

Facultad de Derecho.- U. N. A. M.

EL CONTRATO DE OBRAS PUBLICAS

T E S I S

que para obtener el título de Licenciado en Derecho

presenta:

ANA ARELLANO TAPIA

México, D. F.

1969



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.

A mis amados padres.

A mis queridos hijos.

A mis queridos hermanos.

Con infinita gratitud y gran aprecio a mis Maestros Lic. Alfonso Nava Negrete y Lic. Jorge Olivera Toro.

S U M A R I O

EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA

CAPITULO I

TEORIA GENERAL DEL CONTRATO CIVIL

CAPITULO II

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

CAPITULO III

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO A TRAVES
DE NUESTRAS CONSTITUCIONES FEDERALES

CAPITULO IV

EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA

CAPITULO V

REGULACION JURIDICA DEL CONTRATO
DE OBRA PUBLICA.- LEGISLACION ME-
XICANA.- JURISPRUDENCIA.

CAPITULO I

- 1.- CONCEPTO TEORICO Y CONCEPTO LEGAL DE CONTRATO.
- 2.- ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ EN LOS CONTRATOS:
EL CONSENTIMIENTO, EL OBJETO, LA CAPACIDAD, AUSEN--
CIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO, LA LICITUD EN -
EL OBJETO, MOTIVO O FIN Y LA FORMA.
- 3.- CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS CIVILES.

bastar por sí sola para integrar un contrato.

Desde luego hay que distinguir el contrato en el sentido apuntado, de cualquier acto unilateral, pues aún quedando autónomo desde el punto de vista de su estructura, se combina en sus efectos con otro también unilateral como por ejemplo en el testamento y en la donación.

En el derecho romano, el contrato es una convención que está destinada a producir obligaciones y que ha sido sancionada y nombrada por el derecho civil. En este derecho, todo contrato era una convención, mas no a la inversa. Convención o pacto, era el acuerdo de dos o más voluntades, respecto a un objeto determinado. Las partes que hacen una convención destinada a producir un efecto jurídico, pueden proponerse a crear, modificar o extinguir un derecho; el que tiende a crear o transferir un derecho, recibe el nombre de contrato.

Posteriormente se amplía y tecnifica más el concepto del contrato y se dice de él, que es un acuerdo de dos o más personas para crear un derecho o producir una obligación.

Dentro de la doctrina francesa, se define el contrato, como la convención mediante la cual una o varias personas se obligan en favor de una o varias a dar, hacer o no hacer una cosa. Es de notarse que esta teoría distingue entre convención y contrato, entendiéndose como convención, el género y como contrato la especie; esto es, todo contrato es una con

CONCEPTO TEORICO Y CONCEPTO LEGAL DE CONTRATO. -

Hay diversos significados jurídicos del término contrato, en virtud de que éste es amplísimo y evoluciona constantemente, -llegándose a dudar en muchas ocasiones si existe un verdadero concepto de contrato.

Entre los diversos significados jurídicos del -- término contrato podemos distinguir los siguientes:

1o.- Hay quienes consideran, desde luego no los juristas, que el contrato es el documento mismo, el papel sobre el cual están escritas las cláusulas del contrato, de tal manera que para quienes consideran el contrato como documento donde están plasmadas las voluntades de las partes contratantes, no existe éste si no hay documento. Desde luego que este significado carece de exactitud, ya que el contrato no puede considerarse como el documento en el cual están plasmadas las voluntades de las partes, pues un contrato puede celebrarse verbalmente sin necesidad de documento alguno, y si a veces, en la mayoría de los casos se exige éste, es únicamente como prueba; pero nunca se puede confundir el contrato en sí con el documento mismo.

2o.- Lo que se puede considerar como el significado más generalizado es el contrato como acto jurídico; desde este punto de vista el contrato constituye la figura más - frecuente del acto jurídico bilateral, en el que naturalmente concurren dos o más declaraciones de voluntad, de las cuales resulta el contrato; debido a que una sola voluntad no puede

vencción, pero no (al igual que en el derecho romano) a la inversa. La convención es todo acuerdo de voluntades sobre un objeto de interés jurídico y puede tener por ende como objeto, no sólo crear, sino modificar, transmitir o extinguir obligaciones. Ahora bien, para completar este breve estudio y ya -- que se utiliza el concepto de "acuerdo de voluntades" en la -- definición de la convención, se señala que aquél es a ésta, -- lo que ésta es al contrato; ésto es, toda convención es un -- acuerdo de voluntades; pero no todo acuerdo de voluntades es una convención.

El contrato es un acto jurídico como producto -- que es de la manifestación de la voluntad de las personas que se encuentra reglamentada por el Derecho; para su configuración necesita de dos o más voluntades y, en segundo término, -- que esas voluntades tengan el ánimo de producir o transmitir derechos y obligaciones.

Ambrosio Colin y Henri Capitant opinan que contrato y convenio son dos conceptos iguales: "El contrato o -- convención es un acuerdo de dos o más voluntades con el fin -- de producir efectos jurídicos: Al contratar las partes pueden proponerse, ya crear un vínculo jurídico; crear o transferir un derecho real u original obligaciones; ya modificar una relación existente, ya, por último, extinguirla. El artículo -- 1101 del Código de Napoleón parece distinguir el contrato de la convención, hacer de ésta el género y de aquél la especie. En efecto se reserva algunas veces el nombre de contrato pa-

ra las convenciones que tienen por objeto originar o transmitir un derecho, derecho de crédito o derecho real. "La especie de convención, que tiene por objeto formar alguna obligación es la que se llama contrato", dice Bonnetcase. Las convenciones que no constituyan contrato serán, pues, los acuerdos de voluntades destinadas a modificar o extinguir derechos, como la novación o el pago. Pero esta distinción entre los contratos y las convenciones sólo tiene un interés de terminología; las mismas reglas generales se aplican a unos que a -- otros. Y hasta en unos casos el Código de Napoleón emplea in diferentemente una u otra expresión." (1).

Luis Josserand en cambio sostiene, en oposición a Colín y Capitant, que se debe distinguir entre contrato y convenio; en efecto, al tratar del contrato como fuente de -- las obligaciones expone: "Recordamos que el acto jurídico es el realizado con ánimo de producir efectos jurídicos. Este -- acto puede ser, bien un acuerdo de varias voluntades, una con vención, bien, más raramente, un acto unilateral, más exactamente un acto de formación unilateral, un compromiso aislada- mente fuera de la voluntad del acreedor y aún ignorándolo és- te. Pero no nos ocupamos aquí de todos los actos jurídicos, -- sino solamente de los que producen obligaciones; no son, pues, todas las convenciones las que aquí se ofrecen a nuestro estu dio, sino únicamente las que tienden a crear obligaciones, -

(1).- Ambrosio Colín y Henri Capitant. Curso Elemental de De- recho Civil. Tomo III. P. 594.

llamadas tradicionalmente contratos." El contrato no es, en efecto, más que una de las variedades, uno de los tipos de la convención, es una convención por la cual una o varias personas se obligan respecto a una o varias otras a dar, o hacer o a no hacer alguna cosa." (Artículo 1101 del Código de Napoleón). Es así como una remisión de deuda es una convención, porque se resuelve en un acuerdo de voluntades pero no es un contrato, es precisamente lo contrario, porque tiende, no a crear, sino a extinguir obligaciones. Dejemos de lado, en este capítulo, las convenciones que no tienen carácter contractual". (2).

Definición de PLANIOL Y RIPERT.- Para definir el contrato, empiezan definiendo la convención y dicen que "es el acuerdo de dos o más personas en cuanto a un objeto de interés jurídico." Las convenciones, dicen estos autores, pueden tener como finalidad crear, probar, modificar o extinguir obligaciones dándose la denominación de contrato a las convenciones que son creadoras de obligaciones, lo que se aprecia en la definición de contrato que nos da el artículo 1101 del Código Francés, que dice: "El contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan con respecto a otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa". (3).

(2).- Luis Josserand. Derecho Civil. Vol. II. Primera Parte. P. 13.

(3).- Planiol y Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil. - Edit. Cultural, S. A.- Habana, Cuba. 1946. Tomo VI.P.23.

Nuestro Código de 1928, define convenio y contrato en sus artículos 1792 y 1793 de acuerdo con la doctrina diciendo: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones". "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos". Como se ve, en las definiciones de nuestros códigos el género próximo es el convenio, y la diferencia específica es la producción o transmisión de obligaciones y derechos. (4).

Luego, tomando en cuenta lo transcrito, para llegar a la definición de contrato, es necesario referirnos antes al concepto de convenio, en virtud de que el contrato es una especie comprendida dentro del género convenio. Ahora -- bien, en su sentido más amplio, convenio es el acuerdo de dos o más voluntades que se exterioriza con el ánimo de producir, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones; en cambio en su sentido restringido, es el acuerdo de dos o más voluntades con la finalidad de modificar o extinguir derechos y obligaciones. El contrato es, pues, todo acuerdo de dos o más voluntades con el fin de producir o transferir derechos y obligaciones.

El maestro Rafael Rojina Villegas es uno de los autores que, en forma clara, deslinda estos dos conceptos en los siguientes términos: "El contrato se define como un ---

(4).- Manuel Borja Soriano. Teoría General de las Obligaciones. P. 130.

acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones, es la especie dentro del género de los convenios. - El convenio es el acuerdo para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales y personales; por lo tanto el convenio tiene dos funciones; una positiva para crear o transferir obligaciones y derechos, y otra negativa: modificarlos o extinguirlos... Dentro de la terminología jurídica - se ha hecho una distinción entre contratos y convenios en sentido estricto: al contrato se le ha dejado la función positiva, es decir, el acuerdo de voluntades para crear y transferir derechos y obligaciones, y al convenio en sentido estricto, le corresponde la función negativa de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones. El convenio, lato sensu, comprende ambas funciones". (5).

Aceptamos este criterio, toda vez que concuerda con nuestro Código Civil vigente, en cuyos artículos 1792 y - 1793 se definen los conceptos de convenio y contrato, respectivamente:

Artículo 1792.- "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".

(5).- Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano.- Tomo VI. Vol. I. P. 9.

ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ DE LOS CONTRA-

TOS.- El contrato se compone de dos clases de elementos: los esenciales y los de validez.

Nuestra legislación civil vigente en su artículo 1794 y 1795, nos enumera estos elementos; siendo los primeros el consentimiento y el objeto que pueda ser materia del contrato y los segundos la capacidad de las partes contratantes, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, fin o motivo y la forma.

El consentimiento es definido como el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación y -- transmisión de derechos u obligaciones. En los convenios lato sensu, el consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos (6). El consentimiento: "Es el acuerdo de voluntades constitutivo del contrato. Dos personas, por tanto - dos voluntades, son necesarias por lo menos para que haya consentimiento." (7).

De estas definiciones del consentimiento se desprende medularmente el hecho de que coinciden dos o más manifestaciones de voluntad por las cuales sus autores consienten en el nacimiento o transmisión de determinados efectos de derecho.

(6).- Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. T. V. - Vol. 1. P. 341. 2a. Ed. Antigua Librería Robredo. México. 1960.

(7).- Bonecasse Julien. Elementos de Derecho Civil. Traducción del Lic. José Ma. Cajica Jr. Puebla, Pue. 1945.

Por lo tanto el contrato contiene dos o más declaraciones de voluntad recíprocas y correlativas de las cuales la primera que es llamada oferta y la segunda la declaración que se refiere a la oferta y que se denomina aceptación; por tanto el consentimiento se integra existiendo la oferta y que ésta sea aceptada.

"...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 hecho o actos que lo presuponen o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente..."

Nuestro Código establece que si el contrato es celebrado entre presentes sin fijación de plazo para aceptar la oferta, ésta deberá aceptarse inmediatamente. Cuando se hace una oferta sin fijación de plazo, pero a persona no presente, el oferente quedará ligado durante tres días además del tiempo necesario para la vuelta del correo o del que se juzgue bastante, no habiendo correo, según las distancias y las comunicaciones.

La oferta por teléfono está regida por la oferta entre presentes. Finalizan los artículos del Código Civil relativos al consentimiento, preceptuando en el artículo 1810 - que el proponente quedará libre de su oferta si la respuesta que recibe no es una aceptación lisa y llana, sino con modifi

caciones, entonces el aceptante se convierte en oferente respecto de la modificación propuesta y el oferente original que dará desligado y con carácter de posible aceptante en cuanto a la modificación que se le propuso.

El objeto.- El maestro Rafael Rojina Villegas hace una diferenciación en cuanto al objeto del contrato: "Desde el punto de vista doctrinario se distingue el objeto directo, que es crear o transmitir obligaciones en los contratos, y el objeto indirecto, que es la cosa o el hecho que asimismo son el objeto de la obligación que engendra el contrato. A su vez, en la obligación el objeto directo es la conducta del deudor, y el indirecto la cosa o el hecho relacionados con dicha conducta. (8).

En cambio, el maestro Manuel Borja Soriano distingue entre objeto directo del contrato y el objeto de las obligaciones, llega a una conclusión diferente, y explica que el objeto directo... "es la creación o transmisión de las obligaciones o derechos, y el objeto de las obligaciones es una prestación positiva o negativa: la dación de una cosa, el hecho que debe ejecutar el deudor o la abstención a que está sometido", y agrega: "Por último, aún la cosa misma se considera como objeto de la obligación y del contrato. Por eso -- los artículos 1304 a 1306 del Código Civil de 1884 se refieren indistintamente a cosas y hechos; tratando del objeto de

(8).- Rafael Rojina Villegas. Obra citada. Tomo V. Vol. I.-
Pág. 361.

los contratos el artículo 1824 del Código Civil de 1928 (siguiendo el artículo 1126 del Código Napoleón) dice: "Son objeto de los contratos: I.- La cosa que el obligado debe dar, - II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer". (9).

Sin embargo, conforme a nuestro Código Civil en vigor, nos tenemos que inclinar por el pensamiento del maestro Manuel Borja Soriano en cuanto al objeto de los contratos, cuyos razonamientos acaban de ser expuestos anteriormente, toda vez que el artículo 1824 dispone: "Son objeto de los contratos: I.- La cosa que el obligado debe dar; II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer". Estas prestaciones - además deben llenar ciertos requisitos. Si el objeto consiste en una cosa, ésta requiere, según el artículo 1825 de nuestro Código: 1o.- Existir en la naturaleza; 2o.- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3o.- Estar en el comercio.

De este precepto se deduce que la cosa, objeto del contrato debe ser:

A) Físicamente posible.- Una cosa es físicamente posible cuando tiene ser o existencia, y para los efectos del contrato es necesario que la cosa exista en la naturaleza en el momento de su celebración; pero nuestro Derecho Positivo - acepta la contratación aunque la cosa no exista, siempre y -- cuando llegue a tener existencia para el momento en que se haya previsto el cumplimiento de la obligación respectiva.

(9).- Manuel Borja Soriano. Obra citada. T. I. P. 161.

La ley dispone que no solamente las cosas presentes pueden ser objeto de los contratos, sino también las que lleguen a tener existencia en el futuro.

B).- Jurídicamente posible.- El maestro Rafael -Rojina Villegas nos explica que la cosa objeto del contrato -es posible jurídicamente hablando: "... , cuando está en el co-mercio y cuando es determinada o susceptible de determinación jurídica; por lo tanto, son cosas imposibles desde el punto -de vista jurídico las cosas que están fuera del comercio y --las cosas que no pueden determinarse". (10).

El artículo 747 del Ordenamiento Civil vigente -establece que: "Pueden ser objeto de apropiaciones todas las cosas que no están excluidas del comercio", precepto que nos da a entender que hay cosas que se encuentran fuera del comer-cio y según los artículos 748 y 749 de dicho Ordenamiento, lo pueden estar por dos causas:

a).- Por su naturaleza, cuando las cosas no pue-dan ser poseídas por una persona exclusivamente.

b).- Por disposición legal, todas aquellas cosas que el derecho declare fuera de la apropiación particular.

Si el objeto del contrato estriba en un hecho de hacer o no hacer, la conducta del obligado será activa o pa-siva; pero en todo caso deberá ser según el artículo 1827 del

(10).- Rafael Rojina Villegas. Obra citada. T. V. Vol. I. Página 363.

Código Civil vigente:

A).- Posible.- Para que un hecho pueda ser objeto de un contrato debe ser física y legalmente posible. En efecto, es posible en ambos aspectos, aquel hecho que no pueda ser realizado directamente por el obligado, siempre que exista una persona que lo pueda ejecutar en su lugar. Art. 1829 del Código Civil en vigor. En cambio es imposible el hecho que es incompatible con una ley de la naturaleza (imposibilidad física) o con una norma jurídica (imposibilidad jurídica) que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. Artículo 1828 del Código citado.

