los hechos y actos jurídicos, para ubicar los contratos.

"Los hechos o acontecimientos influyen en los derechos, de tal modo, que si los derechos se adquieren, se conservan, se modifican, se transmiten o se extinguen; es siempre por consecuencia de algún acontecimiento o hecho".<sup>1</sup>

## II NOCION DE HECHOS Y ACTOS JURIDICOS

Los hechos o acontecimientos en general, son todos aquellos sucesos que se producen en la naturaleza, que pueden tener relevancia o carecer de ella en relación al derecho. Así encontramos los hechos que no producen efectos jurídicos, y que por consecuencia son indiferentes al derecho; éstos se denominan **SIMPLES HECHOS**. Por el contrario tenemos aquellos hechos que originan, modifican o extinguen una relación jurídica y consecuentemente tienen relevancia en relación al derecho; éstos reciben el nombre de **HECHOS JURIDICOS**.

El hecho jurídico a su vez, puede ser un acontecimiento que produce consecuencias jurídicas y cuya causa es puramente natural; en otras palabras, que el hombre no interviene en manera alguna en su ejecución; como ejemplo tenemos: Aluvión, Mutación de cauce, etc. —Artículos 910 y 915 del Código Civil—. Puede ser también un acontecimiento de la naturaleza, en que el hombre interviene de manera indirecta, acontecimiento que produce consecuencias jurídicas; v.g. nacimiento, muerte, mayoría de edad, etc. Puede ser también un acontecimiento en que interviene el hombre directamente, que in-

(1) PETIT Eugène.—Tratado Elemental de Derecho Romano.—Traducción de José Ferrandez González.—Editorial Saturnino Calleja.—Madrid, Pág. 176.

clusivo es obra del hombre y que produce consecuencias jurídicas, pero sin ser estas consecuencias el motivo de la intervención del hombre; como es la comisión de un delito, el pago de lo indebido, etc. Todas estas formas del hecho jurídico, reciben la denominación específica de **SIMPLES HECHOS JURIDICOS**.

Encontramos una forma más de hecho jurídico; es aquel que se realiza con la intervención y voluntad del hombre, pero que esta voluntad está encaminada directamente a la producción de las consecuencias de derecho, o sea a la producción de los efectos jurídicos, y no tan sólo a la producción del hecho en sí, recibiendo por tal motivo, el nombre específico de **ACTOS JURIDICOS**.

En resumen — Los hechos simples se diferencian de los hechos jurídicos, en la naturaleza de sus efectos, pues mientras los primeros no producen consecuencias de derecho, los segundos si producen efectos jurídicos; de acuerdo con esto, los hechos en los que interviene el hombre, pueden ser de cualquiera de las dos categorías mencionadas, a saber simples hechos o hechos jurídicos, en función de las consecuencias que producen. La voluntad del hombre puede producir simples hechos jurídicos, si la misma se manifiesta únicamente para la ejecución del hecho, o puede originar hechos jurídicos que reciben el nombre de actos jurídicos, si la voluntad se manifiesta para producir especialmente los efectos de derecho.

La Doctrina Francesa menciona los hechos jurídicos, refiriéndose en general a todos aquellos de la naturaleza o del hombre que producen consecuencias de derecho.

**CAPITANT**, define el acto jurídico diciendo que, "es una manifestación exterior de la voluntad, que se hace con el fin de crear, transferir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, y que produce el efecto deseado por su autor porque el derecho sanciona esa voluntad".<sup>2</sup>

### III ELEMENTOS DEL ACTO JURIDICO

De la anterior definición inferimos que para que exista en sí el acto jurídico, debe haber por un lado la manifestación de la voluntad y por el otro la intención de producir determinados efectos que serán el objeto de la manifestación de la voluntad.

**1. LA VOLUNTAD Y LA LEY GENERADORAS DE LOS EFECTOS DE DERECHO** — Como aparentemente es la voluntad, a través de su manifestación exterior, la causa que produce las consecuencias

(2) **CAPITANT**.—Cita de Manuel Borja Soriano.—Teoría General de las Obligaciones.—Editorial Porrúa.—México.—Tomo VI. Pág. 98.

jurídicas, se plantea el problema consistente en saber cual es la causa eficiente de las consecuencias de derecho, en el acto jurídico; dicho en otra forma, se trata de averiguar si el acto jurídico produce las consecuencias de derecho, única y exclusivamente porque es una manifestación de voluntad con intención de producirlas, o porque la Ley sanciona y reconoce a dicha manifestación de voluntad los efectos que produce, pues en su caso puede la Ley contrariar la voluntad del autor del acto negando o reconociendo parcialmente las consecuencias de derecho, que se pretende originar.

a) *Escuela Clásica* — En relación con el problema planteado, la Escuela Clásica afirma que es la sola manifestación de voluntad, con intención de que se produzcan efectos jurídicos, la causa de que estos se produzcan. Sostiene que como el acto jurídico es una manifestación de voluntad, es propiamente esa manifestación de voluntad, con intención de que se produzcan efectos de derecho, lo que conforma el elemento esencial y primario del acto jurídico, pues si no hay manifestación de voluntad, no puede haber acto jurídico, y por lo que hace al derecho, sólo le resta la función de proteger y sancionar dicha voluntad.

“El principio de la libertad de contratación, es una pieza indispensable de un régimen que acepta la propiedad privada y la libertad de trabajo. El deber del legislador ha de reducirse a prevenir sus excesos, protegiendo a los contratantes frente a las sorpresas y las injusticias del contrato, prohibiéndoles especialmente modificar con sus acuerdos privados las relaciones que interesan al orden público”.

Esta doctrina condiciona la soberanía de la voluntad exclusivamente a la licitud de los fines. Concluye esta doctrina diciendo:

“Que sin la presencia de la voluntad en el acto jurídico, no tiene objeto alguno la Ley, solamente como posibilidad teórica, de atribuir efectos, para cuando se realice la hipótesis prevista, que consiste en que esa voluntad ponga en movimiento a la Ley”.

b) *Crítica a la Escuela Clásica* — Habiendo puesto la teoría de la voluntad enunciada, como único límite para la soberanía de la voluntad, la licitud en el fin; es el caso de que puede presentarse la manifestación de voluntad, con un fin perfectamente lícito, y resultar totalmente ineficaz, para producir consecuencias de derecho;

(3) PLANIOL y RIPERT.—Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.—Trad. de Mario Díaz Cruz.—Editorial Cultural.—Habana.—Tomo VI. Pág. 20. No. 16.

(4) PLANIOL.—Cita de Rafael Rojina Villegas.—Teoría General de las Obligaciones o Derechos de Crédito.—Tomo I. Pág. 195. No. 89.

luego hay otros límites además del mencionado y que son de orden jurídico, que condicionan a la voluntad para que ésta pueda ser eficaz, Citaremos como ejemplo, la Declaración unilateral de voluntad, que hasta el derecho moderno se reconoce como fuente de obligaciones, no así en los cuerpos de leyes del siglo pasado, como nuestro Código Civil de 84; de manera que aun cuando el autor del acto quisiera obligarse y manifestar su voluntad en tal sentido, no quedaba obligado. Aún en la actualidad tenemos que la declaración unilateral de voluntad, para que produzca los efectos deseados, debe hacerse en determinada forma, dentro de las que se reconocen en nuestro Código Civil vigente, fuera de las cuales no hay posibilidad de obligarse aun cuando el contenido sea lícito.

La oferta al público, es solo para vender, —Artículo 1860 del Código Civil— “El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, obliga al dueño a sostener su ofrecimiento” y por el contrario, el hecho de ofrecer en arrendamiento no obliga al que hace la declaración de ofrecimiento, a pesar de existir en ambos casos el mismo fenómeno volitivo manifestado con fin lícito, es la ley quien en un caso da y en el otro niega consecuencias jurídicas.

Las otras tres formas de declaración unilateral a que nuestra Ley concede efectos de derecho, son: la promesa de recompensa, la estipulación en favor de tercero, y la expedición de Títulos a la orden o al portador. —Código Civil vigente, Libro IV, parte 1ª Capítulo II.

Tenemos también como ejemplos que destruyen el principio de la soberanía de la voluntad, los casos en que la norma jurídica niega total o parcialmente efectos a la manifestación de la voluntad, como lo sería una condición que se tenga por no puesta en un testamento, por ser la condición imposible de realizarse, sin que por ello sea ilícita; o un testamento declarado inoficioso sin que pueda considerarse ilícito.

c) *Doctrina de León Duguit* — León Duguit por su parte y en contraposición a la doctrina anterior, principia por hacer un análisis del acto volitivo y considera al efecto, que el mismo se desarrolla en cuatro etapas, que llama: concepción, deliberación, decisión y ejecución,

“En la concepción, el sujeto capta la posibilidad de realizar un acto y la posibilidad de ejecutar ese acto u otro distinto, o en su caso de abstenerse;; en este momento aparece la segunda etapa de la deliberación, en la que el sujeto juzga los diferentes motivos de su querer; aquí aparece la tercera etapa, que es la decisión, en la que el sujeto elige después de haber deliberado qué acto va a ejecutar; una vez hecho lo anterior, ejecuta el acto que ha elegido, momento este que constituye la cuarta etapa”.

Es el último momento o sea el de ejecución el más importante del acto jurídico, pues conforma en sí la manifestación, pero dicha ejecución, únicamente puede traducirse en un movimiento corporal; ahora bien, a esta manifestación exterior de la voluntad, el derecho objetivo puede atribuir ciertos efectos de derecho. Concluye entonces, que los efectos jurídicos no son objeto inmediato del querer, sino que es el derecho objetivo quien atribuye ciertas consecuencias a esa manifestación de voluntad. Así el sujeto sabe que si quiere y ejecuta determinado acto corpóreo, el derecho objetivo le atribuye ciertos efectos; consecuentemente, es la aplicación de la Ley jurídica o derecho objetivo, quien produce tales efectos. El sujeto es la causa eficiente del movimiento corporal que realiza, pero no es la causa eficiente y única de las consecuencias que se originan por ese movimiento corporal.

d) *Tesis Ecléctica* — Bonecasse, expone con gran claridad su teoría y principia por referir el problema no solamente a los actos jurídicos, sino también a los hechos jurídicos y estima que los dos tienen por función poner en movimiento una norma de derecho, de tal forma, que si la norma no se pone en movimiento a través del hecho o acto jurídico, no se presentan las consecuencias jurídicas; consecuentemente se necesita la existencia de una norma que establezca la posibilidad de que realizado cierto hecho o acto, se produzcan consecuencias jurídicas; La norma de derecho por consiguiente es la hipótesis o situación jurídica abstracta."

El hecho o el acto jurídico, transforman la situación jurídica abstracta en concreta, realizando la hipótesis prevista y poniendo con ello en movimiento a la Ley, para que los efectos teóricos se conviertan en reales.

e) *Criterio Personal* --- Consideramos, que la causa eficiente de los efectos de derecho, es una causa compleja cuyos componentes lo son: la situación jurídica abstracta, o sea la hipótesis que la Ley sanciona con determinados efectos jurídicos y el hecho o el acto jurídico condicionante, que va a actualizar la hipótesis, haciéndola concreta y produciendo por la concurrencia de ambos elementos esenciales, las consecuencias de derecho.

Por tanto, no estamos acordes con la Doctrina Clásica, que considera que los efectos de derecho se producen exclusivamente por la manifestación de voluntad, proporcionando a ésta soberanía absoluta; ni con la de León Duguít, que considera por el contrario que es la norma jurídica, la causa eficiente de los efectos de derecho. Y si es-

(6) BONECASSE.—Suplemento.—Tomo II No. 437 y 444.

(5) DUGUIT León.—Cita de Manuel Borja Soriano.—Opus cit. Pág. 100.

tamos acordes con la teoría de Bonecasse, que tiene la cualidad de resolver el problema, no solo para el acto jurídico, sino también por lo que hace al hecho jurídico, además de dejar planteado en cuanto se refiere a las fuentes de las obligaciones, que hay una fuente general y concurrente que lo es la Ley misma, que concurre con el contrato, con el delito, con el cuasicontrato y con el cuasidelito, que son en sí o actos o hechos jurídicos. Mercadé ha dicho: "las fuentes de las obligaciones son mixtas, contrato y ley, delito y ley, cuasicontrato y ley y cuasidelito y ley" es por ende la Ley, la fuente general que debe concurrir con la fuente especial en cada caso, "No es posible concebir ninguna figura jurídica sin que haya una regla de derecho que la consagre y le dé su dinamismo, protegida por la coacción social puesta a su servicio, en virtud de esa regla."

Hemos demostrado en el apartado anterior, que no es suficiente con la manifestación de la voluntad y el objeto consistente en que se realicen determinadas consecuencias de derecho, sino que también es indispensable que una norma jurídica sancione esa manifestación y le atribuya consecuencias jurídicas. Este tercer elemento es un presupuesto lógico, que la existencia misma de cada ordenamiento jurídico lo da por existente.

2. ELEMENTOS ESENCIALES — Tenemos entonces tres elementos que son indispensables para la existencia del acto jurídico, que se llaman por ello ELEMENTOS ESENCIALES y que son: LA MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD, EL OBJETO DE LA MISMA y LA NORMA JURIDICA de cuya existencia depende la posible correlación de los dos elementos antes mencionados. Faltando uno de estos elementos, el acto jurídico no puede concebirse, sería la nada desde el punto de vista jurídico. El tercer elemento que tenemos señalado, también es un elemento esencial, pues sin la sanción de la Ley a la manifestación, el acto jurídico será inexistente.

Este tercer elemento que ya dijimos es un presupuesto lógico, lo encontramos implícito en nuestra legislación en el —Artículo 2224 del Código Civil— que dice: "El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto *que pueda ser materia de él*, no..." En esta mención "que pueda ser materia", es en donde se encuentra consagrada la potestad de la Ley, que es la que va a sancionar si esa consecuencia que se pretende producir, puede ser materia de esa manifestación de voluntad.

Por la absoluta privación de efectos para el acto jurídico inexistente, se le reconocen como características las siguientes:

1°—Cualquiera con interés jurídico puede invocarla. 2°—No está

(7) AGUIAR Henoch. —Hechos y Actos Jurídicos.—Tipográfica Editorial Argentina.—Buenos Aires, 1950.—Tomo I. Pág. 16.

sujeta a prescripción pues siendo la nada, no puede convalidarse por el transcurso del tiempo. 3º—No puede convalidarse tampoco por ratificación tácita o expresa, pues no puede ratificarse lo que no ha existido.

3. ELEMENTOS DE VALIDEZ — Encontramos otros elementos del acto jurídico cuya falta no afecta la existencia misma del acto, pero sí afecta a su validez, razón por la cual los llamamos ELEMENTOS DE VALIDEZ. Tanto la doctrina como nuestro derecho positivo, nos presentan en primer término, la licitud en el objeto, el fin, o en la condición del acto, como primer elemento de validez, cuya falta produce como consecuencia la nulidad absoluta del acto jurídico. Los otros elementos de esta especie son: la capacidad, el consentimiento expresado sin vicios y la forma.

En la Doctrina Clásica se pretende que la ilicitud en el objeto, produce una nulidad absoluta, y la falta de alguno de los otros tres elementos produce una nulidad relativa. En la nulidad absoluta, el acto jurídico produce provisionalmente efectos, pero tiene las mismas características de la inexistencia, salvo por lo que hace a la declaración, que es necesaria en la nulidad o sea que debe hacerse valer por acción o excepción.

El acto anulable produce provisionalmnete sus efectos, pero al contrario de la nulidad absoluta y de la inexistencia, tiene posibilidad de convalidación, es prescriptible y no puede ser invocada más que por el directamente afectado por el acto.

Por lo que tenemos anotado, los presupuestos que producen la nulidad del Acto Jurídico serán en consecuencia: 1º—La ilicitud en el fin. 2º—La incapacidad. 3º—Los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia o lesión). 4º—Falta de formalidades.

