

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**LOS CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACION  
PUBLICA EN LAS OBRAS PUBLICAS**

**Tesis que, para obtener  
el Título de Licenciado en Derecho, presenta**

**ROBERTO VALDES CASTAÑEDA**

**Director de Tesis:**

**LIC. ALFONSO NAVA NEGRETE**

**1970**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

Todo el material contenido en esta tesis 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.

## CAPITULO I

### EL CONTRATO.

- A.—Concepto de Contrato.—1. Nuestra Legislación.—2. Otras legislaciones.—3. El concepto de contrato en la teoría pura del Derecho.—4. Conclusiones.
- B.—Elementos del Contrato.—1. Nuestra legislación.—2. Otras legislaciones.—3. Elementos de existencia de los contratos.—4. Consentimiento.—5. Objeto.—6. Elementos de validez de los contratos.—7. Capacidad de las partes.—8. Ausencia de vicios en la voluntad.—9. La licitud en el motivo o fin.—10. La forma.

## CAPITULO II

### LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

- A.—Existencia de los Contratos de la Administración Pública.—1. Los Contratos de la Administración.—2. Nuestra legislación.—3. Teorías acerca de los Contratos de la Administración.—a) Teoría negativa. b) Teoría positiva.
- B.—Régimen de los Contratos de la Administración.—1. Problemática.—2. Contratos de Derecho Público y Contratos de Derecho Privado.—3. Diferenciación en la Doctrina.—4. Criterio de Tesis.—5. Conclusiones.
- C.—Los Elementos del Contrato en los Contratos de la Administración.—1. Consentimiento.—2. El objeto.—3. Capacidad.—4. La forma.

## CAPITULO III

### LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA EN MATERIA DE OBRAS PUBLICAS.

- A.—El Concepto de Obra Pública.—1. Definición.—2. Elementos de la Definición.—3. Régimen Jurídico.—4. Sistemas para su ejecución.

- B.—El Contrato de Obra Pública.—1. Definiciones doctrinales.—2. Características.
- C.—Los Contratos Privados de la Administración Pública en Materia de Obras Públicas.—1. Teoría del carácter atractivo de la Obra Pública.—2. Comentarios.

## CAPITULO IV

### ASPECTOS DE LOS CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA EN LAS OBRAS PUBLICAS

- A.—Principales Contratos Privados de la Administración Pública en Materia de Obras Públicas.—1. Prestación de servicios.—2. Compra o venta de materiales y equipo.—3. Unidades habitacionales.
- B.—Elementos Principales de este Contrato.—1. Sujetos.—2. Formalidad.—3. Compra venta de certificados de participación inmobiliaria.
- C.—Elementos de Diferenciación entre los Contratos Administrativos y los Contratos Privados de la Administración.—1. Elementos de diferenciación.—2. Algunas características similares.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

# CAPITULO I

## EL CONTRATO

## A.—CONCEPTO DE CONTRATO

1.—En relación al problema del concepto de contrato podemos encontrar un gran número de definiciones del mismo en una cantidad de obras innumerables que han sido escritas sobre esta importante materia; en este estudio analizaremos desde luego el concepto de contrato en la Ley y en la doctrina mexicana, y esbozaremos algunos criterios de legislaciones y doctrinas extranjeras, señalando al final, cuál será el concepto adoptado para los efectos de este trabajo.

Nuestro Código Civil en su artículo 1792 dispone que: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones". Posteriormente en el artículo 1793 declara que "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de Contratos".

El Código anterior de 1884 en su artículo 1272, parodiando el contenido del Código Napoleón, declaraba que: "Contrato es un convenio por el que dos o más personas se transfieren algún derecho o contraen alguna obligación".

En esta anterior legislación no encontramos el concepto de convenio definido, pero como el antecedente del Código de 84 es el Código Napoleón, y éste a su vez encuentra su fundamento en los conceptos de Pothier,<sup>1</sup> si recurrimos a éste obtendremos definición de Convenio, misma que se produce en los términos siguientes: "Un convenio, cuyo término sinónimo es pacto, es el consentimiento de dos o varias personas, habido para formar entre ellas alguna obligación o para destruir una precedente o para modificarla".

Como se verá, nuestra actual legislación recoge ya en su seno el concepto Convenio como género de aquella especie llamada Contrato, sin embargo aunque sigue fundamentalmente la doctrina francesa, la redacción de los conceptos legales no nos parece lo más afortunada, toda vez que se ha dejado al margen de la redacción la característica tan importante en el Contrato que

---

<sup>1</sup> Citado por Rafael Rojina Villegas, Derecho Civil Mexicano, Tomo V, segunda edición, México, 1960. Pág. 130.

es el intercambio, o la interrelación que debe existir entre las partes, porque de lo contrario podría suponerse, y deducirse, que la ejecución de un acto jurídico, por parte de dos o más personas que se hayan puesto de acuerdo para realizarlo podría considerarse también un Contrato, puesto que el fin del acto jurídico, como el del Contrato, es crear obligaciones y derechos; sólo que en este último, esas obligaciones y derechos toman forma en un intercambio entre las partes del mismo. Si tomamos por ejemplo el caso de varios acreedores que acuerden otorgar la remisión de las deudas a su favor, de un deudor común, estaremos frente a un acto jurídico, puesto que es un acto unilateral, es decir, de una sola parte, sin que esto signifique unipersonal, que encuentra su significado en que el impulso del acto es un solo sentido, de una sola parte, se encuentre ésta compuesta de una o varias personas. En el convenio o Contrato, por el contrario, ese impulso debe obedecer a una pluralidad de partes, mediante el intercambio mutuo de sus acuerdos y en este caso esas partes pueden estar constituidas a su vez por una o varias personas, como es el caso del convenio que celebra la persona sujeta a concurso con todos sus acreedores para el pago de sus deudas.

En este sentido encontramos más propias las palabras de Pothier citadas por el maestro Dn. Rafael Rojina Villegas<sup>2</sup>, en el sentido de que "Un convenio cuyo término sinónimo es pacto, es el consentimiento de dos o varias personas habido para formar entre ellas alguna obligación, o para destruir una precedente o para modificarla". Nótese que en este concepto se habla de crear alguna obligación "entre ellas", aceptando lógicamente la existencia de aquellos contratos en que la obligación es únicamente a cargo de una de las partes, conocidos como contratos unilaterales que se encuentran consignados en nuestra legislación civil en el artículo 1835 del Código de la materia, por más que la expresión unilateral, no sea la más afortunada; pero se vuelve a insistir en que, aún en estos casos, el impulso de Contrato se debe a ambas partes, para crear entre ellas la obligación o el derecho estipulado.

2.—Pasemos a continuación a esbozar someramente otros conceptos doctrinales y legislativos sobre el contrato. Renglones antes nos hemos referido a la definición dada por el Código Napoleón<sup>3</sup>, de Contrato, misma que se produce en la siguiente forma: "El contrato es un convenio por lo cual una o varias personas se obligan hacia una o varias otras a dar, a hacer o no hacer alguna cosa"; desde luego nos parece que esta definición tiene un error más grave que el concepto que adopta nuestra legislación, en el sentido de que la definición analizada del Código citado, no permite, o no se refiere, a las prestaciones recíprocas, sino que el texto se desprende que considera solamente la posibilidad de que una de las partes se obligue para con la otra, sin que se mencione la posibilidad de que se produzca el dato clásico o natural de contrato que es, precisamente, la reciprocidad en las prestaciones.

<sup>2</sup> Obra citada, página 130.

<sup>3</sup> Manuel Borja Soriano, Teoría General de las obligaciones, Tomo I, 3a. Edición, 1959, página 130.

Por otra parte, consultando a Colín et Capitant <sup>4</sup> obtenemos de él la siguiente definición de Contrato: "El Contrato o Convenio es un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. Contratando, las partes pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho; crear o transmitir un derecho real o dar cimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirla".

Observemos que el concepto que nos da Colín et Capitant es sumamente amplio, al estudiar o nombrar casi todas las prestaciones que pueden ser objeto de un contrato. Por otro lado observemos también que este autor considera homónimas las expresiones Contrato o Convenio, ya que en su misma obra poco después nos dice: "Pero esta distinción entre los Contratos y los Convenios no tiene sino un interés de terminología; las mismas reglas generales se aplican a los unos y a los otros".

El Profesor de la Universidad de Milán, Francesco Messineo <sup>5</sup> nos asegura que: "el significado más auténtico del contrato es aquel por el cual el mismo se presenta como subespecie (la principal) del negocio jurídico bilateral patrimonial; en cuanto a él (salvo lo que de particular se dirá más adelante, para completar) debe tenerse siempre presente la doctrina general del negocio jurídico, delineada en su lugar".

A continuación en su mismo tratado el citado autor nos dice que el Contrato se define por la Ley Italiana en su artículo 1321 de la siguiente manera: "El acuerdo de dos o más partes para constituir, regular, o disolver entre ellas una relación jurídica patrimonial".

Observemos que tanto en la doctrina del maestro Messineo, como en la misma Ley Italiana, se considera al Contrato como un acto jurídico de carácter eminentemente patrimonial, por más que observando la definición dada por la citada Ley, encontramos el carácter de reciprocidad o de interdependencia entre las partes, al encontrar otra vez la expresión a que ya nos hemos referido analizando el concepto de Pothier, es decir, aquel que habla de que el Contrato o el Convenio, tiene por fin crear, modificar, extinguir o transmitir obligaciones entre las partes.

No obstante la diferenciación que hace nuestra legislación, como ya lo hemos sostenido anteriormente, entre Contrato y Convenio, existen autores modernos como Jossierand <sup>6</sup> por ejemplo, que han encontrado un fundamento técnico de esta distinción olvidándose ya del carácter meramente de precisión del lenguaje aduciendo que la capacidad es variable según se trate de un Convenio o de un Contrato. Es decir, sostienen que la capacidad para hacer nacer derechos y obligaciones no es la misma que se requiere para transmitir las o extinguirlas; todavía más, dentro de nuestra época el autor alemán Von Savigny <sup>7</sup> ha definido al Contrato como "un acuerdo de muchas perso-

<sup>4</sup> Colín et Capitant. Cours Elementaire de Droit Civil Français, Tomo II, No. 8.

<sup>5</sup> Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo IV, Buenos Aires, 1955. Página 434.

<sup>6</sup> Jossierand.—Citado por Rafael Rojina Villegas, obra citada, Pág. 340.

<sup>7</sup> Savigny.—Citado por Raymundo M. Salvat, Tratado de Derecho Civil argentino, Fuentes de las Obligaciones, Tomo I, 2a. Edición, Buenos Aires, 1957. Pag. 29.

nas sobre una manifestación común de voluntad, destinada a regir sus relaciones jurídicas"; a esta última definición podríamos oponer los conceptos que expresa el profesor Messineo en su obra ya citada <sup>8</sup> en donde sostiene que en un contrato deben existir únicamente dos partes, aunque éstas se compongan a su vez de varias personas cada una de ellas, aduciendo que el denominado Contrato plurilateral se manifiesta en realidad como acto colectivo, que es desde luego un acto jurídico, pero que no constituye una figura contractual, por más que la definición de nuestra legislación al señalar que Contrato es el acuerdo entre dos o más personas, puede aceptar en realidad la definición de Savigny, en el sentido de que la redacción de nuestro texto legal deja abierta la puerta para considerar como verdaderos contratos aquellos en que existen más de dos personas con intereses iguales u homónimos, estando en este sentido en contra de la teoría italiana, ya citada, sostenida por el profesor Messineo.<sup>9</sup>

3.—Un concepto que consideramos por demás afortunado, y que se relaciona con este tema del concepto del Contrato, es el sostenido por el eminente jurista mexicano Dn. Rafael Rojina Villegas en su libro *Derecho Civil Mexicano* <sup>10</sup> en donde siguiendo al profesor Hans Kelsen, precursor de la Escuela Vienesa en su obra "El Contrato y el Tratado analizados desde el punto de vista de la Teoría pura del Derecho", introduce al estudio de los contratos un elemento nuevo, la normatividad del Contrato, es decir, la consideración de que el Contrato, además de ser un acto jurídico, como lo ha conceptuado la doctrina civilista es siempre una norma, porque instituye una situación jurídica normativa para las partes, destruyendo de esta forma la contraposición clásica que realizan los civilistas entre creación y ley, aplicación y ejecución del derecho, afirmando que, en última instancia, todo acto jurídico implica en sí mismo una creación y una ejecución o aplicación del derecho; un ejemplo a este respecto puede aclarar más este concepto: si dos personas celebran un contrato de Prestación de Servicios aplican el derecho contenido en una ley o norma superior, que permite a las personas celebrar mediante la concordancia de la voluntad, un contrato de esta índole, pero a la vez del mismo Contrato se desprenden ciertos principios o normas que regularán la actividad o relación mutua de las partes durante su vigencia, creando así un contenido normativo que no existía antes de la celebración del Contrato. Explica el Dr. Kelsen que la concepción tradicionalista que opone a la creación del derecho la aplicación del mismo, deduce su posición de la identificación que hace del derecho objetivo con la noción de norma en general, anteponiendo a ésta el derecho subjetivo, dotando a éste de una independencia total de la norma como cosa diferente, pero arguye a continuación que en las teorías modernas sobre la normatividad del Derecho y sus presupuestos filosóficos, se ha sostenido y demostrado que no puede haber derecho subjetivo sin la correlativa obligación o deber

<sup>8</sup> Messineo.—Obra citada, página 437.

<sup>9</sup> Messineo.—Obra citada.

<sup>10</sup> Rojina Villegas.—Obra citada, página 229.

jurídico instituido por la ley o el derecho, porque en este sentido el maestro Vienés, como los tratadistas más modernos de la filosofía del Derecho, sostiene que es inoperante en el correcto planteamiento filosófico de la cuestión, que el Derecho exista para proteger los derechos subjetivos, puesto que éstos no existirían sin la protección de la coercibilidad propia y distintiva del Derecho; es el establecimiento de la obligación o deber jurídico, o sea la premisa "si no es B será C", al establecimiento del supuesto o hipótesis normativa "si A es, debe ser B", lo cual nos lleva a concluir que la dualidad antagónica entre creación y aplicación del derecho, entre ley y acto jurídico de la doctrina civilista tradicionalista, es en realidad una dualidad interdependiente, es decir, no sólo es derecho objetivo o ley aquello previamente establecido como tal, sino que el acto jurídico, como aplicación del derecho objetivo, es a su vez, una creación de norma que regula una situación jurídica particular y concreta de las partes de los Contratos, que no existía antes de la celebración de éstos.

Esta tesis es sostenida por el citado maestro Rojina Villegas en su obra mencionada, donde una vez establecido lo anterior prosigue el estudio del Contrato como una norma jurídica, atribuyéndole como a aquella, cuatro ámbitos de validez: material, espacial, temporal y personal, afirmando que en realidad, puede hablarse de dos conceptos de Contrato, el primero, como acto jurídico y entonces el estudio del mismo se referirá solamente a sus elementos constitutivos y el análisis llegará sólo hasta la ejecución del Contrato como un acto; el segundo, tendrá como objeto el resultado de ese acto, y entonces tendremos el análisis de la norma individual y concreta creada por el acto jurídico, ampliando en este sentido toda la visión y concepción tradicional sobre el Contrato, en la cual aquellos problemas concernientes al Contrato como norma, como son los referentes a si es lícito o no pactar sobre derecho familiar o derecho público, no pueden ser consideradas, porque sólo tienen cabida en la validez del ámbito material del Contrato, concepto que sólo es aplicable a la norma individual y concreta creada por este.

4.—Para efectos de este trabajo nos permitiremos adoptar, por considerar una de las más completas, la definición de nuestra legislación civil, agregando solamente la característica de que aquellas obligaciones y derechos creados por el contrato se suponen entre las partes del mismo, quedando nuestra definición en el sentido de que **Convenio es el acuerdo de dos o más personas que crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y derechos entre las mismas partes; siendo el Contrato el acuerdo de dos o más personas para crear o transferir obligaciones o derechos entre las partes.**

## B.—ELEMENTOS DEL CONTRATO

Acerca de los elementos del contrato han sido expuestos igualmente un sinnúmero de argumentos y de posiciones por parte de muchos autores en el curso del tiempo; esta parte de nuestro estudio es fundamental porque de la definición de los elementos del contrato, ya sean de existencia o validez, podremos encontrar la directriz que nos guíe en el estudio de los Contratos celebrados por la Administración Pública.

1.—Analizaremos cuáles son los elementos que señala nuestra legislación en los artículos 1794 y 1795 del Código Civil en donde se encuentran resumidos claramente, cuáles son los elementos de existencia del Contrato, en el primer artículo citado, y cuáles son los de validez, que se encuentran consignados en el segundo de los ordenamientos citados. Al efecto, el artículo 1794 dispone que "para la existencia del Contrato se requiere: I.—Consentimiento; II.—Objeto que pueda ser materia del Contrato". A continuación, el artículo 1795 dispone: "El Contrato puede ser invalidado: I.—Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II.—Por vicios del consentimiento; III.—Porque su objeto o su motivo o fin sea ilícito; IV.—Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece".

Como observamos antes, en nuestra ley encontramos claramente definidos por la misma, cuales son aquellos requisitos que deben considerarse necesarios para la existencia de un Contrato y cuales son aquellos otros que se consideran necesarios para la plena validez del mismo. Antes de pasar al estudio de los elementos señalados por nuestra legislación, observamos cuáles han sido otros criterios adoptados por otras legislaciones y tratadistas.

2.—El Código anterior de 1884, en su artículo 1279 consideraba como requisito para que el Contrato fuera válido, la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y que se cumplieran las formalidades que señala ya la ley; es decir, este texto hace una mezcla de los requisitos de existencia y de validez de los Contratos, confusión explicable, pues como ya hemos dicho en anterior ocasión, este ordenamiento civil estaba basado fundamentalmente en el Código Napoleón, que a su vez consideraba cuatro elementos necesi-

rios para la validez del Contrato, que son: el consentimiento, el objeto, la capacidad y la causa lícita, en donde desde luego encontramos también la mezcla entre los elementos de existencia y los elementos de validez de los Contratos, además de que se incluye en estos elementos el de la causa lícita, expresión que ha sido muy discutida y que por lo general no ha sido aceptada en nuestro medio.

Al igual que las dos legislaciones anteriores, encontramos que el artículo 643 del Código Portugués, señala como requisitos de validez de los Contratos, la capacidad, el consentimiento y el objeto posible.

Por otra parte, el Código Civil Argentino mezcla igualmente los requisitos de existencia con los requisitos de validez, afirmando que para que el Contrato valga serán necesarios los siguientes elementos: el consentimiento, la capacidad, el objeto y la forma.

3.—Siguiendo la legislación Italiana, el Profesor Messineo<sup>11</sup> nos habla de elementos constitutivos y presupuestos de validez; respecto a aquellos, considera que lo son la presencia de dos partes y el consentimiento, y en los de validez encuadra la capacidad y la facultad o el poder de disponer; posición que consideramos totalmente inaplicable a nuestro sistema jurídico, toda vez que no concuerda en nada con el criterio de nuestra legislación en la materia, ya que como hemos sostenido anteriormente, nuestra legislación permite por la redacción del artículo 1793 la existencia de dos o más personas en el Contrato, sin referir exactamente si debe de tratarse de dos partes en el mismo o si puede haber varias partes o una sola de ellas. Sin embargo en su tratado de Derecho Civil y Comercial<sup>12</sup>, el mismo autor considera como presupuesto característico del Contrato la igualdad jurídica de las partes, sosteniendo que si ésta no es posible desde el punto de vista económico, es indispensable que exista desde el punto de vista jurídico, lo cual tendría mucha trascendencia en el caso del estudio que vamos a emprender de los Contratos que celebra el Estado con los particulares toda vez que indudablemente el Estado se encuentra revestido por una especial fuerza de poder y de dominio que podría caracterizarse como una superioridad jerárquica y jurídica sobre el particular; a esto nos referiremos en su oportunidad ya cuando hagamos el estudio en concreto de los Contratos celebrados por el estado; por ahora concretémonos a esbozar someramente los conceptos que nuestra legislación adopta para los elementos de existencia y los elementos de validez de los Contratos.

4.—El Consentimiento ha sido definido como el consenso o acuerdo de voluntades para crear obligaciones y derechos, según opinión del maestro Rojina Villegas<sup>13</sup>. De la anterior definición podemos deducir que para que exista el consentimiento se requieren tres presupuestos necesarios: 1o.—Que existan dos o más voluntades. 2o.—Que esas voluntades estén

<sup>11</sup> Obra citada, página 436.

<sup>12</sup> Obra citada, página 435.

<sup>13</sup> Obra citada, página 339.

de acuerdo y 3o.—Que el acuerdo sea precisamente crear derechos y obligaciones jurídicas.

El Consentimiento ha sido considerado como lo substancial del Contrato en la teoría general del consensualismo, como se desprende de la lectura del artículo 1796 de nuestro Código Civil que sigue esa directriz y que dispone: "Art. 1796. Los Contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso y la ley".