B).- Lícito.- Es ilícito todo acto que va en contra de una ley, y para nuestro propósito serán hechos lícitos todos aquéllos que no vayan en contra de leyes prohibitivas, ni de orden público y que estén de acuerdo con las buenas costumbres, por lo que, a contrario sensu, serán hechos ilícitos:

a).- Los ejecutados en contra de leyes prohibivas o de orden público.

b).- Los hechos que por su realización vayan en contra de las buenas costumbres.

Una vez explicados los elementos esenciales, pasaremos al estudio de los elementos de validez que necesita todo contrato para su perfeccionamiento; pues cuando llega a faltar alguno de ellos el contrato tiene existencia jurídica,

pero se encuentra afectado de nulidad, ya relativa, ya absoluta, según lo prevenga la propia ley.

ELEMENTOS DE VALIDEZ.- Nuestro Código Civil no expresa cuáles son los elementos de validez del contrato sino -- que éstos se infieren de una interpretación a contrario sensu del artículo 1795:

"El contrato puede ser invalidado:

- I.- Por incapacidad legal de las partes;
- II.- Por vicios del consentimiento;
- III.- Porque su objeto, o su motivo o fin, sean ilícitos; y,
- IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."

Interpretando este precepto en sentido contrario, tenemos que los elementos de validez del contrato de acuerdo con nuestra legislación, son:

- 1). Capacidad legal de las partes.
- 2). Consentimiento libre de vicios.
- 3). Licitud en el objeto, motivo o fin, y
- 4). La forma establecida por la ley.

CAPACIDAD.- La capacidad es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica. Esta puede ser total o parcial.-(11).

(11).- Julien Boncasse. Elementos de Derecho Civil. T. I.- Traduc. del Lic. José M. Cajica Jr. Puebla 1945. P.P. 377-378.

La capacidad se divide en: capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce es el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio puede faltar y sin embargo existe la personalidad.

La capacidad de goce, es la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones. Todo sujeto debe tenerla. Si se suprime, desaparece la personalidad por cuanto que impide al ente, la posibilidad jurídica de actuar. Siendo el sujeto un centro de imputación de derechos, obligaciones y actos jurídicos, viene la capacidad a constituir la posibilidad jurídica de que exista ese centro ideal de imputación, y al desaparecer también tendrá que extinguirse el sujeto jurídico.

Según el artículo 22 de nuestro Código Civil, --
"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere -- por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código." (12).

La capacidad de ejercicio supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de con--

(12).- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.
Edit. Porrúa, S. A. México 1965. P. 45.

traer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales; es decir, es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, haciéndolo personalmente. (12 a.).

En materia contractual el artículo 1798 nos dice: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley". (13).

La persona que puede ser sujeto de derechos y hacer valer éstos, decimos que es capaz, tanto en lo que respecta al goce como al ejercicio de esos derechos.

La capacidad es la regla y la incapacidad la -- excepción, teniendo así que al igual que en la capacidad, hay dos clases de incapacidades, la de goce y la de ejercicio.

La incapacidad de goce, la tienen aquellas personas a las que por razones políticas y de seguridad nacional, se les impone ciertas restricciones en su capacidad de goce.

Los principales casos de incapacidad de goce los encontramos en la Constitución Política.

La fracción I del artículo 27 constitucional establece: "... En una faja de cien kilómetros a lo largo de -

(12 a.).- Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil. T. I. México 1967. Edit. Libros de México. P. 164.

(13).- Ibidem. Artículo 1798.

las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas." (14).

La fracción II dice: "Las asociaciones religiosas denominadas iglesias, cualquiera que sea su credo, no podrán, en ningún caso, tener capacidad para adquirir, poseer o administrar bienes raíces, ni capitales impuestos sobre ellos.."

Por otra parte el artículo 130 constituciona ordena que: "Los ministros de los cultos nunca podrán en reunión pública o privada constituida en junta, ni en actos del culto o de propaganda religiosa, hacer crítica de las leyes fundamentales del país, de las autoridades en particular o en general del Gobierno; no tendrán voto activo, ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos". Y más adelante este mismo artículo establece: "Los ministros de los cultos tienen incapacidad legal para ser herederos, por testamento, de los ministros del mismo culto, o de un particular con quien no tenga parentesco dentro del cuarto grado." (15).

Volviendo al artículo 27, de nuestro Código Político, en su fracción III nos encontramos con otro caso de incapacidad de goce: "Las instituciones de beneficencia, pública o privada, que tengan por objeto el auxilio de los necesitados, la investigación científica, la difusión de la enseñan

(14).- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 27.

(15).- Ibidem.- Artículo 130.

za, la ayuda recíproca de los asociados o cualquier otro objeto, no podrán adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto inmediato o directamente destinados a él..." -- (16).

Además, tenemos en la misma fracción que las sociedades comerciales, por acciones, no podrán adquirir, poseer o administrar fincas rústicas." (17).

Otros casos son los que se derivan como consecuencia de un proceso civil o penal; un ejemplo del primero tenemos la pérdida del ejercicio de la patria potestad como consecuencia de una sentencia de divorcio; y como ejemplo del segundo, el artículo 1680 establece: "No pueden ser albaceas, excepto en el caso de ser herederos únicos... III.- Los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad."

La incapacidad de ejercicio puede resultar de la naturaleza o de la ley, e impide a una persona ejercer los derechos de que es titular.

El artículo 450 del Código Civil nos dice:

"Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad;

(16).- Idem. Art. 27 frac. III.

(17).- Idem.

III.- Los sordomudos que no saben leer ni escribir;

IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes". (18)

Los artículos del Código Civil que a continuación se transcriben nos señalan otros casos de incapacidad de ejercicio.

Art. 174.- La mujer necesita autorización judicial para contratar con su marido, excepto cuando el contrato que celebre sea el de mandato.

Art. 175.- También se requiere autorización judicial para que la mujer sea fiadora de su marido o se obligue solidariamente con él en asuntos que sean del interés exclusivo de éste.

La autorización en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores, no se concederá cuando notoriamente resulten perjudicados los intereses de la mujer. Esta no necesita autorización judicial para otorgar fianza a fin de que su esposo obtenga la libertad.

Artículo 176.- El contrato de compraventa sólo puede celebrarse entre los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto a régimen de separación de bienes." (19).

En materia contractual y conforme al artículo -- 1799 "La incapacidad de una de las partes no puede ser invoca

(18).- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Artículo 450.

(19).- Ibidem. Artículos 174, 175 y 176.

da por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común." (20).

El artículo 2228 señala la sanción que se impone por celebrar un acto con personas incapaces, ya que dice: "... La incapacidad de cualquiera de los autores del acto, - produce la nulidad relativa del mismo." (21).

Y por último el artículo 2230 establece que: -- "La nulidad por causa de incapacidad, sólo puede invocarse - por el incapaz." (22).

AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.- La existencia de vicios en el consentimiento de los contratantes - trae como consecuencia la nulidad del contrato. Los vicios del consentimiento los señala el artículo 1812: "El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo." (23).

El error.- Este es una creencia contraria a la realidad; es decir, un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad o con la exactitud que nos aporta el conocimiento científico. En el Derecho, el error vicia la manifestación de la voluntad o al consentimiento, por cuanto que el sujeto se obliga partiendo de una creencia falsa, o bien

(20).- Idem. Artículo 1799.

(21).- Idem. Artículo 2228.

(22).- Idem. Artículo 2230

(23).- Idem. Artículo 1812.

pretende crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones.

En cuanto al error, se hace una distinción entre error de hecho, de derecho y de aritmética. (24).

El error de hecho es el que tiene mayor importancia, y puede revestir tres grados:

1).- Error de hecho obstáculo.- Impide la existencia del contrato pues por él no puede integrarse el consentimiento, elemento de existencia del contrato, lo que impide la formación de este último. Este error puede recaer: sobre la naturaleza del contrato, o sobre la identidad del objeto.

2).- Error de hecho nulidad.- No impide la formación del consentimiento, no obstante ello, el que incurrió en él puede pedir la anulación del contrato. Puede recaer sobre la substancia, considerándola como la cualidad de la cosa cuya existencia ha sido considerada por las partes como condición del contrato; o sobre la persona con quien se celebra el contrato. Es bastante que esté en error una de las partes, sin que sea necesario que los demás contratantes hayan incurrido en él, para la procedencia de este tipo de error, aunque desde luego por igual razón, el error en las dos partes también acarreará la nulidad.

3).- Error de hecho indiferente es el que recae

(24).- Rafael Rojina Villegas. Op. cit. T. I. P.P. 139-140.

sobre circunstancias incidentales del objeto, o cualquier -- otro elemento del contrato, pero carece de trascendencia en -- la operación, pues ésta se habría celebrado aun cuando se -- hubiere incurrido en él. Este error a lo que da lugar y en -- ciertas condiciones, es a un ajuste de las prestaciones; pero nunca a la nulidad del acto.

El error de derecho, se presenta cuando una persona tiene una falsa opinión sobre la procedencia de una norma legal, o sobre su interpretación, esto es respecto de una regla jurídica aplicable al contrato. (25).

El error de aritmética sólo da lugar a la reparación o rectificación del cálculo hecho, sin tener mayores consecuencias.

Nuestro Código Civil en relación con el error señala:

"Artículo 1813.- El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae 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."

(25).- Ernesto Gutiérrez y González. Derecho de las Obligaciones. Edit. Cajica. Puebla, México. 1960. T. I. -- P. 213 y sigs.

"Artículo 1814.- El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique." (26).

El dolo y la mala fe.- El error a que se hizo referencia en los párrafos precedentes, deriva de una equivocación de la propia víctima; pero el vicio del consentimiento - puede provenir también de actos o actitudes del otro contratante o de un tercero y nos encontraremos entonces en presencia del dolo o de la mala fe, según el caso: "Artículo 1815.- "Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación - del error de uno de los contratantes, una vez conocido." (27).

El dolo está constituido por afirmaciones mentirosas, con maniobras fraudulentas o sin ellas; bien por maniobras consistentes en falsear o disimular la realidad de las cosas bajo una apariencia falsa, bien en colocar a la otra parte fuera de la posibilidad de darse exacta cuenta de lo que hace o en hacer desaparecer o alejar documentos o personas que pudieran informarla o aconsejarla, etc. El silencio mismo puede en su caso, ser constitutivo de dolo, denominándose en tal caso reticencia. (28).

(26).- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Arts. 1813 y 1814.

(27).- Idem. Artículo 1815.

(28).- Planiol y Ripert. Tratado Práctico de Derecho Civil. - Cultural, S. A. 1946. Habana, Cuba. T. VI. P. 271.

El dolo y la mala fe no son vicios del consentimiento, sino que la ley los considera como causa del error, - que sí es uno de esos vicios.

El dolo no es reprimido por el Derecho sino en razón del error que engendra en el espíritu de su víctima. -- Cuando el dolo no origina error, es decir, cuando las maquinaciones o artificios fracasan, de tal suerte que el contrayente no es víctima de aquéllos, no existe vicio de la voluntad, y a pesar de la actitud ilícita de la otra parte, o de un tercero, el contrato es válido, porque la voluntad se manifestó sin el error que se quiso provocar. (29)

La mala fe se equipara al dolo y se constituye - por la disimulación del error por parte de uno de los contratantes una vez conocido, para que el otro se obligue bajo esa falsa creencia; es decir, en la mala fe no se provoca el --- error, simplemente el contratante se aprovecha del que se advierte en la otra parte, y esta actitud pasiva que le permite obtener ventajas indebidas se equipara al dolo, por cuanto -- que también origina la nulidad del contrato.

El dolo y la mala fe, tienen los mismos efectos jurídicos, distinguiéndose apenas en que el dolo es, por decirlo así, activo y la mala fe pasiva.

El dolo y la mala fe importan siempre premeditación y propósito de engañar o de no desengañar, cuando el --

error ha nacido naturalmente.

No habrá dolo en la simple exageración o encarecimiento de las buenas cualidades de la cosa que se pretende vender, o de las ventajas de la operación propuesta o anunciada, cuando el proponente o anunciante faculta el examen de la cosa y no lleva su astucia hasta sugestionar al comprador o a la otra parte; a esto se le ha llamado *dolus bonus*. El Código Civil se ocupa de él en el artículo 1821: "Las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no celebración del contrato, y que no importen engaño o amenaza a alguna de las partes, no serán tomadas en cuenta al calificar el dolo o la violencia." (30).

Para que el dolo sea causa de nulidad del contrato es preciso que sea determinante, esto es, debe probarse que sin el contrato no se realizaría.

Por eso, deben tomarse en consideración solamente las sugerencias y artificios anteriores o concomitantes a la formación del contrato. El dolo posterior tendrá sus consecuencias; pero sin perjuicio de la validez del contrato. Nuestro Código Civil es claro sobre este particular ya que en el artículo 1816 claramente se expresa: "El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiendo dolo aquella, anulan el contrato si ha sido la causa determi-

(30).- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.
Art. 1821.

nante de este acto jurídico." (31).

Cuando hay dolo o mala fe, el contratante que ha incurrido en error puede pedir la nulidad, aunque al celebrar el contrato no haya declarado el motivo determinante de su voluntad, ni ese motivo se pruebe, precisamente por las circunstancias del mismo contrato, requisitos que se requieren cuando el error es fortuito o casual. (32). Pero el artículo -- 1817 establece una excepción a este principio cuando dice: -- "Si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede -- alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones." (33).

"Artículo 1822.- No es lícito renunciar para lo futuro la nulidad que resulte del dolo o de la violencia." -- (34).

La violencia puede ser física o moral. Existe -- violencia física cuando por medio del dolor, de la fuerza física o de la privación de la libertad se coacciona la voluntad a efecto de que se exteriorice en la celebración de un acto jurídico. También existirá cuando por la fuerza se priva a otro de sus bienes, o se les hace daño, para lograr el mismo objeto; o bien, cuando merced a la misma fuerza se pone en peligro la vida, la honra, la libertad, la salud o el patrimonio

(31).- Idem. Artículo 1816.

(32).- Manuel Borja Soriano. Teoría General de las Obligaciones. T. I. P. 4a.- Edic. Edit. Porrúa. México. 1962. P. 253.

(33).- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Art. 1817.

(34).- Idem. Artículo 1822.

monio del autor del acto jurídico, de su cónyuge, ascendiente o descendiente o parientes colaterales hasta el segundo grado. Nuestra legislación civil define la violencia en relación con los contratos en el Art. 1819: "Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen 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." (35).

Si se analiza con cuidado esta definición deducimos de ella el error en que incurrió el legislador, ya que del texto arriba transcrito se desprende que la violencia puede -- ejercitarse sobre los ascendientes, descendientes y colaterales, lo que es inexacto; ésta se puede ejercitar respecto del contratante, y nunca de sus familiares; de éstos se puede decir que son los instrumentos que se emplean para producir el temor en el espíritu del contratante y viciar su voluntad llevándolo a celebrar el contrato; pero en forma alguna se ejerce sobre ellos la violencia que sanciona la ley. (36).

En otras palabras podemos decir que la violencia de un tercero a que se refiere nuestra legislación, es aquélla que se aplica a éste y produce un vicio en el consentimiento -- tal vez más fuerte que si se hubiera ejercido la violencia so-

(35).- Ibidem. Artículo 1819.

(36).- Ernesto Gutiérrez y González.- Op. Cit. P. 235.

bre el mismo contratante, violencia que debe ser legítima para anular el contrato, pues el ejercer presión para hacer -- efectivo un derecho, aun cuando produce ciertas alteraciones en el consentimiento del otro contratante no produce nulidad del contrato, por no contener ningún ilícito la presión ejercida en el contratante.

Nuestra legislación en el artículo 1820, prevé - un caso en que no existe la violencia al establecer: "El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las - personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento." (37).

El motivo de esta disposición es que el temor reverencial no procede de la violencia sino de sentimiento que por regla general cuando menos, merecen ser estimulados. El - hecho de inspirar estos sentimientos y aún de aprovecharse de ellos no presentan ninguno de los caracteres de la violencia tal como la hemos definido. (38).

La sanción impuesta a los contratos celebrados - con violencia la encontramos en el artículo 1818, del Código Civil que dice: "Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un ter-

(37).- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Artículo 1820.

(38).- Baudry-Lacantinerie et Bard, citado por Manuel Borja - Soriano en Teoría General de las Obligaciones. T. I - P. 255.

cero, interesado o no en el contrato." (39).

La violencia ejercida en alguno de los contratantes o en un tercero, anula el contrato en que intervienen; pero el mismo se convalida si después de cesada la violencia se ratifica el contrato, siendo necesario que esa ratificación no esté viciada por alguna otra causa; esto se deduce de la lectura del artículo 1823.

LICITUD EN EL OBJETO.- De la lectura de la fracción III del artículo 1795 del Código Civil se desprende que otro de los elementos de validez del contrato es la licitud en el objeto, motivo o fin.