El Maestro Rafael Rojina Villegas propone como clasificación de los actos jurídicos en este aspecto, únicamente la de inexistentes y nulos sin calificar estos últimos; o sea sin hacer referencia por lo que hace a nulidad absoluta o relativa y acepta además que en determinadas situaciones un elemento de validez, lo puede ser de existencia, —porque la Ley así lo disponga— o que la inexistencia pierda la característica de inconfirmable.

#### IV CLASIFICACION DE LOS ACTOS JURIDICOS

Los actos jurídicos, podemos clasificarlos en función del número de voluntades que intervienen en su creación, en actos jurídicos unilaterales y actos jurídicos plurilaterales. Siendo los primeros aquellos

que se producen por la manifestación de una sola voluntad, para producir efectos jurídicos, que son: la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones. Entre ellos podemos mencionar: La Remisión de Deuda, "Cualquiera puede renunciar su derecho y remitir en todo o en partes, las prestaciones que le son debidas. . ." —Artículo 2209 de nuestro Código Civil.

Está superada actualmente la corriente doctrinaria que considera que no existen actos unilaterales capaces de producir por sí solos consecuencias de derecho; que al efecto, es necesario el concurso de dos o más voluntades y no solamente la manifestación unilateral; como prueba en contra de esta doctrina mencionaremos la Policitación.

El acto jurídico plurilateral, es aquel en que intervienen dos o más personas, manifestando su voluntad para producir los efectos jurídicos ya mencionados estos actos jurídicos reciben el nombre genérico de convenios.

El convenio en el sentido amplio de la palabra lo definimos como: "El acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos".<sup>9</sup> Con la definición anotada, encontramos que la función del convenio es de dos clases: la primera positiva, que es la de crear o transmitir obligaciones y derechos, y la segunda negativa, que es la de modificar o extinguir obligaciones y derechos.<sup>10</sup>

## V LOS ACTOS JURIDICOS EN NUESTRA LEGISLACION

De acuerdo con lo anterior, el convenio, en el sentido amplio de la palabra, abarca las dos funciones enumeradas, o sea la positiva y la negativa. La primera de las cuales, la reserva para el contrato, que es la especie del convenio, y que es la función positiva de crear o transmitir; la función negativa de modificar o extinguir, la reserva para el convenio propiamente dicho, o sea en el sentido estricto de la palabra. Al respecto mencionaremos lo que nuestra Ley prescribe. El —Artículo 1792 del Código Civil— dice: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones". —Artículo 1793— "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos".

Establecido lo anterior, nuestro Código Civil continúa refiriéndose a contratos, sin dar lugar a duda referente a la materia de que está tratando, pues deja asentada con claridad la diferencia a que hemos venido haciendo mérito.

(9) ROJINA Villegas Rafael.—Opus cit. Pág. 374.

(10) COLIN et CAPITANT.—Cita de Manuel Borja Soriano.—Opus cit. Pág. 129.

## CAPITULO SEGUNDO

### LOS CONTRATOS EN GENERAL

#### I DEFINICION.

#### II ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

1. CONSENTIMIENTO.
2. OBJETO.
  - a) Objeto en las obligaciones de dar.
  - b) Objeto en las obligaciones de hacer.

#### III ELEMENTOS DE VALIDEZ.

1. CAPACIDAD LEGAL DE LAS PARTES.
2. EL CONSENTIMIENTO EXPRESADO SIN VICIOS.
  - a) Error.
  - b) Dolo y mala fe.
  - c) Violencia.
  - d) Lesión.
3. LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN.
4. LA FORMA.

#### IV ANTECEDENTES DE NUESTRA LEGISLACION.

1. CODIGO DE NAPOLEON.
2. PROYECTO DE CODIGO ESPAÑOL.
3. CODIGO PORTUGUES.
4. NUESTRA LEGISLACION CIVIL.

#### V CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS.

1. CLASIFICACION DE PLANIOL.
2. CLASIFICACION DE GIORGI.
3. OTRAS CLASIFICACIONES.
4. CLASIFICACION DEL CODIGO CIVIL VIGENTE.

## I DEFINICION

De la definición enunciada para los convenios que es el género de los contratos, concluimos que el contrato es un acto jurídico plurilateral, que tiene por objeto crear o transmitir derechos y obligaciones. De acuerdo con esta definición el contrato forma en sí, un todo conformado por una serie de elementos que lo constituyen y cuyo análisis es importante en virtud de que la falta de alguno de estos elementos produce para el contrato desde una simple nulidad, que pueda ser convalidada, hasta la inexistencia misma.

"El contrato es el resultado de varios elementos, cuya distinta importancia se pone de manifiesto por las diferentes consecuencias que produce la eventual falta de uno de ellos. Estas diferentes consecuencias son, la invalidez o la ineficacia del contrato, y por la distinta gravedad de las consecuencias se puede juzgar de la diversa importancia de los correspondientes elementos."<sup>11</sup>

## II ELEMENTOS DE EXISTENCIA

Los elementos de existencia de los contratos, son aquellos sin cuya concurrencia el contrato no puede llegar a existir, no puede llegar a nacer a la vida jurídica y como ya hemos dejado apuntado en el estudio de los actos jurídicos, lo son el consentimiento y el objeto.

### 1. CONSENTIMIENTO

"El consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la transmisión o creación de derechos y obligaciones".<sup>12</sup>

(11) MESSINEO Francisco.—Doctrina General del Contrato.—Traducción Fontanarrosa, Sentís Melendo y Volterra.—Ediciones Jurídicas Europa-América.—Buenos Aires, 1952.—Tomo I, Pág. 72.

(12) ROJINA Villegas Rafael.—Derecho Civil Mexicano.—Antigua Librería de Robredo.—México, 1960.—Tomo V, Vol. I, Pág. 341.

"Es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior".<sup>13</sup>

De acuerdo a estas definiciones tenemos que el consentimiento es un elemento característico del contrato, razón por la cual su falta impide el nacimiento del contrato mismo.

"Es elemento característico de todo contrato, el consentimiento de parte capacitada para contratar efectuado en forma legal".<sup>14</sup>

La manifestación de voluntad debe ser expresa o tácita. Será expresa, cuando se realice dicha manifestación por medio de palabras o signos adecuados y lo será tácita, cuando de las acciones u omisiones se infiera la voluntad de obligarse. "El consentimiento puede ser expreso o tácito, dice el —Código Civil en su Artículo 1803—; es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o actos que lo presuponen o que autorizan a presumirlo excepto en los casos..."

El consentimiento dada su naturaleza, se compone de dos partes; una que es la oferta o policitud y la otra que es la aceptación de esa oferta. La policitud u oferta, es una declaración unilateral de voluntad hecha a persona presente o ausente, determinada o indeterminada y hecha con ánimo de obligarse.

La aceptación, es una declaración unilateral de voluntad, seria, lisa y llana, relativa a una propuesta determinada.

Por tanto el contrato contiene dos o más declaraciones de voluntad recíprocas y correlativas y se forma el consentimiento cuando existiendo la oferta, ésta es aceptada.

Podemos decir por tanto, que todo consentimiento presupone la manifestación de dos o más voluntades, proyectadas estas sobre un punto de interés jurídico. Al respecto dice BONECASSE,

"... dos personas, por tanto, dos voluntades, son necesarias para que haya consentimiento y por ende contrato."<sup>15</sup>

Es pues indispensable que coincidan dos manifestaciones de voluntad, por las cuales sus titulares consienten al nacimiento o transmisión de determinados efectos, estos efectos de derecho son los que conforman en sí el interés jurídico.

Caundo el consentimiento no existe, falta al contrato un elemento esencial y por tanto no existe. Aparentemente es difícil su-

(13) BORJA Soriano Manuel. Opus cit. Pág. 141. No. 108.

(14) PLANIOL y RIPERT. Opus cit. Tomo VI. Pág. 65. No. 46.

(15) BONECASSE Julián. Elementos de Derecho Civil.—Traducción de José Ma. Cajica Jr.—Puebla, 1945.—Tomo II. Pág. 287. No. 261.

poner los contratos en que la voluntad no exista, sin embargo se mencionan los siguientes: Cuando hay un error sobre la naturaleza del contrato; no hay lógicamente consentimiento, si una de las partes hace entrega de una cosa que cree estar vendiendo y la otra parte recibe la cosa que cree se le está donando.

Cuando hay un error sobre la identidad del objeto; o sea que cada contratante está celebrando el contrato en relación a un bien diverso.

Por último encontramos el caso de cuando se simula la celebración de un acto jurídico que realmente no se está celebrando, sino solamente en apariencia.

La ausencia del consentimiento por ser un elemento esencial o de existencia del contrato, imposibilita su nacimiento y en los casos mencionados el consentimiento solamente es aparente, pero en realidad no existe.

2. OBJETO — La palabra objeto en cuanto a los contratos se refiere, es susceptible de tener dos acepciones: a) el objeto mismo del contrato, que es el de crear o transferir derechos y obligaciones; b) el objeto de la obligación que es una prestación positiva o negativa, es decir consistirá en dar, hacer o no hacer una cosa.

Podemos concluir de acuerdo con lo anterior, que el objeto inmediato del contrato está representado por la creación o transmisión de derechos y obligaciones; y el objeto mediato lo constituye la cosa que el obligado debe dar, o el hecho que el obligado debe hacer o abstenerse de hacer.

Así que es al objeto de la obligación a lo que se refiere el Código Civil en la enumeración que hace como objeto del contrato en el —Artículo 1824— "Son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar; II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer". De acuerdo con esta enumeración, las obligaciones pueden ser de dar, de hacer o de no hacer y el objeto de dicha obligación lo constituye propiamente la prestación.

a) *Objeto en las obligaciones de dar* — Si es obligación de dar, la cosa cuyo dominio o uso se transmite y dicha cosa para ser materia del contrato deberá ser física y legalmente posible; es físicamente posible cuando existe o puede existir en la naturaleza, y será considerado físicamente imposible, solamente aquello que lo sea de un modo absoluto.

"Las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación. Este caso es sumamente frecuente; lo hallamos por la indole misma de las cosas siempre que la obligación tenga por objeto la presta-

ción de un servicio; asimismo la entrega de una cosa material, que no sea la dación efectuada simultáneamente con la declaración de voluntad de las partes; es en cierto modo una cosa futura, cuando la individualización de las cosas ha de hacerse posteriormente. Por todo ello, no vemos por qué razón una cosa todavía no existente en el momento del contrato no pueda constituir el objeto de una obligación. En la práctica es frecuente que un industrial venda mercancías todavía no fabricadas, y a veces los agricultores venden por anticipado los productos de sus cosechas. Para poder impugnar la validez de las obligaciones referentes a las cosas futuras, habrá que alegar o la indeterminación del objeto o la noción de orden público, que en ciertos supuestos se opone en mayor o menor grado, a que se celebren contratos para lo porvenir, como en el caso de la sucesión de futuro".<sup>16</sup>

Se entiende que la cosa es jurídicamente posible cuando: es determinada o determinable en su especie, está en el comercio y cuando no existe disposición legal alguna que la haga especialmente imposible.

La cosa es determinada, cuando se distingue de las demás en su especie o individualmente o lo es determinable, cuando existe la posibilidad de ser distinguida de las demás en su especie o individualmente.

Son tres los grados que el derecho reconoce para la determinación de la cosa: en género, en especie o individual. La determinación, atendiendo exclusivamente al género no tiene importancia, ya que con solo la determinación genérica no puede considerarse en manera alguna determinada la cosa, pues no existen elementos para determinarla. La determinación en especie, atiende como ya hemos dicho al género, la cantidad y la calidad; sin embargo cabe hacer notar que es suficiente el señalamiento de género y cantidad, ya que el derecho considera que el deudor cumple entregando una cosa de mediana calidad según lo previene el --Artículo 2016 del Código Civil vigente.

La determinación es individual, cuando la cosa se encuentra diferenciada por rasgos que la distinguen de las demás de su especie y género; podemos agregar que la determinación numérica, no es necesaria para el momento de la celebración del contrato, si existen elementos suficientes para que se llegue posteriormente a la misma. Por ejemplo: una persona se obliga a invertir los gastos de una negociación, pudiendo deducirlos de posteriores beneficios.

(16) PLANIOL y RIPERT.---Opus cit. Tomo VI. Pp. 304 y 305. No. 223.

Hemos mencionado como requisito de la posibilidad jurídica, el que la cosa esté en el comercio:

"ahora bien, las cosas pueden estar fuera del comercio por su propia naturaleza y consecuentemente existe una imposibilidad física de ser poseídas y apropiadas individualmente"<sup>(17)</sup> como lo sería por ejemplo: el mar y el aire atmosférico; pueden asimismo las cosas estar fuera del comercio por disposición de la Ley, estas cosas serán las que la Ley declare irreductibles a propiedad particular —Artículo 749 del Código Civil Vigente— como lo son por ejemplo: las cosas que forman parte del dominio público y las funciones públicas. Por lo tanto, son cosas jurídicamente imposibles las que están fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la Ley, y las que no pueden determinarse. El maestro Rojina Villegas dice:

"Toda cosa que está fuera del comercio es inalienable, pero no toda cosa inalienable está fuera del comercio."

Al efecto, considera que es necesario distinguir entre las cosas inalienables, ya que por el mismo hecho de estar fuera del comercio no pueden formar parte del patrimonio de los particulares; en cambio hay cosas que son inalienables, pero están en el comercio e inclusive son objeto de propiedad particular, por ejemplo: el patrimonio familiar, tratándose en este caso de cosas perfectamente determinadas, que además están en el comercio pero que por estar constituyendo un patrimonio familiar la Ley le atribuye la calidad de no gravable, de no enajenable, etc. —Artículo 727 del Código Civil vigente — esta calidad la atribuye la Ley para proteger el interés familiar.

b) *Objeto en las obligaciones de hacer* — El objeto de las obligaciones de hacer, es el hecho que el obligado debe hacer o abstenerse y debe ser posible física y jurídicamente. Esta posibilidad física se refiere a que el hecho que se debe ejecutar de acuerdo con la obligación contraída, no se contraponga con alguna ley de la naturaleza que impida su realización; aun cuando debemos considerar a este respecto los adelantos de la técnica y la ciencia que pueden en un momento dado, hacer físicamente posible algo que no lo era con anterioridad; debemos considerar también en el aspecto de la posibilidad física, que no se atiende a la capacidad personal del sujeto que se obliga; al respecto dice el maestro Marcel Planiol,

"Si la persona por sus condiciones físicas no puede ejecutar el hecho, pero éste es físicamente posible, por cuanto que otra persona puede ejecutarlo, la obligación de hacer es jurídicamente

(17) ROJINA Villegas Rafael. Teoría General de las Obligaciones.—Tomo I. Pág. 439. No. 205.

(18) ROJINA Villegas Rafael. Teoría General de las Obligaciones.—Tomo I. Pág. 440. No. 206.

posible y existente.<sup>19</sup>

por lo cual solamente se da la imposibilidad física, cuando se trata de una obligación de hacer que se opone a una ley de la naturaleza que impide de manera absoluta su realización; por ejemplo: el contrato por el cual alguien se obliga a hacer un viaje al sol,

El —Artículo 1827 del Código Civil vigente— dice: “El hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser: I. Posible; II. Lícito”. El —artículo 1829 del Código Civil vigente— dice: “No se considerará imposible el hecho que no puede ejecutarse por el obligado, pero si por otra persona en lugar de él”.

Desde el punto de vista jurídico es imposible el hecho al cual se contraponen una norma de derecho; no se refiere la imposibilidad jurídica a que se esté violando una norma que sería el caso de la ilicitud de la obligación; aquí se trata de que la prestación no podría llegar a realizarse nunca en virtud de una norma de derecho que impide su posibilidad de ejecución; así que la norma jurídica no sería violada, sino que ésta impide la realización del acto; por ejemplo: es jurídicamente imposible el contrato por el cual una persona se obliga a no hacer testamento.