Acerca de la noción de la formación del consentimiento en los Contratos encontramos dos principales criterios: el primero, que considera el consentimiento como un acto bilateral, como un acuerdo, (Giorgi), el segundo, lo considera como un acto individual y unilateral de las partes que consienten en la adhesión que se hace de la oferta propuesta, (Beudand y Colagrosso) <sup>14</sup>.

Nuestra legislación parece adoptar el criterio de que el consentimiento se forma por dos actos unilaterales e individuales, como se desprende de la lectura del artículo 1804 de nuestro Código Civil que dispone: "Artículo 1804. Toda persona que propone a otra la celebración de un Contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo"; por otra parte y más determinante en este sentido, se encuentra lo preceptuado por el artículo 1807 del mismo ordenamiento que expone: "Art. 1807. El Contrato se forma en el momento que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes".

En el mismo sentido encontramos la opinión del autor Francesco Messineo <sup>15</sup> que dice: "No se debe pensar que la combinación de las voluntades reside en el hecho de que las mismas coinciden en el contenido, o se fundan en una voluntad única (la llamada voluntad Contractual); esto ocurre en las figuras del acto colectivo y (de otro modo) en el acto complejo; la combinación de las voluntades en cuanto formen el consentimiento, consiste en cambio, en el hecho de que ambas partes quieren la conjunta finalidad externa del Contrato, puesto que lo que una parte da o hace, la otra lo quiere recibir.

En muchos textos de Ley, el término concenso, que debería expresar únicamente un hecho esencialmente bilateral, se emplea para indicar lo que debería llamarse propiamente asentimiento, o sea un hecho esencialmente unilateral".

Al concepto del maestro Rojina Villegas consignado anteriormente, el maestro Borja Soriano <sup>16</sup> agrega el hecho de que las voluntades se manifiestan exteriormente, siguiendo en este aspecto a Bonnacasse y a Capitant.

14 Citados por Salvat. Obra citada, página 50.

15 Obra citada, página 438.

16 Obra citada, página 141.

Sí creemos necesario hacer mención a esta característica propia del consentimiento en los Contratos, pues consideramos que la voluntad de las partes debe manifestarse en alguna forma externa para dar lugar al nacimiento de lo que debe entenderse literalmente como consentimiento en materia de Contratos.

Al respecto, recordemos lo preceptuado por el artículo 1803 de nuestro Código Civil que dice: "El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente", es decir, la ley sí considera que para que el consentimiento se tome en cuenta para la formación del Contrato necesita manifestarse por cualquier hecho o acto, ya sea constituyendo así el consentimiento expreso o el consentimiento tácito.

5.—Existe en nuestra legislación una mezcla entre lo que se considera objeto del contrato y objeto de la obligación, porque en doctrina se conoce como objeto del contrato las obligaciones que nacen de él, es decir los actos o las prestaciones de dar y de hacer o no hacer alguna cosa, y a su vez los objetos de estas obligaciones son las cosas que se obligan a dar y los hechos que se obligan a hacer o no hacer; en efecto, el artículo 1824 del Código Civil nos 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", refiriéndose en esta forma propiamente a los objetos de la obligación.

Lo que sucede es que el objeto de la obligación es el objeto mediato de los Contratos, pero como la obligación, que a su vez es el objeto inmediato de éste, tendrá indudablemente que justificarse a la luz de su objeto directo, es decir, de las cosas que hay que dar o de los hechos que hay que hacer o no hacer, resulta lógico estudiar como objeto de los Contratos éstos últimos.

Hecha la aclaración anterior, pasemos a estudiar los objetos de los Contratos comenzando por las obligaciones de dar.

En las obligaciones de dar el objeto consiste en las cosas cuya propiedad o uso se va a transmitir, y acerca de las cosas, la primera premisa que parece importante, es que dichas cosas sean posibles como tales objetos realmente, por lo cual nuestra ley impone las condiciones de que las cosas objeto de una obligación de dar sean posibles física y legalmente, artículo 1825 del Código Civil, considerando entre las primeras aquellas que existan en la naturaleza y que sean determinadas o determinables y considerando a la vez, en el mismo artículo, como posibilidad legal, aquellas que se refieren a cosas que estén dentro del comercio. La venta de cosa futura es permitida en nuestra legislación en el artículo 1826 que dice: "Art. 1826. Las cosas futuras pueden ser objeto de un Contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento".

Respecto de las obligaciones de hacer encontramos la misma norma que existe para las cosas en cuanto a su posibilidad, es decir, la ley en el artículo 1827 nos dice: que "El hecho positivo o negativo, objeto del

Contrato, debe ser: I.—Posible; II.—Lícito", aclarando después, que se considera un hecho imposible físicamente, aquel que es incompatible con una ley de la naturaleza y jurídicamente el que lo es con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. No se considera imposible por otro lado el hecho que pueda ejecutarse un tercero en defecto del obligado cuando éste no lo pudiera realizar, según lo dispuesto en el artículo 1829 del mismo ordenamiento.

El Código anteriormente citado de 1928, mejorando el contenido del de 1884, no produce la confusión entre imposibilidad jurídica e ilicitud, aunque si bien es cierto que no menciona el requisito que exigía aquel respecto a las obligaciones de hacer, consistente en la susceptibilidad de valoración económica o patrimonial del hecho, característica que juzgamos necesaria en estos casos, pues sería la única forma de poder exigir el cumplimiento de la obligación, como lo asienta el autor argentino Salvat <sup>17</sup>, cuando en relación al artículo 1169 del Código Civil de dicho país comenta: "El Código nos dice todavía: que la prestación, objeto de un Contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria —artículo 1169—. Esta doctrina basada en una ley romana, la explica el codificador en los siguientes términos, que nos parece necesario transcribir: "Si la prestación objeto del Contrato, aunque susceptible en sí de apreciación pecuniaria, no presentara para el acreedor ninguna ventaja apreciable en dinero no estaría éste autorizado a pedir la ejecución de la promesa hecha. Un simple interés de afección no sería suficiente para darle una acción, a menos que la estipulación determinada por tal móvil, no hubiese tenido al mismo tiempo por fin el cumplimiento de un deber moral".

Asimismo, el profesor italiano Messineo <sup>18</sup> observa, al establecer las características de las prestaciones de las obligaciones, que "debe ser valorable pecuniariamente en este sentido: que si el interés del acreedor en cuanto a la prestación puede también tener carácter no económico (Supra letra d) y la prestación en sí debe ser susceptible de valoración económica (artículo 1174 primer inciso y artículo 1339); de lo contrario faltaría la posibilidad de ejecución forzada sobre el patrimonio. La patrimonialidad es elemento objetivo de la prestación. La misma debe acompañar a la obligación en todo su desarrollo, de manera que se pueda satisfacer el interés del acreedor".

Con respecto a la ilicitud de los actos o hechos jurídicos podemos decir que se diferencia de la imposibilidad jurídica en que esta forma impide que el acto se ejecute por faltarle siempre un presupuesto para su existencia; en cambio la ilicitud se refiere a aquello que puede ser posible y que sin embargo está prohibido y reprobado por la ley, como puede ser el homicidio o el robo por ejemplo, Ferrara; <sup>19</sup> por lo cual sostenemos la equivocación del

<sup>17</sup> Obra citada, página 103.

<sup>18</sup> Obra citada, página 34.

<sup>19</sup> Ferrara, Francisco.-Teoría del negozio illecito nel diritto civile italiano. Pág. 315.

contenido del Código de 1884, que consideraba imposible jurídicamente los hechos ilícitos. Observemos también que este tema de la ilicitud del objeto de la obligación debe ser estudiado en realidad dentro del capítulo de validez de los Contratos, como lo asienta el autor mexicano Ernesto Gutiérrez y González\*, pues el objeto ilícito existe en cuanto que es prohibido, es decir, en cuanto a objeto de la obligación se considera existente, por más que en relación con la validez misma, puede ser objeto de análisis para sancionar a la obligación de nulidad, pero jamás podrá decirse que esta obligación es inexistente.

6.— Para que el Contrato sea válido, se requiere siguiendo a contrario sensu el artículo 1795 del Código Civil, que las partes tengan capacidad para celebrarlo, que el consentimiento no se encuentre viciado, que el objeto motivo o fin sea lícito y que el consentimiento sea expresado en la forma que la ley establece.

7.— En relación a estos temas conviene recordar que las personas son capaces en dos grados, en goce y en ejercicio. La falta de la primera presupone la falta de derecho, en cambio la capacidad de ejercicio puede subsanarse por medio de un tutor o representante porque significa solamente, la falta de poder ejercer el derecho; a este respecto recordemos lo dispuesto por el artículo 23 de nuestro Código Civil que dice: "La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de representantes".

En relación con los Contratos, la falta de capacidad de alguna de las partes produce la nulidad relativa del mismo, según la disposición del mismo artículo 1795 en su fracción primera, así como lo dispuesto en el artículo 2228 del mismo ordenamiento que dispone: "Art. 2228. La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo".

8.— Por lo que respecta a los vicios de la voluntad, causa de invalidez de los contratos según el texto de la fracción II del artículo 1795 ya citado anteriormente, podemos decir que tanto en la doctrina como en la legislación, han sido definidos como tales los siguientes: el error, el dolo y la violencia, como se desprende de la lectura del artículo 1812. "El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo".

En relación al error, éste ha sido comparado con la ignorancia, sosteniéndose que "error consiste en una falsa representación y, por consiguiente, en un falso conocimiento (artículo 122, tercer apartado) de la realidad; al mismo está equiparada la ignorancia (artículo 651, a contrario, artículos 687, 803, 1147, 1338, 1479, 1757, parágrafo, 1776), es decir, la falta de cualquiera noción sobre un determinado hecho <sup>20</sup>", De Gásperi, citado por el

\* Ernesto Gutiérrez y González.—Derecho de las Obligaciones.

<sup>20</sup> Francisco Messineo. Obra citada, Tomo II, página 434.

Maestro Rojina Villegas,<sup>21</sup> habla del error en los siguientes términos: "define el error como la noción falsa que tenemos de una cosa; y la ignorancia como la ausencia de toda noción. Aunque el error e ignorancia no son lo mismo, ocasiones hay en que se confunden en cuanto la ignorancia de una cosa; o de un hecho puede hacer suponer la existencia de otra cosa o de otro hecho. El error de derecho, por ejemplo, no es sino la ignorancia de la ley. Esto explica que el Derecho Romano los haya tratado bajo un mismo título: "De juris et facti ignorantia".

Estudiando la influencia del error en los Contratos podemos determinar que aquel opera en tres formas: impidiendo su existencia, haciéndolo anulable y siendo indiferente a la validez del mismo.

Los principales autores en la materia, observan que cuando el error recae sobre la naturaleza del Contrato o sobre la identidad del objeto, produce la falta de consentimiento en el Contrato, lo cual impide su existencia, por ser el consentimiento un elemento de existencia del mismo, Borja Soriano<sup>22</sup> y Rojina Villegas.<sup>23</sup> A este error se le ha llamado error obstáculo.

Sin embargo cuando el error recae sobre la substancia o elementos esenciales de la cosa, sobre la persona o sobre el motivo del Contrato, éste es anulable<sup>24</sup>, por más que en nuestro derecho positivo sólo se habla del error en el motivo del Contrato.

El autor Don Manuel Borja Soriano, considera que los otros aspectos de la persona y del error en la substancia de la cosa, quedan comprendidas en el presupuesto del artículo 1813 del Código Civil que declara "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". En el mismo sentido se expresa el profesor Ernesto Gutiérrez y González<sup>25</sup>.

El dolo y la mala fe son definidos por nuestra legislación en el artículo 1815 del Código de 1928, en los siguientes términos:

"Se entiende por dolo en los Contratos cualquiera sugestión 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".

Se considera en general que el dolo es una manifestación activa para inducir al error a alguien, contrariamente a lo que supone la mala fe, es decir, una actividad pasiva para dejar en el error a una persona; por lo cual debemos observar que el segundo presupuesto del artículo 1815 citado anteriormente trata en realidad de un caso de mala fe y no de dolo, como

21 Citado por Rojina Villegas. Obra citada, página 515.

22 Obra citada, página 142.

23 Obra citada, página 515.

24 Borja Soriano. Obra citada, páginas 246 a 248.

25 Obra citada, páginas 216 y 217.

menciona, ya que artificios es lo mismo que simulaciones para mantener en el error a una persona <sup>26</sup>.

Con relación a este tema, varios autores han planteado la cuestión de que en realidad el dolo y la mala fe no pueden considerarse como vicios del consentimiento, sino como causas de un vicio de éste que es el error. Para mí, como se ve por la definición, el dolo y la mala fe, no son vicios del consentimiento, sino que la ley los considera como causa del error (Díaz Ferreira, Tomo II, página 13 y Código de 1884 artículo 1296, fracciones III y IV) que si 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 se frustra y el artificio es descubierto, falta a su efecto y el derecho civil no tiene que preocuparse por él (Planiol, Tomo I, No. 283, Ripert y Boulanger, Tomo I, No. 285), nos dice lo anterior el maestro Manuel Borja Soriano <sup>27</sup>. Díaz Ferreira, citado también por el maestro Borja Soriano, nos dice que "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. Procede con dolo el que procura persuadir al comprador de que el objeto es de oro cuando es de cobre, y con mala fe el vendedor a quien el comprador ofrece un precio como si el objeto fuese de oro y no lo desengaña de que el objeto no es de oro".

El autor don Ernesto Gutiérrez y González, <sup>28</sup> haciendo una crítica al artículo 1812 manifiesta "del texto de esta norma, que se transcribe en el apartado anterior, parece desprenderse que la ley estima como vicios de la voluntad al error, la violencia y el dolo, y la verdad es que este último no puede considerarse como tal a la luz del artículo 1815 del propio Código, cuando establece que el dolo son los artificios que se empleen para inducir a error, como puede verse en su texto que se transcribe en el siguiente párrafo. Resulta así que el propio Código se contradice, pues considera al dolo como medio para inducir al error y sin embargo, en el artículo 1812 lo enuncia como vicio autónomo".

Esta posición parece lógica por lo que respecta al efecto del dolo sobre el consentimiento, debiendo quedar fuera de los vicios del mismo, sin embargo, su presencia en el estudio de nuestra materia se justifica plenamente en el caso de la reparación de los daños y perjuicios que nuestra legislación consigna en el artículo 1910 del Código de 1928 que dispone:

"Art. 1910.— El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima".

Considerando de esta suerte el dolo y la mala fe como actos ilícitos, se deduce la obligación de reparar los daños a cargo de aquel que obre de esa manera; sin embargo esta obligación debiera quedar implantada expresamente en las consecuencias de la nulidad de los actos, ya que el artículo

<sup>26</sup> Ernesto Gutiérrez y González. Obra citada, página 225.

<sup>27</sup> Obra citada, página 250.

<sup>28</sup> Obra citada, página 223.

2239 del propio Código Civil dispone solamente, la obligación recíproca de las partes en un acto anulado, de devolverse las prestaciones que mutuamente hubieran recibido, sin hacer mención especial al caso de la reparación del daño a que debe quedar sujeto el que utiliza el dolo o la mala fe en la celebración del acto, y por esta razón fuere anulado el mismo.

En esta materia concordamos con lo dispuesto por la legislación Argentina comentada por el tratadista Salvat, quien nos dice, "los Contratos celebrados con alguno de los vicios enunciados son anulables (artículo 1045, IV cláusula). Aparte de esta sanción, tenemos también la de daños y perjuicios: en el caso de dolo o violencia, el Código establece expresamente que el autor de ellos, si es uno de los contratantes, o, en el caso de serlo un tercero, éste y la parte que tenía conocimiento de ello, quedan obligados a indemnizar a la otra parte en los perjuicios experimentados; el Código lo establece expresamente y en cuanto a estos dos casos no puede haber dificultad alguna (artículo 935, 942 y 943)".

La violencia es definida por el artículo 1819 del Código de 1928, como "el empleo de 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". Este concepto es criticado por el profesor Ernesto Gutiérrez y González,<sup>30</sup> aduciendo que es más claro el uso de la palabra intimidación o temor, para definir el elemento que interviene en la voluntad, puesto que un hecho físico, no puede influir en uno de carácter psicológico y sosteniendo igualmente que no debe existir una enumeración de personas limitativa hacia las cuales la persona, sujeta a intimidación, pueda tener afectos sentimentales que lo obliguen a obrar en una forma o en otra. En este mismo sentido se pronuncia el doctor Borja Soriano.<sup>31</sup>

9.— El elemento introducido por el artículo 1795, fracción IV de nuestro Código Civil vigente, o sea el motivo o fin del Contrato, nos lleva a la consideración del problema de la causa sobre el cual se han producido incontables discusiones y teorías. Por la naturaleza de este trabajo sólo habremos de referirnos, en forma somera a este problema. Como antecedente de nuestra legislación, al respecto, estableceremos que fundamentalmente han existido tres escuelas acerca del concepto causa: la escuela Causalista Clásica, la escuela Anti-Causalista y la escuela Causalista Moderna. Respecto a la primera, nacida en Francia bajo los auspicios de importantes juristas como Domat, Pothier, Aubry et Rau, Demolombe, Bufoir, Colin et Capitant entre otros, sostiene que todo acto jurídico obedece a una causa final, que es el fin que resulta de la realización del acto, como obtener un préstamo, adquirir la propiedad de una casa, etc., y a una causa impulsiva, que es el motivo personal y concreto que mueve a cada persona a realizar el acto, como puede ser el para qué se quiere obtener un préstamo, o para qué se va a destinar

29 Obra citada, página 82.

30 Obra citada, página 236.

31 Borja Soriano. Obra citada, página 254.

la casa cuya propiedad se adquirirá, dando a la primera el carácter de elemento de validez del Contrato. <sup>32</sup>

En Bélgica se desarrolla la teoría que combate a la anterior, encabezada por dos autores principalmente Ernst y Laurent, sosteniendo que la escuela Causalista introduce innecesariamente un elemento en los Contratos, ya que el sentido de causa final, es equiparable al de objeto de la obligación y que el concepto de causa falsa es sinónimo al de error y el de causa ilícita se identifica con el de objeto ilícito. <sup>33</sup> Esta teoría fue admitida y secundada por autores franceses de la talla de Planiol, Baudry Lacantinerie, Laurent, etc.

Por último, la Teoría Moderna sobre la causa ha hecho cambiar totalmente el concepto de este elemento atribuyéndole la noción de finalidad o motivo de las partes. Reproduciremos aquí las palabras de Duguit por ser éstas el antecedente doctrinario más cercano a nuestra legislación: "La declaración de voluntad, que es el acto jurídico, está forzosamente, como todo acto de voluntad, determinado por un motivo y ese motivo determinante debe tener forzosamente consecuencias sobre el valor y sobre los efectos de esta declaración. Si por causa se entiende el motivo determinante de un acto de voluntad, hay una causa que tiene una importancia de orden jurídico. Pero indudablemente, la palabra causa es mala y suscita muchas confusiones; es preciso decir: el fin o el motivo determinante, no de la obligación, sino de la declaración de voluntad, soporte del acto jurídico. Así es en efecto, según se verá en los ejemplos dados en las notas siguientes, como la jurisprudencia francesa, conscientemente o no, entiende la causa", agregando que "en todo acto de voluntad hay un motivo determinante y éste es precisamente el fin del acto jurídico, que es el acto de voluntad considerado". <sup>34</sup>

10.— Pasaremos por último al estudio de la forma como elemento de validez de los Contratos, consagrado en la franquición V del citado artículo 1795 de nuestro ordenamiento civil.

A este respecto podemos afirmar que los Contratos, en cuanto a la forma, se dividen en formales, consensuales y solemnes, siendo los primeros aquellos en que se requiere la observancia de una forma especial prescrita por la ley, en contraposición a los consensuales que son aquellos en los cuales no es necesario, para su validez, que se observe una formalidad prescrita por la ley; de donde resulta que en estos últimos el consentimiento puede ser tácito, es decir, la manifestación indirecta de la voluntad, en tanto que en los primeros el consentimiento siempre será expreso.

Por otra parte los Contratos solemnes son aquellos en los cuales la formalidad ha sido elevada al rango de elemento de existencia de los mismos, es decir, para que el Contrato exista se requerirá la formalidad prescrita por la ley para estos casos, dentro de los cuales encontramos como ejemplo

<sup>32</sup> Borja Soriano. Obra citada, páginas 184 y 185.

<sup>33</sup> Rojina Villegas. Obra citada, páginas 392 y 393.

<sup>34</sup> Citado por Borja Soriano. Obra citada, página 192.

claro el Matrimonio, que requiere la solemnidad ante el Oficial del Registro Civil para existir como tal.

Nuestra legislación parece aceptar un criterio fundamentalmente consensual como se desprende del texto del artículo 1832 del ordenamiento civil que dispone: "Art. 1832.— En los Contratos Civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del Contrato se requieran formalidades determinadas fuera de los casos expresamente designados por la ley". Pero cabe hacer notar que en el Derecho moderno por la cantidad tan enorme de operaciones que se realizan día a día y de índole diversa, se ha rigorigado o atemperado el criterio consensual, para dar paso franco a un criterio de formalidad, que garantice y asegure más, el debido cumplimiento de las obligaciones nacidas de los Contratos.