En términos generales se dice que es lícita la prestación o abstención cuando no son contrarias a la ley; pero este concepto tan amplio para definir cuándo el hecho es ilícito, no tiene aplicación conveniente y útil en los problemas de nulidad que necesariamente se presentan cuando el hecho es ilícito, porque en rigor la ley requiere cierto grado de ilicitud para afectar con la nulidad a la obligación de hacer o de no hacer. En otras palabras: no todo acto ilícito en sentido general origina la nulidad absoluta o relativa del mismo. Existen actos que son considerados ilícitos debido a que van en contra de una ley; pero el grado de ilicitud no es suficiente para que el legislador los sancione con la nulidad; por eso si es ilícito todo aquello que se ejecuta en contra -

(39).- Ibidem. Artículo 1818.

de la ley, para nuestra materia, el objeto del contrato sería ilícito, sólo cuando fuera en contra de las buenas costumbres.

Los artículos que regulan esta materia, son respectivamente el 8o., el 1830, el 1831 y el 2225 del Código Civil, que respectivamente dicen: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario". "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres". "El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres". "La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto -- produce la nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley". (40).

Son leyes de interés público, las normas de Derecho Público (Derecho Constitucional, Administrativo, Penal y Procesal) y las de Derecho Privado que por su finalidad persiguen un interés público, como aquéllas que se refieren al estado civil y capacidad de las personas, a la propiedad sobre inmuebles, y a los demás derechos reales; también se comprenden aquellas leyes que tienen por objeto proteger a las partes en materia de obligación y contratos, como en la prohibición de la esclavitud, en la ejecución de actos de dominio por el au-

(40).- Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones. T. III. México 1967. P. 69.

tor sobre los bienes del pupilo, o la renuncia a los recursos que las leyes establecen. Respecto a la sanción de los actos ejecutados en contra de esa clase de leyes, el maestro Manuel Borja Soriano dice: "Las leyes de derecho público, de orden público o de interés público, ya prohíben algo, ya ordenan algo, la desobediencia o el incumplimiento de estas últimas leyes, preceptivas o imperativas, producen el acto jurídicamente imposible. ... Pero si los particulares celebran un contrato conviniendo en alterar los efectos de estas leyes, contratarían la prohibición contenida en el artículo 6o. del Código Civil. Por lo mismo ese contrato tiene un contenido ilícito. En otro término las leyes imperativas, imponiéndose en interés social a todos los individuos, les prohíben derogarlas.

Las leyes prohibitivas son aquéllas que establecen cortapisas a la voluntad de las personas porque protegen a la sociedad. En este caso, la prohibición no debe presumirse o suponerse, sino que deberá estar expresamente determinada, sin que pueda deducirse por interpretación análogica de la ley. Los actos contra las leyes prohibitivas tienen como sanción la nulidad absoluta; sin embargo, existen leyes prohibitivas que no protegen un interés general sino uno particular, como en el caso de la prohibición de ejecutar actos de administración en la copropiedad cuando no exista mayoría de copropietarios y de intereses, casos en los que la nulidad será relativa. Para el grado de nulidad se estará a lo estipulado por la ley; según el artículo 2225 del

Código Civil: "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, precepto que debe relacionarse con el contenido del 8o. del mismo Ordenamiento arriba -- transcrito. (41).

LA FORMA COMO ELEMENTO DE VALIDEZ DEL CONTRA--

TO.- Es un elemento de validez en los contratos, que la voluntad se manifieste con las formalidades que en cada caso -- exige la ley. Es decir, si la voluntad no se manifiesta con las formalidades legales, el contrato está afectado de nulidad relativa. Las formalidades que requiere la ley suponen siempre el consentimiento expreso; en el tácito no hay formalidades; pero dentro del consentimiento expreso, las formalidades suponen que la voluntad se manifiesta siempre en un documento público o privado, es decir, por escrito.

En la actualidad, para la expresión del consentimiento revistiendo una formalidad, la ley se ha preocupado sólo de reglamentar la forma escrita. Es por esto que en el derecho moderno en rigor sólo son contratos formales aquellos que deben celebrarse por escrito, y los que pueden otorgarse verbalmente ya no se reputan formales, porque no se requiere el uso de la palabra sacramental o determinada, para que el consentimiento se exprese única y exclusivamente en esa forma. En relación a Von Tuhr, en su Tratado de las --

(41).- Manuel Borja Soriano.- Op. Cit. T. I. P.P. 174-175

Obligaciones, estima que la forma es útil en el derecho, pues se traduce en múltiples ventajas en la celebración de los actos jurídicos para darles solidez, seguridad y facilidades en cuanto a la prueba. Sin embargo, también señala algunos inconvenientes, especialmente desde el punto de vista de las trabas y dilaciones que originan en algunos negocios. (42).

En relación con la forma en cuanto al lenguaje mímico, que es otra forma del consentimiento expreso, éste no es un medio apto para celebrar contratos fundamentales, el artículo 1832 señala: "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezcan que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley."

Y el 1833 estatuye: "Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste 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."

El 1834 dice: "Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obliga

(42).- Rafael Rojina Villegas. Op. Cit. P.P. 95-97.

ción.- "Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó". (43).

En nuestro derecho sólo existen contratos formales o consensuales. No tenemos contratos solemnes. Es decir, la forma no se eleva a la categoría de solemnidad, como acontece en el derecho francés, para que se convierta en el elemento de existencia de ciertos contratos y no simplemente de validez. Cuando el Código Civil mexicano exige que el -- contrato conste por escrito o en escritura pública, siempre es posible purgar el vicio de nulidad, cuando no se observa esa forma, mediante ratificación expresa, cumpliendo con las formalidades omitidas, o por ratificación tácita, cumpliendo voluntariamente la obligación o ejecutando algún otro acto - que implique el cumplimiento voluntario, como por ejemplo, - novándola. O bien, queda convalidado el contrato si se deja transcurrir el término necesario para intentar la acción de nulidad y no se hace; la nulidad entonces prescribe.

En cambio, si la forma fuera un elemento de so lemnia en nuestro derecho, el contrato no produciría efecto legal, en ningún tiempo; no habría prescripción y en qual quier momento todo interesado podría pedir que el Juez, en - caso de controversia, registrara la inexistencia. Además, -

(43).- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Artículos 1832, 1833 y 1834.

el contrato no podría convalidarse retroactivamente, ni por la ratificación expresa, ni por la tácita. (44).

De acuerdo con lo expuesto, como todo contrato formal, cuando no se otorga válidamente, está afectado de nulidad relativa, existe en nuestro derecho la posibilidad de purgar el vicio mediante el cumplimiento voluntario, por ratificación tácita, ratificación expresa o bien por el transcurso del tiempo, merced a la prescripción negativa.

Tanto la ratificación tácita como la expresa suponen que el interesado en la nulidad conoce el vicio; que no obstante que lo conoce, renuncia a la acción de nulidad y en forma consciente cumple voluntariamente un contrato nulo, o bien otorga la forma omitida. (45).

En conclusión, podemos decir que la forma exigida por la ley es un elemento de validez de los contratos, y de no manifestarse la voluntad de acuerdo con la forma exigida por la ley en cada caso, el contrato estará afectado de nulidad relativa, mediante su cumplimiento voluntario, por ratificación tácita, ratificación expresa o por prescripción negativa, según lo estatuye el Código Civil en el artículo 2234 que transcribimos: "El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación o por cualquier otro modo, se tiene -

(44).- Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil.
T. III. P. 109.

(45).- Ibidem. P. 111.

por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad"; y en el 2231 del citado ordenamiento - admite la ratificación expresa para el caso: "La nulidad o in actu jurídico por falta de forma establecida por la ley se extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida."

CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS CIVILES.- Existen diversas y muy variadas clasificaciones de los contratos; sin embargo, todas siguen más o menos los mismos fines y en efecto, proporcionan la misma utilidad. A continuación enumeramos los fines que a nuestro juicio se persiguen al hacer una clasificación de los contratos: 1) Separar a los contratos en grupos homogéneos; 2) Establecer determinadas diferencias entre esos grupos; 3) Saber en un momento dado cuáles son las obligaciones y derechos de las partes contratantes en un contrato; 4) Saber en un momento dado qué disposiciones legales deben aplicarse a un contrato.

Es pertinente examinar las principales clasificaciones de los contratos, para lo cual seguiremos en sus ideas al maestro Rafael Rojina Villegas, quien dice: "Estas clasificaciones se presentan en la doctrina y el derecho positivo, desde diversos puntos de vista. Se distinguen: - - 1).- Contratos bilaterales y unilaterales; 2).- Onerosos y gratuitos; 3).- Comutativos y aleatorios; 4).- Reales y consensuales; 5).- Formales y consensuales; 6).- Principa-

les y accesorios; 7).- Instantáneos y de tracto sucesivo.(46).

1).- Contratos Unilaterales y Bilaterales.- Los contratos unilaterales son aquéllos que engendran obligaciones únicamente para una de las partes contratantes y derechos para la otra. Un ejemplo de estos contratos es la donación.- Los contratos bilaterales son aquéllos en los que el acuerdo de las partes contratantes producen derechos y obligaciones recíprocos; como ejemplo de éstos podemos citar la permuta.

2).- Contratos onerosos y Gratuitos.- "Contrato oneroso es aquél en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, y gratuito aquél en que el provecho es solamente de una de las partes... Algunos civilistas agrupan los contratos a título gratuito en las dos categorías siguientes: una, en la que figura, por ejemplo, la donación que produce un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento del donatario, con la correspondiente transferencia de elementos de un patrimonio a otro; otra formada por las convenciones que, aunque presididas por un espíritu de libertad, tales como el comodato, el préstamo sin interés o la fianza, no suponen en relación con el bienhechor, disminución de su patrimonio". (47).

3).- Contratos Conmutativos y Aleatorios.- Esta clasificación no es sino una subdivisión de los contratos one

(46).- Rafael Rojina Villegas.- Obra citada. Tomo VI. Vol. I. Pág. 12.

(47).- Rafael de Pina. Op. Cit. V. III. P. 306.

rosos, como se desprende del artículo 1838 del Código Civil actual, que a la letra dice: "El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les causa éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice". Este precepto es criticable. "En su primera parte, la definición es correcta, pero se agrega a guisa de consecuencia una explicación que la hace falsa innecesariamente:- "... de tal suerte que -- ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste". "No es exacto que en el contrato -- conmutativo se sepa de antemano si habrá ganancia o pérdida; lo que se sabe es la cuantía de la prestación que cada parte debe entregar; pero la ganancia o pérdida es un problema económico imposible de determinar al celebrarse el contrato. -- Por ejemplo, el tipo de contrato conmutativo es la compraventa, porque en el momento de celebrarse, cada parte sabe exactamente qué debe entregar; pero el problema económico de saber si hubo ganancia o pérdida en una compraventa, es muy -- complejo y depende de infinidad de circunstancias posteriores.

En el contrato aleatorio, la prestación no está -

determinada, y sólo por ello es aleatorio, y no porque se ignore si habrá ganancia o pérdida". (48). Por ejemplo la renta vitalicia.

4).- Contratos Reales y Consensuales.- Son reales aquellos contratos que además del consentimiento de las partes contratantes necesitan para su perfeccionamiento la entrega de la cosa objeto del contrato, de tal manera que -- mientras no se haga esa entrega no podrá decirse que hay contrato, tal como sucede en la prenda. Los contratos consensuales, por oposición a los reales, son aquéllos que se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes contratantes sin que para ello sea necesario esperar la entrega de la cosa materia del propio contrato; en éstos, la entrega de la cosa es resultado posterior de la celebración del acto; un ejemplo de estos contratos es el depósito.

5).- Contratos Formales y Consensuales.- Son contratos formales, por oposición a los consensuales, aquéllos que para su existencia necesitan llenar ciertos requisitos que la ley exige para la manifestación del consentimiento, pues en éstos el consentimiento se debe manifestar por escrito, como, por ejemplo, en la compraventa de bienes inmuebles, en que la operación se debe de hacer por escrito, ya privado cuando el valor del bien no pasa de quinientos pe

(48).- Rafael Rojina Villegas. Op. Cit. T. VI. Vol. I.
P. 32.

sos, ya ante Notario si el valor excede de esta cantidad. -- Son contratos consensuales, por oposición a los formales, -- aquéllos que se perfeccionan con la pura manifestación del -- consentimiento de las partes contratantes, ya sea de una ma-- nera expresa o tácita, sin que para su perfeccionamiento sea necesario que consten por escrito, o sea que no deben llenar formalidad alguna para su existencia, como, por ejemplo, la compra de bienes muebles.

6).- Contratos Principales y Contratos Accesorios o de Garantía.- Podemos calificar de contratos principales "... a los que cumplen por sí mismos un fin contractual y propio y subsisten, sin relación con ningún otro (la compra-venta, v. gr.); y de accesorios a los que sólo pueden -- existir por consecuencia o en relación con otro contrato anterior (como la fianza, la prenda y la hipoteca)", (49), y -- además: "Los accesorios siguen la suerte de los principales porque la nulidad o inexistencia de los primeros origina a -- su vez la nulidad o la inexistencia del contrato accesorio". (50). Desde luego es conveniente aclarar, que la suerte del contrato accesorio no influye en la del principal. A los -- contratos accesorios también se les ha llamado de garantía, -- en virtud de que tienen como función esencial la de garanti-

(49).- Rafael de Pina. Op. Cit. Vol. III. P. 308.

(50).- Rafael Rojina Villegas. Op. Cit. Vol. I. P.P. 46 y 47

zar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato principal; un ejemplo de contrato accesorio es la hipoteca, y de principal el mutuo.

7).- Contratos Instantáneos y de Tracto Sucesivo.- Son contratos instantáneos cuando la prestación que se deben las partes es cumplida en un solo momento; en cambio, son de tracto sucesivo cuando el cumplimiento de las obligaciones y derechos de las partes se prolonga en el tiempo. -- Nos permitimos ejemplificar a los primeros con la compraventa de contado y a los segundos con el arrendamiento.

Clasificación de los contratos en el Código Civil vigente.- En este Código no figura una clasificación determinada, sino que ésta se desprende de cierto orden que siguió el legislador al reglamentar los diferentes contratos.

1o.- Tenemos los contratos preparativos o preliminares, que son aquéllos que se celebran con el objeto de otorgar con posterioridad un contrato definitivo, o para asegurar ciertos derechos y obligaciones en el futuro. Tal es la figura del contrato de promesa.

2o.- El legislador se ocupó de los contratos traslativos de dominio, en los que una de las partes debe tener el derecho de disposición sobre la cosa materia del contrato, a efecto de que la pueda transmitir a la otra parte contratante; lo mismo cabe decir para los contratos que tengan por objeto la transmisión de un derecho pues el que lo -

transmite debe ser su titular.

3o.- Contratos traslativos de uso, cuyo objeto se hace consistir en la obligación que tiene uno de los contratantes de conceder el uso o goce de una cosa, ya sea a título gratuito u oneroso, reservándose el otorgante el dominio de la cosa; entre éstos se encuentran la servidumbre en sus diferentes especies, el usufruto y el comodato.

4o.- Contratos cuyo objeto consiste en una obligación de hacer o la prestación de un servicio; en este grupo quedan comprendidos todos aquéllos en los que una de las partes contratantes se obliga a realizar determinado acto en beneficio de la otra parte, ya sea en forma onerosa o simplemente a título gratuito, como sucede en el mandato.

5o.- Contratos que algunos autores han llamado "Comunes", porque son aquéllos en que las partes, a diferencia de los demás contratos no tienen intereses encontrados, toda vez que las partes contratantes persiguen una misma finalidad de acuerdo con la ley; tal es el caso de las sociedades civiles.

6o.- Contratos aleatorios que son los que presentan la particularidad de que las partes, en el momento de la celebración del acto no están en condiciones de apreciar si la ejecución o cumplimiento de las obligaciones que se derivan del mismo contrato, les reportarán una ganancia o una pérdida; en virtud de que éstas dependen de un acontecimen-

to futuro de realización cierta o incierta.

70.- Para concluir esta clasificación, es preciso tomar en cuenta a los contratos de garantía, que sirven para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato principal; tal garantía puede ser personal como la fianza, o real como la hipoteca.

CAPITULO II

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

- 1.- CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.
- 2.- DIFERENCIAS ENTRE CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL TRADICIONALMENTE LLAMADO CONTRATO PRIVADO.
- 3.- CRITERIOS PARA DISTINGUIR UN CONTRATO ADMINISTRATIVO.
- 4.- ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.
- 5.- CLASIFICACION DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.- Todo concepto de definición presenta la posibilidad de utilizar -- distintos criterios para ello, los cuales se basan en las diferentes concepciones que las corrientes filosóficas determinan como base sustantiva del principio de definición.