### III ELEMENTOS DE VALIDEZ

Los elementos de validez del contrato, son aquellos cuya ausencia produce la nulidad del mismo y lo son: 1) Capacidad legal de las partes; 2) Ausencia de vicios del consentimiento; 3) Licitud del objeto motivo o fin del contrato; y 4) La forma.

1. CAPACIDAD LEGAL DE LAS PARTES — El autor de un acto jurídico debe estar dotado de la capacidad necesaria para realizarlo, que no es sino la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones.

“La finalidad de los negocios jurídicos es facultar a la voluntad del hombre para la organización de sus relaciones jurídicas. La ley prescinde de examinar en cada caso las cualidades intelectuales del hombre y se limita a eliminar de la masa de sujetos de derechos dos categorías de hombres a quienes niega o restringe la capacidad de obrar necesariamente para la celebración de los negocios jurídicos.”

Se distingue en la doctrina, la capacidad de goce de la capacidad

(19) PLANIOL. Tratado Elemental de Derecho Civil. —Tomo II. Pág. 444. No. 209.

(20) VON THUR Andreas. —Derecho Civil.—Trad. del Dr. Wenceslao Roces.—Antigua Librería de Robredo. —México, 1946. Pág. 113.

de ejercicio. La capacidad de goce es la aptitud de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, es por consecuencia, esencial e imprescindible de la persona; podemos decir que es un elemento constitutivo de la personalidad misma. Esta capacidad de goce, puede ser limitada por la Ley, mas nunca podrá llegarse al extremo de negar absolutamente la misma, pues sería negarle a la personalidad un atributo constitutivo; así llegamos a la conclusión de que la persona por el solo hecho de serlo, tiene capacidad de goce desde el momento de su concepción.

Además de la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, esta facultad constituye la capacidad de ejercicio y presupone desde luego la capacidad de goce, puesto que no podríamos considerar en manera alguna la posibilidad de que se ejercitara un derecho, sin la existencia previa de ese derecho mismo; podemos decir en consecuencia que la capacidad de ejercicio, es la facultad que tiene un sujeto de hacer valer o cumplir por sí mismo sus derechos o sus obligaciones.

BONECASSE, define la capacidad de ejercicio como:

"La aptitud de una persona para participar por sí misma de la vida jurídica, figurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derecho, siempre por sí misma".<sup>21</sup>

De todo lo anterior inferimos que la capacidad es general para todas las personas, las cuales por el solo hecho de serlo tienen capacidad de goce. El derecho puede establecer restricciones a dicha capacidad, constituyendo la incapacidad de goce, la cual nunca podrá llegar a ser total. La capacidad de ejercicio es la regla y en calidad de excepción, la Ley enumera las limitaciones estableciéndose la incapacidad de ejercicio la cual puede llegar a ser total, al contrario de la capacidad de goce. Tienen incapacidad total de ejercicio, los menores de edad y los sujetos a interdicción, como lo previene el Artículo 450 del Código Civil vigente.

El problema que origina la incapacidad de ejercicio para los titulares de los derechos u obligaciones, es subsanado por la misma legislación con la institución de la representación, en virtud de la cual una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un acto jurídico, cuyas consecuencias se producen directa e inmediatamente en la persona y bienes del representado, como si éste hubiera celebrado el acto.

En virtud de que nuestro Código Civil, al referirse a esta invalidez del contrato por incapacidad de las partes o de una de ellas, ---Artículo 1795 Fracción I--- no especifica a qué clase de incapacidad se

(21) BONECASSE Julien. ---Opus cit.---Tomo I. Pág. 378. No. 300.

refiere, es necesario apuntar, que no puede referirse sino a la incapacidad parcial o total de ejercicio, no pudiéndose tratar de la de goce, ya que la ausencia de ésta traería aparejada la inexistencia misma del acto, pues éste no puede nacer a la vida jurídica, existiendo para el contratante una imposibilidad jurídica para adquirir el derecho de contraer obligaciones; imposibilidad ésta que se da al acto; de aquí que podemos concluir que la capacidad como elemento de validez del contrato cuya ausencia origina la nulidad, tendrá que ser la de ejercicio.

2. EL CONSENTIMIENTO EXPRESADO SIN VICIOS — Hemos dicho que para la existencia del contrato, se requiere el acuerdo de las partes concurriendo a un objeto, y que el consentimiento formado por este acuerdo es esencial para la existencia del acto jurídico contractual, por lo que dicho consentimiento, debe estar adecuado al acto jurídico que se pretende celebrar y a la identidad del objeto, o sea que no exista error sobre la naturaleza del acto jurídico o sobre la identidad del objeto; pero bien puede darse el caso de que existiendo el consentimiento de las partes contratantes y conscientes del acto que van a ejecutar, el consentimiento no se manifieste de una manera libre o espontánea, o el mismo se manifieste por error o por inducción a error, siendo este error no sobre la naturaleza del acto, sino sobre el objeto de la obligación misma, siendo entonces el caso de hablar de vicios del consentimiento.

Dice el —Artículo 1795 del Código Civil vigente—: "El contrato puede ser invalidado: . . . II. Por vicios del consentimiento", y el consentimiento se encuentra viciado: a) cuando es otorgado por error, b) inducido por dolo, c) arrancado por violencia, y en consecuencia no es válido.

a) *Error* — El error que haya sido determinante del consentimiento, y por cuya existencia la parte contrató, produce la nulidad del contrato; sin embargo existen errores que entrañan la inexistencia del acto que ya hemos señalado, y que son: error sobre la naturaleza del acto y sobre la identidad del objeto, errores estos que hacen imposibles la existencia del acto.

Los errores que producen la nulidad del contrato se presentan cuando la voluntad si llega a manifestarse de tal manera que el acto existe, pero uno de los contratantes sufre un error respecto del motivo determinante, de tal naturaleza que de no mediar dicho error, la parte no hubiera contratado; este error puede referirse a la substancia de las cosas o a cualidades de las personas en el caso de los contratos "intuitu personae". El Código Civil vigente en su —Artículo 1813— establece:

"El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando re-

cae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan si en el acto de la celebración se declara ese motivo, o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa”.

El error de derecho existe cuando la causa determinante de la voluntad de uno de los contratantes, se funda en una creencia falsa respecto de la existencia o interpretación de una ley.

El error de cálculo, sólo da lugar a la rectificación, y el error en cuanto a las cualidades secundarias del objeto o que no recae sobre los motivos determinantes del contrato, no tienen relevancia en la vida jurídica del contrato.

b) *Dolo y Mala fe* — No podemos considerar el dolo y la mala fe como vicios propiamente del consentimiento, sino más bien como causas de error: cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad, el error puede ser además de fortuito, provocado o inducido por dolo o mala fe. El dolo podemos definirlo como: El empleo de sugestión o artificio para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes, —Artículo 1815 del Código Civil vigente— y la mala fe de acuerdo con el mismo precepto; es la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido.

c) *Violencia* — La violencia como vicio del consentimiento, consiste en el empleo de la fuerza física o amenazas de un daño inminente en la persona, en los bienes o en las personas o bienes de los parientes de aquel de quien se pretende obtener el consentimiento, para la celebración de un acto jurídico.

Esta violencia puede ser ejercida directa y materialmente para obtener la expresión de la voluntad y consecuentemente el consentimiento, de hecho no existe. La violencia puede revestir diversos aspectos; puede ser física o moral. La primera existe cuando se emplea la fuerza material para obligar a una persona a celebrar un acto jurídico; se emplea directamente sobre el contratante confiándose en el dolor físico para obtener la expresión de la voluntad. La segunda o sea la violencia moral, se ejerce por medio de la intimidación de poner en peligro la vida, la honra, la libertad, la salud o los bienes del contratante o de sus parientes.

La amenaza para la obtención del consentimiento se exige que sea suficiente para determinar en el paciente la celebración del acto jurídico; el —Artículo 1819 del Código Civil vigente— previene: “Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen el peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales

dentro del segundo grado", En el artículo anterior al mencionado, se sanciona el contrato celebrado por violencia con la nulidad; siendo susceptible de convalidación por ratificación, cuando ya ha cesado la violencia.

d) *Lesión* — Para finalizar esta exposición sobre los vicios del consentimiento, trataremos la lesión que se define como:

"El perjuicio que un contratante experimenta, cuando en un contrato conmutativo no recibe de la otra parte un valor igual al de la aportación que suministra. Este perjuicio nace pues de la desigualdad de los valores y el daño que causa parece un atentado a la idea de justicia."

El —Artículo 17 del Código Civil vigente— expresa que hay lesión: "Cuando alguien, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser esto imposible la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año",

Es interesante hacer notar que con este artículo se superan por motivos sociológicos y económicos, los principios de igualdad ante la Ley y de la voluntad como suprema ley de los contratos, con fines de protección hacia las clases ignorantes y económicamente débiles.

También es importante apuntar que el precepto mencionado concede una acción de rescisión que consideramos impropia, pues el —Artículo 2228— del ordenamiento mencionado preceptúa para el acto jurídico afectado de lesión la nulidad relativa, siendo la acción que se deduce de dicha nulidad, totalmente diversa de la rescisión que en todo caso se refiere a un acto que ha tenido validez plena. Consideramos por tal que el —Artículo 17 del Código Civil vigente— ha utilizado el término rescisión inadecuadamente, refiriéndose realmente a una acción de nulidad.

"Del texto del artículo mencionado, tenemos que nuestra legislación vigente atiende por lo que hace a la lesión a elementos tanto de carácter subjetivo como lo son: la suma ignorancia, la notoria inexperiencia y la extrema miseria; como a elementos de carácter objetivo, como lo es el lucro excesivo. En este aspecto nuestra legislación se ha inspirado en el Código Suizo de las Obligaciones y en el Código Civil Alemán".

De acuerdo con lo anterior, para poder considerar la lesión co-

(22) DEMONTES. — De la Lésion dans les contrats entre majeurs.—Cita de Manuel Borja Soriano.—Opus cit. Tomo I, Pág. 260.

(23) GARCIA TELLEZ.—Cita de Manuel Borja Soriano.—Opus cit. Pág. 270.

mo causa de invalidez del contrato, es necesario la concurrencia de ambos elementos mencionados.

"Nos interesa la lesión en cuanto a su elemento subjetivo desde el punto de vista de quien la sufre, porque la voluntad de éste se encuentra afectada en cuanto a su libertad de conciencia; debemos de entender que este vicio no se dará sino a condición de que sea explotado por la otra parte para obtener un lucro excesivo que rompa la justicia contractual."<sup>24</sup>

Otras legislaciones consideran la lesión como un vicio subjetivo, o sea atienden solamente al hecho de que el consentimiento del que sufrió lesión, no fue dado validamente; sin atender en ningún caso a la desproporción de las prestaciones o al espíritu de relativa equidad que debe prevalecer en las obligaciones recíprocas. A esta categoría pertenecen las legislaciones de los países anglosajones.

También hay legislaciones que consideran la lesión como un vicio objetivo y solamente atienden al hecho de la desproporción, bastando para que se dé la lesión, que el lucro alcance una tasa que al efecto se fija; de acuerdo con este concepto, no se toma en consideración si el consentimiento fue otorgado libremente o influido por alguna de las causas mencionadas cuyo aprovechamiento produce la lesión. A esta categoría pertenece el Código Civil Francés inspirado en el Derecho Romano, y los que se le derivan directamente como son el de Bélgica y de Italia y el Código Civil Mexicano de 1884.

Hay una categoría más de legislaciones cuya tendencia es desconocer efectos a la lesión como vicio del consentimiento; entre estas legislaciones encontramos los Códigos Civiles de Brasil, Portugal y Argentina y nuestro Código de Comercio que en su --Artículo 385-- dice: "Las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión". Autorizando este ordenamiento las ganancias especulativas que son el fundamento de las operaciones mercantiles.

### 3. LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN

"Las cosas no son por sí mismas ilícitas o inmorales sino solamente por el uso que de ellas se hace, sólo los actos y los fines son ilícitos o inmorales."<sup>25</sup>

Las restricciones que se imponen al posible contenido del acto jurídico, se refieren tanto a las obligaciones de realizar un acto ma-

(24) FLORES Barroeta Benjamín.—Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil.—Impresora Saber.—México, 1960. Pág. 152.

(25) PLANIOL y RIPERT.—Opus cit. Pp. 308 y sig.

terial, inmoral o ilícito, como aquellos que tienden a crear una situación de derecho contraviniendo una regla imperativa.

Al referirnos anteriormente al objeto de las obligaciones de hacer, mencionamos como segundo requisito del hecho positivo o negativo, el que éste fuera lícito. Comúnmente se afirma que es lícita la prestación que no contraría las leyes de orden público o las buenas costumbres; de ésto inferimos que el hecho ilícito es aquel que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres —Artículo 1830 del Código Civil vigente.

Es difícil proporcionar un significado exacto de los conceptos de orden público y de buenas costumbres, que es menester considerar para los efectos de reputar de ilícito el objeto de las obligaciones.

Por lo que hace al concepto de orden público, se relacionó originalmente con el contenido no patrimonial de la norma, concepto este que ha sido superado en virtud de la existencia de relaciones de contenido patrimonial protegido por leyes imperativas; por ejemplo: la irrenunciabilidad al derecho de pedir alimentos o de los derechos de los trabajadores.

Por tanto no debemos buscar en el contenido no patrimonial de la norma jurídica el concepto de orden público, puesto que toda Ley en sí afecta al orden público sea o no patrimonial, sino debemos más bien atender al fin tutelar de la norma hacia aquellas instituciones que la sociedad pretende salvaguardar.

“Existe una disposición de orden público, cuando detrás de ella se encuentra un interés superior o un deber de la colectividad en obstaculizar las convenciones de los particulares que amenazan las instituciones que se han propuesto, o tienen el deber de salvaguardar.”

Este tipo de normas regula intereses colocados en planos distintos y tienen como fin armonizar los intereses privados con los intereses sociales; aun cuando en determinados casos, en apariencia, se refieran a intereses de carácter absolutamente privado, de coordinación de relaciones privadas existentes en el mismo plano.

Por cuanto hace al concepto de buenas costumbres debemos considerarlo en relación a la moralidad reinante, no considerando ésta en aspecto filosófico ni religioso; sino considerada en relación con la opinión común en una sociedad determinada y en un momento preciso, para determinar la ilicitud del acto que contraría las buenas costumbres.

El —Artículo 2225 del Código Civil vigente— prescribe que:

(25) PLANIOL y RIPERT.—Opus cit. Pp. 308 y sig.

(26) PLANIOL y RIPERT.—Opus cit. Pág. 311.

"La ilicitud en el objeto en el fin o en la condición del acto produce su nulidad ya absoluta ya relativa, según lo disponga la Ley" por lo que dispone que existen varios grados en la contravención al orden público y que atendiendo a dichos grados será el alcance de la nulidad subsecuente.

Para finalizar mencionaremos lo que al respecto expresa el tratadista alemán Von Thur:

"No basta la intención inmoral de una de las partes para que se de la nulidad, ha de ser el negocio jurídico mismo, su contenido o el fin común perseguido por las partes, el que atente contra la moralidad. Criterio decisivo es la conciencia moral de todas las personas justas y honradas que forman parte de la sociedad, teniendo en cuenta las diferencias nacidas de la posición social y de la profesión. Lo determinado es el minimum de moralidad que según el modo de ver común, puede exigirse de los que pertenecen a una determinada esfera social."

#### 4. LA FORMA

"La libertad de la forma en la conclusión de los negocios jurídicos constituye la regla general, pero muchas veces es indispensable emplear una determinada por la Ley o por voluntad de las partes".

Doctrinalmente la forma de que debe estar investido el acto jurídico debe ser o bien requisito indispensable para su existencia o solamente un elemento probatorio de la celebración del acto. El derecho ha evolucionado de formalista a consensualista. El Derecho Romano al igual que el Germánico, exigió siempre formas para la declaración de la voluntad, no era posible la realización de actos de derecho sino mediante formas; existía para el pueblo romano un absoluto rigor formalista. Posteriormente fue modificándose este principio por el de la libertad de forma, principio que rige actualmente, siendo raro el caso de formalidades requeridas para la existencia del acto y solamente se prescriben un conjunto de formas que no son requeridas para la existencia del acto y que tampoco son indispensables como medio de testificación absoluta.