## **CAPITULO II**

### **LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA**

## A.—EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA.

1. El Estado, para el cumplimiento de sus fines, tiene la necesidad de celebrar múltiples actos que por sí solos no puede desempeñar con la eficiencia debida; ante tal imposibilidad tiene que recurrir a los particulares, para que en auxilio de la Administración Pública, se logren satisfacer aquellos fines que el Estado se encuentra incapacitado para realizar por sí mismo.

El Estado puede optar por imponer sus decisiones en forma obligatoria y unilateral, ejercitando actos de poder —como cuando decreta la expropiación de un bien por causa de utilidad pública— o bien, puede buscar la colaboración voluntaria de los particulares, celebrando actos, en virtud de los cuales estos últimos presten, en representación del Estado, un servicio público —como cuando el Estado otorga concesiones para que los particulares realicen cierta actividad cuyo monopolio corresponda al poder público— y por último, la Administración Pública puede celebrar contratos con los particulares, para que éstos realicen alguna actividad u obra necesaria para que logre sus fines.

La Administración Pública justifica su existencia, en tanto que pretende satisfacer las necesidades que dicta el interés colectivo actuando inicialmente dentro de la esfera jurídica, con peculiaridades propias y distintas de las actividades de los particulares, por medio de los actos administrativos unilaterales en que interviene la voluntad del órgano público impositivamente sobre la voluntad de aquellos sometidos a su jurisdicción; pero en la actualidad, es palpable que el desarrollo cada vez más avanzado de las relaciones humanas, ha hecho múltiples y complejos los fines del Estado, obligándolo, como ya se ha precisado, a la celebración de numerosos y diversos actos jurídicos, no solamente de tipo unilateral, sino también bilaterales, que han hecho posible el nacimiento de derechos y obligaciones, tanto para la Administración Pública, como para los particulares, llegándose así a crear los Contratos que hemos optado por designar como "De la Administración".

En relación con los contratos que celebra la Administración, conviene puntualizar que ésta puede actuar como sujeto en las relaciones jurídicas de Derecho Privado, siendo posible que realice un Contrato de Derecho Civil.

Recordemos que este planteamiento tiene su origen en las teorías que reconocen dos personalidades al Estado, la pública y la privada; aquella en cuanto el Estado obra con imperio, y la segunda cuando actúa como persona de derecho privado. Bielsa, citado por Villegas Basavilbaso <sup>1</sup> nos dice que "cuando el Estado como persona jurídica civil, y en consecuencia, con derechos patrimoniales, se sitúa frente a los particulares, como lo hacen éstos entre sí, en realidad sólo usa un medio jurídico (de técnica jurídica), para realizar una función; su personalidad es también una construcción técnica jurídica; pero aún en esa posición hay una convergencia final de interés social. Cuando el Estado obra como persona de Derecho Público, la situación es en apariencia análoga, pero se diferencia radicalmente en esto: que él se coloca en una situación privilegiada respecto de los particulares o súbditos. En tal caso su función social y de poder aparece más definida y directa que cuando obra como persona jurídica civil".

A esta teoría se opone aquella que afirma la única personalidad del Estado y que el citado autor Basavilbaso <sup>2</sup> nos relata en la forma siguiente: "Esta construcción sostiene la existencia de una sola personalidad en el Estado, pero con dos voluntades; normalmente el Estado al desarrollar su actividad impone sus decisiones en virtud de emanar éstas de una voluntad con carácter de superioridad con respecto a las voluntades individuales.

Al actuar en esta esfera su voluntad es soberana, pero en ocasiones, por cierto no excepcionales, el Estado obra sin imperium, así, actúa en el mismo plano de los particulares, vale decir, no ejerce voluntariamente su poder público y se somete en sus relaciones con terceros al derecho Común. En el primer supuesto, las relaciones entre Estado y los individuos o entes colectivos se rigen por el Derecho Público o el Derecho Administrativo, en el segundo por las prescripciones del Derecho Privado". Más adelante, el mismo autor <sup>3</sup> sostiene que "la tendencia predominante en la doctrina, en oposición a la tesis tradicional, afirma la personalidad estatal única e indivisa. La observación de los hechos y de las relaciones jurídicas entre el Estado y las personas físicas y jurídicas demuestra que éste en su actividad obra unas veces como persona de Derecho Público y otras como persona de Derecho Privado. No obstante esa diversidad en el obrar estatal, es de advertir que su actuación en todos los casos, aun cuando se encuentre sujeto a las prescripciones del Derecho Común, tiene por objeto el interés público, la satisfacción de las necesidades colectivas".

2.—La jurisprudencia mexicana a últimas fechas ha acogido la teoría de la personalidad única del Estado, como se desprende de la lectura de las

1 Benjamín Villegas Basavilbaso. Derecho Administrativo, Tomo II, Buenos Aires, 1950. Página 158.

2 Obra citada, página 160.

3 Obra citada, página 161.

ejecutorias producidas en los amparos en revisión números 3278/60 y 278/61<sup>4</sup> en los que se sostiene: "Se ha llegado a afirmar que el Estado tiene dos distintas personalidades: una, de Derecho Público, cuando actúa como entidad soberana y usa de su imperio; otra, de Derecho Privado, cuando obra como los particulares. Esta terminología adolece de imprecisión: el Estado es siempre entidad pública; no tiene dos personalidades, sino solo una, que es en todos los casos de Derecho Público. Aún así, la distinción tiene una base real, puesto que existen dos aspectos diversos dentro de la personalidad única del Estado. Con la mayor frecuencia, el Estado adopta un aspecto, según el cual obra en ejercicio de su soberanía o de su poder de mando, y usa plenamente de su facultad de imperio, es decir, actúa unilateralmente, como entidad superior a los particulares, quienes precisamente por ello, le están subordinados; pero en otras ocasiones, sin dejar de ser persona de Derecho Público, trata con los particulares sobre bases de igualdad, en virtud de un concierto espontáneo (y no impuesto), y sin hacer uso de la autoridad de sus atributos de mando; en suma, de una manera muy análoga a como obran entre sí los particulares. En el primer caso, sus actos son "actos de autoridad" y contra ellos procede el juicio de garantías; en la segunda hipótesis son "actos de particulares", para los efectos del amparo y contra tales actos no cabe el juicio constitucional".

En nuestra legislación no encontramos una regulación completa, ni siquiera precisa, para los contratos celebrados por la Administración Pública; el texto del artículo 4o. del Código Fiscal de la Federación dispone: "Art. 4o. Son productos los ingresos que percibe el Estado por actividades que no corresponden al desarrollo de sus funciones propias de Derecho Público o por la explotación de sus bienes patrimoniales". En relación al texto anterior hemos de hacer notar que no especifica cuáles pueden considerarse actividades del Estado ajenas a sus funciones de Derecho Público, es decir, plantea la posibilidad de que el Estado realice una actividad que no sea de Derecho Público, por consiguiente de Derecho Privado, pero sin mencionar cuáles actividades de esta naturaleza le están permitidas. Pero no olvidemos en otro sentido que siendo la actividad del Estado tan amplia y compleja, no se encuentra regulada por las leyes administrativas en todos sus aspectos, y por ende, existe la necesidad de recurrir al Derecho Privado para encontrar las normas que puedan ser aplicadas a los actos de la Administración que no se encuentren regulados por las leyes administrativas.

En relación con los Contratos celebrados por la Administración, surge la interrogante de que siendo aquélla una parte de estos Contratos, qué régimen jurídico debe aplicarse a todas las situaciones derivadas de éstos, es decir, los contratos celebrados por la Administración Pública deben quedar subsumidos dentro del régimen contractual del Derecho Civil, esto es, del Derecho Común, o deben quedar regulados por normas de carácter o de orden público. A este respecto, la doctrina, a través de la historia, ha consi-

<sup>4</sup> Jurisprudencia y Tesis sobresalientes. Sala Administrativa. 1955—1963. Ediciones Mayo. Página 17.

derado dos situaciones especiales, argumentando que la Administración Pública al pedir la colaboración de los particulares por medio de la celebración de contratos con éstos, se equipara a la situación jurídica que éstos ocupan en el derecho general, es decir, penetra en la esfera del Derecho Privado, utilizando una forma jurídica específica de este Derecho y por lo tanto, esa figura jurídica contractual celebrada por la Administración debe quedar regida por las normas de Derecho Privado consignadas en el Derecho Civil; sin embargo, cuando la Administración Pública realiza o celebra estos contratos con miras a satisfacer las imperiosas y trascendentales misiones que son su objetivo primordial, es decir la satisfacción del interés general o colectivo ¿cómo es que las reglas de Derecho Privado puedan sujetar o maniar la soberanía de la Administración para poder concluir satisfactoriamente con sus fines?.

3.—El planteamiento de los autores respecto a la existencia de los Contratos Administrativos, puede reducirse en origen a dos posturas, una de ellas que niega la existencia de los Contratos Administrativos, fundada en aspectos que no son idénticos con los elementos que se aceptan en la teoría pura del Contrato, y otra que rebate esos argumentos y dice que esas características especiales son las que engendran el tipo de Contrato Administrativo. Esa discusión solamente tiene efectos en cuanto a los Contratos Administrativos que celebra la Administración Pública con particulares, pues aquellos en que contratan órganos de la Administración Pública entre sí, han sido generalmente aceptados.

#### a) Teoría Negativa.

Sustentada por algunos autores alemanes la teoría negativa niega la existencia de los Contratos Administrativos, afirmando que la Administración sólo realiza Actos Administrativos, los cuales pueden ser de dos tipos: Unos que no requieren ser consentidos por el particular para que tenga validez, y otros que pueden ser consentidos por el particular para el efecto de hacerlos eficaces solamente, lo que no significa para esta corriente, que se dé nacimiento al llamado Contrato Administrativo fundamentando que:

I. Un elemento característico de los Contratos es la **igualdad jurídica de las partes contratantes**, principio que no rige en los llamados Contratos Administrativos porque la Administración Pública tiene supremacía en la relación jurídica respecto al particular obligado y no se concibe que pueda desvincularse de su jerarquía al contratar con particulares.

II. En los Contratos debe existir **autonomía de la voluntad de las partes contratantes**, no sucediendo en el llamado Contrato Administrativo, porque cuando contrata la Administración Pública tiene su voluntad reglada, teniendo que sujetarse a ciertas reglas que le señalan cómo debe contratar, y en cuanto al particular contratante, tampoco tiene libre expresión de su voluntad al obligarse ya que no aporta su opinión acerca de la forma y condiciones que le sean favorables y lo protejan en sus intereses al contratar, sino que solamente se concreta a aceptar o a rechazar las condiciones y términos que fija el órgano público unilateralmente en el Contrato.

III. El objeto del Contrato está fuera del comercio, no siendo posible

que los particulares celebren Contratos respecto a objetos del Estado, porque no existe materia del mismo y por ende no se comprende la existencia del Contrato Administrativo.

## b) Teoría Positiva.

Por otra parte, existe la corriente doctrinaria que acepta la existencia de los Contratos de la administración, siempre y cuando se sujeten al Derecho Privado; así García Oviedo<sup>5</sup> considera que la Administración Pública cuando contrata, lo hace como persona de Derecho Privado; para este autor la aceptación de un régimen especial para la categoría del Contrato Administrativo lleva a la negación del concepto del Contrato, no se puede conceder superioridad a una de las partes.

Vitta<sup>6</sup> después de una brillante exposición acerca del tema, niega la existencia de Contratos Administrativos Públicos y fundamenta la existencia de contratos de la Administración sujetos al Derecho Común.

Guido Zanobini<sup>7</sup> se expresa de esta manera: "La corriente italiana actual, sostiene la inadmisibilidad de actos bilaterales entre entes públicos y morales, que no sean contratos de mero Derecho Privado".

Otto Mayer<sup>8</sup> afirma: "El Derecho Civil sólo se aplica en la Administración en los casos en que ésta ejerce funciones fiscales, allí es de aplicarse el Derecho Común, pues la Administración ejerce funciones similares a las de un particular que atiende sus negocios. . . Existe la presunción de que el Estado, en lo que se refiere a la Administración Pública, le es aplicable el Derecho Público y nunca el Derecho Privado y menos el Contrato: es imponer contribuciones, exigir porcentajes en las concesiones, pagar salarios a los empleados del Estado. La teoría de la doble personalidad del Estado no es admisible en nuestra legislación (Alemana), pudiendo dar origen a instituciones de derecho mixto. El campo civil y administrativo está bien delimitado. . . Nuestras instituciones jurídicas son de naturaleza necesariamente uniforme; ellas son de Derecho Civil o de Derecho Administrativo. . . No es posible que el Estado se presente a la vez como poder superior y como simple particular".

¿Merecen estos autores que niegan la calidad de Contrato Administrativo la más severa crítica? En el siglo XIX ciertamente era imposible concebir un contrato sin la expresión de voluntades, estando las partes colocadas en un plano de igualdad. El Estado en este siglo era solamente un mandatario en las relaciones de los particulares, pero cuando el Estado se da cuenta que no es sólo el interés de las partes el que está en cuestión en los contratos o actos de los particulares, interviene imponiéndoles limitaciones, prohibiciones, buscando con ello el interés colectivo. Asumiendo el papel de rector de los actos de los particulares, más aún, el Estado moderno, en vista de las

5 Derecho Administrativo.—Madrid, 1948. Página 285.

6 Vitta, página 321. No. 81 y Sig. Diritto Administrativo, Turín 1962, Tomo I.

7 Zanobini—Corso Di Diritto Admvo. Milán, 1947. Tomo I. Página 264.

8 Derecho Administrativo Alemán, Tomo I, página 176.

necesidades colectivas, interviene como parte en contratos para satisfacer ese interés.

Messineo<sup>9</sup> afirma: "Por tanto, también en materia contractual debe poderse distinguir según la calidad o carácter con que obra el Estado o el ente público, para concluir que, sólo cuando obra en función de índole privada, puede él mismo ser parte de un contrato. . . Mientras que cuando obra en función de carácter público. . . No es un contrato. . . La inadmisibilidad se funda principalmente en la posición desigual de los mismos sujetos, por cuestiones de voluntad que es condición indispensable para un contrato. . . También es incompatible el concepto de contrato con el acuerdo entre particular y administración, por las posiciones diversas en que las partes se verán en el acuerdo. . . La Administración se ve en un plano de libertad que falta en el particular, los actos de voluntad de la primera son en algunos casos obligatorios e inmediatamente ejecutivos. . . Si se arguye que llega a faltar la autonomía de la voluntad siempre en los contratos públicos como sostienen los contractuales; por concesiones o transacciones, diremos que ello también ocurre en los negocios indudablemente bilaterales, si bien son contractuales. Ejem.: Matrimonio. . . respecto a las concesiones, sostiene que es el ejemplo más importante de unilateralidad, porque el particular al momento de que contrata es ya en cuanto concesionario, un sujeto activo de la potestad administrativa y entonces es un sujeto idóneo para realizar actos administrativos. . . En los acuerdos entre la Administración y el particular, se consideran sólo dos actos unilaterales independientemente considerados, el de la administración es acto principal y operativo del acuerdo; el del particular, el de constituir simplemente una condición del primero. . ."

León Duguit, profesor de la Universidad de Burdeos, elaboró una obra de carácter jurídico, a la que denominó "Las Transformaciones del Derecho Público";<sup>10</sup> comenta el traductor que la postura adoptada por Duguit es de un realismo naturalista extremo que lo conduce a no aceptar, ni admitir más voluntad real que la individual ni más personalidad real que la del individuo, rechazando la realidad de la voluntad colectiva, general, distinta a la individual, negando por ende la personalidad jurídica del Estado, y objeta dicha tesis diciendo que el Estado no tiene el significado que pretende Duguit, porque el Estado es una realidad patente que se demostró durante la Guerra Mundial que fue entre naciones y no entre ejércitos, afirmando que aun en el caso de que no existiera el Estado, éste se crearía para que exista el entendimiento mutuo y una vida de derecho eficaz, aunque es preciso hacer notar, que el maestro Duguit al fundar su concepción del individuo, ratifica su postura que ha defendido acerca del Estado, al decir que éste no se reduce más que a "una diferenciación entre gobernantes y gobernados", donde resalta sobre todos los demás elementos, el individual.

Para Duguit, el Derecho Subjetivo Individual, nace del Derecho Natural inalienable e imprescriptible del individuo, principio que le sirve de

<sup>9</sup> Obra citada, Tomo I, página 57.

<sup>10</sup> León Duguit. "Las transformaciones del Derecho Público". Edic. española. Páginas 15 a 16.

cimiento para establecer que la crisis de la transformación del Derecho Público entraña: La destrucción real y supuestos acerca de la Nación como persona investida de un poder soberano de dominación o imperio por derecho propio o en razón de la fuerza y que denota frente al particular, habiéndose elevado dicho imperio a la categoría de Derecho Subjetivo de la Nación Soberana.

La sustitución de dicho concepto por el de un Estado sin soberanía, sin Derecho Subjetivo y sin personalidad colectiva, proponiendo que en lugar del concepto Soberanía, se imponga el de Servicio Público, que es otra de sus concepciones últimas, es lo que le lleva en su Teoría General del Estado al referirse a sus fines y actividades, que considera debía realizar dicho ente público.

Al concluir el capítulo II de su obra, ratifica sus originales principios individualistas sobre cualquier otro concepto al decir: El Estado no es un poder Soberano que manda; es un grupo de individuos que detentan una fuerza que deben emplear y dirigir los servicios públicos.

Posteriormente, en el tema III del capítulo V de su obra apuntada,<sup>11</sup> el profesor de Burdeos al hablar del Acto Administrativo especifica: "Si hay muchos actos unilaterales, muchos también son actos contractuales. Un acuerdo de voluntades se produce entre un agente público y otro individuo, y esta declaración contractual de voluntades es en tal caso el sostén del acto administrativo. Por lo demás, no se ha podido descubrir, no obstante los esfuerzos hechos, un criterio que permita decir en qué caso la administración puede obrar de modo unilateral y en cuáles de modo contractual. En cada caso es preciso proceder a un análisis de las circunstancias y buscar si en realidad hay elementos de un contrato o los de un acto unilateral".

En cuanto a los llamados "CONTRATOS DE ESTADO", expresa en el tema.<sup>12</sup> IV del mismo capítulo V, que en el sistema imperialista existen varias teorías que han intentado explicar el carácter obligatorio de los Contratos del Estado, mencionando las siguientes corrientes:

I. **Teoría Individualista.**—Estima que la Soberanía se encuentra siempre limitada por los derechos naturales del individuo y en donde el Estado no puede proceder más que por Vía de Contrato cuando actúa en la esfera de los derechos individuales reservados, resultando así obligado por el contrato y de violarse se realizaría un atentado contra los Derechos Naturales Inviolables.

II. **Teoría Alemana del Estado Fisco.**—Es defendida por M. Ducrocq, fundada en que el Estado tiene dos personalidades, una de poder público y otra patrimonial o fiscal, creándose la segunda como consecuencia de un acto de voluntad soberana de la primera, siendo sólo parte en el contrato el Estado Fisco, no oponiéndose a que se halle ligado por el contrato como

<sup>11</sup> León Duguit. "Las transformaciones del Derecho Público". Edic. española. Página 229.

<sup>12</sup> León Duguit. "Las transformaciones del Derecho Público". Edic. española. Páginas 232 a 234.

como un simple particular. Se han interesado en esta teoría principalmente dos autores que proponen diversas soluciones:

a) El jurista Michoud habla de la doble personalidad, en que el Estado aparece con carácter de poder público, mandando y realizando actos de autoridad y desde otro aspecto, el Estado contrata con una personalidad privada, y

b) Jorge Jellinek desarrolla la teoría de la autolimitación, en virtud de la cual la voluntad soberana es no determinarse más que por sí misma, siendo posible que el Estado contrate y consienta en limitarse por su propia voluntad, por tanto al obligarse se autolimita; su voluntad aún limitada de ese modo, no se determina más que por sí misma siguiendo soberana en absoluto al obligarse por contrato.

Después de enunciar estas teorías, León Duguit puntualiza que ellas no son más que "vanos juegos del Espíritu", porque el carácter obligatorio de los Contratos del Estado no es discutible, y esta afirmación constante y unánime del lazo que imponen al Estado, demuestra una vez más la eliminación del concepto de poder; de ello resulta que ningún otro órgano del Estado puede atentar contra un contrato, ni aun el Parlamento mismo, porque el acto por el cual un órgano o un agente del Estado (el Parlamento mismo) anulase o modificase una obligación contractual del Estado, no tendría valor y los tribunales deberían condenar al Estado como si ese acto no existiera. La vieja concepción de los Contratos de Derecho Público que autorizaba al Estado para sustraerse a las obligaciones contractuales, ha pasado. El contrato es un acto jurídico que tiene el mismo carácter en Derecho Público que en Derecho Privado, o mejor dicho no hay distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado y el Estado a pesar del acto del Parlamento enderezado a liberarlo de sus obligaciones queda obligado contractualmente, aún cuando los Tribunales estatuyan sobre una cuestión de responsabilidad nacida de un acto del Parlamento, que éste no puede suprimir.