Generalmente dentro del campo del Derecho y en forma especial para el Derecho Administrativo, se han seguido los criterios denominados orgánico, material o formal, los cuales atienden, ya sea el origen de donde se desprende la institución a definir, o bien a la estructura jurídica que sostiene ésta y por otro lado aquéllos que pretenden o invitan a circunscribir la verdadera esencia de - contenido de la institución que se va a definir.

Podríamos decir que dentro de los criterios definitorios, se encuentra siempre un sentido de relativismo, ya sea hacia las causas o condiciones aparentes o estrictas, o hacia las realidades internas del contenido mismo.

Como ha quedado asentado en el capítulo anterior, no podemos desconocer que el concepto de contrato -- tiene su origen dentro del campo de la rama del Derecho -- que se ha denominado Derecho privado; pero también hemos estado conformes en afirmar que la unidad de la ciencia jurídica no se destruye por la simple necesidad, pedagógica

en ocasiones, metodológica en otras o de simple clasificación que obliga a diversificar las ramas de esa ciencia en públicas o privadas.

En síntesis podemos reafirmar que el hecho de considerar una institución jurídica perteneciente al campo del Derecho público o como originaria o usual del Derecho privado, no cambia su estructura esencial y su contenido real, sino tan sólo modifica su causa, su objeto o su trayectoria teleológica específica, ya que su materia teleológica o genérica seguirá siendo la misma de todas las instituciones jurídicas.

Pretender que al tratar de definir el contrato administrativo, se va a encontrar una esencia diferente en esta institución a la del contrato privado, sería tanto como considerar que el concepto de contrato no es uno sólo.- En realidad estamos ante un género que como tal, permite la visualización de variadas especies, las que contempladas en sí mismas, nos permiten determinar las diferencias específicas que les caracterizan dentro de igual género.

José Luis Meilan Gil, en su opúsculo dedicado a la definición del "Derecho administrativo" afirma respecto a los intentos definitorios lo siguiente:

"No se pretende afirmar aquí, es obvio, la identidad absoluta del contenido del Derecho administrativo, - en los distintos Manuales y Tratados. Lo que sí quiere decirse es que las diferencias no derivan del peculiar concepto de la Administración, sino de la divergencia doctrinal respecto al sustantivo Derecho, un tanto a la ligera - descartado. Así se explica que la inclusión o exclusión - de la denominada parte especial en los distintos autores, - es independiente de que hayan adoptado el criterio orgánico o el material para definir la Administración".

Es decir que las contradicciones de una definición en última instancia, nos pueden llevar a conclusiones idénticas que simplemente presentan una relatividad de divergencia y no un fondo real de contraposición. Si se sigue la doctrina histórica para definir lo administrativo, - simplemente se está ante una investigación del pasado que permite concluir sobre un presente. Si por otro lado se hace caso omiso de la evolución histórica de un concepto, - la aprehensión del mismo se logra ante la comparación de - su contenido con el contenido de otra u otras instituciones similares; y mediante un proceso de excluyentes o de - contraposiciones, la razón opera la síntesis misma de la - definición. No quiere decir la afirmación anterior, que - esos esfuerzos contradictorios y discrepantes de un método,

no pueden en ocasiones formular una conclusión errada; pero todo su proceso como simbiosis de un conjunto de análisis, provoca lo que el anterior concepto denomina "El poder configurado de la doctrina y la naturaleza de las instituciones".

El concepto del contrato administrativo debe -- pues analizarse no sólo desde el punto de vista de su inclusión o aparición como instrumento de realización de algunas de las atribuciones estatales, en forma especial en el campo administrativo, sino también desde el punto de -- vista del análisis de las causas, los objetos y los fines de ese contrato, así como las estructuras normativas que -- lo tipifican como especie dentro de la teoría general del contrato.

No consideramos que el solo hecho de que una -- norma impute el carácter administrativo a un contrato, dé a éste esencia distinta en lo genérico, pero sí una vestimenta que le permite actuar como institución diferenciada dentro del campo jurídico.

Tampoco estamos conformes en que la sola norma crea la especie, pues aun cuando el poder del acto legislativo es tan amplio, dicho acto legislativo por su simple -- formalidad no tiene la capacidad de modificar la realidad misma.

Estimamos cierto que gran parte de los afanes - definitorios de las diferentes ramas del Derecho, pretenden satisfacer la necesidad de resolución de problemas -- prácticos, deslindar los ámbitos de esas especialidades y procurar la creación de doctrina que fundamente o configure cada rama jurídica.

Por otro lado dentro de la esfera del Derecho - administrativo, que refleja la dinámica misma del Estado y la movilidad cambiante en la extensión o restricción de -- los campos de sus atribuciones, nos obliga adoptar un criterio definitorio para considerar necesariamente el análisis del proceso histórico de esa rama del Derecho, ya que la misma, por esa movilidad cambiante de las atribuciones del Estado, requiere de una constante adaptación y de un - permanente proceso adoptivo de instituciones que tradicionalmente han pertenecido o se han originado en otras ramas del Derecho. Este fenómeno no sólo se da en el campo del Derecho administrativo, sino en cualesquiera de las otras ramas jurídicas, lo que confirma la unidad misma de la -- ciencia jurídica y el que sus instituciones pertenecen a - una sola familia.

Algunos autores, que siguen corrientes eminentemente formalizadas consideran que una institución de Derecho privado, cambia su naturaleza y esencia cuando se desenvuelve en el ámbito del Derecho público o a la inversa.-

En sentido opuesto consideramos que no puede cambiar la --
esencia misma de lo jurídico.

Por todo lo anterior, estimamos que un intento de definición del concepto de contrato administrativo, no va a dar como resultado una contraposición total con el -- concepto fundamental de cualesquier contrato, es decir con esa esencia de acuerdo de voluntades o consentimiento creador de situaciones jurídicas que afectan la esfera de las personas que concurren a ese consentimiento, así como -- indirectamente pueden afectar la esfera de las personas -- ajenas a ese consenso. El contrato administrativo no se -- desnaturaliza, por el solo hecho de que en el mismo se cita una aparente imposición de voluntad de una de las partes o por el solo hecho de que éste forme el contenido de las obligaciones o derechos que tendrá ese contrato, el -- cual se manifiesta en el preciso instante de la adhesión a esas obligaciones o derechos, o bien se expresa, con un -- proceso más elaborado, que implica no sólo esa adhesión, -- sino el paso previo de creación y determinación del alcance o contenido de la obligación o del Derecho.

Pensar que por el sólo hecho de que en el contrato administrativo interviene un proceso formativo que -- puede tener su origen en el poder del acto legislativo; y que por ello se desnaturaliza la figura del contrato, re--

fleja desconocimiento sobre lo que se pretende analizar o definir, y por otro lado, confusiones respecto de estructuras normativas que sirven de pauta o guía en ocasiones, -- obligada para lograr la realización del acto jurídico que denominamos contrato. En los contratos privados la norma creada por el legislador es en ocasiones de observancia -- obligatoria, y en otras de observancia supletoria; pero no es la esencia misma del contrato, sino la estructura o forma que éste adopta para su expresión o materialización. -- Por ello, aun cuando en el contrato de Derecho Público la mayoría de las normas que lo rigen, son de observancia -- obligatoria, esa obligatoriedad de estructura o forma, no es la esencia del propio contrato, sino que ésta la vamos a encontrar en el acuerdo de voluntades que hace posible la actuación de esta institución jurídica dentro de la proyección de la actividad administrativa, en forma especial en aquélla que se traduce en actos de relación con los particulares.

En consecuencia y aceptando los criterios definidos en el capítulo lo., y en forma especial el criterio que para el género de contrato establece el maestro Rafael Rojina Villegas, nos atrevemos a definir el contrato administrativo, como el acuerdo de voluntades entre el Estado, a través de sus órganos administrativos y el particular, - en sus expresiones de persona física o persona moral, o -- con otro organismo público, y que tiene por objeto crear o

transferir derechos y obligaciones, dentro de los ámbitos de competencia de la primera de las partes y dentro del -- sentido de legalidad que obliga en la actuación de ésta.

Este contrato tiene por fin el funcionamiento de un servicio público o el cumplimiento de funciones de orden público, ambos regulados por el interés general y sometidos como tales a la competencia de los Tribunales Administrativos en los países que tienen este régimen o a la jurisdicción de los Tribunales federales en países como el nuestro (2).

No dudamos que la definición anterior pueda carecer de crítica, ya que como toda definición podría no agotar todos los aspectos que dentro de la dinámica evolutiva del acto de la administración, se vayan planteando, pero consideramos que la misma comprende no sólo el aspecto material de contenido, sino los aspectos formales, como son los de que siempre en el contrato administrativo uno de los sujetos, es necesariamente una entidad estatal, ya sea de tipo centralizado o descentralizado; igualmente el que los límites de la expresión de voluntad de ese sujeto están determinados previamente por la Ley o la norma reglamentaria, tanto en su objeto, como en un ámbito de compe--

(2) Andrés Serra Rojas.- "Derecho Administrativo". Página 1169.

tencia determinada. Igualmente en dicha definición incluimos la posibilidad de que un contrato administrativo se -- produzca no sólo dentro del ámbito formal del poder administrativo, sino dentro del ámbito formal del poder legislativo, como es el caso de algunos contratos que requieren la aprobación de este último poder, aprobación que desde el punto de vista formal les da naturaleza de ley.

El Estado puede actuar también como sujeto en las relaciones jurídicas de derecho privado, realizando -- contratos civiles sujetos al régimen de este derecho.

En el contrato administrativo no existe problema cuando contratan dos entidades públicas, por ejemplo, -- dos Estados; pero sí, cuando una de las voluntades es un -- ente público y la otra un particular, obteniendo de éste -- la colaboración voluntaria, logrando un arreglo consensual de prestaciones de bienes o servicios personales, de donde nace la categoría de contratos que éste celebra con determinada naturaleza jurídica regulados por Leyes Constitucionales y Administrativas que requieren requisitos de forma y solemnidades distintas de las que prescriben las Leyes -- civiles. De esta situación surgen dos teorías, una negativa respecto a la existencia de los contratos administrativos y la otra positiva.

Respecto a la primera teoría, varios tratadistas ven en estas relaciones emanaciones puras de poder, de autoridad, verdaderos actos unilaterales, otros afirman que se trata de verdaderos contratos privados, porque fuera de éstos no existe ningún otro contrato, lo que se ha llamado la doctrina privatista y podemos considerar un tercer grupo -- que afirma que se trata de yuxtaposición de dos actos unilaterales.

Entre las variadas opiniones citaremos como ejemplos, tratadistas dentro de la doctrina alemana y la italiana:

La doctrina alemana con Otto Mayer y otros tratadistas niegan la existencia de los contratos administrativos.

Otto Mayer en su obra "Tema del Contrato de Derecho Público", expresa que los contratos son inaplicables en derecho administrativo. Los contratos de derecho público no son verdaderos contratos por la desigualdad jurídica de las partes resultante del plano superior; que las limitaciones a la libertad y a la propiedad sólo puede imponerlas la Administración en virtud de una ley o de un acto de sumisión mediante el consentimiento del interesado.

La doctrina italiana con Cammeo y Ranelletti sostiene que los contratos administrativos, son simples actos

unilaterales del Estado, en los cuales la voluntad del co-contratante, no es un elemento esencial sino accesorio del cual depende tan sólo la eficacia del primer acto, que -- siempre existe aún sin ella, por su mismo carácter unilate-
ral, como ocurre en la institución de legado en un testa-
mento, el cual es válido aún sin la aceptación.

La doctrina positiva rechaza la pretensión de -
regir los contratos de la Administración pública dentro de
los contratos legislados en el Código Civil.

Bercaitz transcribe en su obra "Derecho Adminig-
trativo", un párrafo del libro "Espíritu de las Leyes" de
Monstequieu, escrito hace dos siglos, donde ya advertía la
diferencia entre ambos contratos. "Es ridículo pretender -
decidir derechos de los reinos, de las naciones, y del uni-
verso por las mismas máximas sobre las cuales se decide en-
tre particulares, un derecho por una gotera, para servirme
de la expresión de Cicerón."

Manuel María Díez, con respecto a la existencia
del contrato administrativo, objeta que "En realidad en --
los contratos de derecho público, la Administración en vir-
tud de su superioridad jurídica sobre el cocontratante pue-
de establecer determinadas cláusulas; pero la fuente de --
sus derechos no deriva de su imperium sino de la voluntad
del particular que ha aceptado hacer o no hacer aquello --

que la Administración ha fijado, previa deliberación con el mismo.

Si el Estado, conforme al orden jurídico no puede unilateralmente obligar a los particulares a hacer o no hacer, a dar o a recibir, es lógico que para obtener una prestación de los mismos se vea obligado a solicitarla. De allí entonces que no pueda pensarse en la instancia de un acto unilateral y tampoco de un contrato civil, ya que la Administración no puede enajenar por vía contractual, las facultades y prerrogativas de que goza para la salvaguarda de los intereses públicos." (3)

Los contratos de la Administración se clasifican en civiles y administrativos. La característica entre ellos es que en ambos interviene la misma como sujeto en las relaciones jurídicas. Y la diferencia de los mismos y los contratos privados es que estos últimos se realizan directamente entre particulares, v. gr.: un contratista de obra pública y sus proveedores, un concesionario de servicios públicos y sus empleados, etc. Los dos tipos de contratos de la Administración: administrativos y civiles, --obedecen en su formación a normas comunes que provienen de la organización administrativa o sea de su naturaleza con-

(3) Manuel Ma. Díez.- "Derecho Administrativo".- Pág. 439.

tractual; pero presentan relevantes notas distintivas, ya sea por diferente régimen al que obedecen o por la jurisdicción competente que puede estar fijada por el legislador. Respecto a los primeros, Laubèdère objeta como primera condición para que un contrato sea administrativo que el objeto sea la satisfacción de un interés general. La doctrina francesa en un período anterior a 1956 exigía dos condiciones: La organización y funcionamiento de un servicio público y la cláusula exorbitante de derecho privado - que está constituida por la derogación del poder público, - es específicamente de este derecho y considerada por los fines propios de éste.

"Nuestra opinión -dice Manuel Ma. Díez y principia con la transcripción de un párrafo de la obra de M. Walsh respecto a los contratos administrativos-, "Se ha dicho que el concepto de contrato administrativo es un concepto polémico que obedece al hecho de que toda su extensión institucional está montada sobre una aparente contradicción la que resulta pretender insertar en el derecho público, una figura, la del contrato que es por excelencia de derecho privado, en la que habrían de desaparecer las notas que vienen marcando al derecho público: Desigualdad de las partes, la autoridad de la Administración concebida como poder de mando, de prerrogativa, etc. El contrato -- crece sólo en el suelo de la igualdad en tanto que la Admi

nistración manda unilateralmente." Sin embargo, argumenta Díez que el contrato es una institución de carácter general, que corresponde a todo el derecho, aunque en el derecho civil haya alcanzado una aplicación más depurada, por lo tanto es también una institución de derecho Administrativo.

El contrato administrativo no tendría su singularidad si sólo fuera una repetición de la institución civil.

Esta singularidad surge de la intervención de la Administración pública en base a una gestión pública -- que se distingue de la gestión que realiza la misma Administración en cuanto a los contratos civiles.

Lamarque dice que "En realidad entre los contratos civiles y administrativos de la Administración sólo -- hay una distinción de carácter relativo, en cuanto a la habilitación previa y aprobación del contrato, modos de conclusión y sus aplicaciones, particularismos de las cláusulas contractuales, formación interna de la voluntad administrativa y además son iguales las reglas de capacidad y competencia de las partes, vicios del consentimiento, nulidades, ejecución, etc." (4).

(4) Andrés Serra Rojas.- Derecho Administrativo".- Pág. 1147

La doctrina moderna dice que actualmente la situación del cocontratante es la de un colaborador con la Administración pública.

La verdadera razón que justifica la prerrogativa de la Administración está en relación inmediata del contrato.

Como expresa Bielsa: La razón de ser de los contratos administrativos, es la satisfacción del interés público en el cual es objetiva su causa que lo determina. Toda causa contraria a este supuesto, no sería su causa jurídica. (5).

Con la satisfacción del interés general, el principio de res inter alios acta, sufre modificaciones esenciales, ya que los intereses de la colectividad imponen restricciones necesarias a la libertad contractual.

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.

(5) R. Bielsa.- "Derecho Administrativo".- Pág. 309.