Las formas que establece el Código Civil vigente son elementos de validez del contrato, sin que se desconozca el valor que como elementos probatorios constituyen; el ---Artículo 1832--- expresa: "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que

(27) VON THUR Andreas.---Opus cit. Pág. 111.

(28) COVIELLO Nicolás.---Traducción de Felipe de J. Tena.---Doctrina General del Derecho Civil.---Editorial Hispano-América.---México, 1958.

aparezca que quiso obligarse sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas fuera de los casos expresamente designados por la Ley". Tenemos así que la regla es la libertad de formas o sea que se perfecciona el acto por el simple consentimiento y la excepción es la necesidad de formas que deberá fijar en cada caso la Ley.

De acuerdo con estos principios, podemos clasificar los actos jurídicos de: consensuales, formales y solemnes; siendo los consensuales, los que se perfeccionen por el mero consentimiento de las partes; los formales aquellos que para su validez requieren de la forma establecida por la Ley; y los solemnes aquellos que para su existencia requieren de la forma. El —Artículo 1833 del Código Civil— establece: "Cuando la Ley exige determinada forma para un contrato, mientras que este no revista esa forma no será válido salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal".

La forma exigida por la Ley es pues un elemento de validez de los contratos y si la voluntad no se manifiesta en la forma que la Ley prescribe para cada caso, el contrato estará afectado de nulidad relativa; este vicio es susceptible de convalidación por ratificación tácita o expresa o por prescripción; el —Artículo 2234 del Código Civil vigente— expresa al respecto: "El cumplimiento voluntario por medio de pago novación o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad" y el —Artículo 2231— admite la ratificación expresa: La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la Ley, se extingue por la confirmación de este acto hecho en la forma omitida.

#### IV ANTECEDENTES DE NUESTRA LEGISLACION

Nuestra Legislación ha sido inspirada respecto a la clasificación de los elementos del contrato, por los Códigos extranjeros que a continuación mencionamos.<sup>29</sup>

1. CODIGO DE NAPOLEON — En este Código se enumeran como elementos del contrato: el consentimiento, el objeto, la capacidad y la causa lícita. Así en el —Artículo 1108— dice: "Cuatro condiciones son esenciales para la validez de un convenio; el consentimiento de la parte que se obliga, su capacidad de contratar, un objeto cierto que forma la materia de la obligación y una causa lícita de la obligación.

(29) Las citas de los Códigos son tomadas del Maestro Manuel Borja Soriano. —Teoría General de las Obligaciones.—Pp. 138 y siguientes, No. 106.

Es de advertirse que en la enumeración que antecede se mezclan un elemento de validez que es la capacidad, con dos elementos esenciales que son el consentimiento y el objeto y se hace figurar además como elemento la causa lícita.

2. PROYECTO DE CODIGO ESPAÑOL — En el proyecto de Código Español de García Goyena, se enumeran los mismos elementos que los mencionados en el apartado anterior agregando tan solo la forma. En el —Artículo 985— reza: “Para la validez de los contratos son indispensables los requisitos siguientes: I. Capacidad de los contratantes. II. Su consentimiento. III. Objeto cierto que sirva de materia a la obligación. IV. Causa lícita de la obligación. V. La forma o solemnidad requerida por la Ley”. La forma al igual que la capacidad es un elemento de validez que indebidamente se coloca por el precepto mencionado en el mismo rango que los elementos esenciales de consentimiento y objeto.

3. CODIGO PORTUGUES — Este ordenamiento en su —Artículo 643— enumera: “Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: I. Capacidad de los contrayentes. II. Mutuo consentimiento. III. Objeto posible”.

4. NUESTRA LEGISLACION CIVIL — El Código Civil Mexicano de 1870, siguiendo la enumeración del Código Portugués, expresa en su —Artículo 1395— “Para que el contrato sea válido deben reunirse en él las siguientes condiciones: I. Capacidad de los contrayentes. II. Mutuo consentimiento. III. Objeto lícito.

El Código Civil Mexicano de 1884 enumera en el —Artículo 1279— “Para que el contrato sea válido debe reunir las siguientes condiciones: I. Capacidad de los contrayentes. II. Mutuo consentimiento. III. Que el objeto materia del contrato sea lícito. IV. Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la Ley.

Vemos por los preceptos mencionados que se ha incurrido en el error de considerar en la misma categoría elementos de existencia y elementos de validez que ya en nuestro Código Civil vigente están perfectamente delimitados.

Nuestro Código Civil vigente de 25 de abril de 1928, que entró en vigor el 1° de octubre de 1932 inspirado en el proyecto Franco Italiano del Código de las Obligaciones y de los contratos, hace la distinción que está de acuerdo con la Doctrina y dice en su —Artículo 1794—: “Para la existencia de los contratos se requiere: 1° Consentimiento. 2° Objeto que puede ser materia del contrato”. Este precepto sólo da categoría de elementos de existencia al consentimiento y al objeto; asimismo nos enumera con claridad los elementos de validez de los contratos, en el —Artículo 1795—: “El Con-

trato puede ser invalidado: 1º Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas, 2º Por vicios del consentimiento, 3º Porque su objeto, su materia, su motivo o fin sea ilícito, 4º Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la Ley establece.

## V CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

Existen en la Doctrina diversos criterios de ordenación para la clasificación de los contratos basándose en el objeto, en el fin, en la causa o en su naturaleza jurídica.

1. CLASIFICACION DE PLANIOL <sup>130</sup> — Planiol clasifica los contratos en función de la naturaleza del objeto, siguiendo el sistema tradicional, distinguiendo obligaciones de dar, hacer o no hacer; afirma que el objeto del contrato puede consistir en cosas servicios o trabajos y derechos. a) Dentro de los contratos que tienen por objeto cosas comprende: Los que transfieren la propiedad o traslativos de dominio (permuta, venta donación, mutuo, sociedad y transacción) y los traslativos de uso (comodato y arrendamiento). b) Dentro de los que tienen por objeto la prestación de un servicio en forma onerosa o gratuita comprende: Los contratos de custodia (depósito y secuestro) y el contrato de mandato, incluye en esta categoría todas las formas de contrato de trabajo y los especialmente reglamentados por el Código Civil como el Contrato de Obra, de Prestación de Servicios Profesionales etc. c) Dentro de los contratos que tienen por objeto la transferencia de derechos y obligaciones incluye Planiol: La cesión de derechos, la subrogación convencional, cesión de deudas y contrato de compra-venta cuando se refiere a un derecho.

Respecto a esta clasificación opina el maestro Rafael Rojina Villegas, que aparte de su valor doctrinario, nuestro Código Civil la aprovecha en parte en combinación con la clasificación de Giorgi.

2. CLASIFICACION DE GIORGI <sup>131</sup> — Esta clasificación es en función del fin que las partes se proponen al realizar el contrato y clasifica los contratos que tienen como propósito:

a) Transmitir el dominio, incluyendo en esta categoría las mismas que Planiol, excepto la transacción y la sociedad que reserva para diferente categoría.

b) Transmitir el uso (arrendamiento y comodato, el primero oneroso y el segundo gratuito, la finalidad en esta categoría es conce-

(130) PLANIOL Marcel.—Traite Elementaire de Droit Civil.—Paris, 1923.—Tomo II, Pp. 460 y 461.—No. 1352 bis.

(131) GIORGI.—Citado por Rafael Rojina Villegas.—Teoría General de las Obligaciones.—Pág. 667. No. 338.

der el uso de una cosa.

c) La realización de un fin común. Comprende esta categoría aquellos contratos en los cuales las partes combinan sus intereses al logro de un fin común, sea económico o no, queriendo significar que los intereses de los contratantes son paralelos, no correlativos (contrato de sociedad y de asociación).

d) La prestación de servicios: comprende esta categoría los contratos de trabajo y la prestación de servicios profesionales o no profesionales, el contrato de depósito y de mandato.

e) La comprobación jurídica; o sea los contratos que tienen como finalidad la comprobación jurídica de determinados derechos o sea establecer jurídicamente el alcance de determinados derechos controvertidos. El tratadista reserva para esta categoría la transacción y puede ser materia también del compromiso en árbitros.

f) La Garantía, Se incluye en esta última categoría aquellos contratos que son accesorios de uno principal y que tiene como fin garantizar el cumplimiento de la obligación del principal y que puede ser de carácter personal, recibiendo el nombre de fianza, de carácter real; hipoteca, prenda y anticrético.

Nuestra legislación sigue de hecho esta clasificación agregando únicamente el contrato aleatorio que no está previsto y el ante contrato.

3. OTRAS CLASIFICACIONES — Existen criterios de ordenación de los contratos de los que mencionaremos los siguientes que atienden a caracteres esenciales del contrato mismo.<sup>32</sup>

a) Unilaterales y bilaterales. Los primeros son contratos que hacen nacer derechos para una parte y obligaciones para la otra (donación) y los segundos producen derechos y obligaciones para ambas partes (compra-venta).

b) Onerosos y Gratuitos. Los primeros imponen provechos y gravámenes recíprocos (arrendamiento) y el gratuito es aquel en que los provechos son para una parte y los gravámenes para la otra (comodato).

c) Conmutativos y Aleatorios. Esta división es de hecho subdivisión de los contratos onerosos ya mencionados. Es conmutativo el contrato cuando los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato y Aleatorios cuando no pueden determinarse, dependiendo de un acontecimiento incierto.

(32) PLANIOL y RIPERT.—Opus cit. Pág. 44. No. 32.

d) Reales y Consensuales. Los primeros se perfeccionan con la entrega de la cosa siendo esta entrega elemento constitutivo para la formación del contrato (prenda), los consensuales por el contrario se perfeccionan con el consentimiento de las partes, no es necesaria la cosa (depósito comodato y mutuo).

e) Formales y Consensuales. Formal el que debe manifestarse por escrito como requisito de validez, hay contratos que en ocasiones son formales y en otras consensuales, según recaigan sobre muebles o inmuebles y de acuerdo con el valor de las cosas o prestaciones. El consensual no requiere que el consentimiento se manifieste con formalidad determinada.

f) Principales y accesorios. Los primeros existen por sí mismos y los segundos que se denominan también de garantía dependen de un principal, siguiendo la suerte de este.

g) Instantáneos y de Tracto sucesivo. Los primeros que surten sus efectos de inmediato y los segundos cuyas prestaciones son de cumplimiento periódico.

El maestro Rafael Rojina Villegas propone una división, tomando en consideración la función jurídica o económica<sup>33</sup> agrupa los contratos en:

a) Que tienen por objeto una finalidad económica de apropiación o aprovechamiento de una riqueza o utilización de un servicio o ambas.

b) Que tienen por objeto una finalidad jurídica, preparación de un contrato, comprobación de un derecho o representación para actos jurídicos.

c) Que tienen por objeto una finalidad económica jurídica; finalidad que es mixta, v. gr.: fianza, prenda, hipoteca, cesión y subrogación.

Propone una segunda clasificación, en función de la naturaleza de los derechos que se crean:

a) Cuyo objeto es crear derechos reales (usufructo, habitación, servidumbre, servicio, prenda, hipoteca y anticresis).

b) Cuyo objeto es crear derechos personales (prestación de servicios, aprovechamiento de bienes, custodia o administración de bienes ajenos).

(33) ROJINA Villegas Rafael. - Derecho Civil Mexicano. - Tomo VI, Vol. I. Pág. 45. - 2a. Edic. Antigua Librería de Robredo. - México.

c) Cuyo objeto es crear derechos mixtos, contratos traslativos de dominio, transacción, sociedad y aleatorios.

4. CLASIFICACION DEL CODIGO CIVIL VIGENTE — Para finalizar este capítulo, mencionaremos la clasificación que encontramos en nuestro Código Civil vigente en su libro IV, parte 2ª, que para agrupar los contratos los reglamenta en un orden que en lo fundamental sigue la clasificación ya mencionada de Giorgi:

1º Preparatorios. El título primero de la parte relativa del ordenamiento mencionado regula la promesa de contratar como contrato preparatorio, estipulando que puede ser unilateral o bilateral y que solo da origen a obligaciones de hacer.

2º Traslativos de dominio. Del título segundo al quinto regula contratos bilaterales como es el de compra-venta, la permuta y el mutuo y unilaterales como la donación; con la subdivisión de onerosos y gratuitos.

3º Traslativos de uso. En los títulos sexto y séptimo regula el arrendamiento, el subarrendamiento y el comodato; con la subdivisión de onerosos y gratuitos.

4º De Custodia. En el título octavo reglamenta el depósito y el secuestro.

5º De prestación de servicios. En los títulos noveno y décimo regula el mandato y el de prestación de servicios propiamente dicho.

6º De Sociedad y de Asociación. En el título décimo primero, regula nuestro Código los contratos en los que los contratantes combinan sus recursos y esfuerzos con miras a una finalidad común.

7º Aleatorios. En el título décimo segundo regula el juego, la apuesta, la renta vitalicia y la compra de esperanza.

8º De Garantía. En los títulos décimo tercero, décimo cuarto y décimo quinto trata con esta denominación: la fianza, la prenda y la hipoteca.

9º De Comprobación. En el título décimo sexto regula nuestro Código Civil la transacción mediante la cual se termina una controversia presente o se previene una futura.

## CAPITULO TERCERO

### EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

#### I GENERALIDADES.

#### II NOCION DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.

#### III NATURALEZA JURIDICA,

#### IV ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

1. SUJETO.

2. OBJETO.

3. MOTIVO.

4. FORMA.

#### V ELEMENTOS DE VALIDEZ.

1. FORMA SUBSTANCIAL.

2. FORMA INTEGRAL.

3. VOLUNTAD.

#### VI LICITACION.

1. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

2. FORMA DE CONTRATAR DEL ESTADO.

a) Subasta o adjudicación pública.

b) Concurso.

c) Acuerdo o Contrato directo.

3. ADJUDICACION.

#### VII CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

## I GENERALIDADES

La Administración Pública en razón de sus fines, necesita para la consecución de los mismos, cuando no puede realizarlos individualmente, la concurrencia de otro u otros sujetos, que bien puede ser otro órgano de la Administración o un particular. La concurrencia de los particulares la puede obtener de manera impositiva en el ejercicio del poder de mando, como en el caso de la expropiación por causa de utilidad pública, o solicitando la concurrencia del particular para una situación totalmente prevista, como sería el caso de la concesión, o solicitando la concurrencia de los particulares, para que en función de los fines de la administración y los intereses particulares, se celebre un contrato.

"Es preciso distinguir cuidadosamente el acuerdo bilateral de voluntades, y el acto unilateral, provocado, solicitado o aceptado. Por ejemplo: el acto de concesión para la ocupación del dominio público es un acto unilateral de la Administración, provocado, solicitado y aceptado por el concesionario."

Esta diferencia hecha por Gastón Jeze en relación a los actos jurídicos que celebra el Estado en colaboración con los particulares, reviste una gran importancia, pues resuelve el problema de la confusión frecuente entre ambos actos jurídicos, ya que en el acto unilateral la voluntad del particular se asimila a la manifestación de voluntad de la Administración Pública, no pudiendo considerarse esta situación jurídica como contrato, pues faltaría el interés jurídico correlativo.

"Es necesario que el acuerdo de voluntades sea bilateral para que el contrato se origine, es decir, es indispensable que las voluntades emanen de partes opuestas, pues si todas las voluntades

(34) JEZE Gastón. --Theorie General des contrats de l'administration.-- Cita de Andrés Serra Rojas.--Derecho Administrativo.--México, 1959. Pág. 742. No. 299.

concurrentes son paralelas, entonces se tendrá otra figura jurídica: la del acto complejo y no la del acto contractual.<sup>35</sup>

Las prestaciones que obtiene el Estado de los particulares mediante la prestación voluntaria, pueden consistir en bienes o servicios personales, así el Estado adquiere muebles para sus oficinas, dotación de implementos para las mismas, arrendamiento de un inmueble, contrata la construcción de obras públicas, el transporte de la correspondencia, un empréstito, se asocia en empresas mercantiles, etc.