Duguit, cita algunos ejemplos acaecidos en la vida real y jurídica, que justifican su postura, los cuales se transcriben a continuación:<sup>13</sup> "El Consejo de Estado en 1896 y en 1904 formuló dos decisiones características. Por un acuerdo celebrado en 1860 con el Gobierno Francés, ciertos establecimientos eclesiásticos de la Saboya remitieron títulos de renta (Cartelles) a Francia, que en cambio debía pagarles en forma de sueldo el equivalente de los intereses. Habiéndose negado en 1883 el Parlamento Francés a consignar en el presupuesto los créditos necesarios para el pago de las subvenciones correspondientes y habiéndose negado él mismo a ordenarlas, el Consejo de Estado estatuyó el 8 de agosto de 1896, anulando la disposición ministerial y remitiendo a las partes ante el ministro para la liquidación de la deuda; en una palabra, condenó al Estado Francés a pagar su deuda contractual, a pesar de la decisión del Parlamento.

<sup>13</sup> León Duguit, "Las transformaciones del Derecho Público". Edic. española. Páginas 235 y 236.

En la Sesión de la Cámara del 22 de diciembre de 1899, M. Caillaux ministro de Hacienda, pidió un crédito para ejecutar la sentencia y afirmó muy claramente el carácter obligatorio de los contratos celebrados por el Estado, no obstante la decisión contraria del Parlamento. El 10. de julio de 1904, el Consejo de Estado estatuyó en beneficio de la Fábrica y del Cabildo de Annecy exactamente y en los mismos términos que en 1896, en beneficio de la Fábrica de San Juan de Maurienne y por igualdad de motivos.

Conocida es la protesta terminante formulada el 3 de diciembre de 1909 ante la Cámara de Diputados por M. Millerand, ministro de Obras Públicas, contra la proposición de M. Jaures enderezada a votar una ley que, con las apariencias de interpretación, hubiera liberado al Estado de sus obligaciones para con la compañía del Oeste.

En relación a las tres ideas fundamentales que sustenta esta teoría podríamos afirmar que la aceptación del criterio de la doble personalidad del Estado, cuando actúa como entidad soberana y cuando actúa como persona de Derecho Privado, conduce al razonamiento de que cuando la Administración actúa con esta última personalidad, se coloca en el presupuesto necesario para que exista la posibilidad de la celebración de un contrato por cuanto al presupuesto de igualdad jurídica en las partes contratantes.

Por lo que se refiere a la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato, las figuras de los contratos de adhesión nos llevan a pensar que esa autonomía debe ser en cuanto a la libertad para celebrar o no el contrato y no en cuanto a la determinación de las cláusulas del mismo. Es decir, que aun cuando en los contratos de la Administración existan limitaciones por lo que se refiere a la fijación de condiciones o características especiales, siempre existirá la autonomía absoluta del cocontratante para celebrar o no el contrato.

Por último en cuanto a que el objeto de los contratos deba estar dentro del comercio, cabe hacer mención a que la Administración Pública puede en nuestro medio celebrar contratos en relación con bienes que no estén en el comercio, como por ejemplo los bienes destinados a un servicio público.

Por lo anterior, no consideramos justificable la doctrina que niega la existencia de los Contratos de la Administración.

Pasemos a continuación a conocer las opiniones de autores que defienden y sostienen la existencia de estos contratos.

Autores como Bielsa, Laubadire y Jéze, aceptan la existencia de los Contratos Administrativos fundados en que no se puede negar la existencia de un procedimiento contractual que necesita de un acuerdo de voluntades por el que se quisieran modificar o extinguir relaciones jurídicas entre las partes, originando la bilateralidad por la que quedan obligadas las partes recíprocamente, fenómeno que se sucede en los Contratos Administrativos<sup>14</sup>

<sup>14</sup> M. M. Díez. "Derecho Administrativo", Tomo II. Página 440.

y objetan los argumentos de quienes forman la Doctrina Negativa al decir:

a) **Sí existe igualdad entre las partes en el Contrato Administrativo** porque aunque la Administración Pública actuara con mayor liberalidad en cuanto al particular cocontratante ambos expresan libremente su voluntad de celebrar el Contrato y por ende de obligarse en los términos del mismo, pudiendo aceptarse que dicho Contrato no tuviera el carácter de privado, entonces debe catalogarse dentro de un grupo especial que son los Contratos Administrativos.

b) En cuanto a la falta de autonomía de la voluntad entre las partes contratantes, se afirma que ni la pretendida voluntad normativa de la Administración impide a ésta concluir el contrato como tampoco el particular frente a ella se encuentra en condiciones más precarias de elección que cuando concluye uno de los muchos contratos de adhesión que conoce el Derecho Privado, independientemente del hecho que ha originado el establecimiento de ciertas reglas necesarias para que, al contratar el órgano público de la Administración, el funcionario que obre en su representación no se exceda en sus funciones y haga transacciones con particulares que comprometan los intereses de la colectividad que representa, pues en la misma medida la legislación civil protege la igualdad de los contratantes en disposiciones a las cuales se deben someter, pero sin llegar a interferir en la libre contratación.

c) **Respecto a la inercialidad del objeto en el Contrato Administrativo**, dicen los positivistas que es una objeción sofística, ya que el dominio público y el servicio público están fuera del comercio de los particulares, pero la disponibilidad de la Administración sobre estos objetos es obvia.<sup>15</sup>

A este respecto en México, el Ejecutivo de la Unión puede desafectar bienes que estén fuera del comercio por disposición de la ley mediante un decreto, así el Código Civil vigente dice en el artículo 770: "Los bienes destinados a un servicio público y los bienes propios, pertenecen en pleno dominio a la Federación, a los Estados o a los Municipios, pero los primeros son inalienables e imprescriptibles, mientras no se les desafecte del servicio público al que se hayan destinados".

Existen otros autores que aceptan la existencia del Contrato Administrativo, pero consideran que su denominación es incorrecta y proponen otorgar otra, tal como Zanobini<sup>16</sup> quien lo afirma así "Para resolver los problemas que se plantean en aquellos supuestos en que un acto de Administración, contando como indispensable con la conformidad de un particular, produce una relación jurídica bilateral entre éste y aquélla", Forsthoff se refiere a los actos Administrativos necesitados de coadyuvante para referirse al Contrato Administrativo que denomina Acto Administrativo Bilateral, concepto que se critica por ser una contradicción en sí mismo al hablar de Acto y de bilateralidad de éste, así como que su concepto contempla solamente los supuestos permisos y concesiones, sobre bienes del

<sup>15</sup> Vid. Garrido Falla. Op. Cit. T. II P. 32 (Cit. M: M: Diez, "Derecho Administrativo", T. II P. 437.

<sup>16</sup> Vid. Zanobini, Corzo. Op. Cit. T. I, P. 177.

dominio público así como a las relaciones de empleo no aportando un concepto general y amplio respecto al tema que nos ocupa.

La doctrina francesa se refiere a los Actos Condición que invisten a una persona de una situación jurídica general, impersonal, objetiva y preexistente, concepto que viene a significar la aceptación de los Contratos Administrativos, pues como afirma Garrido Falla <sup>17</sup> al no aceptarse el concepto de Contrato Administrativo se ha aceptado que los Contratos realizados por la Administración son Contratos Civiles, o son Actos Administrativos necesitados del consentimiento de los particulares destinatarios, y en algunos supuestos, actos condición.

Gastón Jéze se refiere al Contrato Administrativo en estos términos: "En lo referente a sus elementos intrínsecos, un contrato tiene siempre los mismos caracteres. No hay diferencia en cuanto al fondo entre un Contrato Civil y otro Administrativo. Lo que da el carácter administrativo y fundamenta la competencia de los Tribunales Administrativos, es la finalidad del servicio público en vista del cual se celebra,.. <sup>18</sup>

Gascón y Manú manifiesta: "No debe haber contrato exclusivamente regido por el derecho común, ya que la capacidad y forma de obrar de la Administración regúlase por el Derecho Administrativo; ni debe haberlos que por su objeto prescindan en absoluto de los principios jurídicos del derecho común en lo que es esencial en materia de contratación, pues medios hay para poder dejar a salvo los intereses del Estado, sin desconocer la personalidad jurídica ni los derechos del particular que contrata con una entidad pública y mantiene con ella relaciones de carácter económico". <sup>19</sup>

Por su parte, Laubadere también acepta la existencia del Contrato Administrativo, fundado en que "La noción misma del contrato es una noción única como lo dice Duguit, el contrato es una cierta categoría jurídica. En Derecho Administrativo como en Derecho Civil, el contrato es un acuerdo de voluntades generados por situaciones jurídicas subjetivas. Pero el régimen jurídico del Contrato Administrativo es un régimen esencialmente autónomo, se verá que obedece a reglas del Derecho Civil, algunas veces en flagrante contradicción con éstas sobre los mismos puntos en donde esas reglas parecen en Derecho Civil fundamentales.

Todo este particularismo de la teoría del Contrato Administrativo está dominado y regido por la noción de las exigencias del servicio público, en los cuales los contratos administrativos tienen por finalidad el permitir facilitar su funcionamiento, mientras que en los contratos entre particulares se está en presencia de intereses de igual valor, en los contratos entre el servicio público y un particular se está en presencia, no como se dice algunas veces, entre voluntades desiguales, sino intereses particulares". <sup>20</sup>

17 Vid. Garrido Falla. Op. Cit. Tomo II, P. 33 (Citado M. M. Diez), D: A: Tomo II, P. 437.

18 Gastón Jéze. "Principios Generales del Derecho Administrativo". Tomo III 1949, Página 313.

19 José Gascón y Manú. Trat. D. A. T. I. Edic. 1952: Página 252:

20 André Laubadere. Traite Elementaire de Droit Administratif. Página 415.

El maestro Gabino Fraga <sup>21</sup> se refiere a que el Estado puede tener relaciones contractuales con los particulares como si fuesen relaciones de particular a particular sometidos al derecho civil, con la sola condición de que no se comprometa con ese carácter cuando se trata del cumplimiento de sus atribuciones, por ello al actuar como particular la administración se le aplicará el régimen de Derecho Civil, y por ende un Contrato que celebre tendrá el carácter de Contrato Civil. Por el contrario, cuando el objeto o la finalidad del Contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones Estatales y que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la ejecución de las obligaciones contractuales se estará en el dominio del Contrato Administrativo, por lo que se concluye que el maestro Fraga acepta la existencia real de los Contratos Administrativos.

<sup>21</sup> Obra citada, página 426 y Sigs.

## B.—REGIMEN DE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

1.—Así, pues, surge el conflicto para determinar si la Administración Pública siempre queda sujeta al Derecho Privado en la celebración de los Contratos con los particulares o si es necesario en algunos casos aplicar normas diferentes, exorbitantes a éste, que permitan la plena libertad de la Administración para concluir totalmente la meta de satisfacer el interés general. Surge entonces en la doctrina la división de los contratos celebrados por la Administración en dos ramas principales o fundamentales: Contratos de Derecho Privado de la Administración que son aquellos que se celebran por la administración con un particular y que quedan regulados por el Derecho Privado, por las normas contenidas en las Legislaciones Civil y Mercantil y algunas reglamentarias por lo que se refiere a la Administración Pública y los Contratos propiamente Administrativos o que pertenecen al Derecho Público, los cuales deben quedar sujetos a un régimen exorbitante del Derecho Privado, con objeto de permitir a la Administración Pública la libertad suficiente para poder satisfacer sus metas fundamentales.

2.—El maestro Andrés Serra Rojas<sup>22</sup> nos dice: "La Administración puede celebrar contratos sujetos a diversas modalidades jurídicas. Los contratos celebrados por la Administración Pública pueden ser: a) Contratos civiles realizados por la Administración y sujetos al régimen del derecho privado. b) Contratos Administrativos, en los que necesariamente debe intervenir la Administración en la gestión de un servicio público y con un régimen de derecho público determinado por ley, en el cual se establecen cláusulas exorbitantes para regular la relación contractual. Debemos insistir que no toda actividad del Estado se realiza bajo la forma de servicios públicos, por lo que nos encontramos con actividades estatales que pueden originar contratos administrativos". Por otra parte, otro tratadista mexicano, el Lic. Jorge Olivera Toro<sup>23</sup> afirma que "Los contratos celebrados por la Administración pueden ser: a) Contratos civiles realizados por la Administración y sujetos al régimen de

<sup>22</sup> Obra citada, página 1034.

<sup>23</sup> Manual de Derecho Administrativo. Página 445.

Derecho Privado. b) Contratos administrativos en los que interviene la Administración, sujetos a régimen jurídico especial. En rigor no hay base precisa y clara para establecer la diferencia entre ambos contratos, solamente que se recurra a justificar que los contratos Administrativos existen atendiendo a la circunstancia de que están sujetos a un régimen jurídico exorbitante del constituido por el Derecho civil". Otro de los eminentes autores mexicanos, don Gabino Fraga, <sup>24</sup> también expone que "Si, pues, no basta que el Estado intervenga para que se califique la naturaleza jurídica del contrato, debemos buscar otro elemento que sirva para distinguir las dos categorías en que la doctrina más generalmente aceptada agrupa los contratos que el Estado celebra: contratos civiles y contratos públicos o administrativos". Por lo que se refiere a algunos tratadistas extranjeros, podremos mencionar el criterio sustentado por Jeze <sup>25</sup> quien analiza la jurisprudencia francesa hablando por ejemplo, de las conclusiones del Comisario de gobierno Blum de fecha 21 de julio de 1912, las de 6 de febrero de 1913 del Comisario Romian, las conclusiones del 3 de diciembre de 1920 del Comisario Cornielle y las de 23 de mayo de 1924 por el Comisario Rivet, deduciendo de todo ello que "resulta que hay contratos administrativos en sentido preciso, contratos distintos de los civiles, y que no todo contrato celebrado por la Administración para asegurar el funcionamiento de un servicio público es un contrato administrativo" en donde puede apreciarse claramente el criterio de este autor, de sostener que la Administración Pública puede celebrar contratos que queden sujetos al régimen de derecho privado, pero que en determinados casos estos contratos, por atender a otras finalidades de interés general, deben quedar regulados por el derecho público para satisfacer, primeramente la garantía de ese interés.

El profesor Weil en su obra Derecho Administrativo <sup>26</sup> nos habla de que "la Administración, realiza contratos de derecho privado, sometidos a las reglas del Código Civil, y contratos administrativos. Lo que caracteriza al contrato administrativo es precisamente un conjunto original de prerrogativas y sujeciones, inspiradas todas por la finalidad de acción administrativa". Luis Pérez del Río y Valdeparés <sup>27</sup> sostiene que "La Administración, mediante el contrato, unas veces se provee de medios reales o de servicios personales, y otras, encomienda a particulares la realización de algunos de sus servicios. Estos contratos en que la Administración interviene pueden ser de dos tipos: contratos privados, o de derecho civil, y contratos públicos, propiamente administrativos o de derecho administrativo".

Por su parte, el autor Fleiner en su obra "Instituciones del Derecho Administrativo" <sup>28</sup> afirma la posibilidad de la existencia de contratos en derecho administrativo, señalando que dichos contratos, según la teoría alemana al

<sup>24</sup> Obra citada, página 428.

<sup>25</sup> Principios del Derecho... Tomo III, página 316.

<sup>26</sup> Obra citada, página 59.

<sup>27</sup> "Derecho Administrativo" Página 25.

<sup>28</sup> Obra citada, páginas 167 y 168.

respecto, son aquellos que se celebran entre personas o entre sujetos de una misma situación e igualdad jurídica ante la ley, es decir, considera que los contratos de derecho administrativo son aquellos que celebran los Municipios y las mancomunidades municipales y organismos de igual índole entre sí, en tanto que sostiene que no son contratos administrativos sino de derecho privado, en la teoría alemana, los contratos que "versando sobre relaciones civiles concluyen las autoridades administrativas para atender a numerosas funciones administrativas (contrato con una constructora de obras concerniente a la apertura de una calle, etc.), a los cuales "el derecho administrativo alemán los considera contratos ordinarios de derecho privado".

El profesor Allan-Radolph Brewer Carias <sup>29</sup> manifiesta, en relación a este tema, que "los contratos de la Administración se presentan bajo dos formas distintas. Por una parte, la Administración puede realizar sus negocios jurídicos con los particulares, bajo la forma de contratos de derecho privado, es decir, contratos idénticos a aquellos de los particulares, tal como están regidos en el Código Civil. En efecto, la Administración puede comprar un terreno u otro inmueble amigablemente; puede vender productos del dominio privado del Estado; puede dar en arrendamiento o arrendar amigablemente un inmueble, etc. La Administración recurre muy frecuentemente a este tipo de contrato: ello es la regla en el campo del dominio industrial y comercial del Estado. Pero la Administración Pública puede realizar también actos bilaterales, que, si bien tienen naturaleza contractual, como consecuencia de su contenido, la relación jurídica que surge de ellos es una relación de Derecho Administrativo y, por tanto, estarán sometidos a normas jurídicas autónomas, algunas de las cuales distintas de las del Derecho Privado. Estos contratos forman, dentro de los Contratos de la Administración, la categoría particular de los contratos administrativos".

Como podemos observar, de las opiniones de los tratadistas encontramos que el problema fundamental en esta materia estriba en determinar cuándo, en qué caso en que la Administración contrate con los particulares, los contratos que celebre quedan sujetos a reglas distintas, superiores al Derecho Civil, con el objeto de satisfacer ampliamente las necesidades propias de la Administración que le impone el presupuesto categórico de satisfacer el interés general o colectivo.

He aquí el problema fundamental y la cuestión planteada por todos los autores: conocer exactamente qué características especiales, qué condiciones sine qua non deben reunir los contratos celebrados por la Administración, para que se justifique que dichos actos jurídicos queden subsumidos al régimen del Derecho Público, formando así los llamados propiamente contratos administrativos, diferentes de aquellos que la misma Administración celebra con particulares, y a los cuales no se hace necesario regularlos con normas exorbitantes del derecho privado.

3.—Encontramos entonces como tema fundamental para aclarar esta si-

---

<sup>29</sup> LAS Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana.

tuación, cuál debe ser el criterio que debe seguirse en la implantación del o los elementos que al intervenir en un contrato celebrado por la Administración, obliguen a que éste pase a formar parte de los actos de la Administración regulados por el Derecho Público, en atención a garantizar el mejor cumplimiento por parte de aquella de sus metas fundamentales.

Estudiemos al respecto las opiniones esgrimidas por los autores en relación a esta cuestión:

En su obra citada, el maestro Serra Rojas <sup>30</sup> sostiene que "en los contratos administrativos se viene abriendo paso la idea de una protección eficaz del **interés general** en contratos relacionados con servicios públicos, atribuciones o fines del Estado y sus funciones. El principio de res inter alios acta, sufre modificaciones esenciales, ya que **los intereses de la colectividad imponen restricciones a la libertad contractual**", aclarándonos posteriormente que el contrato administrativo debe contener, necesariamente, la gestión por parte de la administración para realizar un servicio público y que el régimen de dichos contratos debe ser precisamente un régimen de Derecho público determinado por la misma ley, en donde se establezcan cláusulas exorbitantes del Derecho común, para poder regular eficazmente dicha relación contractual, concluyendo, de conformidad con la jurisprudencia francesa, que el contrato administrativo tendrá este carácter por el simple hecho de que del mismo dependa el funcionamiento de un servicio público.

Por su parte, el profesor Olivera Toro <sup>31</sup> se pregunta por qué es necesario un régimen ajeno al Derecho Civil y analiza la doctrina francesa referente a la noción de servicio público, opinando que "Las modulaciones que sufre la institución contractual y que le da una tónica especial administrativa, es debida a la peculiar manera de funcionar de la Administración sobre la base de competencia, procedimiento, presupuesto, etc. (que también son necesarios para el contrato privado de la Administración); además esa tónica **proviene de la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas** que establecen reglas específicas sobre ejecución, cumplimiento y extinción". El maestro G. Fraga <sup>32</sup> explica que "Se ha considerado por una buena parte de la doctrina que el carácter administrativo y consecuentemente el régimen excepcional relativo, corresponde a los contratos en **razón de la finalidad que persiguen, que es una finalidad pública, o según otras expresiones: de utilidad pública, de utilidad social.**

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

30 Página 1035.

31 Obra citada, página 449.

32 Obra citada, página 427.

un régimen jurídico especial", y a la pregunta de por qué en algunos casos la Administración Pública celebra contratos de Derecho privado y en otros casos contratos administrativos responde "la razón de ello creemos que se encuentra dentro de las ideas que hemos recordado, según las cuales el derecho privado se aplicará al Estado cuando los actos que éste verifique no se vinculen estrecha y necesariamente con el cumplimiento de sus atribuciones y cuando, por lo mismo, la satisfacción de las necesidades colectivas no se perjudique, porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen especial". Gastón Jéze <sup>33</sup> analiza plenamente cuándo debe considerarse que un contrato celebrado por la Administración es un contrato administrativo sujeto al Derecho público y afirma que "Es la **notión de servicio público**, que debe funcionar regularmente, de manera continua, sin interrupción, la que legitima y justifica esta obligación especial que nunca incumbe a un contratante, cuando se trata de un contrato entre particulares o aun de un contrato civil celebrado por la Administración. En esto consiste el Contrato Administrativo", continuando en la afirmación "Se llega a afirmar así, que hay contrato administrativo propiamente dicho, cuando se reúnen las siguientes condiciones:

1a.—Es preciso un acuerdo de voluntades entre la Administración y un particular.