DIFERENCIAS ENTRE CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL TRADICIONALMENTE LLAMADO CONTRATO PRIVADO.- Los tratadistas de Derecho administrativo y en forma especial los que siguen la tradicional escuela francesa, son quizá los que más se han preocupado por determinar las diferencias entre el contrato administrativo y el contrato privado, pretendiendo encontrar dichas diferencias básicamente en el objeto que persigue uno y otro, y en ocasiones en la calidad de uno de los sujetos que intervienen en el acuerdo de voluntades. Por otra parte algunos como Laferrrière, adoptaron el criterio de diferenciación, basándose en la distinción de los actos que implica ese acuerdo de voluntades, - aplicando la teoría de los actos de autoridad o de poder público y de los actos de simple gestión, pretendiendo con ello que en el contrato administrativo no existe un acto de autoridad o de poder público sino un simple acto de gestión. Esta teoría encontramos que tiene conexión directa con la trayectoria general de la doctrina francesa, tendiente a considerar que los actos de la Administración son eminentemente actos de gestión o de servicio, olvidando -- que en todo acto de la Administración necesariamente se refleja el poder público, aun cuando ese reflejo tenga graduantes en lo que se refiere a la manifestación o exteriorización de ese poder.

No podemos aceptar actualmente dentro de la estructura del Estado moderno y dentro de la proyección que ha adquirido y continúa adquiriendo la Administración pública, el que el Estado en sus diversas actuaciones se despoje del poder público que lo caracteriza como esfera de competencia del mismo. Pensar que el Estado en sus diversas manifestaciones adopte posturas iguales a las del particular, es desconocer la esencia misma de la personalidad jurídica del propio Estado, ya que esa esencia está sustentada fundamentalmente en los conceptos de representación y ejercicio del poder público.

Por lo tanto, afirmamos que en ninguno de los actos de la Administración pública, por más similitud que tenga con los actos de los particulares, es de aceptarse el criterio de que no se está ejerciendo un acto de poder público. En consecuencia en todos los contratos administrativos siempre encontraremos que uno de los sujetos será una entidad de poder público de las que integran la estructura del Estado, aún en el caso de que esa entidad tenga personalidad propia porque así lo haya determinado la Ley, como es el caso de la descentralización.

Tratando de encontrar las diferencias entre el contrato administrativo y el tradicionalmente llamado contrato privado, vemos que las mismas no pueden hallarse den

tro de la esencia, ya que ambos pertenecen al mismo género de instituciones jurídicas; ambos son acuerdo de voluntades tendientes a crear o transferir derechos y obligaciones; ambos a su vez son especies de otro género al que, como ya asentamos en el capítulo anterior, nuestra legislación civil vigente le da la denominación de convenio. Es decir, el contrato administrativo tiene su origen genérico en el campo general de los convenios y logra su determinación específica en razón de los siguientes aspectos:

a).- Categoría de uno de los sujetos que interviene en el acuerdo de voluntades, es decir una entidad -- con personalidad jurídica de derecho público.

b).- Limitación expresa y determinada por una norma previa, respecto al alcance y a las posibilidades de los actos creativos o de transferencia de derechos y obligaciones.

c).- Objetivos siempre concordantes con las finalidades que se desprenden de las atribuciones del Estado, ya que aun cuando pudiera decirse que en los contratos administrativos de arrendamiento o de compra-venta, esos objetivos pudieran aparentemente alejarse de las finalidades de esas atribuciones, no debemos olvidar que dentro de las mismas, está implícita la facultad de hacerlas posibles, -

de materializarlas, de objetivarlas; y por lo tanto, aun cuando un simple contrato administrativo de arrendamiento disfrace o aleje el sentido de una atribución estatal, -- siempre se encontrará que ese contrato de arrendamiento -- se celebró para hacer posible la proyección de esa atribución.

d).- Limitaciones a las voluntades de las partes intervinientes, determinadas por la propia Ley, ya -- que de conformidad con el principio de legalidad que rige todos los actos de la Administración, los contratos administrativos también encuentran la necesidad de ajustarse a ese principio de legalidad. Igualmente se halla otra -- limitación a la voluntad de las partes, determinada por -- los principios de adecuación y de oportunidad, que también deben regir los actos de la Administración, ya que en dichos actos no sólo debe cumplirse el mandato de la Ley, -- sino el mandato implícito que la misma lleva de adecuar -- esos actos a la proyección misma de la política administrativa, y de hacer oportunos esos actos en concordancia con esa política.

e).- Formalidades especiales en su materialización, en su preparación y en su ejecución, las cuales son determinadas por los principios generales del procedimiento administrativo y por la norma determinante de la posi-

bilidad de celebrar el contrato. Estas formalidades en -- ocasiones son similares o iguales a las de los contratos -- privados, pero siempre llevan un proceso previo que las -- distingue o las caracteriza, proceso que se refleja en una serie de actos previos o preparatorios administrativos que reflejan actuación del poder público y concurrencia del -- particular en ocasiones.

f).- Régimen de jurisdiccionalidad distinto en la mayoría de las ocasiones ante los contratos privados, - determinado u obligado por la naturaleza de la personali-- dad de uno de los contratantes.

g).- Limitaciones en algunos aspectos de su eje-- cutoriedad, en razón de principios o normas legislativas, - protectoras de la estabilidad misma del Estado, sea en su aspecto eminentemente presupuestal, o en el de privilegios que por la naturaleza misma del Estado, la Ley le otorga a éste.

h).- Aun cuando no en todos los casos, sí pode-- mos encontrar como característica del contrato administra-- tivo, la de que el mismo lleve cierta trayectoria de pros-- pectiva, que permita el que las causas y efectos que de él se motivan o desprenden, cumplan mejor los objetivos de la actuación de la Administración pública. Es lógico pensar que un acto de la Administración deva prever hasta donde -

humanamente es posible todas sus consecuencias, cuando dicho acto afecta directamente o indirectamente el interés público, cuya protección se ha encomendado al Estado.

1).- Régimen de tratamiento fiscal privilegiado en razón también de la naturaleza de uno de los sujetos que intervienen; y en ocasiones en razón de los objetivos de interés público que se pretenden con el contrato.

Como puede verse, las diferencias no son de carácter esencial y a veces se antojan de simple formalidad; y ello es lógico si pensamos que tanto en el contrato administrativo como en el contrato privado existen los mismos elementos sustanciales.

CRITERIOS PARA DISTINGUIR UN CONTRATO ADMINISTRATIVO.- Vuelven a aparecer dentro de los criterios de distinción dentro del contrato administrativo las mismas escuelas tendientes a toda distinción entre un acto de derecho público y un acto de derecho privado. Las sutilezas se convierten en factores determinantes de la distinción.- Al respecto siguiendo la trayectoria que el maestro Alfonso Nava Negrete hace en su artículo sobre los Contratos Privados de la Administración Pública podemos decir que los criterios de determinación, se originan en Francia --

por necesidades de carácter jurisdiccional en razones de competencia, para lo cual el constituyente Francés de 1790, resolvió separar los negocios de la Administración de los negocios judiciales, dando origen a una dualidad de jurisdicciones, que motiva una sutileza de diferenciación no en razón de naturaleza sino de esfera de competencia para juzgar el acto; de esto se desprende posteriormente lo que podríamos llamar una teoría basada no en el acto mismo sino en el autor del acto. Desde luego que este criterio no resiste la crítica puesto que simplemente sería como pretender diferenciar la marca de un automóvil en razón del conductor del mismo, por lo tanto simplemente la señalamos como antecedente histórico de los criterios de distinción.

Posteriormente surge la teoría que se denomina de la finalidad del acto, la que se sustenta en el hecho de considerar como acto administrativo aquél que tenga como interés o finalidad satisfacer necesidades de interés general y como acto privado el que satisfaga intereses de carácter privado. Esta doctrina aunque es menos falsa que la anterior, tampoco resiste un análisis crítico, ya que la finalidad de los actos jurídicos dentro de la estructura actual del derecho positivo y de las finalidades sociales que el mismo persigue, puede darse el caso de actos -- eminentemente privados que persigan intereses de carácter general y no por ello estar en posibilidad de conceptuar--

los como actos administrativos. El concepto de interés general resulta sutil e insuficiente como criterio de diferenciación; y más aún podemos decir que el interés general subsiste en muchos actos privados y es regidor de ellos en ocasiones.

Otro de los criterios de diferenciación que aun que arroja más claridad tampoco es definitivo, es el de los actos de autoridad o de poder público y los actos de gestión, que ya antes hemos mencionado y que se sustentó por primera vez según lo cita el maestro Nava Negrete, en la obra de M. Laferrière denominada "Jurisdiction et Contentieux". Este criterio como ya vimos tampoco es correcto y además participa del mismo defecto del primero de los criterios o sea el que determina la naturaleza administrativa de un acto en razón del autor del mismo o de su juzgador.

Otra de las teorías o criterios que pretendieron diferenciar los actos administrativos y aplicarse a los contratos de esta naturaleza o especie es la que se desprende de los conceptos de León Duguit, para quien todo el contenido de la Administración pública era servicio público; y por lo tanto el servicio público determinaba la naturaleza administrativa o no de un contrato; es decir aquellos contratos que tenían por objeto el establecimiento

to, la prestación, la vigilancia, etc., de servicios públicos eran contratos administrativos; y aquéllos que simplemente permitían al Estado la realización de actos jurídicos similares a los de los particulares, carecían de esa determinación específica. Esta teoría de Duguit también la consideramos incorrecta, ya que las premisas que la sustentan no son del todo ciertas, pues por una parte no toda la actividad administrativa es servicio público, y por otra, todos los contratos que celebra la Administración pueden considerarse desde el punto de vista formal y tomando en cuenta las características apuntadas, al hacer la diferenciación con el contrato privado, como contratos administrativos o más bien diríamos como contratos de la Administración pública.

La conclusión anterior parece llevarnos a un criterio eminentemente formalista en que el sujeto determina la especie del contrato, pero consideramos que no es sólo ese criterio el determinante, sino que hay que considerar o estimar el objeto del contrato de la Administración pública que en síntesis viene a hacer la realización mediante el instrumento del contrato, tanto de la función pública como del cumplimiento de las atribuciones del Estado. Es decir, cuando un contrato es realizado con las finalidades de materializar la función pública administrativa y --

llevar a cabo las atribuciones del Estado, estamos ante un contrato de la Administración pública, en el cual uno de los sujetos será o el Estado mismo a través de una de sus esferas de competencia o una entidad a la que el Estado ha encomendado el ejercicio de sus funciones y cumplimiento de sus atribuciones; y para ello le ha otorgado personalidad propia.

No pretendemos que el criterio anterior sea exhaustivo ni puedan existir otros criterios, pero sí estimamos que lo anterior clarifica en mucho el concepto de distinción.

Es cierto también que no es posible para una distinción de esta naturaleza usar un solo criterio; y por lo tanto pueden concurrir varios; así lo sustenta el maestro Nava Negrete, cuando dice: "No hay desde luego un criterio único. Son por el contrario diversos los motivos o las circunstancias por las que se puede calificar a un contrato como administrativo o como privado. Las razones o criterios que se conocen y a nuestro juicio son aplicables al medio jurídico administrativo mexicano, para determinar si un contrato es administrativo o privado son: 1.- Por determinación de la Ley; 2.- Por libre voluntad de las partes; y 3.- Por el objeto o la naturaleza del contrato."

(6)

(6) Alfonso Nava Negrete.- Rev. de la Facultad de Derecho.- Tomo XIII, Núm. 51-1963. Pág. 719

Agregaríamos nosotros que dentro de este último punto, cabe nuestro criterio relacionado con el objeto y -- por lo tanto la categoría del contrato administrativo se -- sustenta fundamentalmente en este último aspecto y en aquel otro de formalidad cuando la Ley así lo determine, pero, repetimos, que para los efectos de clasificación no consideramos apropiado llamar contratos privados a aquéllos que la Administración celebre, aun cuando tengan las mismas características que les da la legislación de derecho privado, ya que en todos los casos en que la Administración pública interviene, se hace patente el ejercicio de su función y el cumplimiento de las atribuciones estatales.

ELEMENTOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Los elementos básicos que constituyen el contrato administrativo son: 1.- Sujeto. 2.- Consentimiento, -- 3.- Objeto, 4.- Forma, 5.- Causa.

1.- SUJETOS:

En el contrato administrativo intervienen por un lado la Administración y por otro lado un particular, -- persona física o moral u otro organismo público. Ambos -- con diferentes propósitos respecto al mismo asunto: La ad -- ministración, el interés público y el cocontratante un in -- terés económico.

En cuanto a la Administración es necesaria la -- competencia del órgano que lo ejecuta. En el particular -- se requiere una capacidad especial para realizarlo.

Hay una equivalencia entre la competencia en de -- recho público y la capacidad en derecho privado, natural -- mente que cada uno de ellos con sus determinadas caracte -- rísticas.

La competencia requiere de un texto expreso de -- la ley para existir. La competencia debe justificarse ex -- presamente en cada caso, mientras que en derecho privado -- rige un principio opuesto: La capacidad es la regla y la -- incapacidad es la excepción.

Este requisito de la competencia es importante porque restringe a los órganos administrativos a actuar sólo a lo que están facultados expresamente por la ley con objeto de evitar arbitrariedades que afecten intereses particulares.

El ejercicio de la competencia es obligatorio con objeto de que los órganos cumplan con las atribuciones que el Estado les ha encomendado en bien de intereses colectivos. El ejercicio de la capacidad queda a discreción del particular.

La competencia generalmente se divide entre varios órganos para garantizar mejor la realización de una actividad.

Como una última característica señalamos que la competencia no se puede renunciar ni ser objeto de pactos que comprometan su ejercicio. Es constitutiva del órgano que la ejercita y no del titular del propio órgano, de tal manera que el titular no puede delegar ni disponer de ella, sino que debe limitarse a su ejercicio en los términos que la ley establezca.

2.- EL CONSENTIMIENTO:

"Es necesario observar que las dos declaraciones de voluntad la de la administración y la del particu--

lar tienen caracteres diferentes. Mientras que la del contratante tiene el mismo carácter de simplicidad que la que se manifiesta en los contratos de derecho privado, la declaración de voluntad de la Administración se expresa -- frecuentemente bajo la forma de una operación compleja, -- descompuesta en un cierto número de fases más o menos numerosas, según el caso, de acuerdo con las cuales el acto de conclusión del contrato va siempre precedido de medidas -- previas que condicionan esta conclusión y de medidas de -- aprobación o de ratificación posteriores que las completan, y condicionan su entrada en vigencia. Precisamente por esto no puede admitirse que exista contrato en el caso de silencio de la administración, ya que en general éste tiene efectos denegatorios y por consiguiente el contrato resultaría inexistente." (7).

Respecto a los vicios del consentimiento, su materia se extiende a las disposiciones del Código Civil. El contrato no es válido si el consentimiento de una de las partes estuviera viciado por el error, el dolo o la violencia. Puede haber también error en el objeto sobre cualidades que han determinado el consentimiento o error en la naturaleza del contrato.

En cuanto al error de derecho, es difícil de in

(7) Manuel María Díez. Obra citada, página 464

vocar ya que nadie puede ignorar la ley. Ello es particularmente importante en el caso de que este error sea invocado por la Administración.

"En lo que concierne al dolo, es difícil que emane de la Administración, por lo que habrá de considerarse que deriva de la actividad del cocontratante. En todos los supuestos debe ser probado por quien lo invoca." (8).

"Respecto a la violencia, es rara en los contratos administrativos, aunque en algunas ocasiones pudiera llegar a aceptarse." (9).

3.- OBJETO:

Está subordinado estrictamente a las leyes y sus caracteres deben deducirse de las mismas.

Todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga a dar o hacer o no hacer. Si el objeto del contrato está afectado de un vicio, es inválido.

El objeto debe ser posible y determinado y presentar un interés para el acreedor.

(8) Manuel María Díez. Obra citada, página 406.

(9) Laubadère "Tratado de los Contratos", página 216.

Si el contrato administrativo se concluyó con un objeto ilícito debe considerarse afectado, de invalidez. La licitud supone no sólo que el objeto no está prohibido por la ley sino que además esté expresamente autorizado por ella.

4.- FORMA:

La validez de los contratos administrativos está subordinada a condiciones particulares de forma.

Las formas del contrato administrativo son libres en la medida que la ley no impone modalidades obligatorias; sin embargo, gran número de contratos administrativos está sujeto por la ley a ellas, de las cuales depende su validez.

Por lo general los contratos deben celebrarse -- por escrito. Si la ley lo establece la forma escrita es necesaria para la validez del acto. A este respecto dice Jèze "En Derecho Público, al contrario de lo que pasa en Derecho Privado, las formas son garantías automáticas imaginadas por las leyes o los reglamentos para asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos, impidiendo las decisiones irreflexivas, precipitadas, insuficientemente estudiadas". (10).

(10) Gastón Jèze. "Principios Generales de Derecho Administrativo", página 277.

Puede haber modalidades en la forma escrita, -- por ejemplo, ser formalizados en escritura pública. Cuando la forma escrita no está regulada por la ley puede celebrarse por acuerdo verbal como en el caso de compra de bienes muebles que se concretan en la factura del proveedor.