Siendo como ya hemos dicho tan variadas estas funciones estatales, existe una imposibilidad física de que el Estado con sus propios medios y elementos pueda satisfacerlas, y la colaboración que al efecto solicita de los particulares puede ser, entre otras, la voluntaria que no solamente atiende al interés del Estado en realizar sus fines, sino al interés del particular que propondrá sus propias condiciones para el arreglo consensual, resuelto el cual se hace absolutamente innecesaria la fuerza imperativa del Poder Público.

Estos actos jurídicos bilaterales que celebra la Administración Pública para el logro de sus fines con la concurrencia voluntaria de los particulares y que tiene un interés jurídico correlativo, crean además una situación jurídica, necesaria para la existencia del contrato, pues la voluntad de las partes fijará las prestaciones y la obligación recíproca; siendo esta situación jurídica además individual, pues se refiere en cada caso a prestaciones y contraprestaciones relativas a un individuo o varios en especial; constituyendo por dicha razón estos actos jurídicos celebrados por la Administración Pública, actos eminentemente contractuales.

Atendiendo al criterio subjetivo de la intervención de la Administración en la celebración de estos contratos, se considerarían contratos administrativos todos aquellos en los que interviniera como parte la Administración Pública.

“Es evidente que cabe diferenciar los contratos que la Administración celebra, en dos grandes categorías: los llamados Contratos para Obras y Servicios Públicos o Contratos Administrativos según la expresión más comúnmente usada; y los designados como Contratos Simples o de Derecho Común”.<sup>36</sup>

En el primer caso el interés jurídico del órgano de la Administración Pública tiene como meta el cumplimiento de un fin de in-

(35) FRAGA Gabino. --Derecho Administrativo. --México, 1948. 4a. Edición. Pp. 510 y 511, No. 323.

(36) GARCÍA Oviedo Carlos. --Derecho Administrativo. --Madrid, 1962. --8a. Edición por Enrique Martínez Useros. --Tomo I. Pág. 717, No. 166.

terés público, y en el segundo, el objeto no es un medio directo para el cumplimiento de los fines de la Administración o sea, que no existe en estos Contratos de la Administración un interés público inmediato.

"El derecho privado seguirá aplicándose al Estado cuando los actos que éste verifiquen se vinculen estrecha y necesariamente en el cumplimiento de sus atribuciones y cuando por lo mismo la satisfacción de las necesidades colectivas no se perjudique; porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza un régimen especial."

La Ley determina en algunos casos el régimen al cual quedará sujeto el contrato celebrado, así tenemos: El Contrato de Obra Pública, contratos que implican la ocupación del dominio público; Contratos de Empréstito Público del Estado, pero en otras ocasiones la característica de Administrativo del Contrato resultará de su naturaleza misma.

## II NOCION DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

De acuerdo con lo que tenemos expuesto con anterioridad, para que un contrato tenga la categoría de Administrativo, es necesario que lo celebre algún órgano de la Administración, con objeto de cumplir un fin de interés público con un particular u otro órgano de la Administración.

"El Contrato Administrativo es el que la Administración Pública celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública."

De acuerdo con esta definición, el Contrato Administrativo requiere para su formación de la concurrencia de la voluntad de la Administración Pública y de otra persona que puede ser pública o privada, con un interés jurídico correlativo y recíproco, por lo tanto es un acto de derecho administrativo bilateral.

"Según Jurisprudencia del Tribunal Supremo Español: el Contrato Administrativo es un negocio público, bilateral, de naturaleza recíprocamente onerosa (Sentencia de 25 de junio de 1948 y 28 de septiembre de 1954). De aquí que la base del Contrato Administrativo esté en la idea de reciprocidad, de equilibrio, de contraprestación."

(37) FRAGA Gabino.—Opus cit. Pág. 517, No. 328.

(38) BIELSA Rafael.—Compendio de Derecho Administrativo.—Buenos Aires, 1960. Pág. 81, No. 62.

(39) LOPEZ RODO y GUAITA.—Los Contratos de Obra Pública en España.—Revista de Administración Pública. No. 21, Madrid, 1956. Pág. 295.

En consecuencia es característico del Contrato Administrativo que una de las partes sea la Administración y que el objeto inmediato sea la realización de un servicio o la ejecución de una obra pública.

### III NATURALEZA JURIDICA

Hemos mencionado que el Contrato Administrativo lo celebra la Administración con el propósito de realizar alguno de sus fines que sea de interés público, por tal razón, el régimen al que esté sujeto este Contrato debe superar las normas generales de Derecho Civil para los Contratos, pues la única forma de poder anteponer el interés público en la relación contractual, es otorgando a la Administración, privilegios y facultades de que no gozan las partes en la relación ordinaria, y esto se logra sujetando los Contratos Administrativos a un régimen exorbitante del Derecho Civil.

Es pues la finalidad especial de los Contratos Administrativos que celebra el Estado la que origina y justifica a la vez el régimen especial del Contrato Administrativo exorbitante de Derecho Civil; siendo esta la única manera de satisfacer en forma eficaz continua y regular, las necesidades colectivas. Como consecuencia de este régimen especial, el Estado puede modificar el Contrato Administrativo; la modificación que haga el Estado a un Contrato Administrativo no constituye un acto impositivo unilateral, sino que será el resultado de la inserción al Contrato de una cláusula que autorice la modificación, cláusula ésta inadmisibles para el Derecho Civil; y que en el Contrato Administrativo traduce el régimen exorbitante a que el mismo está sujeto.

No solo puede pactarse la modificación del contrato, también puede pactarse la rescisión y la resolución del Contrato mismo por parte del Estado por decisión propia y sin intervención de Autoridad alguna. Por las razones asentadas se plantea el problema relativo a la naturaleza del Contrato Administrativo, pues se considera que en función del régimen especial a que está sujeto el Contrato Administrativo y celebrado por el Estado que no puede renunciar a su autoridad, no puede darse en estas condiciones un contrato propiamente, sino una figura jurídica diversa.

En contra de lo anterior dice García Oviedo,

"En los Contratos Administrativos la primacía y privilegios de la administración no derivan del imperium, sino de un convenio que lo establece. Es la libertad de las partes lo que caracteriza a todo Contrato y no la igualdad de las mismas, que es solo característica de una clase de contrato privado en que no se ha dado la superioridad de una de ellas; pues la superioridad pac-

tada también se admite en los contratos privados.<sup>40</sup>

“Desde luego, el particular, queda en libertad de no aceptar las condiciones del Estado, pero al aceptarlas se somete a un régimen excepcional que primero toma en cuenta el interés público y luego el interés privado, el cual no se desconoce sino se le reglamenta.”<sup>41</sup>

De lo cual concluimos que el Contrato Administrativo sí es un verdadero contrato sin que desvirtúen esta calidad las medidas que por el interés público se pacten en beneficio de la Administración.

#### IV ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. *Sujeto* — En la definición misma del Contrato Administrativo apuntada con anterioridad, tenemos como primer elemento un sujeto que da al Contrato la posibilidad de ser Administrativo y que es un órgano de la Administración Pública, éste en principio, puede ser cualquier organismo de la Administración dotado de capacidad autónoma.

Este sujeto debe ser capaz para obligarse, o sea debe ser competente para celebrar el acto. La competencia se equipara a la capacidad para contratar en derecho privado, pero a diferencia de aquella, en Derecho Administrativo la competencia debe fundamentarse en una Ley que expresamente autorice al órgano relativo para contratar, la incompetencia es pues la regla y la excepción lo es la competencia.

“a pesar de ese idéntico significado, existen entre competencia y capacidad las siguientes diferencias substanciales: Mientras que en el derecho privado la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, en el Derecho Administrativo rige el principio a la inversa...; el ejercicio de la competencia es obligatorio, en tanto que el de la capacidad queda al arbitrio del particular...; la competencia generalmente se encuentra fragmentada en diversos órganos...; La competencia no puede ser renunciable ni puede ser objeto de pactos que comprometan su ejercicio”.<sup>42</sup>

Mientras que el particular sí puede renunciar o restringir el ejercicio de sus actividades.

La competencia se determina por razón de la materia, grado o territorio.

(40) GARCIA Oviedo Carlos.— Opus cit. Tomo I. Pág. 733. No. 168.

(41) SERRA Rojas Andrés.— Derecho Administrativo.—Pág. 747. No. 301.

(42) FRAGA Gabino.— Opus cit. Pp. 175 y 176. No. 111.

“En razón de materia, la competencia comprende a diversos órganos y jerarquías dentro de la misma materia. En razón de grado se determina por la jerarquía; en razón de territorio se determina por la división mecánica del trabajo, por la división territorial que no corresponde necesariamente a la división geográfica ni política.”<sup>43</sup>

Existe otro sujeto en la relación contractual que como la misma definición indica, que es o un particular u otro órgano de la Administración. La capacidad de que debe estar dotado el particular es la regulada por la legislación civil con las restricciones propias de este régimen y con las restricciones especiales que puedan ser impuestas por el Derecho Administrativo.

Pero el fin que debe perseguir con la celebración del Contrato Administrativo este segundo sujeto si es órgano de la administración, no debe estar encaminado directamente a satisfacer un servicio de interés colectivo, pues de perseguir este segundo órgano un fin de interés público al igual que el otorgante del contrato, daría origen a una figura jurídica diversa.

2. *Objeto* — El objeto del Contrato Administrativo al igual que en derecho privado, será la creación o transmisión de derechos y obligaciones pero, el objeto de la obligación que es el que nos interesa será la prestación que consistirá en dar, hacer o no hacer una cosa. La característica de dicha prestación, que le da el carácter definido de Administrativo al Contrato, es que dicha prestación estará directamente encaminada a satisfacer un servicio o realizar una obra de interés público. Luego el objeto será de interés público.

El objeto debe ser determinado o determinable, posible y lícito, conceptos ya tratados anteriormente en relación al contrato en general, por lo que solo diremos al respecto de la licitud del objeto: que éste no solamente no debe estar prohibido por la Ley, sino que por lo que hace al Contrato Administrativo debe estar expresamente autorizado por ella, cuando menos otorgando expresamente poder discrecional al órgano jurisdiccional, para elegir el objeto, el cual se elegirá siempre con el fin de que se atienda el cumplimiento de la función administrativa, y atendiendo a que el objeto elegido no contravenga las normas jurídicas.

3. *Motivo* — El motivo o causa impulsiva del Contrato Administrativo que consiste en el fin particular que cada parte se propone al contratar; adquiere aspectos singulares provocados siempre por el fin de interés público de este contrato.

(43) BIELSA Rafael.—Opus cit. Pp. 52 y 53. No. 40.

En Derecho Privado encontramos que los móviles que impulsan a los contratantes, son razones eminentemente personales que varían para cada relación jurídica, pero una vez celebrado el contrato, la causa impulsiva deja de ser relevante en relación al mismo y podría llegar dicha causa a desaparecer totalmente sin afectar en lo absoluto al contrato por ella celebrado; v. gr. por la necesidad de instalar una negociación se celebra un contrato de arrendamiento, inmediatamente desaparece la necesidad que lo motivó y el contrato relativo subsistirá por el término convenido.

La causa que motiva la celebración del Contrato Administrativo por parte de la administración, es un servicio o una obra de utilidad pública que la administración debe realizar; es la finalidad de utilidad pública de ese servicio o esa obra lo que determina el régimen especial de este contrato, desapareciendo pues esta causa, el contrato relativo debe concluir a su vez; consecuentemente en este contrato a diferencia del ordinario, la causa debe subsistir durante la vigencia del mismo y desapareciendo la causa terminará el contrato a su vez.

*Causa final* — La causa final es el interés jurídico de las obligaciones recíprocas, una de las partes contratantes adquiere una obligación, por la obligación que adquiere la otra; el vendedor se obliga a entregar porque el comprador se obliga a pagar; tiene pues la causa, íntima relación con el objeto de la obligación. En los contratos de derecho privado adquiere mayor importancia la causa final que la impulsiva pues la causa final es la misma para una serie o grupo de contratos; es intrínseca a los mismos; independiente de la voluntad de los contratantes.

En el Contrato Administrativo y desde el punto de vista del órgano contratante, la causa final y la impulsiva se relacionan estrechamente, ya que se encuentran condicionadas ambas al fin de utilidad pública, pues el órgano administrativo al celebrar un Contrato Administrativo como contratante, no puede tener otro fin particular que el directamente relacionado con el interés público y se obliga por la obligación correlativa, que es en función de el mismo interés.

El órgano Administrativo debe perseguir al celebrar un Contrato Administrativo, un fin general con objeto y autorización expresamente determinados en la Ley y por los medios que la misma señala al efecto.

"Por lo que hace a la finalidad del acto, la doctrina ha sentado diversas reglas cuya aplicación en nuestro medio nos parece indudable, por lo que vamos a exponerlas a continuación: a) El Agente no puede perseguir sino un fin de interés general. b) El Agente público no puede perseguir una finalidad en oposición

con la Ley. c) No basta que el fin perseguido sea lícito y de interés general, sino que es necesario además, que entre en la competencia del agente que realiza el acto. d) Pero aún siendo lícito el fin de interés público y dentro de la competencia del agente, no puede perseguirse sino por medio de los actos que la Ley ha establecido al efecto".<sup>44</sup>

Por lo que hace al co-contratante ya sea el particular u otro órgano de la administración, ya hemos dicho que sus fines son meramente particulares, pero en función siempre de la subordinación a este régimen especial.

4. *Forma* — para el derecho dijimos con anterioridad, que la forma es un requisito al que se sujetan los actos jurídicos cuando así lo requiere la Ley, lo que supone el principio de la libertad de formas; para el ámbito del derecho administrativo priva la regla de la observancia de formas, tanto por lo que hace a la manera como se expresa la voluntad, como a los medios aún previos a la manifestación que la misma Ley señala para cada caso.

"La administración pública manifiesta siempre su voluntad dentro de los límites de una competencia determinada, por medios formales y mediante representación instituida".<sup>45</sup>

"Las formas en lo administrativo son a un tiempo garantías de una buena gestión y protección a los intereses y derechos de los administrados. Defiende a la administración de los errores y a los administrados de las arbitrariedades".<sup>46</sup>

La falta de formas puede afectar tanto a la existencia como a la validez del acto jurídico. Hay formas esenciales que son elementos constitutivos del acto mismo y sin cuya observancia el acto mismo no existe, como ejemplo de la forma esencial como requisito de existencia para un contrato administrativo sería: la decisión previa deliberación, con quórum para otorgar un contrato del órgano colegiado administrativo que va a contratar, cuando así lo exige la Ley.

## V ELEMENTOS DE VALIDEZ

1. *FORMA SUBSTANCIAL* — Hay formas de carácter substancial sin cuya observancia el acto no es válido por faltar un requisito substancial, por ejemplo, la previa licitación con sus bases del requisito mencionado en el párrafo anterior.

(44) JEZE Gastón. — Cita de Gabino Fraga — Opus cit. Pág. 179, No. 115.

(45) BIELSA Rafael. — Opus cit. Pág. 59, No. 48.

(46) GARCIA Oviedo Carlos. — Opus cit. Pág. 327, No. 85.

2. **FORMA INTEGRAL** — Además tenemos la forma integral que es necesaria para la integración del acto: como la aprobación de la necesidad que debe hacer otro órgano, del acto realizado. La inobservancia de esta forma afecta la eficacia del acto administrativo.

En relación a la expresión de la voluntad, la forma prescrita para el Contrato Administrativo y en general para el acto administrativo es la escrita, no habiendo posibilidad por lo que hace al Contrato Administrativo a excepción en relación a esta regla.

Las formas substanciales integrales, tratadas en el inciso anterior, son elementos cuya falta afecta a la validez o eficacia del contrato y que atienden a requisitos tanto de orden subjetivo como objetivo.