2a.—El acuerdo de voluntades tiene por objeto la creación de una obligación jurídica de prestación de cosas materiales o servicios personales, mediante una remuneración (en dinero o de otro modo).

3a.—La prestación que suministrará el individuo está destinada a asegurar el funcionamiento de un servicio público.

4a.—Las partes, por una cláusula expresa, por la misma forma dada al contrato, por el género de cooperación solicitada al contratante, o por cualquier otra manifestación de voluntad, han entendido someterse al régimen especial de derecho público", concluyendo finalmente que: "De todo esto resulta <sup>34</sup> que los agentes públicos, para hacer funcionar un servicio público, es decir para asegurar la satisfacción de las necesidades de interés general para la cual la legislación organiza un régimen jurídico (servicio público propiamente dicho), pueden celebrar contratos civiles, regidos por el derecho civil, o bien contratos administrativos, regidos por el derecho público. La notión actual de servicio público no significa que los agentes públicos deban utilizar exclusivamente los procedimientos jurídicos del derecho público. Existen casos en que sucede así, en que no es posible elegir, en que el contrato administrativo se impone. Muy frecuentemente, los agentes administrativos pueden usar el contrato civil o el contrato administrativo, según lo juzguen más útil.

"Tal es la significación de esta proposición, en el sentido de que todo contrato celebrado con miras a un servicio público no es necesariamente un contrato administrativo".

33 Obra citada, página 321.

34 Obra citada, página 323.

Otro de los autores citados, Prosper Weil, <sup>35</sup> dice que: "Lo que caracteriza al contrato administrativo es precisamente un conjunto original de prerrogativas y sujeciones, inspiradas todas por la finalidad de la acción administrativa".

El profesor Sarria opina, <sup>36</sup> como ya lo hemos apuntado, que la noción de servicio público es la fundamentación esencial del contrato administrativo. El autor español Luis Pérez del Río y Valdeparés <sup>37</sup> analiza las diferentes teorías que tipifican el contrato administrativo y concluye que son tres los criterios fundamentales al respecto: la jurisdicción especial, los elementos formales y el **objeto o finalidad especial**; afirmando que los dos primeros son más bien consecuencias que causas del orden público a que se sujetan este tipo de contratos y que es el último de los criterios el más adecuado por cuanto a que atiende al fondo del problema y considera que "los autores no dejan de reconocer que es del **objeto y finalidad de donde dimana alguna diferencia**, y consideran, por tanto, como contratos administrativos aquellos en los que interviniendo la Administración tienen por objeto la ejecución de una obra o de un servicio público. Este fue también el criterio que logró prevalecer en los Tribunales españoles". Brewer Carías <sup>38</sup> enseña que la jurisprudencia venezolana "Es unánime al considerar que el requisito esencial que determina la naturaleza de los contratos administrativos es la "finalidad de servicio público" que se persigue al realizar el negocio jurídico, y por tanto, es el criterio fundamental para distinguir entre los contratos de la administración, los contratos administrativos de los contratos de derecho privado.

"...Por otra parte, para nosotros la noción que le da su naturaleza específica al contrato administrativo es la finalidad de servicio público que se persigue al celebrarlo, y no la prestación de un determinado servicio público", aclarando al respecto que esta finalidad es "toda actividad que en ejecución de la ley y como gestión de intereses públicos realiza una autoridad pública, con el objeto de mantener y hacer mantener incólumes las garantías constitucionales; a respetar y hacer respetar los derechos constitucionales de los ciudadanos; a hacer cumplir los deberes constitucionales de los ciudadanos; o a cumplir las obligaciones constitucionales del Estado venezolano, con miras a obtener el bienestar general y la seguridad social".

Con criterio diferente a los expresados, la teoría alemana sobre los contratos celebrados por la Administración Pública, considera que son contratos administrativos solamente aquellos celebrados por entidades públicas en igualdad jurídica ante la ley, y que todos los contratos celebrados por la Administración Pública con los particulares para atender a sus funciones administrativas, pertenecen al derecho privado, por regular una materia de derecho civil. <sup>39</sup>

<sup>35</sup> Obra citada, página 59.

<sup>36</sup> Obra citada, página 228.

<sup>37</sup> Administrativo. Madrid, 1941, página 25.

<sup>38</sup> Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana. Caracas, 1964, página 160.

<sup>39</sup> Fleiner. Obra citada, página 168.

Creemos que en esta cuestión planteada radica una de las más importantes para el estudio de los contratos administrativos o privados de la administración. La importancia de conocer cuándo un contrato es administrativo y cuándo un contrato es privado, radica en dos presupuestos fundamentales desde nuestro punto de vista: 1o.—Saber a qué régimen jurídico quedan sujetas las situaciones provenientes de los contratos celebrados por la administración; el régimen privado en los casos de contratos privados o civiles y el régimen público en tratándose de contratos administrativos; 2o.—Conocer la competencia jurisdiccional que deba conocer de las controversias suscitadas respecto de dichos contratos, ya que en el caso de los contratos administrativos, la competencia deberá ser de los Tribunales Administrativos, en tanto que en los contratos privados, serán los Tribunales Ordinarios los que conozcan y apliquen este derecho privado a esas cuestiones. Respecto a la competencia contencioso-administrativa, volveremos más tarde a insistir, porque a primera vista nuestra legislación no contiene disposiciones claras al respecto. De lo anterior, deducimos, pues, la importancia de establecer la distinción, para lo cual es entonces necesario determinar el orden jurídico a que quedan sujetos los distintos contratos celebrados por la Administración.

André Laubadere <sup>40</sup> afirma que en "La idea de Contrato Administrativo, siendo por definición concluido en vista de un servicio público de interés general, la posición de las partes no será estrictamente igualitaria como en los Contratos Civiles; las razones por las que se hubiera podido dudar que los contratos administrativos son contratos consistentes en:

a) El modo de conclusión comporta en general una reducción unilateral y ventajosa por parte de la administración, pareciendo excluir la libre determinación de las causas contractuales, y por otra parte,

b) Las reglas de ejecución de los contratos que ponen en manos de la administración ciertos poderes exorbitantes de intervención y aun de modificación unilateral de las estipulaciones contractuales, parecen poner en duda el contrato. Estos elementos no impiden que estos contratos lo sean verdaderamente, es decir, acuerdo de voluntades productivas de obligaciones, pero ciertos contratos administrativos no son más que parcialmente contratos, tienen una naturaleza mixta, por una parte crean una situación contractual, por otra parte se dirigen a aplicar algo al contratante".

Rafael Bielsa afirma: <sup>41</sup> "Llamar condición el consentimiento de una persona para crear una relación contractual, es algo que no admitimos, porque del mismo modo podría llamarse condición a la decisión administrativa creadora de la resolución jurídica". Por otra parte sostiene: "Es contrato administrativo el que la administración pública celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública".

<sup>40</sup> Traite Théorique Et Practique Des Contrats Administratifs. Tomo I. Páginas 22 a 24.

<sup>41</sup> Obra citada, Tomo II, página 143.

Mario Gallo <sup>42</sup> afirma: "El actual disentimiento de la doctrina en orden a los acuerdos contractuales de Derecho Público entre la administración y el particular: gravedad de la controversia, especialmente en referencia a la disciplina jurídica en expectativa a esta categoría de acuerdos... El disentimiento se inicia cuando la prestación constituye objeto de acuerdos obligatorios, derivados de negocios en los que en el procedimiento de formación intervienen juntamente dos manifestaciones de voluntad que, proviniendo de dos partes con intereses antagónicos, pero convergiendo después en un punto común, reproducen simétricamente la situación que también ocurre en los acuerdos de derecho privado, de Derecho Administrativo, reconocida como contractual. Con la exacta situación ocurre lo mismo en los contratos de derecho público, si los sujetos de Administración Pública vienen a formar el negocio".

M. Waline <sup>43</sup> al hablar del contrato administrativo lo considera como: "El negocio bilateral que el Estado realiza con una o varias personas privadas o públicas, con propósito de utilidad pública para constituir, modificar o extinguir un vínculo patrimonial o económico regulado por leyes de interés público".

Miguel Angel Bercaitz <sup>44</sup> se expresa: "Contratos administrativos son aquellos celebrados por la administración pública con un fin público, o que en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público exorbitante del Derecho Privado, que colocan al contratante de la Administración Pública en una condición de subordinación jurídica. Y añade que son también contratos administrativos, aun cuando no por su naturaleza, aquellos que el legislador ha sometido a reglas del Derecho Público exorbitantes del Derecho Privado, que colocan al contratante de la Administración Pública en una condición de subordinación jurídica, a pesar de no celebrarse con un fin público ni afectar su ejecución la satisfacción de una necesidad colectiva".

Resume la opinión de estos autores que el factor determinante en esta cuestión es el interés general, que persigue la Administración Pública mediante la prestación de un servicio público; así, se opina que su actuación no puede quedar sujeta por las reglas del Derecho Privado, ya que esto privaría a la Administración de su soberanía y libertad para realizar y concluir satisfactoriamente sus fines. En estos casos, sugieren que todos los actos contractuales celebrados por la Administración deban quedar sujetos al régimen de Derecho Público, entendiéndose por esto, no un régimen especial normativo, puesto que en la mayoría de los países no hay una regulación normativa especial para la Administración, sino las disposiciones o principios protectores de los supremos intereses colectivos, para que en aquellas cuestiones funda-

42 Ripporti Contrattuali. Padua, 1936. Página 23 No. 11, página 25 No. 12 y página 42 No. 18.

43 Traite Elementaire de Droit Administratif. Página 343.

44 Teoría General de los Contratos Administrativos. Edit. de Palma, Buenos Aires, 1952. Página 214.

mentales en las que la Administración deba actuar con autoridad para establecer condiciones exorbitantes del derecho común, en estas situaciones debe permitirse la inclusión de normas de derecho público, atendiendo precisamente a que el Derecho Público proteja el interés general o colectivo.

4.—Pero cabe preguntar si la Administración Pública en todos sus actos debe buscar como finalidad la satisfacción del interés público, pregunta a la cual la contestación debe ser indiscutiblemente positiva, y entonces, si en todos los actos de la Administración Pública tenemos presente la noción del interés general, no estaremos siempre en presencia de contratos administrativos? <sup>45</sup>; pensamos que no, porque efectivamente la Administración Pública siempre busca la satisfacción del interés general, pero en el devenir de su actuación diaria debe recurrir en constantes e innumerables ocasiones al auxilio de los particulares en aquellas actividades que no persigan directamente la creación o funcionamiento de un servicio público, sino que son actividades necesarias para la mejor marcha del sistema administrativo en otros campos de acción.

Por lo que se refiere al aspecto en que coinciden las diversas opiniones, notamos que la inclusión de la finalidad de un interés público o general, como rasgo particular de los contratos celebrados por la Administración Pública, debe entenderse en realidad, no como exclusivo elemento de los contratos administrativos, sino de todos los actos del Estado, y por ende de los de la Administración Pública, ya que si aceptamos que la justificación del Estado se encuentra en razón del interés y que sus fines son siempre destinados a satisfacer este interés colectivo o general, tenemos que concluir que el Estado siempre obra con la finalidad de satisfacer precisamente el interés colectivo, y la administración pública, como parte del Estado, no puede tener fines ajenos a los de aquél.

Consideramos que el Estado es una institución social y jurídica, que encuentra su justificación plena precisamente en el aspecto de convivencia o interrelación de los hombres, así como en la regulación y la ordenación de esa convivencia, es decir, el Estado es algo para todos en la vida social, es una creación humana que protege a sus creadores, es en fin algo que nace no de un hombre ni de algunos, sino de todos ellos unidos en sociedad. "El Estado es siempre, cualquiera que sea su forma (primitiva, antigua, medieval o moderna), la invitación o, en su defecto, la imposición que un grupo de hombres hace a otros grupos humanos para ejecutar juntos una empresa. Esta empresa, cualesquiera que sean sus trámites intermediarios, consiste a la postre en organizar un cierto tipo de vida". <sup>46</sup> Pero "La forma desenvuelta de comunidades con un carácter de asociaciones supremas y complejas, a las que hoy designamos justamente con el nombre de Estado, principia con el asentamiento de los hombres en un suelo, es decir, con la vida sedentaria". <sup>47</sup>

El Estado encuentra su razón en los hombres y su fin en servirles a ellos,

<sup>45</sup> E. Sarría. Obra citada, página 228.

<sup>46</sup> Luis Recasens Siches. Tratado de Sociología, 3a. Edic. México, 1960, página 504.

<sup>47</sup> Gerber Jellinek. "Teoría Gral. del Edo." 2a. Edic. México, 1958, página 218.

por eso debe hablarse de la actividad del Estado como algo de interés humano, pero no considerado en la individualidad de cada ser, sino en la unidad del grupo, es decir, ese interés humano es general o colectivo. El mismo Estado no puede sustraerse a esa finalidad, puesto que es su razón y su meta. Sería erróneo considerar la existencia de una personalidad del Estado que se sustrajera del interés general o colectivo; no podría comprenderse un interés económico del Estado que no fuera el de satisfacer las necesidades colectivas; no se justificaría el patrimonio tan enorme del Estado si no estuviera afecto precisamente a servir el interés general, y no cabría hablar de una acción del Estado, si no se encaminara a satisfacer ese interés colectivo. La Administración Pública, como función del Estado, no puede permanecer ajena a esa directriz del interés general en su actividad, es por eso que sus fines no pueden ser mayores o diferentes a aquellos del Estado; al respecto permítasenos concordar con Jellinek: <sup>48</sup> "El más alto principio para la actividad general del Estado es, por tanto, promover la evolución progresiva de la totalidad del pueblo y de sus miembros. Este principio se aplica en tres direcciones: Una frente al individuo cuya evolución ha de ser la de favorecerlo como miembro del todo; la segunda, frente al pueblo, en cuanto a totalidad de los miembros actuales y futuros del Estado; la tercera y última, en relación con la especie humana, de la cual cada pueblo particular no es sino un miembro. Hay, pues, tres géneros de intereses solidarios, de los cuales ha de cuidar el Estado, a saber: a) Individuales; b) Nacionales, y c) Humanos.

Desde el punto de vista de la justificación teleológica, el Estado tiene para nosotros, hoy, el carácter de asociación de un modo sistemático y centralizador, valiéndose de medios exteriores, favorece los intereses solidarios individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común".

Iguamente parafrasearíamos con Hermann Heller:<sup>49</sup> "La función del Estado consiste, pues, en la organización y activación autónoma de la cooperación-social-territorial, fundada en la necesidad histórica de un status vivendi común que armonice todas las oposiciones de intereses dentro de una zona geográfica, la cual, en tanto no exista un estado mundial, aparece delimitada por otros grupos territoriales de dominación de naturaleza semejante. Pues todas las Instituciones despliegan poder, y si no se fija una función de sentido al poder específico del Estado, no es posible diferenciarlo de una gavilla de bandoleros, o de un club deportivo". "Por tanto hemos de aceptar que el Estado persigue en su existencia y en su finalidad la satisfacción del interés colectivo o social en varios aspectos y que su actividad deberá tener en eso su única finalidad".

5.—De lo anterior, nosotros concluiremos que toda actividad del Estado, y por ende de la Administración Pública, tiene una norma y un fin que se reduce únicamente a la satisfacción del interés general.

Si entonces, la finalidad del interés general está presente en todos los

<sup>48</sup> Obra citada, página 215.

<sup>49</sup> "Teoría del Estado". 4a. Edic. México, 1961, página 221.

actos de la Administración como un elemento de tipo teleológico y causal, qué elemento puede considerarse como el que diferencia o provoca que unos contratos celebrados por la Administración pertenezcan al régimen de Derecho Público y otros en cambio queden sujetos al régimen de Derecho Privado.

Podríamos resumir que entre las principales corrientes de autores que opinan sobre este punto, pueden distinguirse con claridad dos criterios: el que califica de administrativos o privados los contratos de la administración en razón de su propia naturaleza y el criterio que sustenta que esa diferenciación deberá ser en cuanto al contenido de cláusulas exorbitantes del derecho común para el caso de los contratos administrativos.

La corriente que fundamenta la diferenciación entre contratos administrativos y contratos privados de la administración, en razón de la naturaleza propia del acto jurídico, lleva en sí implícito el análisis del objeto o fin de dichos contratos, pues se ha llegado a determinar, entre estos autores, que la naturaleza de un contrato celebrado por la administración será de carácter público, es decir, sujeta a normas de derecho público, cuando el contrato tenga por objeto o fin una actividad de servicio público o aún, ampliando este concepto, vinculado a la noción del interés general.<sup>50</sup>

Sin embargo, no es difícil comprender que a la luz de la diversidad de criterios en cuanto a la definición de "servicio público" o de "interés general", esta doctrina muestra una debilidad grave: sujeta a un criterio subjetivista la determinación del régimen jurídico a que deben quedar sujetos los contratos de la administración.

Por otra parte, otro grupo de autores han encontrado más objetivo y fácil de determinar el régimen de publicidad del contrato de la Administración en razón de contener cláusulas exorbitantes del derecho común. Es decir, aquellas disposiciones que serían imposibles, por su ilicitud, en un contrato privado.

En este criterio habrá que distinguir a la vez dos causas de la existencia de las cláusulas exorbitantes en un contrato de la Administración: la disposición de la ley y la voluntad de las partes. En el primer caso, las partes en el contrato tendrán que sujetarse a la serie de disposiciones o condiciones que la ley señala expresamente para un caso determinado de contratación. Pero si la ley no dispone expresamente en qué forma las partes deberán obligarse en los contratos, éstas podrán libremente pactar las estipulaciones y condiciones que juzguen necesarias, en atención a la importancia y trascendencia del acto jurídico; y si esas estipulaciones aceptadas entre la administración y su cocontratante, dispusieran derechos o prerrogativas cuya existencia no fuere posible en un contrato privado, se dará el caso del régimen exorbitante a este derecho, debiéndose aplicar, por consiguiente, las normas del derecho público otorgando así a ese contrato la calidad de ser administrativo o de derecho público.

<sup>50</sup> Nava Negrete Alfonso. "Contratos Privados de la Administración Pública". Revista de la Facultad de Derecho Núm. 51, Tomo XIII, Julio-Septiembre, 1963.

Consideramos que, en virtud de la poca precisión en los conceptos doctrinales de servicio público y de interés general, y toda vez la escasez de disposiciones legislativas en relación a los contratos celebrados por la administración, el criterio de distinción entre los contratos administrativos y contratos privados de la Administración deberá normarse utilizando en forma excluyente los criterios antes mencionados, prefiriendo en primer lugar el de la existencia de las cláusulas exorbitantes del derecho común para el caso de los contratos administrativos, en virtud de ser objetivo y de fácil determinación. Dentro del mismo, deberá buscarse, en primer lugar, si la ley ha dispuesto expresamente alguna estipulación para el tipo de contrato en estudio, ya que si así fuera, dicha disposición legislativa deberá prevalecer para la determinación del régimen jurídico del contrato, aún cuando éste no contemple dicha estipulación por una omisión en la voluntad de las partes; lo que vendría a concluir que las partes tendrán capacidad para sujetar el contrato a un régimen de derecho público más no para sujetar a derecho privado un contrato que por disposición de la ley debe quedar sujeto a normas de derecho público.

A falta de la existencia de las cláusulas exorbitantes, ya sea por disposición de la ley o por voluntad de las partes, se aplicará entonces el criterio de diferenciar el contrato administrativo del contrato privado de la Administración en razón de estar vinculado aquel, en forma inmediata y esencial a la consecución, mantenimiento, funcionamiento o establecimiento de un servicio público. En este caso pensamos que la noción de servicio público debe ser ampliada para poder incluir en este caso otros contratos, como los de obra pública, que siendo claramente contratos administrativos, muchas veces se encuentran lejos de estar vinculados a un servicio público.

Por qué la necesidad de establecer como casos de excepción los contratos administrativos de la Administración? Por qué el hecho de que sólo en unas ocasiones se pueden aplicar normas exorbitantes del Derecho Civil a los contratos celebrados por la Administración? Por qué la regla debe ser que la Administración al contratar con los particulares debe quedar sujeta al mismo régimen jurídico en que se encuentran éstos?