Citamos la forma de escritura pública; pero no es necesaria, ya que la misma actuación administrativa -- constituye instrumento público por emanar de funcionarios del Estado y referirse a funciones que les competen.

5.- CAUSA:

En los contratos administrativos intervienen -- dos partes: la Administración y el particular; cada uno de ellos habrá obrado en forma diferente o lo que es lo mismo la declaración de voluntad de cada una de las partes tendrá una causa distinta, la voluntad del particular tendrá una causa lucrativa. La causa del órgano administrativo -- será el fin de interés público que debe guiar la actividad de la Administración. Para Laubedère así como el consentimiento y el objeto son elementos constitutivos del contrato, también lo es la causa.

En el contrato administrativo es necesario que exista una causa real y lícita.

CLASIFICACION DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Así como en Derecho Privado hay contratos nominados e innominados, en Derecho administrativo también existe esta clasificación. Este último grupo ocupa importante lugar debido a que se abre a la vida jurídica innumerables relaciones de diversa índole y no sería posible dar la descripción de cada uno de ellos. Los contratos nominados por su evolución histórica, por su gran desarrollo, por su repetición o frecuencia, reciben un nombre especial como en el caso de los contratos de obras públicas y los contratos de suministros.

Manuel Ma. Díez apunta respecto a este tema lo siguiente:

"Como la clasificación forma parte de la teoría general de los contratos es posible aplicarla al campo de los contratos administrativos. Se puede hacer una distinción entre sinalagmáticos y unilaterales. Los primeros --- aquéllos en que los contratantes se obligan recíprocamente el uno hacia el otro como en el caso del contrato de suministro. Los segundos cuando nace la obligación a cargo de una de las partes como en el caso del ofrecimiento de concurso.

Los contratos pueden ser también a título oneroso o gratuito. Onerosos aquéllos en que cada parte recibe

una ventaja que es la contraparte de aquéllas que procura la otra. Gratuitos los que procuran una ventaja a una de las partes sin recibir nada en cambio. La mayor parte de los contratos administrativos son onerosos. Se dice que el ofrecimiento de concurso puede ser gratuito.

Conmutativos y aleatorios. También existen los cuasicontratos administrativos, por ejemplo el enriquecimiento sin causa y la gestión de negocios, no están regidos por las mismas normas que en derecho civil sino con reglas propias inspiradas en las exigencias del derecho público.

Se les clasifica también según el resultado de la actividad contractual. 1.- Podrían entrar en la categoría de los relativos a la organización, los realizados para participar en las utilidades de una empresa privada formando una sociedad de economía mixta. 2.- Los relativos al patrimonio, como en el caso de los suministros. 3.- Los relativos a los servicios, como los que se refieren a transportes, comunicaciones, energía, etc." (11).

Existen contratos celebrados entre dos personas administrativas que la doctrina llama inter-administrati--

(11) Manuel María Díez. Obra citada.- Pág. 472

vos. Por ejemplo el que se realiza entre municipios para la explotación de servicios municipales. Las normas que rigen un contrato administrativo entre la administración y un particular no tienen aplicación en los inter-administrativos, ya que muchas veces la licitación pública no se utiliza, ni se exigen depósitos de garantía, etc.

TEORIA DE LAS CLAUSULAS EXORBITANTES.- El criterio de las cláusulas exorbitantes parece resolver el problema de diferenciación entre ambas clases de contratos. Caracterizan el contrato administrativo.

Bercaitz las clasifica en dos grandes grupos:

"a).- Aquéllas por las cuales la Administración pública se atribuye sobre su cocontratante, derechos que un particular no podría atribuirse en ningún contrato, porque las leyes y los reglamentos no lo autorizan para hacerlo.

b).- Aquéllas por las cuales la Administración pública otorga a su cocontratante poderes respecto a terceros, -- que ningún particular no podría conferir en ningún contrato, -- porque las leyes en vigor lo invalidaría." (12).

"El criterio del servicio público y de las cláusulas exorbitantes parece ser el criterio dominante en la actualidad, aunque insistimos en la necesidad de un nuevo régimen que

(12).- M. A. Bercaitz.- Obra citada.- Págs. 188 y 189.

regule el contrato administrativo". "La cláusula exorbitante es una imposición del poder público que la reclama inspirado en el interés general que no debe estar subordinado a un interés particular. El Estado es el que define previamente el régimen jurídico que regulará todos sus actos, que no pueden ser otros que la imperiosa necesidad del mantenimiento de los servicios públicos. Cuando el Estado lo estima conveniente no establece este régimen y el contrato no puede llamarse un contrato administrativo".(13).

El maestro Gabino Fraga al comentar la diferencia entre ambos contratos, basada especialmente en la desigualdad jurídica de las partes, objeta lo siguiente:

"Hablar en estos términos significa que el Estado, en situación de superioridad respecto de su cocontratante, puede imponer a éste las cláusulas del convenio, no quedando al particular ni la posibilidad jurídica de discutirlos. En tales condiciones, pensamos que se destruye la idea misma de contrato, pues si las dos voluntades que en él deben intervenir no contribuyen a su formación, sino que sólo una de ellas lo impone y la otra se limita a aceptarlo, porque no puede jurídicamente discutirlo, entonces no existe la bilateralidad de voluntades que al principio de esta obra dejamos señalada como un elemento esencial del acto contractual". (14).

(13).- A. S. Rojas.- Derecho Administrativo.- Pág. 1145.

(14).- Gabino Fraga.- Derecho Administrativo.- Pág. 417.

El maestro Alfonso Nava Negrete a este respecto considera que es en definitiva la presencia de las cláusulas exorbitantes la que permite con seguridad caracterizar el contrato administrativo.

"La cláusula exorbitante, desde luego, es una cláusula derogatoria del derecho común, no es posible en los contratos de derecho común, la imposibilidad deriva fundamentalmente que ella viene a romper con el principio esencial de la igualdad de los contratantes que priva en los contratos civiles. Y la manera como da origen a la desigualdad es creando a favor de la Administración poderes, o más bien prerrogativas frente a su cocontratante. Aparece entonces la noción de prerrogativa en provecho de la Administración, como prerrogativa de fuerza pública, de la que no goza el cocontratante. Se habla así de prerrogativas exorbitantes." (15).

Las cláusulas exorbitantes consisten principalmente en la superioridad de la Administración pública frente a su cocontratante que se manifiesta en los poderes de control y dirección, poder de sanción, de rescisión, de modificación unilateral, etc. Todo lo cual se justifica por la finalidad de una utilidad pública.

(15).- A. Nava Negrete.- Monografía "Contratos de la Administración Pública".- 2o. Número Extraordinario. Revista del Tribunal Fiscal de la Federación.- 1966.

CAPITULO III

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO A TRAVES DE
NUESTRAS CONSTITUCIONES FEDERALES.

El contrato administrativo en México es una realidad, en la legislación, en la práctica, en la doctrina y en la jurisprudencia; pero no hay una regulación ordenada, suficiente y adecuada sobre Contratos de la Administración Pública.

Anteriormente a nuestra Constitución, el contrato administrativo ha existido a través de las Constituciones Federales.

Constitución de Apatzingán o Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, aprobada el 22 de octubre de 1814. Formulada por Don José María Morelos en plena lucha de Independencia y la cual no tuvo vigencia. En su artículo 113, del Capítulo "De las Atribuciones del Congreso", se establece la posibilidad de celebrar contratos de crédito público.

"Arreglar los gastos del Gobierno, establecer -- contribuciones e impuestos y el modo de recaudarlos, como -- también el método conveniente para la administración y conservación y enajenación de los bienes propios del Estado y en los casos de necesidad tomar caudales a préstamos sobre los fondos y créditos de la Nación".

Después de consumada la Independencia, se promulgó la Constitución "Acta Constitutiva de la Federación" el -

31 de enero de 1824; en el artículo 13 establece "que pertenece exclusivamente al Congreso dar Leyes y Decretos". La fracción XI dice "Contraer deudas sobre el crédito de la República y designar garantías para cubrirlas" y en la fracción XII "Reconocer la deuda pública de la Nación y señalar medios de consolidarla".

En las Siete Leyes Constitucionales del 29 de diciembre de 1836, el artículo 44 de la Tercera Ley establecía que "Corresponde al Congreso General. Fracción VI: Autorizar al Ejecutivo para contraer deudas sobre el crédito de la Nación y designar garantías para cubrirlas". Fracción VII.- "Reconocer la deuda nacional y decretar el modo y medio de amortizarlas". En la Quinta Ley, que trata sobre las Atribuciones del Poder Judicial de la República Mexicana, Artículo 12, fracción VI expresa: "Conocer de las disputas o negociaciones celebradas por el Supremo Gobierno o por su orden expresa".

Bases Orgánicas expedidas el 12 de junio de 1843: En lo referente al Capítulo sobre Atribuciones del Congreso, dice la fracción VII del artículo 66: "Reconocer y clasificar la deuda Nacional y decretar el modo y arbitrios para amortizarla". Fracción VIII "Autorizar al Ejecutivo para contraer deudas sobre el crédito de la Nación, prefijando ba

ses y designando garantías". En el artículo 118, relativo a las Atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, fracción IV, se establecía lo siguiente: "Conocer en todas instancias de las disputas que se promuevan en tela de juicio sobre contratos autorizados por el Supremo Gobierno".

Constitución Federal promulgada el 5 de febrero de 1857.- Artículo 72, Facultades del Congreso, fracción -- VIII: "Para dar bases sobre las cuales el Ejecutivo puede celebrar empréstitos sobre el crédito de la Nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para conocer y mandar pagar la deuda nacional".

En la Carta Magna vigente se determina la existencia de los contratos administrativos en los artículos 73 que se refiere a las Facultades del Congreso. Fracción VIII: "Para dar bases sobre las cuales el Ejecutivo puede celebrar empréstitos sobre el crédito de la Nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda Nacional. Ningún empréstito podrá celebrarse sino para ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos salvo los que se realicen con propósitos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo - 29". Y el artículo 134: "Todos los contratos que el Gobier

no 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".

CAPITULO IV

EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA.

El progreso evolutivo de los pueblos impone la - necesidad de la realización constante de obras públicas que superen la forma de vida humana, como escuelas, hospitales, sistemas de agua potable, parques, etc., así como construcciones que sirvan para incrementar el desarrollo de la productividad económica, como fábricas, presas, plantas generadoras de energía eléctrica y otras tantas que además representan fuentes de trabajo. Para la satisfacción de estas necesidades colectivas, la Administración Pública solicita la colaboración de los particulares o de otros organismos públicos.

"Para dar satisfacción a las necesidades colectivas por las cuales debe velar, la Administración Pública precisa utilizar personas o cosas; para lograr los servicios de las primeras y la propiedad o el uso de las segundas. La Administración Pública ha menester la colaboración indispensable de los particulares". "Esa colaboración que le es vital la obtiene en forma obligatoria o voluntaria; según sea la clase del servicio o cosas de que se trate, el ordenamiento jurídico vigente en cada país y el carácter más o menos -apremiante de la necesidad que debe satisfacerse". (1).

"El Estado no dispone siempre de los elementos -

(1) Miguel Angel Bercaitz.- Obra citada.- Pág. 3.

necesarios para la organización de las empresas oficiales, - que le puedan suministrar las materias primas o los productos elaborados que reclaman los servicios públicos o que emprendan la realización de las obras públicas, que constituyen uno de los renglones más importantes de la actividad del Estado moderno". (2). Por este motivo y por razones económicas, le es más conveniente contratar con particulares o -- con empresas privadas.

El instrumento de que se vale la administración para tal objeto es el contrato administrativo, cuya finalidad que ya hemos anotado, tiene el eficaz cumplimiento de -- las atribuciones del Estado.

Dentro de los contratos administrativos, el contrato de obras públicas ha llegado a tener una gran importancia en el renglón de las inversiones públicas.

OBJETO DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA.- Como su -- nombre lo indica y en términos generales, es la ejecución de una obra pública.

CONCEPTO DE OBRA PUBLICA.- En lo que respecta a

(2) A. Serra Rojas.- Derecho Administrativo.- Pág. 1143.

este contrato, puede definirse como todo trabajo de construcción, modificación, reparación o mantenimiento de un inmueble.

Obra pública, según el artículo 10. de la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, es toda actividad tendiente a "la construcción, instalación, conservación, reparación y demolición de bienes inmuebles".

"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". (3).

"Obra pública no es la que se crea por primera vez sino también las modificaciones materiales como aplicaciones, correcciones o modificaciones de cualquier índole, a la obra inicial". (4).

La obra ha de realizarse por una entidad estatal en cumplimiento de sus fines propios como es la utilidad general.

DEFINICION DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA.- Puede definirse como el contrato que la administración celebra pa-

(3) A. Serra Rojas.- Obra citada. Pág. 1161.

(4) Id.

ra la ejecución de una obra pública, retribuyendo a la empresa contratista mediante un precio.

Para que se configure este contrato debe existir necesariamente un organismo público como parte principal y el contratista que toma a su cargo la ejecución de la obra, que generalmente es una empresa particular.

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO.- La doctrina francesa, algunos tratadistas italianos y el criterio de -- los países en general, están de acuerdo en que la naturaleza jurídica de este contrato configura un contrato administrativo típico, regido por leyes y reglamentos consagrados en el derecho público. La opinión que se sustenta sobre la naturaleza del contrato, da respuesta precisa a las cuestiones de competencia en las acciones jurisdiccionales.

CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.- PLAZOS.- Los plazos que estipula el contrato obligan a ambas partes: el contratista debe iniciar la ejecución de la obra en el plazo fijado y a su vez, la administración tiene que cumplir en tiempo las prestaciones que sean indispensables para que el contratista pueda desenvolverse.

El vencimiento de los plazos determina si hay o no responsabilidades de parte del contratista o de la administración.

La paralización de una obra, justifica la rescisión del contrato.

EJECUCION DE LA OBRA.- El contratista debe realizar la obra de acuerdo con el proyecto de construcción para su correcta ejecución.

El contrato es intuitu personae por lo que no se puede ceder parcial ni total a terceros, sin consentimiento expreso de la administración. A este respecto existe un capítulo sobre los subcontratos que crean relaciones entre el contratista y los contratantes, según las necesidades de la obra.

MODIFICACIONES DE LA OBRA.- El contratista no puede introducir modificaciones en el proyecto de la obra, en cambio la administración sí puede disponerlas y el contratista está obligado a cumplirlas, si esto le ocasionara un perjuicio tiene derecho a una indemnización.

RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA.- El contratista incurre en responsabilidad frente a la administración si no cumple debidamente sus obligaciones en lo que respecta a los plazos, a los materiales de construcción, etc. Aún después de recibida la obra puede surgir responsabilidad al contratista, cuando se constaten vicios ocultos.

SANCIONES.- El incumplimiento del contrato da lugar a la imposición de sanciones, cuyo fundamento principal radica en la necesidad de asegurar el funcionamiento de los servicios para los cuales se destine la obra. Las penalidades deben estar previstas expresamente en la ley.

DERECHOS DEL CONTRATISTA.- EL PRECIO.- La labor del contratista se retribuye mediante un precio que se paga generalmente en dinero.

PRECIOS UNITARIOS.- No se establecen las cantidades sino que resultan del trabajo efectivamente realizado.

Se acostumbra también el precio global y la combinación de global y unitario.

El precio es el elemento económico fundamental del contrato y lo que el contratista tiene en cuenta al asumir las obligaciones.

LA IMPREVISION.- La teoría de la imprevisión es aplicable a los contratos de obras públicas. Consiste en que en el curso de la ejecución del contrato, un acontecimiento independiente de la voluntad del cocontratante, anormal e imprevisible viene a hacer imposible la ejecución y perturba profundamente la economía del contrato, como aumen

to en el costo de las materias primas utilizadas por el contratista.

El contratista puede invocar la imprevisión aun que haya terminado la obra, si durante la ejecución formuló la petición de indemnización a la dependencia.

"La administración debe venir en ayuda del perjudicado, con la disminución de las cargas provocadas por el acontecimiento anormal e imprevisible, mediante un arreglo amistoso o apreciadas por el juez del contrato en caso de desavenencia". (5).

LA FUERZA MAYOR.- Obedece a un acontecimiento exterior independiente de la voluntad de los contratantes, es decir, fuera del dominio de éstos que impide la ejecución del contrato. Esta exonera al contratante de responsabilidades y puede justificar la rescisión del contrato.

ELEMENTOS.- Como ya lo hemos considerado en toda clase de contratos existen dos clases de elementos, los que son esenciales y los elementos circunstanciales, pero propios de la naturaleza del contrato y que si faltaran no sería obstáculo para que el contrato existiera.

(5) Andrés Serra Rojas.- Obra citada. Pág. 1156.

SUJETOS.- Los encontramos expresos en el artículo 3o. de la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas: "La dependencia", ya sea Secretaría, Departamento de Estado, Departamento del Distrito Federal, Gobierno del Territorio Federal, organismo público o empresa de participación estatal y, por otro lado, el contratista, persona física o moral.