3. **VOLUNTAD** — Cuya falta, en relación íntima al elemento sujeto que constituiría la falta del consentimiento, afectaría a la existencia del contrato mismo; y que estando expresada en el contrato, requiere haber sido expresada libremente por el órgano administrativo y por el co-contratante. Los vicios que afectan esa libertad de expresión son el Error el Dolo y la Violencia; el error que es el desacuerdo entre el concepto y la realidad, como vicio de la voluntad, afecta la validez del contrato y proviniendo del órgano administrativo requiere para invalidar el acto, que previamente se exterioricen los propósitos del titular del órgano administrativo; y la violencia tratándose de un acto regular carece de importancia como causa de invalidez.

## VI LICITACION

Los requisitos de forma substancial e integral ya mencionados comprenden entre otros la licitación; el Estado para contratar puede utilizar diversos procedimientos, y por razón del interés de los posibles co-contratantes en obtener la adjudicación de un contrato, por los posibles beneficios, se ha buscado la forma de que el contrato se adjudique a la persona más capaz, que ofrezca mayor seguridad y mejor precio, para el cumplimiento del contrato. La licitación que es el llamado público que hace el Estado a los posibles ejecutores, es el requisito previo, instituido para el indicado objeto.

"La licitación es un requisito legal respecto de los contratos administrativos instituido por motivos de conveniencia y de moralidad administrativa. La falta de licitación, si ella ha sido impuesta por la Ley, determina la nulidad del acto".<sup>47</sup>

Este llamado público que hace el Estado, no necesariamente debe

(47) BIELSA Rafael. -Opus cit. Pág. 86.

entenderse que sea un llamado general absoluto por el cual pueda concurrir cualquier postor, no perderá su carácter de pública la licitación cuando para ser postor se impongan determinados requisitos, o cuando por razón de la especialidad del contrato se haga una previa selección de quienes puedan ser postores y se les llame solamente a ellos, o cuando los posibles postores estén previamente seleccionados en un registro relativo o por último cuando hecha la licitación a los postores que concurren, se les haga una previa revisión de sus cualidades como postores, para posteriormente examinar las ofertas solamente de aquellos que en la selección se elijan.

Todas estas modalidades, son medios que el Estado puede emplear a fin de obtener del co-contratante las mayores seguridades del cumplimiento de un contrato, sin perjuicio de las garantías comunes que además pueda exigir.

1. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD — El principio de publicidad que tenemos mencionado y cuya intención es procurar la libre concurrencia debe sujetarse a formas que deben observarse en función del fin perseguido; como son: la publicidad del llamado a los postores para contrato determinado, por los medios de difusión corrientes, con los datos relativos a condiciones, elementos que deban conocer los presuntos postores, etc., término y requisitos, y fechas y lugar en que se celebrarán las selecciones y subastas con la publicación de su celebración.

2. FORMAS DE CONTRATAR DEL ESTADO — En consecuencia de lo expuesto el Estado puede contratar en las siguientes formas:

a) *Subasta o adjudicación pública* — Por subasta o adjudicación pública abierta, que se caracteriza por la licitación y la adjudicación del contrato; con la característica especial, de que el Estado carece de facultades discrecionales para resolver en favor de quien se define la adjudicación, sino que el resultado será forzoso de acuerdo con las propuestas. Se incluye en esta categoría la llamada licitación privada o adjudicación restringida que es aquella en que se omiten los anuncios públicos, en virtud de que el prescindir de ese requisito no destruye el carácter público de la subasta, pues el fin es hacer una previa selección, como ya hemos mencionado.

b) *Concurso* — El concurso; cuya característica especial es que una vez abiertas las plicas de los que han concurrido a la licitación, el Estado escoge el que más le convenga aun cuando no sea precisamente el de tipo más bajo; este tipo de contratación reporta la desventaja de la falta de certeza para el concursante y la posibilidad de la arbitrariedad en la elección, pero puede ser funcional para determinados contratos.

c) *Acuerdo o Contrato directo* — Por último tenemos el acuerdo o contratación directa, que constituye una forma excepcional del Estado para contratar y puede considerarse una excepción en la forma de concluir la administración los contratos; se caracteriza por eximir a la administración de la licitación, simplemente el Estado contrata con quien estime pertinente y en las condiciones que mejor juzgue, este tipo de contratos se celebra por razón del monto, por razones de urgencia, por haber resultado desierta una licitación, por especialización, etc. . . . razones todas estas excepcionales.

3. **ADJUDICACION** — Como consecuencia de los trámites de la licitación, el Estado hace declaración en la forma reglada de la adjudicación, en favor del beneficiario.

“Adjudicar significa tanto en el derecho privado como en el público, atribuir un derecho o bien declararlo en virtud de propuesta o de pretensión jurídica. Es pues una decisión, o sea una manifestación de voluntad determinante de efectos jurídicos”.<sup>48</sup>

Con el acto de la adjudicación, el Estado manifiesta su aceptación para la oferta del postor, es pues el momento en que se perfecciona el Contrato Administrativo, esta adjudicación debe hacerse saber al proponente para que empiece a ser exigible de acuerdo con la licitación y la propuesta aceptada.

Cuando la adjudicación está sujeta a aprobación y cuando el Contrato no puede ejecutarse por faltar algún medio esencial de ejecución, será adjudicación provisional, pero si en el primer caso, la aprobación debe otorgarse dentro de un término, sin que así se haga o se niegue; la adjudicación adquiere el carácter de definitiva.

## VII CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Los Contratos Administrativos en relación a los servicios públicos se dividen:

a) Directamente relativos a los servicios públicos como son: el de función pública, concesión de servicios públicos y el de Concesión de Obras Públicas, de ejecución de obra pública, suministro, de locación de cosa o de servicios cuando la prestación se vincula directamente con el servicio público.

b) Indirectamente relativos a los servicios públicos, cuando se trata de prestación de medios financieros como es el Contrato de empréstito público.

(48) BIELSA Rafael.—Opus cit. Pág. 88.

## CAPITULO CUARTO

### EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA

- I GENERALIDADES.
- II REGIMEN JURIDICO.
- III PLIEGO DE CONDICIONES Y FIJACION DEL PRECIO.
  - 1. CLAUSULA A RIESGO Y VENTURA.
  - 2. ALTERACION DE LAS CLAUSULAS Y MODIFICACIONES EN LAS OBRAS PROYECTADAS.
  - 3. SUSPENSION O REDUCCION DE LAS OBRAS.
  - 4. EJECUCION DIRECTA DE LA ADMINISTRACION.
- IV MODOS DE CONCLUSION DE LOS CONTRATOS DE OBRA PUBLICA.
  - 1. ADJUDICACION PUBLICA COMO REGLA GENERAL.
  - 2. EXCEPCIONES.
  - 3. GARANTIAS.
- V EJECUCION DE LOS CONTRATOS DE OBRA PUBLICA.
  - 1. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.
  - 2. RECEPCION DE LA OBRA.
- VI RECURSOS JURISDICCIONALES.
  - 1. DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACION.
  - 2. RECURSOS EN LA EJECUCION DEL CONTRATO.
  - 3. COMPETENCIA.
- VII EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA EN EL DERECHO MEXICANO.
  - 1. LA CONSTITUCION.
  - 2. LEYES Y DECRETOS.
  - 3. COMPETENCIA.
  - 4. CRITERIO SUSTENTADO POR LA H. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

## I GENERALIDADES

Entre los contratos que celebra la Administración con miras a satisfacer el interés público, reviste la mayor importancia el Contrato de Obra Pública, motivo de nuestro estudio, por cuanto que el volumen numérico y económico que dichos contratos representan, sobrepasa con mucho al de cualquier otro tipo de contrato, además de constituir un índice regulador de la economía general de los países; baste como ejemplo ilustrativo de esta aseveración, el cuadro estadístico comparativo, anexo a este trabajo en relación a los Contratos de Obra Pública en México.

Es preciso para el estudio de este tipo de Contrato Administrativo, establecer previamente el concepto de Obra Pública.

"La obra pública es una cosa hecha o producida por el Estado, o a su nombre, con un propósito de interés general y se destina al uso público, a un servicio público o a cualquier finalidad de beneficio general".

De acuerdo con esta definición la obra pública es cualquier obra material o sus transformaciones o adaptaciones de cualquier índole, siempre y cuando la obra original afecte el interés público; característica esta última de los Contratos Administrativos.

Podemos concluir que: EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PUBLICA, es un acto jurídico realizado por la administración y una o varias personas, o una empresa o institución, por el cual ésta se compromete a cambio del precio a hacer o producir por el Estado una obra que se destinará al uso público, o a cualquier finalidad de beneficio general.

## II REGIMEN JURIDICO

Es el contrato un acto jurídico por el cual se crean o transfie-

ren derechos u obligaciones, este contrato adquiere la denominación de Administrativo por cuanto concurren al mismo el elemento subjetivo del órgano administrativo que lo provoca y el objeto que es el interés público a satisfacer y el régimen especial de derecho administrativo exorbitante de Derecho Civil, por consecuencia del interés público.

“La Administración pública tiene en la ejecución de la obra, derechos que no podría ejercitar si obrara simplemente como persona jurídica de derecho privado, por ejemplo, el de rescindir el contrato y de proceder directamente a la ejecución o a nueva licitación”.”

Siendo el interés jurídico correlativo, es un contrato bilateral que impone obligaciones recíprocas y derechos también recíprocos, así que las prestaciones son conocidas desde el perfeccionamiento del contrato.

### III PLIEGO DE CONDICIONES Y FIJACION DE PRECIO

Uno de los requisitos de la licitación, o sea el acto administrativo por el cual el órgano de la administración llama postores para la celebración de un contrato administrativo, es el pliego de condiciones que se incluye en el llamado, con la publicidad consecuente; este pliego contiene las cláusulas y condiciones generales para las obras públicas, así como las especiales de la obra en particular; en suma contiene todas las disposiciones relativas al contrato que se va a celebrar entre la administración y el licitador que resulte aceptado, así como los datos y circunstancias relativas a la obra por ejecutarse y la naturaleza de la garantía que se exige a los licitadores o la dispensa de garantizar por razón de la obra que se va a ejecutar y en la mayoría de los casos, los controles que la administración va a ejercer sobre la obra. La adjudicación del contrato a un licitador determinado supone la aceptación del órgano administrativo a la proposición del postor y obliga a éste en relación al pliego de condiciones que originalmente estipuló la licitación, salvo los casos del concurso en el cual se pueden proponer soluciones y entonces el licitador queda obligado a las cláusulas generales del Régimen y comunes del contrato y a las especiales de su proposición.

El precio de la obra se determina por las consideraciones que al respecto incluye el pliego de condiciones y la propuesta del licitador que es aceptada por la administración; que de antemano tiene practicados estudios técnico-económicos al respecto del contrato que va a celebrar, al igual que las empresas tienen conocimientos previos en relación a su capacidad técnica y recursos económicos que puedan

adaptarse a las condiciones propuestas por el órgano administrativo en su pliego de condiciones y con fundamento en estos conocimientos propone el precio que pueda ser aceptado por la Administración.

1. CLAUSULA A RIESGO Y VENTURA — Los contratos administrativos deben celebrarse a riesgo y ventura del contratista; es esta una cláusula originada en el Derecho Civil y traducida en el Derecho Administrativo Español, en la cual se ha pretendido fundamentar la situación de subordinación del contratista para con el Estado; pero es el caso que este principio pierde su carácter absoluto en el Derecho Español en el —Artículo 42 del Pliego de Condiciones de 1903— que reza:

“El contratista no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdida averías o perjuicios ocasionados en las obras sino en los casos de fuerza mayor. Se considerarán únicamente como tales: 1º Los incendios producidos por la electricidad atmosférica. 2º Los daños producidos por los terremotos. 3º Los que provengan de los movimientos del terreno en que estén construidas las obras. 4º Los destrozos ocasionados violentamente a mano armada en tiempo de guerra, sediciones populares o robos tumultuosos”.<sup>(1)</sup>

Tenemos entonces que el Estado adquiere la obligación más amplia que en el derecho común, que consiste en soportar no solo las pérdidas sufridas por la obra; sino también las pérdidas en las instalaciones y en general los daños sufridos en el patrimonio del contratista. Esta actitud de benignidad de la administración para con el co-contratante lo es en propio beneficio.

“El contratista es indemnizado por la Administración y esta viene a cubrir su riesgo, para evitar las fatales consecuencias que para la propia administración podría implicar una contratación rígida, consecuencias que serían alternativamente: o una defeción de la oferta en las licitaciones o la repercusión sobre las cifras ofrecidas por los contratistas de la prima de seguro que cubre tales riesgos”.<sup>(2)</sup>

Encontramos en lo asentado anteriormente el concepto de fuerza mayor que es puntualizado limitativamente por el precepto mencionado y que acarrea como consecuencia la indemnización por las variaciones de las condiciones generales; pero puede darse el caso de otro tipo de acontecimientos que se produzcan no directamente sobre la obra sino sobre las condiciones económicas en general, como sería

(51) GARCIA Oviedo Carlos.—Opus cit. Pág. 759. No. 174.

(52) GARCIA de Enterría E.—Riesgo y Ventura y Fuerza Mayor en el Contrato Administrativo.—Revista de Administración Pública.—No. 2, 1950. Pág. 83.

la variación de las mismas y que forzosamente adquiere importancia en relación a la ejecución de las obras.

Esta variación de las condiciones económicas queda incluida dentro de la *Teoría de la Imprevisión* y constituye también una situación evidente de fuerza mayor.

“La fuerza mayor es: Un acontecimiento exterior, independiente de la voluntad de los contratantes que impide la ejecución del contrato. Cuando tal acontecimiento se produce, él tiene por efecto liberar al contratante de su obligación”.<sup>53</sup>

Estas situaciones anormales se han presentado con mayor importancia durante las guerras y los estados de crisis que periódicamente acontecen.

Este problema ha sido resuelto generalmente con el principio de la Revisabilidad de Precios, que tiende a funcionar por razones de equidad cuando se presenta el supuesto de la alteración que hemos mencionado.

## 2. ALTERACION DE LAS CLAUSULAS Y MODIFICACION EN

**LAS OBRAS PROYECTADAS** — En la generalidad de los países se reconoce la facultad de la Administración para imponer unilateralmente cambios en las estipulaciones contractuales, tanto en la duración del contrato, como en las condiciones, volumen y cantidad, al efecto se fijan en las diversas legislaciones porcentajes a los que deben contraerse las modificaciones, para que el contratista continúe obligado a la ejecución con el aumento o disminución proporcional de las contraprestaciones. éstas alteraciones son factibles aún en el silencio del contrato al respecto, si no rebasan los porcentajes estipulados, pero si las modificaciones superan los porcentajes establecidos sin haber pacto al respecto; estando el interés público por encima de todo interés particular, se considera posible el que se hagan las modificaciones pertinentes; pero como por otra parte no puede desconocerse el interés privado del contratista es criterio generalizado el reconocer la facultad del contratista para reconsiderar la nueva situación y en su caso acordar la ejecución y las modificaciones al precio, o en su caso la rescisión y la indemnización correspondiente.

De todas formas es criterio general la facultad de la Administración de imponer modificaciones a las cláusulas del contrato en relación a la ejecución de las obras públicas, por ser el interés público lo que en todo caso demanda las modificaciones de lo acordado.

(53) SERRA Rojas Andrés. — Opus cit. Pág. 757. No. 308.

3. SUSPENSION O REDUCCION DE LAS OBRAS — El Derecho Español establece el principio de que el contratista no puede suspender o reducir la obra por causa del retraso en los pagos por parte del Estado, bajo pena de pérdida de la fianza para el caso de hacerlo; por esta razón se procura dividir la obra en ejecuciones y pagos parciales a fin de hacer posible las comprobaciones y pagos parciales que facilitan el cumplimiento de los mismos.