Creemos que estos principios deben obedecer a dos razones, una de orden teórico que es la de mantener las instituciones del Derecho Civil, las instituciones del derecho de los particulares, a salvaguarda del poder y de la autoridad de la Administración, es decir, por un principio de protección de los intereses de los particulares; a este respecto podemos recordar la tesis del eximio autor León Duguit en relación con lo que él llama "Transformaciones del Derecho Público", en donde afirma que el Estado día a día no se viene a convertir más que en un ente de tipo colectivo que realiza en nombre de todos los individuos, actividades que estos por sí solos no podrían realizar por falta de medios o por falta de poder y que por consiguiente, ese ente que se deriva o que es producto de la creación de los particulares, no puede imponerles a éstos normas superiores a las que regulan la actuación de los mismos individuos en sus relaciones.

La otra razón sería de orden práctico, porque en la actualidad estamos en presencia de Estados que día a día van tomando mayor participación en las actividades que hace tiempo estaban reservadas al campo de acción de los particulares, produciendo que el Estado siga creciendo continuamente, auxiliando a los particulares en el desempeño de diversas funciones que por su complejidad, por los crecimientos que van teniendo las naciones y los pueblos y las necesidades de más adelantos técnicos y científicos para dotarlos de habitación, alimentos, de comunicación, etc., es necesario, ante la imposibilidad de los particulares, que el Estado intervenga; resultando que a mayor cúmulo de necesidades colectivas, mayor intervención y actividad del Estado en campos diversos; así, pues, vamos observando que en nuestro tiempo el Estado tiene más y más relaciones con los particulares; el Estado compra, el Estado vende, el Estado celebra contratos de transporte, el Estado celebra contratos de depósito, el Estado, en fin, realiza un sinnúmero de actividades que representan en su vida jurídica un sinnúmero de compromisos y una serie de convenios o contratos con los particulares.

Así, pues, si al actuar en este cúmulo de operaciones comerciales celebrando contratos y convenios, el Estado impusiera una serie de condiciones que estuvieran por encima de las relaciones normales entre particulares, él mismo se crearía una desigualdad ante las personas con las que debe contratar, es decir, el mismo Estado estaría imponiéndose una restricción al negociar con los particulares, al exigir cláusulas que en las relaciones entre particulares no existen; por consiguiente, si en todas las relaciones del Estado se observaran este tipo de regulaciones jurídicas exorbitantes al Derecho Civil, los particulares no contratarían con el Estado más que en casos de necesidad, prefiriendo que sus relaciones estuvieran protegidas en todo momento por el Derecho Común que garantiza la igualdad jurídica en esas operaciones.

Así tenemos que el Estado a mayor actividad que desarrolle en los campos industriales y comerciales, agrícolas, etc., mayores tienen que ser las concesiones que otorgue a los particulares para poderse poner en el mismo plan o en el mismo estrato por lo que se refiere a la oferta y la demanda, común en todas las relaciones entre particulares.

A este respecto se podría objetar que el Estado, por su gran capacidad económica, es un gran consumidor y que por lo tanto es el sujeto que puede imponer las condiciones en los contratos que celebre con sus proveedores; posiblemente esta situación fuera cierta, pero pensamos que si las restricciones o imposiciones que el Estado hace en estos contratos, son en relación con las leyes naturales de la oferta y la demanda, y se refieren única y exclusivamente a las situaciones sobre las que los particulares pueden pactar, estará actuando dentro de los límites normales de un fenómeno económico en una colectividad, pero si se aprovecha esta situación para crear verdaderas normas de carácter impositivo o soberano en los contratos, provocaría lógicamente la poca seguridad en las operaciones que el Estado celebre, y por lo tanto lo que pueda aventajar por un lado, por el hecho de ser un gran consumidor, lo puede perder al imponer condiciones más onerosas y

perjudiciales para el particular, que las que se puedan conceder en un libre juego de la oferta y la demanda.

Consideramos entonces que es de mucha importancia señalar que cuando el Estado actúe en relación a los particulares haciendo que éstos colaboren con la Administración, la regla debe ser que el Estado se sujete única y exclusivamente al ejercicio de los derechos que regulan las relaciones entre particulares, y que solamente en los casos en que el interés general o colectivo juegue un papel predominante, es decir, sea condición o causa necesaria de los actos de Administración, entre ellos los contratos, entonces sí a este tipo de actos celebrados por la Administración debe aplicárseles otra regla jurídica, ésta de orden público, con el objeto de proteger la satisfacción de ese interés general o colectivo.

Así, pues, podemos considerar en resumen que desde este punto de vista el elemento de diferenciación primordial que existe entre un contrato administrativo y un contrato privado de la Administración, debe ser la relación de dependencia del contrato de la satisfacción del interés general o colectivo; así, será contrato administrativo aquel que tenga como finalidad inmediata, del cual se derive como causa necesaria, la satisfacción del interés general, y serán contratos privados de la administración todos aquellos celebrados por ésta con arreglo a las disposiciones normativas, de las cuales no se derive o no se cause necesariamente la satisfacción del interés general.

## C.—LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO EN LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION

Ratificando un postulado ya citado, de que tanto los contratos civiles como los administrativos tienen elementos comunes y distintivos, pero que tienen como pauta los principios de la teoría general del Contrato, creemos que comparten en su contenido los dos tipos de elementos, unos a los que denominamos de Existencia y otros a los que asignamos como de Validez, los cuales estudiamos en el capítulo que antecede, y como los contratos administrativos son una figura del Derecho Civil transplantada en nuestro caso al Derecho Público, notamos que los autores difieren en cuanto a qué elementos son indispensables para la existencia del Contrato, qué elementos son determinantes para la validez de los contratos Administrativos, agregando otros autores a esos dos tipos de elementos, otros que son característicos de los Contratos Administrativos, pero que integran alguno de esos dos tipos de elementos señalados, pues tienen el mismo valor que en el derecho privado, pero oportunamente se harán notar dichas diferencias que derivan del orden público a que están sujetos los Contratos Administrativos.

Pensamos que el análisis de los Elementos del Contrato Administrativo se puede efectuar tomando en consideración todos los elementos del Contrato Civil, aunque precisaremos las diferencias y contenido de algunos que no coinciden idénticamente, mencionando también a los autores que han considerado una diversa clasificación de los elementos de existencia o de validez. Algunos tratadistas afirman que el Contrato Administrativo requiere como elementos esenciales el objeto y el consentimiento,<sup>51</sup> otros añaden como presupuesto de existencia de aquéllos, el objeto, la forma y la causa,<sup>52</sup> y otros consideran también la capacidad dentro de los elementos esenciales;<sup>53</sup> así notamos que todos los autores adolecen de no precisar los elementos esenciales del contrato en forma clara, pues autores hay, como Miguel Angel Bercaits, que se apartan de la tradicional división de los elemen-

51 Recaredo Fernández de Velasco. Obra citada, página 62.

52 Manuel Ma. Díez. Obra citada, página 462.

53 Gastón Jéze. Obra citada, página 188.

tos, para decir que: "El elemento característico fundamental del Contrato Administrativo es el establecimiento necesario de una **relación jurídica de subordinación de desigualdad jurídica** de la Administración Pública, respecto a quien se está obligando con ella por su propia voluntad y que tiene su origen en una desigualdad de propósitos perseguidos por las partes, pues la Administración Pública persigue un interés público y el contratante persigue un fin económico privado", y para autores como Jéze, ese elemento primordial estriba en que el contrato tienda al **establecimiento de un servicio público**; para Laubadere, el elemento fundamental coincide con el anotado por Bercaits, nada más que él domina **desigualdad de intereses perseguidos entre el particular y la Administración**.

De ahí el complejo problema de distinguir de todos los elementos de los Contratos Administrativos que enunciaremos, cuáles corresponderán a los elementos de existencia y cuáles a los de validez, porque en la legislación positiva mexicana no hay bases dentro del campo del Derecho Administrativo para considerar con precisión a cada elemento del Contrato Administrativo; por lo que tendremos, como ya se dijo, que explicarlos en cuanto a la legislación civil o en cuanto a la práctica administrativa vigente en México, pues las reglas para la contratación administrativa se encuentran enunciadas dentro del Derecho público en algunas ocasiones, por ser leyes de interés general, y si éstas no se cumplen en cuanto al objeto, la forma o la capacidad, el contrato celebrado podrá carecer de efectos jurídicos.

1. Por lo que se refiere al consentimiento, observamos que opera el concepto de consentimiento del Derecho Civil, que se entiende como el acuerdo de voluntades tendiente a crear o transmitir derechos y obligaciones, pero difiere del concepto civilista en que dicho acuerdo en los contratos administrativos deberá hacerse expresamente, porque no se concibe dentro de los contratos celebrados por la Administración Pública una manifestación de voluntad tácita de ésta, que produzca efectos, porque el órgano público tiene varios agentes o funcionarios que lo representan, pero no tienen todos competencia para celebrar actos con particulares, ya que existen infinidad de actos realizados por la Administración con particulares y en todos ellos suele actuar con diverso carácter, de ahí la importancia de precisar que en una relación contractual de la Administración debe existir el acuerdo expreso individual o bilateral de voluntades para celebrar el Contrato. En el caso de una adjudicación en concurso, en que la Administración convoca a los particulares interesados para que en el mismo se elija a la persona que desee celebrar dicho contrato, caso semejante al de la Policitación del Derecho Civil, en que una sola voluntad (en este caso la Administración) ofrece a los interesados la celebración de un contrato, el cual se perfecciona al precisarse el cocontratante y aceptar la celebración de éste, tornándose de unilateral en bilateral, porque originariamente sólo la Administración Pública se obligó a celebrar el Contrato con un cocontratante no determinado, pero que sería determinado al aceptar el contrato.

En cuanto a los vicios del consentimiento, afectarán de igual forma que al contrato civil, al Contrato Administrativo, aun cuando consideramos

que teóricamente ni la lesión ni la violencia tienen cabida en los actos celebrados por la Administración Pública. Cualquier error sustancial por parte de la Administración acarreará la nulidad absoluta del contrato para no perjudicar el interés colectivo. Gastón Jéze <sup>54</sup> sostiene que estos vicios del consentimiento no se reglamentarán como en el Derecho Privado, si en caso de hacerlo así se perturbara la prestación de un servicio público.

Por lo anterior, el consentimiento de las partes en los Contratos Administrativos, es un elemento esencial, que no puede suplirse por ningún motivo y que debe ser expresado sin la intervención de ningún vicio, para no hacerlo inexistente o bien que se transforme en un acto unilateral de la Administración (Acto Administrativo) por persona capaz y competente; completa esta idea Bercaits al fijar que la manifestación de voluntad de la Administración Pública debe expresarse en forma clara, precisa e inequívoca por los órganos que legalmente corresponda. <sup>55</sup>

Gastón Jéze enumera dentro de las condiciones necesarias para que exista el Contrato Administrativo al acuerdo de voluntades entre un particular y la Administración Pública. <sup>56</sup>

El maestro Gabino Fraga, <sup>57</sup> en su obra, parte de una concepción del contrato aplicable a los administrativos, en que condensa los elementos del mismo, al decir: "El contrato es una operación jurídica bien determinada, cuyos elementos esenciales están constituidos, en primer término, por un acuerdo bilateral de voluntades, y en segundo lugar, por la creación de una situación jurídica individual, no general", derivando que aunque todo contrato es un acuerdo de voluntades, no todo acuerdo de voluntades es un contrato, ejemplifica diciendo que la expedición de una ley y la resolución de un Tribunal Colegiado suponen un acuerdo de voluntades, pero de ninguna manera los consideramos a esos actos jurídicos como contratos, porque no revisten la característica de ser bilaterales, debiendo emanar la voluntad de partes opuestas, ni tampoco existe la producción de interdependencia recíproca necesaria, que otorga a cada uno de los que intervienen el carácter jurídico de parte; exponiendo así Gastón Jéze <sup>58</sup> en que no debe confundirse el acuerdo de voluntades bilateral, con el acto unilateral, sea provocado, solicitado o aceptado, según el momento jurídico en que se contemple el acto de concesión de la Administración a un concesionario.

2. El objeto del contrato administrativo tiene la mayor relevancia para los autores como elemento necesario de existencia, pero cada autor lo cifra en un determinado aspecto teleológico de la Administración Pública, de donde notamos que hay identidad externa en cuanto al objeto en los Contratos Civiles, pero no en cuanto al contenido, pues Rafael Bielsa afirma

<sup>54</sup> Obra citada, página 208.

<sup>55</sup> M. Waline. "Traite Elementaire de Droit Administratif", página 559.

<sup>56</sup> M. A. Bercaits. Obra citada, página 223.

<sup>57</sup> "Derecho Administrativo", página 434. Obra citada.

<sup>58</sup> "Principios Generales del Derecho Administrativo". Tomo III, página 322. página 322.

que es un elemento esencial, que consiste en una prestación de utilidad pública, como la prestación de un servicio público o de una obra pública, en que la Administración Pública fija unilateralmente el objeto, modo y condiciones de la contraprestación, concluyendo que debe contener los elementos esenciales del derecho privado que sean comunes.

En cuanto al objeto del Contrato también consiste solamente en el hecho o cosa en sí, que debe hacerse o darse como materia del contrato, no pudiendo ser objeto del contrato una omisión o un no hacer, por los mismos motivos que hemos explicado respecto al poder que tiene el Órgano Público cuando un particular pueda afectar el interés general tutelado por la Administración Pública.

Por ello son materia del Contrato Administrativo el comprar bienes, prestar servicios u obras, debiendo ser la obligación de dar, posible, física y jurídicamente igual que en los Contratos Civiles; y en cuanto al hecho debe ser posible y lícito para que tenga validez.

Rafael Bielsa considera entre los elementos esenciales al objeto del Contrato Administrativo, el que debe consistir en una prestación de utilidad pública, que es el objeto del contrato, no de la obligación.

Gastón Jéze señala <sup>59</sup> como otro elemento de existencia del Contrato Administrativo, que tenga por objeto el consentimiento, la creación de una Obligación Jurídica de prestación de cosas materiales o servicios personales mediante una remuneración, y esa prestación, que deberá suministrarse por el individuo, debe estar destinada a asegurar el funcionamiento de un servicio público.

El maestro Gabino Fraga considera indispensable para la existencia del Contrato Administrativo, que se celebre **para crear una situación jurídica** y explica que en el acto del matrimonio no tiene por efecto crear una situación jurídica; la situación de esposo y esposa está creada de antemano en la Ley, el matrimonio condiciona simplemente la aplicación de ésta a quienes lo contraen. En el Contrato de Ventas, por el contrario, la situación jurídica se crea por la voluntad de las partes y ellas son las que determinan la cosa vendida, el precio, las modalidades del acto.

Finalmente, agrega Gabino Fraga, la situación jurídica que el Contrato crea es una situación jurídica individual, que deriva de la función misma del acto contractual y constituye el medio jurídico para que dentro de una comunidad los hombres puedan satisfacer sus exigencias de carácter económico, ya que esas exigencias varían de hombre a hombre, resultando que cada contratante deba fijar para su caso individual el objeto, extensión y modalidades de las prestaciones que requiere, <sup>60</sup> ello es cierto, porque el particular y la Administración tienen intereses distintos que perseguir cuando contratan; agregaremos que junto al objeto del contrato que es la cosa que el obligado debe dar o hacer, la cual debe ser física o jurídicamente posible, el Código Civil precisa que también dicho objeto debe: a) Existir en

<sup>59</sup> "Principios Generales del Derecho Administrativo". Tomo III, página 322.

la naturaleza; b) Ser determinado o determinable; y c) Estar en el comercio.

Si no reviste las características que señala el Código, el contrato no produce efecto legal alguno, porque no podría exigir el Estado a un particular una prestación o una cosa que no existiera dentro de la naturaleza, se estaría contratando sobre objetos imposibles, a lo cual no puede obligar a un particular, igual que en el contrato civil.

La cosa que obliga al particular y que debe dar o hacer, debe ser determinada en el momento de la celebración o determinable con posterioridad, ello se exige para conocer claramente el objeto del contrato, porque en caso contrario, la Administración podría exigir más o menos de lo que se pactó, y el particular también podría dar o hacer a la Administración algo mayor o menor de lo contratado, y no habría posibilidad de reclamación por los contratantes, porque no está especificado o determinado el objeto del contrato.

Por último anotaremos que como una característica especial de los contratos administrativos, éstos pueden ser celebrados en ocasiones respecto de objetos que no estén dentro del comercio, como por ejemplo una calle, un monumento público, etc., en contraposición a los contratos entre particulares donde el objeto de los mismos debe estar dentro del comercio.

A este respecto la doctrina española ha querido significar la circunstancia de que en los contratos administrativos, la obra o el servicio público no son tanto el objeto cuanto el fin de los mismos. <sup>61</sup>

3. En Derecho Civil la capacidad de las partes es un elemento de validez y no de existencia, pero en el Contrato Administrativo los autores coinciden en considerarlo como otro elemento de existencia.

Hemos analizado los dos tipos de capacidad, de goce y de ejercicio operantes en el Contrato Civil, y consideramos que sirven como fundamento a la capacidad del cocontratante en el Contrato Administrativo, aunque tiene distintas modalidades a las del Derecho Civil, y se rige por reglas distintas; ello obedece a que no son particulares entre sí los que contratan, sino que interviene la Administración Pública, y Rafael Bielsa <sup>62</sup> habla de que es requisito esencial que uno de los sujetos de la relación jurídica sea la Administración Pública obrando como entidad de derecho público, siendo la capacidad la competencia para el órgano público.

Gabino Fraga <sup>63</sup> expone que los Contratos Administrativos entre otros elementos, deben distinguirse porque una de las partes contratantes es el Estado, y que la Administración y sus agentes se rigen por Leyes Constitucionales y Administrativas y no por Leyes Civiles, las que prescriben ciertos requisitos de forma y solemnidades especiales distintas de las Leyes Civiles.

<sup>60</sup> Gabino Fraga. "Derecho Administrativo" (México, 1958, 7a. Edic.), página 435.

<sup>61</sup> Fernández de Velasco, R. Obra citada, página 18 y Sigs.

<sup>62</sup> Obra citada.

<sup>63</sup> Obra citada.

Para Sabino Alvarez Gaudín <sup>64</sup> la capacidad es sinónimo de competencia de la Administración, y señala: "La capacidad para realizar contratos administrativos puede ser:

- a) Por parte de los administradores.
- b) Por parte de los administrados.

En el primer caso es necesaria la competencia del órgano que contrata, sin que pueda atenerse a la capacidad de la persona que ocupa el cargo, bien por razón de sexo o por edad en los casos en que no tenga la persona la edad requerida para contratar civilmente o para ser titular del órgano administrativo. Basta la competencia del órgano en este caso, pero en el segundo es necesaria la capacidad de obrar y de contratar por los administrados".

Como se denota, tienen capacidad distinta en el Contrato Administrativo el particular y la Administración, por otra parte los autores que consideran a la capacidad como un elemento esencial se fundan en que necesariamente debe ser un órgano de la Administración quien contrate con un particular o con otro órgano de la Administración para que pueda existir el Contrato Administrativo, o sea, que es un elemento esencial en el contrato la participación de un órgano de la Administración Pública como parte del contrato, independientemente de que consideran como elemento de validez la competencia que pueda tener el agente, funcionario u órgano que representa a la Administración para la celebración del Contrato, porque si no es el órgano funcionario o agente competente conforme a la ley para celebrar el Contrato, éste puede ser invalidado, pero no es inexistente, y en forma contraria, será inexistente como Contrato Administrativo, aquel en que no intervenga la Administración Pública como parte contratante.

Expuesto lo anterior, puede resumirse que en cuanto a la capacidad de las partes, debemos de distinguirla en dos: La competencia de la Administración y la capacidad del cocontratante; para la primera debe observarse que el Contrato deberá ser celebrado por el órgano legalmente competente para ello y con autorización del superior designado en las mismas leyes, apareciendo para la capacidad administrativa la característica de ser en contraposición a la del Derecho Privado, de excepción en cuanto que en éste la falta de capacidad y no ésta, es la excepción. "Para todos los agentes públicos, la competencia es especial desde dos puntos de vista:

1o. Se divide según las materias en los actos jurídicos que forman parte de la competencia.

2o. Para un mismo acto jurídico se divide generalmente entre varios agentes, aparece así la oposición entre el Derecho Público y el Derecho Privado". <sup>65</sup>

En cuanto a la capacidad del cocontratante, deberán aplicársele desde luego las leyes generales de la materia. Sin embargo, hay que observar que

<sup>64</sup> "Manual de Derecho Administrativo Español", páginas 374 y 375.