CONSENTIMIENTO.- Para la formación del contrato se requiere la participación de las dos partes contrarias. Esta participación se expresa por medio del consentimiento que es la manifestación exterior de la voluntad, sometida a formas especiales de derecho público y debe expresarse en forma clara, precisa e inequívoca, por conducto de los órganos que legalmente corresponden. Además el consentimiento de los cocontratantes debe estar sujeto a determinadas formalidades, si es persona moral por el mecanismo técnico correspondiente, si es física en los términos generales del derecho civil.

Dentro del contrato administrativo, el consentimiento del contrato de obra pública puede estar impedido por los vicios que son generales a todo contrato.

OBJETO.- Al igual que en todo contrato encontramos un objeto directo y uno indirecto. El objeto directo o inmediato es la creación o transmisión de una obliga-

ción y el indirecto o mediato es la prestación ya sea positiva o negativa: la dación de una cosa, el hecho que debe ejecutar el deudor o la abstención a que está sometido.

En los contratos administrativos el objeto presenta modalidades diferentes o especiales, no obstante presentar las mismas características que en derecho privado. - Así en el contrato de obra pública es la satisfacción de un interés colectivo por medio de la realización de la obra, - ya sea construcción, mantenimiento, reparación del inmueble, etc., por ejemplo: la construcción de un camino, o su mantenimiento o reparación, que el contratista se obliga a entregar, cumpliendo con los requisitos que se requieren. El objeto en cuanto a estos contratos puede estar fuera del comercio, cosa que no sucede en derecho privado.

EL OBJETO NO ES INMUTABLE.- La dependencia puede variar unilateralmente el objeto del contrato dentro de ciertos límites y siempre con el fin indicado.

Puede afectar a terceros que en ningún momento han intervenido en la formación del contrato.

El cocontratante tiene limitaciones en cuanto al objeto del contrato, como es natural limitaciones sujetas al fin público.

Por otro lado el objeto es el pago principalmente en dinero. El contrato respectivo debe señalar como debe cubrirse éste, es decir, se inserta la cláusula de los precios o importe de la obra. El contratista se obliga a ejecutar la obra mediante precios unitarios o en cantidad global.

CAUSA.- Por las razones de que la única causa en el contrato administrativo es satisfacer el interés público, en el contrato de obra pública la causa es la necesidad de la satisfacción de éste mediante la obra para tal fin, es una causa de índole objetiva. "La causa de todo contrato es índole objetiva, no es pues la causa subjetiva la que decide, pues las partes pueden guiarse, por móviles diversos". "Claro está que en los agentes de la administración pública, es decir, en sus funcionarios, pueden también existir ciertos móviles o fines; pero el único móvil o fin propio del contrato administrativo es realizar la función administrativa en mira del interés público, y según el régimen legal vigente. Y como estos elementos son ciertos y objetivos, de allí que la causa deba considerarse siempre objetivamente". "En suma, no se concibe un contrato administrativo sin causa jurídica y siempre esa causa es la satis

facción de un interés público". (6).

En el contrato de obra pública la causa tiene una presencia permanente.

"Toda la actividad jurídica de la administración pública es formal y tratándose de contratos administrativos con mayor razón". (7).

En el contrato de obra pública este elemento se determina en forma escrita y tiene como fin principal documentar la actuación administrativa.

ELEMENTOS NO ESENCIALES.- Licitación.- Es un requisito legal, respecto de los contratos administrativos. -- Bielsa dice al respecto: "Es un procedimiento legal y técnico que permite a la administración pública conocer quiénes pueden en mejores condiciones de idoneidad y conveniencia prestar servicios públicos o realizar obras". (8).

Es un procedimiento de la administración, al celebrar los contratos administrativos por medio del cual elige al proponente que más le conviene para el otorgamiento del contrato.

(6) Bielsa.- Derecho Administrativo.- Págs. 158 y 159.

(7) Bielsa.- Obra citada.- Pág. 162.

(8) Bielsa.- Obra citada.- Pág. 167.

Comprende: 1o.- El pliego de condiciones que consiste en las bases sobre las cuales se ha de celebrar el contrato y la regulación jurídica de éste. Es un acto unilateral de la administración. 2o.- La invitación.- Llamamiento a quienes deseen celebrar el contrato que se cita en el pliego. 3o.- Recepción de solicitudes de los concursantes y 4o.- La adjudicación.- Después de elegido el concursante, se le adjudica el contrato mediante notificación.

PLAZO.- Es un elemento de la naturaleza del contrato administrativo de gran importancia. Debe tomarse en cuenta al celebrarse el contrato, el tiempo que debe necesitar el cocontratante de la administración para que se le re-ditúe las inversiones hechas. "En el contrato de obras públicas el plazo está en función de los trabajos que deben realizarse. Juega para la administración y para el contratista: origina obligaciones para la primera y para el segundo. Para la primera: término en que han de entregarse al contratista el terreno en el cual ha de levantarse la obra, o los materiales que deben emplearse en su fabricación; los planos conforme a los cuales debe ejecutarse, etc. Para el segundo: Fecha de iniciación de los trabajos, de conclusión parcial de cada una de las etapas en que se divide su realización, etc." (9).

(9) Bercaitz.- Obra citada.- Pág. 256.

CONMUTABILIDAD.- El carácter conmutativo pertenece a la naturaleza de los contratos administrativos. En el contrato de obras públicas los provechos y gravámenes deben ser ciertos y conocidos desde el momento de su celebración, es decir, las prestaciones deben determinarse.

INTRANSFERIBILIDAD.- Los contratos de obra pública, como todo contrato administrativo, se celebran fundamentalmente intuitu personae. La administración pública no tiene libertad para contratar la ejecución de una obra con cualquier persona. Es necesario determinar en ésta, solvencia económica y moral con objeto de obtener absoluta lealtad y buena fe. El cocontratante debe ser el mismo durante la vigencia del contrato. No puede transferir a un tercero sus derechos y obligaciones porque entonces no concurría en éste la solvencia de que hablamos.

CAPITULO V

RELACION JURIDICA DEL CONTRATO
DE OBRA PUBLICA

Doctrinalmente se ha hecho una distinción entre los contratos administrativos en:

a) Contratos de atribución, que son aquellos -- que tienen por objeto atribuir ciertas ventajas a los administrados.

b) Contratos de colaboración, en los que el contratista se obliga frente al Estado a realizar una prestación que atañe directamente al interés público. (1).

Dentro de los segundos se encuentra el contrato administrativo de obra pública.

El contrato administrativo de obra pública, que es el prototipo de los contratos administrativos, tiene una gran tradición en cuanto a su regulación; pero en donde ha surgido dudas ha sido en su naturaleza civil o administrativa, conforme a las legislaciones de los diferentes países.

La legislación italiana considera este contrato como un negocio jurídico privado (appalto di opere pubbliche), regulado en el Código Civil.

En el derecho suizo también este contrato tiene

(1) Fernando Garrido Falla. "Tratado de Derecho Administrativo".- Vol. II.- Pág. 51.- Madrid, 1960. Inst. de Estudios Políticos.

naturaleza civil, consignada en los reglamentos internos -- que algunas entidades administrativas dictan para reglamentar la adjudicación de estos contratos.

Es en el derecho francés en donde este contrato figura con naturaleza claramente administrativa y desde la Ley de 28 de Pluvioso del Año VIII, se dió competencia a la jurisdicción administrativa para conocer de los conflictos respecto a ellos. Su denominación es marché de travaux publics. No sólo por la atribución legal relacionada con la jurisdicción administrativa, sino por la consignación legislativa, este contrato en derecho francés es de índole eminentemente administrativo, desarrollándose bajo un régimen de cláusulas exorbitantes.

La tradición francesa invadió a diferentes legislaciones para considerar a este contrato con la característica intrínseca de un contrato administrativo por excelencia.

En un principio y en la legislación española se conoció con el nombre de Contrata de Obras Públicas en el que las obras eran costeadas por la Administración, cubriéndole al contratista un tanto alzado. Así en la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, de 10 de octubre de 1845, en su artículo 5, se señalaba: "en las obras -

por contrata, la administración satisface en plazos fijos - las cantidades estipuladas por las obras que los contratistas se obligan a ejecutar en un tiempo dado y bajo condiciones determinadas".

De lo mencionado en el párrafo anterior surgió el contrato de obras públicas en ese derecho español.

En este punto debemos hacer una advertencia: no toda obra realizada por la administración da lugar a una obra pública, tal sería el caso de una construcción realizada por el Estado destinada a hotel.

En la regulación jurídica del contrato de obra pública, el eje principal es la ganancia que percibe el contratista.

En efecto, el contratista que toma a su cargo - la ejecución de una obra pública, se propone obtener una ganancia.

Al Estado le preocupa que ese deseo de lucro -- del contratista no sea de tal suerte excesivo, que dé lugar a que se lesionen los intereses colectivos.

Es de interés del Estado también, que al concertar y ejecutar los contratos de obra pública, no provoquen tentaciones a los representantes de la administración, encargados de celebrarlos y que pudieran suscitar maledicciones y murmuraciones que, a la postre perjudicarían la repu

tación del poder público.

Por las consideraciones señaladas, en la regulación del contrato que constituye nuestro estudio, se le rodea de grandes garantías que en términos generales son:

- a) La adjudicación del contrato al mejor postor;
- b) La publicidad de los pliegos de condiciones; y
- c) El establecimiento de causas específicas de incapacidad para contratar con la administración.

Pero sucede un hecho curioso. Se implantan legislativamente estas grandes garantías en la contratación administrativa de la obra pública y la repercusión es desfavorable o negativa, ya que se implantan en forma sumamente minuciosa para proteger a esta contratación, con ello se dificulta el movimiento administrativo de tal suerte que, enredado en artilugios formalistas, no se pueden hacer con flexibilidad las obras públicas por esta fórmula contractual.

En la historia de la contratación de la obra pública es digno de mencionarse los grandes esfuerzos que tienen que hacer los contratistas para librarse de las ataduras formalistas, no obstante de que posean una escrupulosa moralidad que les impide realizar actos ilícitos. También es necesario reseñar los grandes recorridos para la aprobación de

sus contratos, para la calificación y estimación de sus -- obras e incluso para el pago de éstas, en que muchas veces, por esos artilugios formalistas, el contratista cae en manos de agiotistas.

Por ello en estos contratos administrativos, la contratación se ha ido reduciendo a mínimas empresas y no a grandes obras públicas, a efecto de no caer en la maledicencia.

El contrato de obra pública tiene como modalidad principal la subasta. Esta es "un procedimiento automático mediante el cual una entidad administrativa elige como contratista al particular que ofrece las condiciones económicas más ventajosas, sin tener en cuenta consideraciones de otro tipo". (2).

En la subasta existe un pliego de condiciones que incluyen las de orden jurídico, técnico y económico sobre las que se desarrollará el contrato. Por eso a este -- contrato administrativo se le ha asimilado al contrato de adhesión. Su procedimiento contiene dos partes: La publicidad y la celebración de la subasta. En la primera el Estado formula el anuncio por los distintos medios publicita-

(2) Fernando Garrido Falla.- Obra citada.- Pág. 67.

rios, insertando los pliegos de condiciones o la designación de la oficina en donde se puedan consultar los proyectos, planos, modelos y demás elementos que sean necesarios para su mejor entendimiento. En la segunda, el acto de subasta tiene lugar ante la autoridad previamente designada en donde se abren los pliegos de proposiciones presentadas y se realiza la adjudicación a favor de la proposición más ventajosa, salvo el caso de la llamada licitación por pujas, durante un plazo determinado.

La publicidad es elemento esencial de información para que los interesados concurren a presentar su propuesta. Es también importante el plazo de publicidad, de acuerdo con la importancia de la obra. El contenido del aviso debe ser objetivo y al alcance de cualquier persona, estableciendo el objeto de la obra, el lugar donde será levantada, el órgano administrativo a cuyo favor se realiza, el lugar en donde puede encontrarse la documentación o información respectiva, etc.

Por lo que respecta a las propuestas, se acostumbra manifestarlas en sobre cerrado, pudiendo ser modificadas, rectificadas o aclaradas hasta el momento anterior del acto de apertura. Este marca una etapa preclusiva del procedimiento de licitación, pues nadie podrá hacer altera-

ciones, presentarse como nuevo oferente, ni hacer el depósito de garantía si no lo había hecho con anterioridad.

La apertura de los sobres tiene una formalidad rigurosa para que no se altere la garantía de unidad del -- proceso de la licitación. El acto será presidido por la autoridad competente, se levanta el acta respectiva de los -- que concurren a ese acto y se hará constar su desarrollo.

La adjudicación se realiza, en algunos casos, -- previo dictamen de los órganos técnicos auxiliares que emitirán solamente su juicio respecto a cuestiones técnicas, -- financieras y económicas.

La subasta ha tenido como variación el concurso-subasta, en que se elige a los licitadores, en razón de las mejores garantías que ofrecen, y entre los elegidos se adjudica el contrato por el procedimiento de subasta, al mejor postor.

Substituyendo a la subasta y al concurso-subasta existe la contratación directa, en donde en la búsqueda del contratista la administración actúa discrecionalmente, -- prescindiendo de las formalidades que la subasta y el conucurso-subasta presuponen. Este sistema lo desecha nuestra legislación. En efecto, el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rechaza este últi

mo sistema, señalando que todos los contratos para la ejecución de obras públicas serán adjudicados en subasta, mediante convocatorias y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública.

De esta manera podemos señalar que el principio general en la contratación de la obra pública, es la subasta.

Hay que hacer alusión también a la contratación por el sistema de destajos, en una acepción distinta de la gramatical y de la del Derecho de Trabajo. Destajo, según el Diccionario de la Real Academia, es obra que se ajusta por un tanto alzado u obra que uno toma por su cuenta. Para el Derecho de Trabajo el destajo es el contrato entre el patrón y el trabajador por una unidad de obra. Para la contratación administrativa, el sistema de destajos consiste en hacer la obra por trozos y no por unidad de obra. Por ello se ha pensado que el contrato de obra pública, por destajos, es una modalidad de la contratación directa. Este sistema es un artificio para eludir hábilmente la subasta o el concurso.

La legislación española en su exposición de motivos, ha dicho: "Dentro del sistema de ejecución de obras por administración, está reglamentariamente admitido, desde

muy antiguo, el procedimiento de destajos, no en el sentido que da a esta palabra la ciencia económica de trabajo a tanto alzado o por piezas, sino en el de contrato de ejecución de parte de obra o trabajos determinados, mediante condiciones que permitan la constante y fácil intervención técnica y administrativa y mantiene la responsabilidad de los ingenieros encargados, sin abrumar a la administración con la totalidad de la gestión de las obras".

Nuestra Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, permite ejecutar trabajos por "administración" a través del contratista, siempre que no excedan del 20% del monto de la obra.

En la regulación del contrato de obra pública es necesario dejar establecida nuestra convicción de que el que paga o sea el Estado, debe tener la certeza de que gasta con rectitud y con utilidad, de acuerdo con un sistema, sin improvisaciones y sin necesidad de obras suntuarias que puedan ser perjudiciales cuando son en detrimento de las más necesarias. El pueblo no soporta obras improvisadas, inversiones inútiles, edificaciones suntuarias, en países económicamente débiles. Está de acuerdo, en la mayor austeridad de los gastos en las obras públicas y en la necesidad de honradez de los contratistas, en una ética rigurosa de ellos.

Para tener austeridad de gastos se necesita todo un sistema de fiscalización de ellos, sin que tenga recargarse de trámites engorrosos, ni que las pequeñeces puedan elevarse a "grandes cuestiones de Estado".

Para concluir esta primera parte y entrar de lleno al estudio de nuestra legislación mexicana, debemos decir que la regulación de los contratos de obra pública y la fiscalización de los gastos, son los elementos positivos de la buena marcha de las obras públicas y no trabas inútiles que impidan su eficaz desenvolvimiento.

Con fecha 24 de diciembre de 1965 y publicada el 4 de enero del año siguiente, se expidió la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas.

Se rigen por sus disposiciones:

"La intervención en los contratos relativos a las obras de construcción, instalación, conservación, reparación y demolición de bienes inmuebles, así como la inspección y vigilancia de esas obras que lleven a cabo las Secretarías y Departamentos de Estado, el Departamento del Distrito Federal, los Gobiernos de los territorios federales, los organismos públicos y las empresas de participación estatal". (Art.1o.).

Se señala que la dependencia ejecutará las obras que requiera mediante contrato o por administración directa sin intervención de contratistas. (Artículo 4o.).

Los contratos de obra sólo pueden celebrarse con las personas inscritas en el padrón de contratistas del gobierno federal, que llevará la Secretaría del Patrimonio Nacional, salvo que se trate de obras de mantenimiento o conservación y de reparación de equipos e instalaciones, cualquiera que sea su monto; de obras de construcción cuando su importe no exceda de cien mil pesos; y de obras imprevistas debidas a emergencias cualquiera que sea su monto. (Artículos 5o. y 32).