4. EJECUCION DIRECTA DE LA ADMINISTRACION — Facultad de la Administración para resarcirse por sí de los perjuicios que le provengan de contrato; ejecutando directamente sobre los bienes, cauciones o fianzas depositadas oficialmente por el contratista, sin perjuicio en su caso de la liquidación correspondiente.

#### IV MODOS DE CONCLUSION DE LOS CONTRATOS DE OBRA PUBLICA.

1. ADJUDICACION PUBLICA COMO REGLA GENERAL — Los Contratos de Obra Pública por su importancia, son codiciados por los contratistas, de tal suerte que el Estado con el fin de adjudicarlos de la forma más conveniente a sus intereses ha recurrido a la adjudicación pública que ya hemos tratado con anterioridad para concertarios, es esta adjudicación pública el modo más utilizado para la ejecución de las obras públicas aun en regímenes que no tienen establecido un procedimiento especial para la adjudicación; En Finlandia, Inglaterra, Irlanda, Puerto Rico y Haití, por costumbre se utiliza el sistema de adjudicación pública, en Inglaterra por ejemplo, sin haber obligación de publicar anuncios de concurso, de invitar a concursantes y de respetar plazos se adopta para las obras de poca importancia o sencillas, la adjudicación pública abierta, y para las obras importantes o complicadas se adopta el método llamado "invitation to tender"

"consistente en llamar a licitar empresas previamente seleccionadas y cuyas listas son regularmente tenidas al día",<sup>(54)</sup>

En otros países como Bélgica, Chile España, Honduras y Noruega, la legislación relativa establece como procedimiento único la adjudicación pública y solo en casos muy especiales enumerados a guisa de excepciones a la regla, se admite forma diversa de concertar un Contrato de Obra Pública.

Este principio de la adjudicación pública, que supone una publicidad absoluta al llamado de postores, una concurrencia ilimitada

(54) FLAMME Maurice André.—Los Contratos de Obra Pública de la Administración.—Revista de Administración Pública.—No. 21, Madrid.

de los mismos y un ajuste del procedimiento con la reglamentación, tiene como fin garantizar una imparcial adjudicación para los licitadores y un control bastante preciso sobre los agentes que contratan a nombre del Estado.

2. **EXCEPCIONES** — Es claro que un sistema rígido de adjudicación pública traería como consecuencia, perjuicios graves al Estado que no podría en un momento dado elegir a un contratista que ofreciera mayor garantía en la ejecución, aun cuando su precio fuera superior. Es pues el interés del Estado en que la obra se ejecute por el más capaz y al mejor precio, lo que justifica las excepciones a la regla de la adjudicación pública, excepción esta que puede ser: la limitación de la invitación; la posibilidad de elección discrecional; la previa justificación de capacidad como contratista y por razones especiales aún el concierto directo sin concurso de ninguna especie.

De lo anterior inferimos, que aún cuando la celebración de los contratos administrativos se rige por el principio de que el licitador que haya hecho la oferta más baja tiene derecho a la adjudicación, sistema este llamado SUBASTA; hay como excepciones el sistema denominado CONCURSO, que se caracteriza porque la Administración puede elegir discrecionalmente al licitador que estime más conveniente para la ejecución de la obra; sin regir necesariamente el principio económico del más bajo precio.

El Estado al contratar debe tener presente; por una parte la obtención del mejor precio, con base en la concurrencia ilimitada, y por otra parte la seguridad de que las obras se ejecutarán y en las mejores condiciones; siendo este último aspecto incompatible con la subasta rígida.

El sistema de limitar la concurrencia por medio de selección previa parece ser la tendencia moderna, encaminada a contrarrestar en parte la incompatibilidad mencionada en el párrafo anterior.

3. **GARANTIAS** — En el Pliego de Condiciones para un Contrato de Obra Pública, generalmente el Estado exige a los licitadores el otorgamiento de una caución que tiene como fin garantizar que el licitador que resulte adjudicatario del contrato lo va a ejecutar.

Por excepción se remite de dicho requisito a los licitadores, como para el caso de la licitación restringida en la que habiendo una selección previa, los licitadores son reconocidos de antemano como empresarios solventes.

“En cuanto al adjudicatario definitivo, debe depositar, bien personalmente, bien con la intervención de un tercero, generalmente un organismo bancario o una sociedad reconocida de garantía colectiva, una caución en metálico o en títulos, en un determi-

nado plazo después de su designación. Esta caución está destinada a garantizar la buena ejecución de la obra".<sup>55</sup>

## V EJECUCION DE LOS CONTRATOS DE OBRA PUBLICA

"Es preciso separar las dos fases principales de la operación administrativa, es decir en el contrato, estas fases son: 1º la preliminar que comprende, la licitación, adjudicación y formalización del contrato; 2º La ejecución de la obra".<sup>56</sup>

Hemos tratado ya el aspecto relativo a los actos previos a la celebración del contrato administrativo; ahora trataremos las consecuencias lógicas de la celebración del contrato y que constituye la realización del objeto del contrato mismo, que es la ejecución de la obra. Es práctica corriente, que los Pliegos de Condiciones o el contrato mismo prevean el control y vigilancia que la administración se reserva para sí en la ejecución de las obras; supervisión esta que no se concreta únicamente por cuanto hace a la ejecución material, sino también a todas las demás obligaciones contraídas por el contratista. En la generalidad de los estados modernos se admite una casi absoluta dependencia de control del contratista para la administración.

"El Estado asume en definitiva, la responsabilidad de la seguridad pública, que una ejecución inhábil de la obra proyectada puede comprometer. Esta responsabilidad que no puede eludir el Estado, procura atenuarla haciendo actuar poderes exorbitantes que le permitan un control realmente eficaz, sobre todos los elementos que concurren a la realización de la obra proyectada. Esto explica la subordinación estrecha del adjudicatario respecto de la administración que se inmiscuye de manera constante, pero lícita, en la ejecución, por medio de sus agentes".<sup>57</sup>

Es el fin mismo, el servicio público y la responsabilidad que al efecto asume el Estado, lo que fundamenta este control, que ya dijimos anteriormente, es extensivo a todos los términos convenidos para la ejecución. como lo es la temporalidad, calidad de materiales, capacidad de los ejecutores materiales, etc. . . .

1. OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA — Hemos dicho que el control de la administración es amplísimo y que se extiende a todas las demás obligaciones contraídas por el contratista; a este respecto la calidad del contratista es fundamental para la ejecución de las

(55) FLAMME Maurice.—Publicación cit. Pág. 86. No. 59.

(56) BIELSA Rafael.—Opus cit. Pág. 120. No. 82.

(57) FLAMME Maurice André.—Contratos de la Administración.—Núms. 280 y 281.

obras públicas pues es interés del Estado, el que las obras se ejecuten, así que las garantías pecuniarias que ofrezca el contratista, aun cuando son de importancia absoluta, adquieren un carácter secundario, siendo principal la garantía de confianza que el contratista inspira a la administración, razón por la cual ésta tiende a formular registros de contratistas previamente seleccionados.

Consecuentemente el Contrato Administrativo y el de Obra Pública en particular, se celebra en razón de la calidad del contratista, por lo que no podría negarse que es un contrato "intuitu personae" o sea que se celebra en razón de la persona; razón por la cual es dicha persona la que debe ejecutar las obras, obligación esta que tiene el co-contratante con la prohibición de ceder o traspasar el contrato, es criterio unánime en la actualidad que las cesiones solamente podrán realizarse con la autorización previa de la administración y por motivo de la calidad personal ya expresada de este contrato, la prohibición mencionada constituye un principio general que no necesita ser mencionado en el contrato, sino que se desprende de la calidad del mismo.

En la práctica se presenta la situación de que por la naturaleza y magnitud de las obras modernas, aunadas a la especialización, deben concurrir a la ejecución de las mismas, numerosos elementos especializados, que originarían para el Estado el problema de celebrar una cantidad infinita de contratos parciales; este problema es resuelto por medio de los subcontratos que si bien es cierto puede celebrarse el contratista de una obra pública, sin necesidad de previa autorización, la cual se presume —la excepción al principio es la necesidad de autorización— de ninguna manera le substituye, pues el adjudicatario es en todo caso responsable de los actos de aquellos con los que subcontrató lo cual presupone que el vínculo contractual liga únicamente a la administración con el adjudicatario y nunca a la administración con el subcontratista.

Lo mencionado en el párrafo anterior, es sin perjuicio de que la Administración exija del contratista, que los subcontratistas reúnan determinados requisitos, como lo es el hecho de estar registrados como tales en los registros relativos.

2. RECEPCION DE LA OBRA — Una vez concluida la obra, el Estado procede a hacerle toda clase de pruebas y verificaciones previstas en el Pliego de Condiciones o en el Contrato y las relativas a materiales usados y forma de ejecución de acuerdo con el contrato mismo. En la casi totalidad de los países se distingue la recepción provisional y la definitiva.

La recepción provisional es la que se efectúa una vez terminada y verificada la obra; la recepción definitiva, es la que se practica después de transcurrido un plazo, que generalmente es de seis me-

ses y que tiene por objeto el aseguramiento de que no existen vicios ocultos y que los trabajos fueron correctamente ejecutados.

El contratista está obligado a hacer las correcciones necesarias en la recepción provisional, hasta que la obra se ajusta a lo convenido y está obligado también a conservar la obra a su costa, durante el término pactado, hasta la recepción definitiva, momento en que es liberado totalmente de la conservación y que permite la restitución de la garantía y el pago de las cantidades retenidas y del saldo resultante, subsistiendo únicamente la responsabilidad proveniente de defectos ocultos de la ejecución, en los términos del Derecho Común y que en Bélgica, Francia y España de acuerdo con la reglamentación civil, perdura por diez años.

## VI RECURSOS JURISDICCIONALES

1. DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE ADJUDICACION -- En los países en los cuales no existen disposiciones reglamentarias para otorgar los contratos no puede darse de manera alguna la posibilidad de un recurso por violación al procedimiento de adjudicación, pero en los que el procedimiento está reglado, el particular ante la ejecución del Estado de actos que considere violatorios a su derecho, puede intentar la nulidad del acto Administrativo.

En algunos países y a guisa de excepción, la violación al procedimiento da lugar a la interposición de un recurso ante Tribunales Administrativos competentes para conocer de la anulación de los actos administrativos, por violación de las formas, exceso o desviación de poder.

Los actos que dan origen al recurso mencionado, pueden ser: la exclusión de un postor, la admisión indebida de otro, la violación de las reglas establecidas del procedimiento o la adjudicación misma.

Puede darse el caso de que la sentencia de anulación sea previa a la celebración del contrato y entonces surtirá dicha sentencia todos sus efectos; pero si el contrato ya se celebró, no hay criterio uniforme en las diferentes legislaciones; pues en algunos casos la anulación destruye el vínculo contractual, con la consiguiente indemnización para el perjudicado y en otros países la anulación deja subsistir el contrato ya celebrado.

2. RECURSOS EN LA EJECUCION DEL CONTRATO --- En la totalidad de las legislaciones actuales, se admite un recurso gubernativo que debe ser agotado previamente a la contención y que deberá ser interpuesto ante la propia autoridad violadora del contrato celebrado o ante su superior jerárquico, con el fin de evitar en lo posible el proceso contencioso.

En algunas legislaciones se da la posibilidad de someter las di-

ferencias relativas a la ejecución de los contratos de obras públicas, a un organismo administrativo independiente con calidad de amigable componedor.

Se da la posibilidad en algunos países de sujetar los litigios al arbitraje, en ciertos casos para situaciones determinadas y en otros para todos los litigios posibles durante y después de la ejecución de la obra y en otros países no se da la posibilidad del arbitraje.

3. **COMPETENCIA** — Los conflictos surgidos de los contratos de Obra Pública se tramitan en la generalidad de los países ante los Tribunales Civiles; en otros como Francia, Portugal y México, la competencia para resolver sobre los mencionados conflictos es de los Tribunales Administrativos.

## VII EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA EN EL DERECHO MEXICANO.

1. **LA CONSTITUCION** — El Contrato de Obra Pública, fue tratado por vez primera en la Constitución de 1917, en el proyecto del —Artículo 131—, que en definitiva se tradujo en el —Artículo 134—: “Todos los contratos que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado que será abierto en junta pública”.

Este artículo no impone al gobierno la obligación de adjudicar en subasta todas las obras públicas, sino que solamente aquellas cuya ejecución tenga que contratar, por no encargarse él mismo de su ejecución.

2. **LEYES Y DECRETOS** — La Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, de 23 de diciembre de 1959, previene en su Artículo 6° “A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, corresponde el despacho de los siguientes asuntos: . . . Fracc. IX. Autoriza los actos y contratos de los que resulten derechos y obligaciones para el Gobierno Federal y para el Departamento del Distrito Federal, con la intervención de las Secretarías de la Presidencia y del Patrimonio Nacional, en los casos previstos por esta misma Ley”.\*

---

\* La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por conducto del Departamento de Egresos de la Tesorería, realiza el pago de las prestaciones relativas a los contratos de Obras, por medio de Estaciones Periódicas de trabajos realizados y su valor consecuente. Estas Estimaciones se reciben a revisión por el Depto. Técnico del Presupuesto de Egresos y el Depto de Egresos de la Tesorería y son pagados comúnmente por cheque y eventualmente por obligaciones suscritas por la Sria. de Hacienda. Existe el proyecto de realizar los pagos por medio de Bonos de Tesorería.

El Artículo 7° previene: "A la Secretaría del Patrimonio Nacional corresponde el despacho de los siguientes asuntos: Fracc. XVI. Intervenir en los actos o contratos relacionados con las obras de construcción, instalaciones y reparación que se realicen por cuenta del Gobierno Federal, de los Territorios Federales y del Departamento del Distrito Federal, así como vigilar la ejecución de los mismos conjuntamente con la Secretaría de la Presidencia.

Artículo 11. "A la Secretaría de Obras Públicas corresponderá el despacho de los siguientes asuntos: . . . Fracción III. Conservar directamente o contratar y vigilar la conservación, en todo o en parte, de las obras de propiedad federal y en cuyo uso y aprovechamiento intervenga el Gobierno Federal en cooperación con autoridades o empresas extranjeras, con los estados de la Federación y con los municipios, o con empresas o particulares mexicanos; Fracción IV. Establecer las bases y normas y, en su caso intervenir para la celebración de contratos de construcción y conservación de obras federales o de las que señala este artículo, o asesorar a la dependencia a que corresponda expresamente la obra".

En cumplimiento de la Fracción XVI del Artículo 7° de la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, se expidió el Decreto Presidencial de 30 de enero de 1959, que en atención al enorme volumen de las obras públicas que por cuenta de la Secretaría del Patrimonio Nacional se realizan en toda la República con los consiguientes problemas de intervención e inspección y para hacer ágiles los trámites Administrativos relativos; dispone que los funcionarios de las diversas Secretarías y Departamentos de Estado y los Gobiernos de los Territorios, bajo su estricta responsabilidad celebrarán contratos de obras, aprobarán sus presupuestos y autorizarán sus estimaciones, enviando la documentación original y copias a la Secretaría del Patrimonio Nacional, para su intervención, registro y control.

Este Decreto da la ingerencia correspondiente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para la autorización legal de los contratos.

Asimismo autoriza a la Secretaría del Patrimonio Nacional para objetar y suspender las obras, por irregularidades en los contratos, presupuestos y estimaciones, o porque no llenen los requisitos necesarios los contratistas o sus garantías y en su caso declarar la rescisión o cancelación del contrato de obras.

Establece este Decreto, en su Artículo 5°, el recurso de inconformidad que debe interponerse ante la propia Secretaría del Patrimonio Nacional.

Por último establece la obligación de insertar en todos los contratos la conformidad del contratista, con la facultad de declarar

la rescisión o cancelación por parte de la Secretaría del Patrimonio Nacional, por las razones asentadas.