<sup>65</sup> Gastón Jéze, Obra citada, página 283.

para el caso de contratos con la Administración Pública, la ley exige ciertos requisitos singulares que deben cumplirse para obtener la legitimación para celebrar el contrato, requisitos que se establecen con el objeto de asegurar al máximo el debido cumplimiento de las obligaciones de los particulares que contratan con la Administración Pública. Lo anterior sucede en nuestro medio, según lo dispuesto en el Decreto que reglamenta las compras para las Dependencias del Ejecutivo Federal, publicado en el Diario Oficial de 2 de febrero de 1944, que en sus artículos 6o. y 31 dispone: Artículo 6o.—La Comisión Coordinadora de Compras tendrá a su cargo las siguientes atribuciones: III.—Formar el directorio de proveedores, consultando a las Cámaras Nacionales de Comercio e Industria de todo el país, y darlo a conocer oportunamente a las Dependencias del Ejecutivo Federal, así como las modificaciones que en él se vayan introduciendo. Artículo 31.—Para que los comerciantes o industriales puedan ser inscritos en el directorio de proveedores a que se refiere el Artículo 6o., fracción tercera de este Reglamento, será indispensable que llenen los siguientes requisitos: I.—Que lo soliciten por escrito ante la Comisión Coordinadora de Compras; II.—Que acompañen con su solicitud un certificado expedido por la Cámara Nacional de Comercio o de Industria a que pertenezcan, que acredite que han sido miembros de ellas con anterioridad de un año, por lo menos, a la fecha del más próximo Concurso que esté por celebrarse. La autenticidad de dicho certificado deberá ser comprobada por la Comisión Coordinadora de Compras; III.—Que sean productores o fabricantes establecidos en el territorio nacional, comerciantes legalmente establecidos también en el país o representantes directos, debidamente acreditados, o de productores o comerciantes extranjeros. A los comerciantes ambulantes sólo se les tomará en cuenta para los efectos de inscripción en el directorio de proveedores, cuando se trate de artículos que no puedan adquirirse en las condiciones que señalan esta fracción y las anteriores; IV.—Que satisfagan los demás requisitos de seriedad y solvencia y se constituyan las garantías que determine la Comisión Coordinadora de compras, para asegurar el estricto cumplimiento de los compromisos que entraña la inscripción en el Directorio y de aquellos que derivan de la celebración de los Contratos".

4.— El elemento forma recibe una aplicación más estricta en Derecho Público que en Derecho Privado, pues como dice el citado autor francés, "los agentes administrativos no tienen para combatir su negligencia o su imprudencia, la preocupación de su interés o de su responsabilidad personal. Es preciso pues proteger automáticamente mediante formas, al mismo tiempo los intereses generales de la colectividad y los intereses particulares de los individuos afectados por las medidas adoptadas por los agentes públicos. Las formas son tanto más numerosas y minuciosas, cuanto más graves son las consecuencias que debe tener el acto".<sup>66</sup> Por su parte, y respecto a este tema de la forma en los Contratos Administrativos, al autor español

---

<sup>66</sup> Gastón Jéze. Obra citada, página 291.

Recaredo Fernández de Velasco<sup>07</sup> manifiesta que: "el Derecho Público es esencialmente formal y no puede acoger el punto de vista contrario predominante en el Derecho Privado, la razón de esas diferencias no admite duda alguna, la decisión que en el particular es un fenómeno psicológico para la administración, es ya jurídico, o sea formal, el interés como motivo causal, o final, no rebasa la propia apreciación del individuo; en cambio para la administración es externo y objetivo: el bien público. Por lo tanto, en orden a la Administración, primero: sin forma no hay decisión; segundo: sin forma no se puede descubrir el fin perseguido, como cualidad esencial a los actos y como garantía; la forma es circunstancia inevitable en Derecho público, al particular le basta querer; la Administración necesita querer para un fin público".

Miguel Angel Bercaits<sup>08</sup> refiere: "La forma escrita es esencial para la existencia de todo contrato administrativo, pero no lo es la escritura Pública en razón de que las mismas situaciones administrativas constituyen elementos e instrumentos públicos por emanar de funcionarios del Estado y referirse a las funciones que tienen a su cargo, o les competen".

Es congruente la posición de los autores señalados, ya que como ellos expresan, en los Contratos Administrativos debe protegerse el interés general o el bien público mediante la implantación de formas para la celebración de esos contratos. En nuestro medio encontramos también un criterio formalista de Derecho Público en este sentido, como se desprende del texto de la fracción XXII del artículo 6o. del Decreto que reglamenta las compras para las Dependencias del Ejecutivo Federal, que ya hemos citado anteriormente, y que dice así "Artículo 6o.—La Comisión Coordinadora de Compras tendrá a su cargo las siguientes atribuciones. XXII.—Proyectar y unificar las formas que deban emplearse para hacer pedidos o para celebrar contratos con los proveedores".

Por otra parte hagamos notar que la mayoría de los autores citados reconocen que el fin del Contrato Administrativo es siempre el interés general o el bien común, lo cual nos lleva a su vez al análisis de la causa o motivo o fin de los Contratos Administrativos. A este respecto repetimos nuestra consideración respecto de lo que sostenemos en relación con la actividad del Estado, que siempre está dirigida o motivada para un fin: satisfacer el interés colectivo o el bien común, por lo que la noción de motivo o fin en los Contratos Administrativos adquiere una importancia mayor a la que tiene en el Derecho Privado porque la falta de ese fin tendría como consecuencia una nulidad absoluta del Contrato Administrativo que careciera de él, porque afecta precisamente, no sólo una ley de orden público o de interés público, sino al mismo interés general; esta posición ha sido llevada al extremo por Miguel Angel Bercaits, que sostiene que la causa en Derecho Civil es elemento de validez de los Contratos, pero que en Derecho Administrativo, por el contrario, representa un elemento de existencia

07 Obra citada, página 105.

08 Obra citada, página 226.

del mismo y que esa causa determinada, el bien común, debe existir siempre no sólo en el momento de la celebración del Contrato, porque en el momento en que esa causa desaparezca, el contrato muere con ella y desaparece del mundo jurídico<sup>69</sup>.

Al respecto, Recaredo Fernández de Velasco sostiene que "por lo que atañe a la persona que contrata con la Administración, es evidente que se separan y se diferencian con sencillez el motivo causal, la causa y el motivo final. Pero examinada la cuestión en cuanto a la Administración misma, el motivo causal no existe, o de existir, se confunde con el motivo final y por lo tanto la causa se entiende bien como el motivo concreto que ocasiona la obligación, o bien, como el motivo que determina a la Administración a obligarse. El motivo causal en orden a la Administración se convierte en un problema de capacidad distinto del motivo final o necesidad que se quiere satisfacer; desde el punto de vista del motivo final, el Contrato Administrativo, para la Administración, coincide con su objeto en cuanto que aquéllas y éste tienen las propias denominaciones: obra pública, servicio público, utilidad pública. Lograr realizar o satisfacer alguna necesidad de este tipo, constituye el motivo final o determinante del Contrato Administrativo<sup>70</sup>".

Igualmente Gastón Jéze nos dice que "el motivo determinante es ilícito cuando el agente consigue un fin que no es de interés general. La competencia no debe ejercerse con un fin distinto a la salvaguarda del interés general y al buen funcionamiento del servicio. Tal es la fórmula que ha determinado por adoptar el Consejo de Estado en sus sentencias más recientes<sup>71</sup>".

---

69 Obra citada, página 46.

70 Obra citada, página 100.

71 Obra citada, página 264.

## **CAPITULO III**

### **LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA EN MATERIA DE OBRAS PUBLICAS**

## A.—EL CONCEPTO DE OBRA PÚBLICA

Por lo que se refiere al tema de los contratos privados en materia de Obras Públicas, comenzaremos por analizar los contratos propiamente de Obra Pública para después analizar aquellos contratos que no son administrativos o que no pertenecen al campo del Derecho Público en esta materia.

1. Primeramente, pues, analizaremos el concepto de contrato de obra pública, para lo cual es evidente la necesidad de definir lo que es la obra pública. El maestro Andrés Serra Rojas <sup>1</sup> nos define la obra pública como una cosa hecha o producida por el Estado o a su nombre con un propósito de interés general y que se destina al uso público, a un servicio público o a cualquier finalidad de beneficio general; aclara después el maestro Serra que la obra pública se emplea con frecuencia en sentido de una obra material, como es la construcción de un edificio, un sistema de agua potable o cualquier otro por el estilo; nos dice igualmente que la obra pública no es aquella que se construye o se crea por primera vez, sino que todas las modificaciones, alteraciones, ampliaciones, correcciones, etc., deben incluirse dentro de la obra pública por cuanto que se refiere a ésta inicialmente. Ahora bien, por lo que se refiere a otros tratadistas, el profesor M. M. Díez <sup>2</sup> precisa que "Creemos que la obra pública puede definirse diciendo que son los bienes muebles o inmuebles que se ejecutan con un fin de utilidad general, sea por el Estado directa o indirectamente, sea por un particular", y nos enseña que en la legislación argentina el contrato de obra pública puede versar sobre muebles, inmuebles o aun objetos incorporeales, al referirse también a que la ley agrega dentro de la concepción del contrato de obra pública "El trabajo o servicio en la industria", <sup>3</sup> es decir, una prestación que no necesariamente es de tipo material.

Otro tratadista que nos habla de la obra pública es el profesor Miguel

---

1 Obra citada, página 1049.

2 Obra citada. Tomo II, página 592.

3 Obra citada. Tomo III, página 31.

Marienhof,<sup>4</sup> profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de la Plata y de la Universidad de Buenos Aires, quien afirma que "Desde el punto de vista del derecho administrativo —no del fiscal o financiero— *Obra Pública* es la que realiza el Estado para utilidad general, o sea afectada al uso directo o indirecto de la colectividad, analizándola frente a la noción del Dominio Público, diciendo que éste consiste en un conjunto de bienes para la finalidad o el interés general, para el uso común o el uso público" y nos diferencia esta figura de la del servicio público, diciendo que ésta es una (actividad) para la satisfacción del interés general, en tanto que el Dominio Público es un "conjunto de bienes" para la satisfacción de dicho interés general; nos dice, pues, que la obra pública constituye una dependencia del Dominio Público y nos habla de la dificultad para establecer una diferencia exacta y jurídica de ambas figuras, puesto que las dos, en su concepción, pueden referirse a bienes muebles o inmuebles y afirma que desde su punto de vista, la diferencia fundamental entre estos dos conceptos estriba realmente en su origen, ya que una obra pública es siempre, incuestionablemente, producto de la "creación humana", en tanto que los bienes de dominio público pueden referirse a elementos cuya creación no se deba al hombre, tales como mares, ríos, islas, etc., así, pues, para este autor, la obra pública es "una especie dentro del género dominio público".

Es importante apuntar que para este autor la obra pública puede referirse igualmente a bienes muebles o inmuebles; a este respecto, Rafael Bielsa<sup>5</sup> nos habla de que la obra pública debe ser destinada a un fin de interés colectivo, es decir a un dominio público, pero nos hace observar que en múltiples ocasiones, las obras que realiza la Administración Pública en el acondicionamiento de sus oficinas, es decir en bienes de su patrimonio privado, son consideradas desde el punto de vista fiscal, para efectos de las leyes de egresos correspondientes, también como obras públicas, cuando no obstante están destinadas al servicio administrativo privado y no al interés general; exponiendo que también puede suceder que el Estado cambie el uso de sus bienes de dominio privado, como un edificio, para destinarlo a una obra pública, pero con este cambio de régimen jurídico, encontramos claramente entonces la figura de obra pública. En relación a este concepto consideramos más correcta la definición del maestro Serra Rojas, puesto que utiliza el concepto "cosa" hecha o producida para el Estado, lo que nos permite suponer que puede referirse a un bien material o a un bien inmaterial, porque es importante aclarar que aquellos bienes muebles, como los proyectos arquitectónicos y estructurales que se realizan para ejecutar una obra pública, son necesariamente parte indispensable y esencial para ella, por lo cual deben considerarse para efectos de su regulación jurídica, como obras públicas.

---

4 Tratado de Dominio Público, página 36.

5 Derecho Administrativo. Tomo I, página 495.

A este respecto, Gastón Jéze <sup>6</sup> critica la jurisprudencia francesa en el sentido de considerar como obras públicas aquellas que se refieren a la ejecución de trabajos en edificios públicos y no precisamente aquellas que se refieren a una obra de utilidad general o como él afirma repetidamente en su doctrina "destinada a un servicio público", haciéndonos observar que en su opinión, las dos características fundamentales de la obra pública son: 1o.— La noción de servicio público, y 2o.—La adopción voluntaria del ejecutante para quedar sujeto al régimen jurídico especial de Derecho Público, y concreta diciendo que la obra pública es una obra de ejecución o conservación de inmueble construido o no; por lo tanto, no considera que la construcción de bienes muebles sea un contrato de obra pública y propone concretamente el ejemplo de la construcción de un buque de guerra, afirmando que ésta no constituye la ejecución de una obra pública.

En relación a esto observamos que dado el avance de las técnicas y de las ciencias en nuestra época, podríamos considerar que en los países de alta industrialización en estos aspectos, hay bienes muebles cuya ejecución o construcción deben equipararse por su importancia al concepto doctrinal de obra pública, como es el ejemplo de los aparatos de investigación espacial, como cohetes, plataformas, etc.; estas obras por su carácter eminentemente de investigación científica, de importancia, no sólo para una nación, sino para la humanidad entera, deben considerarse sujetas a un régimen jurídico tan protegido como al que se sujetan las construcciones de un camino vecinal, una escuela o un sistema de agua potable; por lo tanto, en la actualidad cabe mencionar la posibilidad de que se construyan bienes muebles, cuya construcción quede reglamentada por el régimen jurídico a que se encuentra sujeta la construcción de obras públicas.

Uno de los campos donde el Estado realiza mayor actividad es en la construcción o edificación de obras públicas, pero el concepto de obra pública es muy extenso y no tiene una unificación absoluta en los diferentes tratadistas ni en las distintas legislaciones de otros países. La teoría francesa, por ejemplo, considera que la obra pública son los inmuebles destinados a un servicio público; a la noción de inmuebles otros tratadistas agregan la noción de bienes muebles, ya que, por ejemplo, si consideramos que la realización de un edificio público o para destinarse a un fin público, es preciso antes realizar un proyecto arquitectónico y estructural, ese proyecto que se materializa en los planos respectivos y memorias de cálculo respectivas, que son bienes muebles, son lógicamente una parte esencial e indispensable de la obra pública, es decir, representan la concepción y proyección de la misma obra, por lo que estos bienes muebles se consideran también como una obra pública. Tenemos el caso igualmente de la construcción de una estatua para el ornato de una plaza pública o un parque; lógicamente ese bien estará dedicado a una finalidad de utilidad general o colectiva, por lo que deberá considerarse también como una obra pública.

---

<sup>6</sup> Derecho Administrativo. Tomo III, página 358.

De esto podemos deducir que uno de los conceptos fundamentales de la obra pública es precisamente su finalidad que debe ser de utilidad general, interés colectivo o general.

Asimismo, desde un punto de vista fiscalista se ha pensado que las obras públicas son aquellas que son ejecutadas con fondos propios del Estado, y también por otra parte, se ha considerado que las obras públicas son aquellas que pertenecen en propiedad al Estado o bien, son de uso común.

Al mencionar que las obras deben tener una finalidad de utilidad general o colectiva, unos autores consideran que desde ese punto de vista, las obras que realiza el Estado en los bienes de su dominio privado, no son obras públicas en virtud de que no está patente en ellas el sentido de la utilidad general de la obra o de esos bienes; pensamos en relación a todo ello, que el criterio que debe seguirse para encontrar el concepto y elementos de la obra pública, es precisamente el concepto de la finalidad del interés o de la utilidad general.

Si consideramos que para proporcionar un mejor servicio a la colectividad, el Estado tiene la necesidad de construir edificios para sus usos administrativos o conservarlos o remozarlos, esas obras que pertenecen al dominio privado del Estado, lógicamente tienen también un interés general desde el punto de vista de que los servicios administrativos prestados por esa Administración o dependencia de ésta, deberán ser más cómodos y expeditos para el público, y que posiblemente, desde otro punto de vista, representen como una obra del Estado o hecha y sufragada por el Estado, un cierto elemento de belleza arquitectónica o funcional para la colectividad; así, pues, desde este punto de vista, las obras que el Estado realice en sus bienes de dominio privado, son también obras públicas por cuanto a que deben referirse a prestar una mayor facilidad o comodidad para que la Administración satisfaga o cumpla sus fines de tipo de interés colectivo.

Por lo que se refiere a que las obras sean pagadas por el Estado encontramos el caso de una obra, digamos por ejemplo una estatua, que es donada al Estado por un particular; consideramos que en este caso, estaremos frene a una obra pública a pesar de que no haya sido sufragada económicamente por la Administración Pública, aunque a partir del contrato de donación referido, esta obra ya le pertenece; ahora bien, también se habla de que la obra pública es aquella ejecutada por el Estado, sin embargo habrá casos en que la Administración adquiriera inmuebles construidos por particulares y se destinen a servicios públicos, representando en ese momento una obra pública, así, pues, no solamente la ejecución es un elemento de la obra pública, sino que encontramos que el fin para el que se destine el bien es la circunstancia determinante para considerarlo como una obra pública.

Por otra parte, podemos encontrar el caso de un particular que ejecute determinadas obras en su propiedad, pero que estas obras representen en un momento determinado, una necesidad para proteger el interés general, como por ejemplo un agricultor que en sus tierras ejecuta obras de tipo de

irrigación captando el agua mediante una pequeña presa; si los terrenos inundados antes de la construcción de esas obras de irrigación al quedar secos, dan lugar a una ampliación del poblado, entonces esa obra que mantiene seco el lugar viene a representar un bien colectivo, en virtud de que en el momento de que esa obra no cumpla su cometido, esa parte del poblado se vería inundada por las aguas; aquí podemos encontrar también el concepto de obra pública, a pesar de que la obra haya sido ejecutada y sufragada por un particular, con fines de interés particular o privado y realizada en bienes de propiedad particular; sin embargo, cuando una obra ejecutada en estas condiciones llegue a ser necesaria para mantener la seguridad colectiva o general, estaremos en presencia de una obra pública, en razón de ser indispensable para la utilidad o el interés general. Así, pues, podemos considerar que la obra pública está constituida por un bien mueble o inmueble, que haya sido construido o adquirido por el Estado con una finalidad de interés general o un bien que habiendo sido construido por un particular, en un momento determinado signifique una necesidad imperiosa para mantener la seguridad general; en estos casos estaremos en presencia de lo que puede considerarse una obra pública. Entonces, analizando todas las teorías esgrimidas a este respecto podemos concluir que la obra pública son los bienes muebles e inmuebles, construidos o adquiridos por medio legal por el Estado, con una finalidad de utilidad general, y aquellos bienes construidos o realizados por un particular que representan un elemento indispensable y necesario para mantener la seguridad colectiva.

2. De esta noción de obra pública podemos deducir los siguientes elementos:

a) El objeto de la obra pública siempre será la utilidad general, la satisfacción del interés general o colectivo.

b) Los bienes que pueden constituir la obra pública pueden ser muebles o inmuebles.

c) En lo referente al aspecto de la ejecución de la obra pública, pensamos que ésta puede ser ejecutada directamente por el Estado, adquirida por éste o ejecutada en determinadas circunstancias por particulares.

3. Por lo que se refiere al régimen jurídico de la obra pública, en virtud de estar destinada a satisfacer la utilidad o el interés general o colectivo, lógicamente estas obras deberán quedar sujetas al Derecho Público, es decir, a un régimen normativo superior al régimen de las cosas reguladas por el Derecho Civil o Común; esto resulta lógicamente de estar presente en la obra pública el interés general como factor determinante. Dentro de las normas de Derecho Público, ¿cuáles deberán aplicársele a las obras públicas?, en este aspecto, tendremos que hacer la mención de que como ya hemos visto, la obra pública puede encontrarse en cuatro situaciones: a) Los inmuebles destinados a una obra pública de uso común, por ejemplo, las calles, plazas, parques, bibliotecas, museos, etc., a los que deberá aplicárseles las disposiciones de la Ley General de Bienes Nacionales por lo que se refiere a los bienes del dominio público de la Federación. b) Los inmuebles destinados a un servicio público, tales como edificios de asistencia, hospitales,

escuelas, a los que deberá aplicárseles también el régimen señalado en la misma ley para los bienes del dominio público de la Federación. c) Cuando la obra pública pertenece al dominio privado del Estado, como aquellos inmuebles que sean propiedad de las Dependencias de la Administración Pública y que tengan como objeto la resolución de problemas habitacionales mediante su enajenación a particulares, deberá aplicárseles el régimen señalado en la Ley General de Bienes Nacionales, pero para los bienes del Dominio Privado de la Federación, y d) El caso de una obra pública realizada por y en bienes de un particular, pero que represente un elemento indispensable para asegurar la conservación del interés colectivo; lógicamente esa obra no podrá regularse por las normas del Derecho Civil, salvo las excepciones contenidas en nuestro ordenamiento civil acerca del derecho de propiedad, que dispone en el artículo 1830 que "el propietario de una cosa puede gozar o disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes", igualmente el artículo 840 del mismo ordenamiento dispone que "no es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que ese ejercicio no dé otro beneficio que causar perjuicios a un tercero sin utilidad para el propietario"; de todas maneras estas disposiciones del Código Civil no garantizan la satisfacción del interés colectivo, en virtud de que están fincadas precisamente en la protección de los intereses particulares del propietario. Entonces, qué clase de normas deberán aplicársele a este tipo de obras públicas?, pensamos que lógicamente normas de carácter público, pero en el momento en que un bien o una cosa queda, por las circunstancias, afecta al interés general y es necesaria para la protección y seguridad de éste, lógicamente sobrevendría la falta de derecho del propietario de hacer con ese bien lo que el derecho de propiedad del Derecho Común le otorga. Pero esa suspensión o desaparición de sus derechos respecto de ese bien sólo puede tener cabida mediante una compensación, que puede ser indemnización (aplicando el procedimiento expropiatorio), compra o cualquier otro acto similar para que el bien afectado a salvaguardar el interés general quede en poder de la Administración, que puede y debe cuidarlo y protegerlo para cumplir con sus fines, pero mediante el pago de la indemnización o contraprestación correspondiente al particular que ejecutó esas obras, para que se aplique en este caso la disposición del artículo 836 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, que dispone: "La Administración puede, mediante indemnización, ocupar la propiedad particular, deteriorarla y aun destruirla, si eso es indispensable para prevenir o remediar una calamidad pública, para salvar de un riesgo inminente a una población o para ejecutar obras de inminente beneficio colectivo"; así, pues, en este caso el procedimiento a seguir sería el de un procedimiento expropiatorio, puesto que por un lado la Administración Pública no permitiría que el particular ejerciera derecho de disposición en relación con la obra pública de que se trate, y por otro lado, sería indispensable y necesario en ese caso reparar el perjuicio que sufre el particular con la cesantía de sus derechos de disposición respecto a dicho bien.