Los requisitos para la inscripción en el padrón de contratistas del gobierno federal son:

"I.- Solicitar por escrito su inscripción ante la Secretaría del Patrimonio Nacional, manifestando su capacidad técnica y financiera en los términos y condiciones que señale el Reglamento.- Si se trata de persona moral deberá exhibir además copia certificada de su escritura constitutiva y de las reformas, si las hubiere y de los documentos que acrediten la personalidad del solicitante;- II.- Comprobar que es miembro de la Cámara de Industria que le corresponda; - - III.- Acreditar su inscripción en el Registro Federal de Cau

santes; IV.- Acreditar su afiliación al Instituto Mexicano del Seguro Social, y V.- Pagar la cuota de inscripción que señale el Reglamento.- Dentro de un término que no excederá de 30 días hábiles, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud, la Secretaría resolverá sobre la -- inscripción del solicitante en el Padrón de Contratistas -- del Gobierno Federal". (Artículo 6o.).

Los contratos de obras públicas deben celebrarse sobre la base de precios unitarios "permitiéndose ejecutar trabajos por administración a través del contratista, - que no excedan del 20% del monto de la obra contratada. Se entiende por precio unitario el importe de la remuneración o pago total que deba cubrirse al contratista por unidad de obra en cada uno de los conceptos de trabajo que tenga encomendados, tomándose en consideración la calidad de la obra y los materiales previstos para la ejecución de la misma. - (Artículos 10 y 11).

Se prevé la existencia de una Comisión Técnico-Consultiva de contratos y obras públicas integrada por representantes de las Secretarías de Obras Públicas, Patrimonio, Recursos Hidráulicos, Marina, Hacienda, Departamento del Distrito Federal, Comisión Federal de Electricidad, Petróleos Mexicanos y Cámara Nacional de la Industria de la -

Construcción. Existirán miembros especiales cuando se trate algún asunto relacionado con las obras que correspondan realizar a las demás Secretarías o entidades públicas sujetas a la Ley. (Artículo 12).

Las bases y normas generales para la integración de los precios unitarios se dictarán por la Secretaría de Obras Públicas y del Patrimonio Nacional, con apoyo en la opinión de la Comisión Técnico-Consultiva ya aludida. (Artículo 13).

Corresponde a la Secretaría del Patrimonio Nacional vigilar que la contratación y ejecución de las obras y celebración de las subastas se ajusten a las bases y criterio para la integración de los precios unitarios. (Artículo 14).

Las dependencias adjudicarán el contrato al concursante que, reuniendo las condiciones necesarias que garanticen el cumplimiento del contrato y la ejecución satisfactoria de la obra, presente la postura más baja. Se requerirá para su validez la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuando el contrato se cubra con cargo al Presupuesto de Egresos de la Federación. (Artículo 16).

La adjudicación obliga a las dependencias a encomendar la obra al contratista y a firmar el contrato correspondiente. (Artículo 17).

Antes de iniciarse la obra, la dependencia respectiva lo comunicará a la Secretaría del Patrimonio Nacional poniendo a disposición de ésta, las bases conforme a las cuales deberá sujetarse, no pudiendo iniciarse la obra sin la autorización expresa de la Secretaría de Hacienda. - (Artículo 18).

Los contratos de obras deberán enviarse a la Secretaría del Patrimonio Nacional, dentro de los 60 días siguientes a su firma, para los fines de su registro, revisión e intervención. (Artículo 19).

Corresponde a la Secretaría de la Presidencia - enviar a la del Patrimonio Nacional los programas de inversión autorizados a las dependencias, así como las modificaciones de dichos programas. (Artículo 21).

Para que la Secretaría del Patrimonio Nacional pueda ejercer sus funciones, las dependencias le enviarán - los estudios, proyectos, planos, especificaciones, antecedentes de los precios unitarios, estimaciones e informes -- gráficos de las obras que ejecute. (Artículo 23).

Se requieren informes mensuales de avance de obra, con inclusión de erogaciones hechas, teniendo facultad la Secretaría del Patrimonio Nacional para revisar la ejecución de las obras y exigir que el contratista cumpla con las condiciones estipuladas, pudiendo suspender la autorización de las estimaciones de obra. (Artículos 24 al 28).

Los contratistas cubrirán el cinco al millar sobre el importe de cada una de las estimaciones de trabajo, como derechos por el servicio de inscripción y vigilancia, descontándose el importe de estos derechos, al hacerse el pago de las estimaciones. (Artículo 29).

Cuando se modifique un contrato, bien sea en el plazo, en los precios unitarios, en el monto de la obra, por variaciones al proyecto o por cesión o transmisión del contrato en favor de terceros, la dependencia lo comunicará a la Secretaría del Patrimonio Nacional. (Artículo 30).

La Secretaría del Patrimonio Nacional para la inspección o vigilancia de las obras puede recurrir a los servicios de peritos, empresas o instituciones especializadas en la materia. (Artículo 33).

A la terminación de las obras se deberá dar aviso a la Secretaría del Patrimonio Nacional, señalando la fe

cha de entrega de las mismas. En la recepción de la obra - la dependencia en unión de los representantes de la Secretaría del Patrimonio Nacional, levantará el acta correspondiente y si la obra se hubiere realizado con bienes o fondos federales, la dependencia remitirá la documentación respectiva a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. (Artículo 34).

No obstante la recepción formal de la obra por la dependencia y la Secretaría del Patrimonio Nacional, en su caso, el contratista queda obligado a la correcta ejecución y construcción y a responder de los defectos que resultaren de las mismas y de los vicios ocultos de la obra y de cualquier otra responsabilidad en que hubiere incurrido, en los términos señalados en el contrato respectivo y en el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal. (Artículo 35).

La nulidad de pleno derecho de los contratos de obra que se celebren con violación a las disposiciones de la ley, está consignada en el artículo 37.

Los delitos y faltas que se cometan con motivo de la preparación, celebración y cumplimiento de los contra-

tos de obras, se sancionarán de acuerdo con lo dispuesto en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal y la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación. (Artículo 38).

Debemos hacer notar que hemos reseñado solamente las principales disposiciones relacionadas con la contratación de obras públicas con terceros, sin citar los artículos de la ejecución directa de las obras sin intervención de contratistas, dejando su mejor exposición al contenido de la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, para no agobiar de lectura esta tesis.

Además de las disposiciones señaladas, creemos necesario transcribir las contenidas en otros ordenamientos del derecho mexicano.

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 134.- "Todos los contratos que el Gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas serán adjudicados en subasta, mediante convocatorias, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública".

2.- Ley de Secretarías y Departamentos de Estado:

Artículo 6o.- Fracción IX.- "A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público corresponde el despacho de los siguientes asuntos: Autorizar los actos y contratos de los que resulten derechos y obligaciones para el Gobierno Federal y para el Departamento del Distrito Federal, con intervención de las Secretarías de la Presidencia y del Patrimonio Nacional, en los casos previstos por esta misma Ley".

Artículo 7o.- Fracción XVI.- "A la Secretaría del Patrimonio Nacional corresponde el despacho de los siguientes asuntos: Intervenir en los actos o contratos relacionados con las obras de construcción, instalación 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.- Fracción III.- "A la Secretaría de Obras Públicas corresponde el despacho de los siguientes asuntos: 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 ex

tranjeras, con los Estados de la Federación y con los Municipios o con empresas particulares mexicanas".

Artículo 11.- Fracción IV.- "A la Secretaría de Obras Públicas corresponde el despacho de los siguientes -- asuntos: 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".

3.- Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación:

Artículo 22.- "Las Salas del Tribunal conocerán de los juicios que se inicien en contra de las resoluciones definitivas que se indican a continuación... VII.- Las que se dicten sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias del Poder Ejecutivo Federal".

Como conclusión final consideramos necesaria una normación general para los contratos que celebre la Administración Pública y en especial una mejor redacción y ampliación de la Ley de Inspección de Contratos de Obras Públicas.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS

Sólo los tribunales de justicia pueden, mediante el juicio correspondiente, declararlos rescindidos.

ALGUNAS TESIS RELACIONADAS

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- Las autoridades contratantes no pueden violarlos por medio de acuerdos gubernativos, pues esto importa una violación a los artículos 14 y 16 constitucionales.-- Quinta Epoca: Tomo XIV, Pág. 1085. - Compañía de Tranvías, Luz y Fuerza de Monterrey.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- La sociedad está interesada en que se respete la vigencia de los contratos celebrados por el poder público, mientras la autoridad competente no declare la nulidad de ellos. -- Quinta Epoca: Tomo - XVII, Pág. 186.- Cía. Ganadera y Textil de Cedros, S. A.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- Los actos de las autoridades negándose a cumplir los contratos administrativos que hayan celebrado, no constituyen propiamente actos de autoridad, sino de una persona moral que se niega a cumplir -- con una obligación; y contra tales actos, no procede dar entrada al amparo, que sólo cabe contra actos de autoridad.- - Quinta Epoca: Tomo XVII. Pág. 274.- Pallares Eduardo.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- Es verdad que la jurisprudencia de la Corte ha establecido que el Estado no puede, por sí sólo, declarar la caducidad de un contrato administrativo; pero tales ejecutorias se refieren al caso en que las autoridades contratantes no se han arrogado la facultad de declarar la caducidad del contrato, y han querido sujetarse a las condiciones propias de todo individuo en sus relaciones civiles; pero cuando no ha sido así, es evidente que el contratante no puede invocar lesión de sus derechos, porque la autoridad, rescinda el contrato, sin forma de juicio y deje de observar el principio de derecho civil de que antes se habló. Si la autoridad contratante, sin forma de juicio, declara rescindido el contrato, no puede alegarse como improcedencia del amparo, que el contratante puede ocurrir ante los tribunales para exigir el cumplimiento del contrato o su rescisión, porque en el amparo lo que se pretende es obtener la revocación del acuerdo que declara inexistente el contrato.--- Quinta Epoca: Tomo XXVIII, Pág. 1187.-- Riande Rogelio.

C O N C L U S I O N E S :

1.- El contrato es un acto jurídico bilateral, primera fuente primordial de obligaciones, que considerado como un género aplicable a todo el Derecho, dependen de él dos especies: Contrato de Derecho Público y Contrato de Derecho Privado.

2.- El contrato no es exclusivo del derecho Privado. Se reconoce la existencia del contrato de la Administración Pública como instrumento necesario para la realización de actividades de interés colectivo.

3.- Para la celebración de los contratos administrativos o de derecho público, la Administración concurre con los particulares o con otros entes públicos, mediante arreglos consensuales sobre prestación de servicios o prestación de bienes.

4.- La Administración pública no sólo celebra contratos administrativos que se rigen por normas de derecho público, sino también contratos privados sometidos a las normas del derecho civil.

5.- Desde la iniciación del intervencionismo del Estado en el campo de la actividad privada, cuando sur-

ge el contrato administrativo, se han suscitado diversas -- teorías respecto a los puntos diferenciales entre este con- trato y el privado.

6.- La nota característica del contrato adminis- trativo es la cláusula exorbitante, la cual manifiesta las prerrogativas de la Administración frente a su cocontratan- te. Esta desigualdad de partes no es posible en el contra- to privado; pero se impone en el administrativo en virtud - de su finalidad de interés colectivo.

7.- En México se reconoce la existencia del con- trato administrativo, desde nuestra primera Constitución -- hasta la Constitución actual; pero no hay una reglamenta--- ción ordenada, suficiente y adecuada sobre CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA, sólo hay disposiciones dispersas en distintos ordenamientos legales. La jurisprudencia ha con- tribuido escasamente con determinados principios a esta re- glamentación.

8.- La doctrina ha extendido la teoría de los - elementos a toda clase de contratos. Así, el objeto de los contratos administrativos es un elemento esencial cuyo fin es el de una utilidad pública en contraposición con el fin de un contrato de derecho privado que es una utilidad parti- cular.

9.- El contrato de obra pública es el típico -- contrato administrativo tanto en su fondo como en su forma. La Constitución vigente lo prescribe en su artículo 134.

10.- Las obras públicas, objeto del contrato de obras públicas, son el principal renglón para el desarrollo económico, cultural y social de un país; por consiguiente, su realización debe ser llevada a cabo por la Administración pública, mediante el esfuerzo que la sociedad actual requiere.

11.- Por contrato de obra pública debe entenderse el que realiza la Administración Pública, para la ejecución de una obra pública, retribuyendo al contratista mediante un precio.

12.- No toda obra realizada por la Administración es obra pública, por ejemplo, no tendría esa naturaleza la construcción realizada por el estado, de un hotel.

13.- El eje principal en el contrato de obra pública es la ganancia que percibe el contratista, debiendo al Estado preocuparle que ese lucro no sea excesivo, lo que daría lugar a que se lesionaran los intereses públicos. Pero las limitaciones que se impongan deben ser de tal naturaleza que no impidan el desarrollo administrativo, enredando

lo en formalismos innecesarios.

14.- El contrato de obra pública tiene como modalidad principal la subasta, que es el procedimiento mediante el cual se elige como contratista al particular que ofrece las condiciones más ventajosas.

15.- En la subasta debe existir el pliego de condiciones, su publicidad y el procedimiento de la subasta.

16.- La subasta ha tenido como variación el curso-subasta en el que se eligen a los licitadores en razón de las garantías que ofrecen y entre los elegidos se adjudica el contrato por el procedimiento de subasta, al mejor postor.

17.- Para regular a los contratos de obras públicas se expidió la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas de fecha 24 de diciembre de 1955, publicado el 4 de enero del año siguiente, regulando lo relativo a este contrato. Esta legislación debe mejorarse en garantía a los intereses públicos.

lo en formalismos innecesarios.

14.- El contrato de obra pública tiene como modalidad principal la subasta, que es el procedimiento mediante el cual se elige como contratista al particular que ofrece las condiciones más ventajosas.

15.- En la subasta debe existir el pliego de condiciones, su publicidad y el procedimiento de la subasta.

16.- La subasta ha tenido como variación el concurso-subasta en el que se eligen a los licitadores en razón de las garantías que ofrecen y entre los elegidos se adjudica el contrato por el procedimiento de subasta, al mejor postor.

17.- Para regular a los contratos de obras públicas se expidió la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas de fecha 24 de diciembre de 1955, publicado el 4 de enero del año siguiente, regulando lo relativo a este contrato. Esta legislación debe mejorarse en garantía a los intereses públicos.

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

Bercaitz Miguel Angel.- Teoría General de los Contratos Administrativos.- Editorial Depalma.- Buenos Aires.- 1952.

Bielsa Rafael.- Derecho Administrativo.- Buenos Aires.- - 1955.

Bonnecase Julien.- Elementos de Derecho Civil.- Traducción de J. M. Cajica Jr., Puebla, 1945.

Borja Soriano Manuel.- Teoría General de las Obligaciones. Segunda Edición.

Colin y Capitant.- Curso Elemental de Derecho Civil.- Tercera Edición.

De Laubadire Andre.- Tratado de los Contratos Administrativos.- París, 1956.

De Pina Rafael.- Elementos de Derecho Civil Mexicano.- Primera Edición.

Diez Manuel María.- Derecho Administrativo.- Tomo II.

Fraga Gabino.- Derecho Administrativo.- Porrúa, S. A.- Undécima Edición, 1966.

Garrido Falla Fernando.- Tratado de Derecho Administrativo. Vol. II.- Madrid, 1960.

Gutiérrez y González Ernesto.- Derecho de las Obligaciones.
Editorial Cajica, Puebla.

Jeze Gastón.- Principios Generales de Derecho Administrativo.
vo.

Nava Negrete Alfonso.- Contratos Privados de la Administración Pública.- Revista de la Fac. de Derecho.- Núm. 51, ---
1963.- Contratos de la Administración Pública. 2o. Núm. Extraordinario.- Rev. del Tribunal Fiscal de la Fed.- 1966.

Planiol y Ripert.- Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.- Editorial Cultural, S. A.- Habana, 1946.

Rojina Villegas Rafael.- Compendio de Derecho Civil. Segunda Edición, 1967.

Serra Rojas Andrés.- Derecho Administrativo.- Porrúa, S. A. Cuarta Edición, 1968.

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.-1928.

Código Fiscal de la Federación.- 1967.

Constitución Federal del 5 de Febrero de 1857.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.- 5 -
de Febrero de 1917.

Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas.- México, D. F.- 1967.

Ley de Secretarías y Departamentos de Estado.- 23 de diciembre de 1958.

Ley Orgánica del Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas, S. A.- México, 1961.

Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación.- 24 de diciembre de 1966.

Reglamento de la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas.- Publicado en el Diario Oficial el jueves 2 de febrero de 1967.