En cumplimiento a lo ordenado en el Decreto anterior, en su Artículo 9º que dice: "La Secretaría del Patrimonio Nacional coordinará con la de Hacienda y Crédito Público, la expedición de todas las disposiciones que se estimen pertinentes para el mejor cumplimiento de este Decreto y oportunamente promoverá la expedición de las normas legales y de reformas que consideren necesarias en la materia a que se refiere este Decreto"; con fecha 15 de febrero de 1961, la Secretaría del Patrimonio Nacional por conducto de la Dirección General de Inspección de Obras expidió las "REGLAS PARA LA INTERVENCIÓN EN LOS ACTOS Y CONTRATOS DE OBRAS NUMS. 1-61" \* que contiene:

- a) La obligación de los órganos de la Administración de contratar obras de construcción instalación y reparación, únicamente con contratistas inscritos en el padrón de contratistas de la propia Dirección;
- b) La intervención de un representante de esa Secretaría en la adjudicación por concurso y subasta.
- c) La obligación de insertar en los contratos la siguiente cláusula: "La Secretaría del Patrimonio Nacional tendrá la intervención que las leyes y reglamentos aplicables le otorgan, por lo que entre otras facultades podrá, en cualquier momento que lo estime pertinente, revisar el presente expediente y vigilar su ejecución, con la Secretaría de la Presidencia, cuando ésta así lo considere necesario; intervenir en las estimaciones de obra y en la recepción de los trabajos y obras relativas, aplicando todas las normas técnicas, contables y administrativas que estime adecuadas; el contratista se obliga expresamente a facilitar dichas intervenciones. La Secretaría del Patrimonio Nacional y la Secretaría de la Presidencia, están autorizadas para objetar este documento y las obras o trabajos que ampara, cuando a consecuencia de su intervención descubran alguna irregularidad; en caso de que dicha irregularidad sea grave e imputable al contratista a juicio de las mencionadas Secretarías, éstas quedan facultadas para exigir la reposición de la obra por cuenta exclusiva del

---

\* Estas Reglas cancelan las anteriores de números 1, 2, 3 y 4-59, la primera de las cuales, estipulaba el registro de contratistas, el trámite de los contratos, recepción de obras y las reglas relativas a adquisiciones; la segunda se refiere a obras que se ejecuten por administración y por destajo; la tercera se refiere a las excepciones por razón del valor de las obras y la última que se refiere a la remisión de los contratos a que se refiere la regla tres, a la Secretaría del Patrimonio Nacional.

propio contratista, independientemente de que se ejerciten, en su caso, las acciones civiles o penales que correspondan en contra de los responsables".

d) El registro de los contratos y sus estimaciones, para intervención y control, recepción de obras, etc. . . .

3. **COMPETENCIA** — La competencia en las controversias que se susciten en relación a los Contratos de Obras Públicas y únicamente por lo que hace a este tipo de Contrato Administrativo, está reglada en el Código Fiscal de la Federación, que establece en su Artículo 160: "las Salas del Tribunal Fiscal de la Federación conocerán de los juicios que se inicien: . . . Fracción IX. Con motivo de las controversias que se susciten sobre interpretación y cumplimiento de Contratos de Obras celebrados por las dependencias del Poder Ejecutivo Federal" y a continuación fija las bases del procedimiento para estos juicios con arreglo a los Artículos del 322 al 357 y del 79 al 218 del Código Federal de Procedimientos Civiles y establece el recurso de Revisión ante la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.\*

4. **CRITERIO SUSTENTADO POR LA H. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION** — No podemos considerar que exista un criterio definido y preciso por cuanto hace a los contratos que deban ser considerados como Administrativos, pues en muchas ocasiones se le ha dado esta denominación a contratos por el solo hecho de ser parte la Administración, sin tomar en consideración el fin del contrato.

Por otra parte, si es definido el criterio de la Suprema Corte en relación a la interpretación del Artículo 134 Constitucional, en los términos de la siguiente ejecutoria: OBRAS PUBLICAS, NO TODAS TIENEN QUE ADJUDICARSE EN SUBASTA. El artículo 134 de la Constitución Federal, no ordena que todas las obras que emprenda el Gobierno deban adjudicarse en subasta a los particulares, sino que cuando dicho Gobierno no se encargue de su ejecución,

---

\* Durante el año y medio transcurrido desde que le fuera otorgada la competencia en relación a los conflictos sobre contratos de Obras Públicas, al Tribunal Fiscal de la Federación, únicamente se ha radicado ante el mismo un juicio de reciente fecha, promovido por "Constructora Azteca" y Pasquel Carlos vs. El Gobierno Federal, Sría de Obras Públicas, Sría. del Patrimonio Nacional y Caminos y Puentes Federales de Ingresos; con el N° 3435/63 turnado a la H. Quinta Sala.

Quinta Sala. (Informe proporcionado por la Secretaría de la Presidencia del Tribunal Fiscal de la Federación),

las contratare con particulares mediante subasta pública. Serrano Ignacio y coags. Tomo LXXVIII. Pág. 513 . 6 de octubre de 1943. 5 votos.

Igualmente es uniforme en relación a la limitación de la competencia para el órgano contratante y la facultad de rescisión por parte del mismo. CONTRATO DE OBRAS. La interpretación de un contrato de esta naturaleza, celebrado entre particulares y autoridades administrativas ,aunque sea para la construcción de caminos, no puede darla otra autoridad administrativa, en caso de conflicto entre las partes contratantes, sino la autoridad judicial, pues una controversia de esta índole no puede resolverse administrativamente. En el caso concreto, la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas, no puede, basándose en los artículos 35 y 36 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, interpretar el contrato, porque estas disposiciones solamente la facultan para declarar caducos e in-existentes los contratos de obras públicas; por tanto, para resolver sobre la existencia y monto de alguna responsabilidad por falta de cumplimiento de un contrato de obras la única facultada para resolver esa controversia es la Autoridad Judicial. Gaxiola F. Jaime.

Tomo LXVIII. Pág. 990. 22 de abril de 1941. CONTRATOS CON EL GOBIERNO. RESCISION UNILATERAL DE LOS. Si la quejosa aceptó expresamente al firmar un contrato, que el mismo se otorgaba por una Secretaría de Estado en su carácter de autoridad, y que ésta tendría la potestad de declarar administrativamente la rescisión del propio contrato sin acudir previamente a los tribunales, es claro que la quejosa no pueda discutir en la vía constitucional esa facultad de dicha Secretaría. Amparo en revisión. Josefina Alvarez Cárdenas. 28 de febrero de 1958. 5 votos. Ponente: Franco Carreño. VOLUMEN VIII Tercera Parte. Pág. 15.

La preeminencia del interés general sobre el interés particular, para los efectos de que se ejecuten las obras. OBRAS DE INTERES GENERAL. Contra la prevención hecha a los particulares, para que cumplan con las disposiciones que mandan hacer obras que son de interés general, no debe concederse la suspensión, porque la sociedad está interesada en que, sin demora se lleven a cabo las disposiciones que se dicten en beneficio de la colectividad. Domínguez González Joaquín. Tomo XIX Pág. 809. 10 votos.

Consecuencias de la adjudicación: CONTRATO ADMINISTRATIVO, RESCISION DE. El oficio en el que consta que ha sido aceptada la proposición de una parte para prestar un servicio público, mediante una remuneración, demuestra la existencia del contrato, ya que existe acuerdo sobre el servicio y la retribución correspondiente, sin que la falta del contrato escrito con determinadas formalidades, desvirtúe su existencia, y por lo mismo, al afectado no se le puede considerar únicamente como postor para la celebración del contrato. Lámbarri Jorge. Tomo XCV. 5 de marzo de 1948. 4 votos.

Y por último, limitaciones a las funciones del Tribunal Fiscal de la Federación. OBRAS PUBLICAS, CALIFICACION DE LAS. El Tribunal Fiscal de la Federación carece de competencia para calificar la necesidad, conveniencia u oportunidad de las obras públicas realizadas por la autoridad administrativa. Amor Torres Laurenci. Tomo CXXV. Pág. 1558. 19 de agosto de 1955. Sala Auxiliar. 4 votos.

## CONCLUSIONES

**PRIMERO.** El hecho jurídico que se realiza con la intervención de la voluntad del hombre para producir consecuencias de derecho, recibe el nombre específico de Acto Jurídico.

**SEGUNDO.**—La manifestación unilateral de voluntad puede, de acuerdo con la doctrina y legislaciones actuales, con determinados requisitos producir consecuencias de derecho.

**TERCERO.**—La sola voluntad manifiesta no es suficiente para producir las consecuencias de derecho, necesita concurrir con el supuesto jurídico para provocarlas, consecuentemente la causa originadora de los efectos de derecho, es una causa compleja consistente en el hecho o acto jurídico condicionante y la sanción de la Ley al mismo

**CUARTO.**—El convenio en sentido amplio, es el acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

**QUINTO.**—En sentido estricto se reserva para el convenio la función negativa de modificar o extinguir derechos y obligaciones.

**SEXTO.**—El contrato en general es un acto jurídico que tiene por objeto crear o transmitir derechos y obligaciones.

**SEPTIMO.**—Contrato Administrativo es el que la Administración celebra con otra persona pública o privada, con objeto de satisfacer un servicio o realizar una obra de interés general.

**OCTAVO.**—El motivo del Contrato Administrativo, que es prestar un servicio o una obra de utilidad pública, debe subsistir para que el contrato subsista.

**NOVENO.**—A pesar del régimen exorbitante de derecho civil a que está sujeto el contrato Administrativo, este no pierde su calidad de contrato, por la subordinación que el fin de utilidad pública impone en beneficio de los fines que el Estado debe realizar.

**DECIMO.**—Los riesgos del contrato aun cuando en principio son a cargo del contratista, en caso de fuerza mayor los asume el Estado, de acuerdo con el principio de la revisión de precios.

Romano y el aplicado contrastan.

En estos países se observaban las siguientes reglas:

a) La tutela se instituye a falta de guarda noble o común a la muerte de los padres, la persona que sobrevive, no conservaba la patria potestad, más que sobre la persona del hijo.

b) La única persona que designaba el cargo de tutor era el juez, aunque viviera el padre ó la madre. Esta medida se propagó a los países de derecho escrito; en las cuales en una de las clases admiten la tutela dativa.

c) La duración de la tutela se prolonga hasta los veinticinco años de edad.

d) Se instituye un nuevo cargo el de protutor y cuyas funciones eran las de vigilar la formación del inventario, de pedir en caso de necesidad la remoción del tutor y de sustituir a éste en caso de conflicto.

e) Esta es una de las modalidades que se tiene como base del cariz que toma la institución, en beneficio del incapaz al protegerlo contra la mala administración por parte del tutor y esta consistía en que la asamblea de parientes, la cual es una novedad que se presenta en la institución, proponía a la persona que desempeñaría el cargo, igualmente, cuando el tutor tuviera que desempeñar un acto de suma importancia tenía que otorgar su consentimiento; el tutor necesitaba la anuencia de la asamblea de parientes para la colocación del dinero, de inmuebles; para este último caso necesitaba también el consentimiento del juez.

Las disposiciones antes mencionadas son innovaciones que se fueron haciendo para que la institución de la tutela, fuere alcanzando la cima del perfeccionamiento, siempre buscando más beneficios para la persona del incapaz.

de un patrono, es pues, tutor del emancipado impúbero y le dan a honoris causa, el título de tutor legítimo.

c) Tutela fiduciaria: Esta se presenta en la época clásica en dos casos y son los siguientes:

1.- A la muerte del padre emancipador, tutor legítimo del emancipado, sus hijos agnados quedan tutores fiduciarios, de su hermano impúbero.

II.- En el caso de emancipación de un impúbero, el manumisor extraneus que le libertó, representa el papel de patrono, siéndole concedida la tutela. Es un tutor fiduciario porque existe entre él y el jefe de la familia un pacto de fiducia, para obligarle a manumitir al hijo después de la tercera emancipación.

Justiniano desapareció este caso de tutela fiduciaria con las antiguas formas de la emancipación, pues los magistrados nombrados antes de poder nombrar tutor, tenían obligación de cerciorarse sobre la moralidad y fortuna.

En provincia, los que eran competentes para designar tutor a los pupilos con mayor riqueza eran los presidentes de las mismas, llenando el requisito de información antes mencionada.

Para los impúberos que no contaran con riqueza, los magistrados municipales, tenían la obligación de presentar a personas diferentes y entre las cuales el presidente de la provincia elegía a su criterio, el más avocado para desempeñar el cargo.

Los tutores legítimos y testamentarios podían renunciar a su cargo, con la acción que se les concedía in jure cessio y mediante ésta, el tutor legítimo abandonaba su cargo, le abdicatio tutelae mediante la cual, el tutor testamentario renunciaba a su cargo.

El cargo de tutor, en un principio fue voluntario y

agnados ni colaterales cercanos que lo pudieran acoger y no habiendo sido nombrado tutor testamentario. El magistrado le designaba al menor, un tutor, y al efecto fue dictada la ley de Atilia, cuya fecha no es posible precisar, pero se presume que fué anterior al año de 557, la cual concedía el derecho de nombrar tutores al praetor urbano y a la mayoría de los tribunos de la plebe; esta atribución es diferente a las que son conferidas de rutina a los magistrados, ya que esta no se podía delegar.

La ley Julia Titia del año 723, la cual concedió el poder que anteriormente se citó al presidente de las provincias. Este sistema de designación, fue durante el Imperio Romano. El emperador Claudio otorgó a los cónsules el derecho de nombrar tutores; Marco Aurelio creó un praetor especial llamado praetor tutelarias, que con el tiempo fue compartiendo la misma competencia, al igual que el tutor prestaban un juramento ó promesa para el desempeño del cargo; la principal función del tutor era la de administrar los bienes del pupilo, esta clase de tutela tuvo desde su iniciación, el cargo de tutor de una forma obligatoria, y en el transcurso del tiempo no sufrió ninguna modificación.

Eugene Petit (10) menciona hipótesis especiales sobre la tutela:

a) Tutela legítima del patrono y de sus hijos. Este tipo de tutela consistía en que el patrono es el autor legítimo del manumitido impúbero y si muere, la tutela pasa a los hijos que tenía bajo la potestad, pero una patrona no podía nunca ejercer el cargo de tutora.

b) Tutela legítima del ascendiente emancipador. Consistía en que el ascendiente emancipador que habiendo tenido cuidado de volver a emancipar al hijo, después de la tercera emancipación y la manumite, representa el papel

(10) Eugene México tratado Elemental de Derecho Romano. Pág. 139 Editorial Nacional Petit. 1952.

Una de las diferencias entre la *gestio negotiorum* y la *auctoritas* era precisamente la libertad que se le otorgaba al pupilo; para que él por su cuenta pudiera mejorar su patrimonio, mediante la adquisición de derechos, en -- otras palabras, no necesita la autorización del tutor para poder obligarse.

Existen tres clases de tutela; la testamentaria, la legítima y la dativa.

La tutela testamentaria es la más importante de las -- clases de tutela y nació con la aparición de las XII tablas en el año 304 de Roma, en la que se daba facultad al pater familias para que en su testamento nombrara un tutor para su hijo. En un principio sólo fue concedida dicha facultad al padre, pero después tenía validez la hecha también por la madre, por el patrono del impúbero y por personas extrañas. La obligación primordial en el presente caso del magistrado, era de realizar una investigación de las anteriores personas mencionadas, y una vez hecha ésta, tenía que confirmarla.

La limitación impuesta al padre de familia, consistía en que sólo podría designar tutores a las personas que conforme a derecho eran nombrados herederos, pero al igual -- que la limitación que se le imponía, se le concedía la facultad, de nombrar a varios tutores a la vez, con el objeto de otorgarle mayor protección al incapaz.

La tutela legítima corresponde a la que ejercían los agnados más cercanos al pupilo, y habiendo varios, se clasificaban por grados y se les otorgaba el título de tutores a todos los que les correspondiera. A falta de estos se concedía la titularidad a los gentiles, así como también a los cognados más próximos.

La tercera clase de tutela es la llamada tutela dativa, que también se le denominaba diferida por el magistrado, y aparece en el siglo VI en Roma y consistía en que a falta de tutor que representara al incapaz, y no teniendo