A continuación, analicemos algunas consideraciones que pueden hacerse en relación con las obras públicas que pertenecen al dominio privado de la

Federación, por ejemplo, la construcción de unidades habitación-multifamiliares, como son, en la ciudad de México, la Unidad Nonoalco-Tlatelolco o la Villa Olímpica, que han sido creadas con el objeto evidente de utilidad general de solucionar el problema de la escasez de viviendas en nuestra ciudad, y que son desde luego obras públicas, por su finalidad de utilidad o interés general, y además por haber sido construidas por el Estado. Ahora bien, en los casos señalados, dichos bienes u obras se consideran pertenecientes al Dominio Privado de la Federación y entonces el Estado, respecto de esos bienes, celebra con los particulares contratos de compra-venta de títulos de participación inmobiliaria que le otorgan a los compradores derechos de posesión y disfrute de las viviendas de los edificios construidos, es decir, necesariamente dichos bienes deben pertenecer al dominio privado de la Federación para que ésta pueda enajenar dichos bienes a favor de particulares convirtiéndolos en bienes de uso privado de los particulares. Ahora bien, una vez que las viviendas pasan a poder de los particulares adquirentes, puede decirse que esas obras cumplieron con su cometido y que por lo mismo dejan de ser consideradas como obras públicas?, o debe considerarse que esa finalidad no se realiza momentáneamente, sino que es de tracto sucesivo, es decir, estará cumpliéndose todos los días y todas las horas mientras exista esa unidad habitacional. En el primer caso, una vez ocupadas por los compradores las viviendas, las disposiciones que se aplicarán respecto a la conservación de los inmuebles, administración de los mismos, etc., serán disposiciones de carácter privado, de Derecho Civil; en el segundo caso, si se considera que esas unidades habitacionales son obras públicas en tanto que constantemente están cumpliendo su finalidad de resolver la carencia de viviendas en una gran ciudad, entonces las disposiciones aplicables al mantenimiento, administración y conservación de esas obras serán normas de carácter público y será una dependencia de la Administración Pública la que se encargue de cuidar que esas disposiciones se cumplan, e inclusive, de imponer las sanciones que se pacten a los particulares que cometieran actos atentatorios en contra de las edificaciones de este tipo; consideramos que hay aquí un problema que se presenta en el Estado moderno por la construcción de este tipo de unidades habitacionales por parte de la Administración, y que representa una cuestión jurídica novedosa e interesante.

Es nuestra opinión personal, el que estas obras cumplen constantemente con su cometido, tal como lo hace una calle, un parque, un monumento, etc., y por lo tanto su carácter de obra pública perdura en todo momento. De ser así, el régimen aplicable a su mantenimiento y administración deberá ser un régimen especial, con disposiciones exorbitantes del Derecho Privado, con el fin de proteger el interés general que la Administración contempla en la ejecución de esas obras.

4. En la ejecución de las obras públicas, el Estado emplea diversos sistemas. Se puede decir que el más fundamental es el llamado "Obras por Economía" o por "Gestión Directa", consistente en que la Administración provea a la ejecución de una obra, por medio de sus propios funcionarios,

los cuales están encargados de la obtención de las prestaciones necesarias, sea de cosas o de trabajos, por parte de los particulares. Es decir, el funcionario contrata la mano de obra, compra los materiales, alquila los medios de transporte y organiza y dirige en general la obra.

Las ventajas que presenta este sistema consisten en que hace que coincidan el costo de la obra con el importe de los gastos efectuados, consiguiendo la Administración un ahorro igual al de la ganancia o beneficio que obtendría el contratista; en segundo término, se garantiza que los materiales empleados son los apropiados, de mejor calidad y mayor duración, y finalmente que la obra se ejecute con todo cuidado.

No obstante las ventajas anteriores, se afirma que dicho sistema es antieconómico, pues la actividad de la Administración Pública se ocupa en forma intensa; por otra parte, le falta la elasticidad necesaria para alcanzar o conseguir un mayor ahorro de tiempo y de trabajo, un mayor rendimiento en la ejecución de los trabajos, un menor importe en los costos de los materiales y, sobre todo, aquella rapidez y libertad de decisión que son propios de todo contratista, además que la Administración Pública no cuenta con los implementos, equipos y maquinaria necesarios y adecuados.

No obstante las objeciones, por lo general se reconoce como sistema idóneo de ejecución de obras el sistema de administración directa, para trabajos de pequeña proporción, que no requieren medios complejos ni recursos técnicos especiales, sobre todo si se cuenta con la mano de obra gratuita y se trata de trabajos de fácil ejecución, como los que pueden desempeñar por ejemplo, los reclusos de las penitenciarías, los prisioneros de guerra o bien para trabajos que deban efectuarse periódicamente como los de manutención, verbigracia, el servicio de bacheo en las calles de la ciudad.

Este sistema se adopta principalmente en trabajos de emergencia, como derrumbes, inundaciones, etc., o para trabajos que deben ejecutarse de oficio, en perjuicio de algún contratista a quien se le haya rescindido el contrato y para aquellos trabajos que importen la defensa del Estado, o en los casos de que no existan empresas especializadas o cuando para la ejecución de la obra se requieran inversiones altamente costosas que las empresas privadas muy difícilmente podrían costear. En estos casos la Administración se ve obligada a adquirir los medios necesarios para ejecutar las obras directamente, previo adiestramiento del personal competente.

Las obras que se efectúan por este sistema se pueden ejecutar en dos formas: por administración, es decir, en forma directa, o bien por destajo. En el primer caso, los trabajos son ejecutados bajo el cuidado y responsabilidad de un funcionario de la Administración, el cual adquiere los materiales, contrata los obreros, alquila los medios de transporte y dirige la ejecución; en el segundo caso, el funcionario de la Administración celebra convenios con personas de confianza para la Administración, tanto para los trabajos como para la suministración de los materiales; esta forma se llama destajo fiduciario. En México ha sido bastante usada esta forma de ejecución de obras, y a tal efecto cabe referir el hecho de que la entonces Secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa, por conducto del Departamento

mento de Proyectos, Presupuestos y Contratos, en circular dirigida en febrero de 1957 a las diversas dependencias que tienen a su cargo la ejecución de obras públicas, les comunicó que "Las obras que importen menos de veinticinco mil pesos pueden ser ejecutadas mediante destajos, órdenes de trabajo, presupuestos o alguna otra forma equivalente que sea usual en la dependencia contratante".

Asimismo, estableció que para dicha clase de obras, no se requería por parte de esa Dirección el otorgamiento de fianza y que sólo debía hacerse de su conocimiento el plazo estipulado para la entrega de las mismas, que la documentación relativa fuera firmada por el titular o por la persona en quien estuvieran delegadas las facultades para dicho fin y que no se debería adjudicar más de un destajo mensual a cada destajista.

Igualmente la circular girada por la misma dependencia, Dirección General de Inspección Administrativa, fijando las Normas Generales para la autorización de estimaciones y recepciones de obras, estableció en su inciso VII que: "Las obras por administración sólo pueden iniciarse cuando el presupuesto correspondiente haya sido debidamente aprobado por dicha Dirección, no pudiendo hacerse cambios en las mismas partidas de los presupuestos sin la aprobación de la misma".

Como se ve, el sistema de ejecución de obras mediante administración, por cualquiera de los métodos antes indicados, tiene carácter excepcional y están establecidos en forma expresa los casos en que se puede emplear; igualmente, constituyen una excepción a la regla general de derecho contenida en el artículo 134 de la Constitución para la adjudicación en subasta, mediante convocatoria, excepción que ha confirmado la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación al interpretar dicho precepto constitucional, sosteniendo en una de sus ejecutorias, por unanimidad de votos, que "No todas las obras públicas tienen que adjudicarse en subasta. El artículo 134 de la Constitución Federal, no ordena que todas las obras que emprenda el Gobierno deban adjudicarse en subasta a los particulares, sino que cuando dicho Gobierno no se encargue de su ejecución, las contraten con particulares mediante subasta pública".<sup>7</sup>

Otro sistema similar al anteriormente enunciado, lo constituye el denominado "Regie cointeresada". En esta forma los trabajos se ejecutan bajo la vigilancia directa de los funcionarios de la Administración, pero ésta se sirve para la dirección de los trabajos de la capacidad técnica, de organización comercial, industrial y financiera de un contratista, quien provee a la adquisición de los materiales, a la contratación de la mano de obra, al alquiler de la maquinaria necesaria, y en general a cuanto se haga necesario para la realización de la obra, anticipando los gastos correspondientes. La Administración le reembolsa las sumas efectivamente gastadas, que pueden determinarse materialmente y a título de remuneración de su trabajo de organización y dirección de las obras, le corresponde un tanto por ciento sobre el importe total de los trabajos.

<sup>7</sup> Serrano Ignacio y Coags. Tomo LXXVIII de 6 de Octubre de 1943.

Este sistema tiene su aplicación en los períodos de excesiva inestabilidad del mercado, o cuando se trate de obras que representen particulares dificultades en su ejecución, o para las cuales sea imposible hacer previsiones exactas sobre los gastos, por falta de experiencia suficiente en ese género de trabajo, o por el conocimiento insuficiente de los lugares o de los mercados de materiales, siendo un sistema que exige en el contratista las dotes de pericia y habilidad, honestidad y rectitud.

En México se aplica con frecuencia este sistema, especialmente a base de convenios adicionales que se celebran en ocasión de la ejecución de las grandes obras marítimas o hidráulicas en las que no es posible preveer con toda exactitud determinados conceptos o volúmenes de trabajo que se presentan con el carácter de supervinientes; en este caso, el contratista debe someter a la aprobación de la Administración contratante la organización que planea para realizarlos, y al efecto, le debe dar todas las facilidades necesarias, para que pueda controlar todas las erogaciones por concepto de mano de obra, materiales, y demás gastos, a fin de que conozca con exactitud el importe de las obras que así se realicen. La compensación que se paga al contratista por estos trabajos se calcula generalmente sobre estas bases: se reembolsa al contratista el importe de los jornales devengados por el personal y sobrestante encargados directamente del trabajo y se le abona además un quince por ciento sobre lo reembolsado; se le reembolsa el importe de los materiales de consumo proporcionados por él y que haya empleado, de conformidad con los recibos originales, asimismo el importe de los transportes y fletes de dichos materiales, abonándosele además un cinco por ciento sobre el total del reembolso.

Se paga al contratista el importe del alquiler por el uso de la maquinaria y equipos empleados en el trabajo de que se trate. La cuota que por este concepto se pague, se fija mediante convenio por escrito que se celebra antes de principiar el trabajo.

En estos casos la adjudicación de estos contratos debe, en principio, ajustarse a lo dispuesto por el artículo 134 Constitucional, excepto en los casos en que asuman el carácter de convenios adicionales por trabajos extraordinarios supervinientes e imprevisibles en las grandes obras, cuando el contrato correspondiente se haya ajustado a las formalidades exigidas por dicho precepto constitucional.

## B.—EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA

Si la ejecución mediante los sistemas de gestión directa o por economía, representan la excepción, la regla está constituida por la ejecución mediante contrato, por la que se libra a la Administración del peso de la organización y gestión de la obra, recayendo ésta sobre el contratista, quien bajo su responsabilidad y por la cantidad convenida, se compromete a ejecutar la obra. A la Administración no le resta sino vigilar su correcta ejecución, y conforme se vayan terminando los trabajos verificar por conducto de los órganos adecuados, que se hayan ejecutado conforme a las reglas de la técnica y con apego a las cláusulas del contrato.

Es éste, indiscutiblemente, el sistema que mejor satisface las exigencias de toda Administración Pública. Por sus ventajas constituye el instrumento técnico jurídico más idóneo para la ejecución de obras de grandes proporciones. En la actualidad es el sistema que tiene mayor aplicación y mejores resultados.

Se pueden concretar sus ventajas en la forma siguiente: en general, eliminación de los inconvenientes que presenta el sistema por economía, evitando la compra de la maquinaria e instalaciones, cuya utilización con frecuencia sería esporádica y cuya manutención sería muy gravosa; evitar trámites de seleccionar y contratar el personal especializado necesario, el que no siempre podría prestar sus servicios en forma continua y racional; posibilidad de tener la certeza sobre el precio, aun cuando pueda ser relativa, poniéndola a salvo de numerosos riesgos que en esa forma corren por cuenta del contratista, y finalmente obtener todas las ventajas que son inherentes al concurso que se efectúa entre los contratistas. Los posibles inconvenientes, como serían el que el contratista por afán de lucro trate de especular sobre las variantes de los costos, o de que pretenda ejecutar labores más costosas, o que emplee materiales de menor calidad, o ponga poco interés en la dirección, se pueden eliminar mediante un estudio cuidadoso del proyecto, de los precios unitarios fijados en las estipulaciones de los conceptos de trabajo a desarrollar y de su cantidad, mediante una vigilancia adecuada, y sobre todo, por el perfeccionamiento de los sistemas

de adjudicación a los que va ligada la selección de la empresa o contratista. De esto último se hace derivar el éxito de esta institución.

1. Respecto del contrato de obra pública, tenemos varios autores que se ocupan de él, en virtud de que según las palabras de Gastón Jéze, <sup>8</sup> es uno de los contratos más antiguos de la Administración Pública, en virtud de que la construcción de las obras públicas ha sido una necesidad imperiosa desde los principios de la constitución de los Estados modernos, y afirma: "Los elementos esenciales del Contrato Administrativo llamado contrato de obras públicas, se han establecido desde hace mucho tiempo. Es el mismo contrato administrativo el que ha servido de modelo para todos los demás. Es el contrato para el cual la jurisprudencia ha formulado, desde un primer momento, las reglas precisas".

Así, pues, analicemos las definiciones del contrato de obras públicas de diferentes autores: El maestro Serra Rojas <sup>9</sup> habla del contrato administrativo de obra pública, refiriéndose a la disposición del artículo 134 de nuestra Constitución Política que ordena: "Artículo 134.—Todos los contratos que el Gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que serán abiertos en junta pública", mencionando como característica esencial para la celebración de contratos de obra pública, en nuestro país, que sean adjudicados en subasta pública. Otro autor, <sup>10</sup> Brewer Carías, afirma que son contratos de obra pública aquellos "mediante los cuales la Administración confía a un particular la construcción, el mantenimiento o la reparación de una obra de utilidad pública, es decir, de una obra que tenga por objeto directo el proporcionar a la nación en general cualesquiera usos o mejoras que sean en beneficio común. En estos contratos el particular se compromete a ejecutar el trabajo por sí o bajo su dirección, mediante un precio que la Administración se obliga a satisfacer".

El autor colombiano Eustorgio Sarria <sup>11</sup> manifiesta que el contrato de obra pública "tiene por objeto la construcción, mejora o conservación de las obras públicas indispensables para la normal prestación de los servicios a cargo de la Administración". El tratadista M. M. Díez <sup>12</sup> nos dice que el contrato de obra pública "podría definirse diciendo que es aquel por medio del cual una persona, sea física o jurídica, en general una empresa, se encarga, con relación al Estado, de construir, demoler o conservar una obra pública en las condiciones que fueren establecidas y mediante un precio que debe abonar el dueño de la obra, vale decir, el Estado". El autor francés Hauriou <sup>13</sup> nos dice que "la obra pública constituye una operación

8 Obra citada. Tomo III, página 356.

9 Obra citada, página 1049.

10 Allan Randolph Brewer Carías. Obra citada, página 162.

11 "Derecho Administrativo". Página 235.

12 "Derecho Administrativo". Tomo III, página 27.

13 "Preces de Droit Administratif". Página 719.

administrativa, mediante la cual se constituyen aquéllas, se ordenan, se reparan e incluso se explotan por cuenta de las administraciones públicas y mediante variados procedimientos del arrendamiento de obra, pero en condiciones que implican algunas requisiciones y a veces la implantación reglamentaria de servicios". Otro prominente tratadista francés, Berthelmy <sup>14</sup> afirma que "mediante el contrato de obras públicas, un particular se obliga a realizar un trabajo público mediante el precio convenido". Cabe recordar la distinción entre contrato de obra pública y realización de Obra Pública, ya que la Administración Pública, con el gran número de recursos con que cuenta, puede ejecutar por sí misma una Obra Pública, para lo cual no es necesario que celebre con algún particular un contrato específico para la realización de esa obra, sin embargo, como ya hemos visto, en la mayoría de los casos, la ejecución y realización de estas obras se encomienda a empresas privadas con suficientes conocimientos, experiencia y técnica en la materia. Así, podemos intentar esbozar el concepto del contrato de obra pública diciendo que es aquel contrato celebrado por la Administración Pública y un particular que tiene como objeto la realización, planeación, proyección, ejecución, reparación, modificación de una obra pública, mueble o inmueble, mediante el pago por parte de la Administración de la contraprestación establecida, sujetándose el contrato al régimen de Derecho Público. Por lo que se refiere a los elementos del contrato de obra pública, podemos referirnos a la existencia de tres elementos esenciales: 1o.—Dentro de los sujetos del contrato, uno de ellos es siempre la Administración Pública. 2o.—En cuanto al objeto, sabemos que es precisamente la ejecución de una obra pública, pudiendo comprender un bien mueble o inmueble, y 3o.—Sujeción a un régimen jurídico especial que podremos distinguir en dos partes fundamentales, una reglamentaria, por estar sus características y condiciones específicamente consignadas en textos constitucionales y reglamentarios, <sup>15</sup> y la segunda se refiere a la normatividad de Derecho Público sobre el régimen contractual propiamente dicho del contrato, que contiene normas diferentes a las consignadas en el Derecho Común.

2. Con base en las consideraciones anteriores, podremos establecer cuáles son las características especiales, propias de este contrato que, como ya hemos visto, es uno de los contratos administrativos más usados por el Estado para cumplir con sus funciones administrativas:

a) La persona del cocontratante se acoge mediante el sistema de la licitación pública, según disposición expresa del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A este respecto, habrá que hacer notar que la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas de 1966, en cuanto a los requisitos que tiene que cumplir el contratista para celebrar un contrato de obra pública, establece en el artículo 32 la

<sup>14</sup> "Traite Elementaire de Droit Administratif". Página 715.

<sup>15</sup> Artículo 134 Const. y Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, 1966.

excepción para que la Administración no se ajuste a lo dispuesto por esa ley, cuando una obra tenga que ejecutarse por emergencia o cuando el monto de la obra no exceda de cien mil pesos; esta excepción que consigna esta ley, por lo que se refiere exclusivamente a la legitimación del cocontratante, contiene un principio importante que habrá que analizar en relación al precepto constitucional antes citado, es decir, en caso de una emergencia o en caso de una obra cuyo monto exceda a la cantidad fijada, será necesario realizar la licitación pública, para que en pública subasta se adjudique la obra? Creemos que desde luego estas excepciones son muy razonables, pero que por desgracia por no encontrarse la ley a nivel constitucional no representa una excepción legal del texto de la Carta Magna, y entonces cabe considerar de qué sirve a la Administración tener cierta libertad en momentos de emergencia o en obras de monto reducido para escoger al contratista, si el texto constitucional de referencia no consigna la posibilidad de ninguna excepción, y si de su interpretación expresa habrá que deducir que en todos los casos habrá que adjudicar la obra mediante pública subasta y previo el cumplimiento de los requisitos de la convocatoria correspondiente. Desde luego, esta oposición se contempla sólo en el caso de la teoría, ya que en la práctica, como es lógico suponer, la Administración recurre al procedimiento de escoger directa y libremente al contratista para obras de cierta importancia inmediata o de monto reducido, y aun en otros casos de obras de costos mayores se sustrae al procedimiento de expedir la convocatoria y adjudicar la obra en pública subasta. No obstante lo anterior, creemos sería conveniente que el texto constitucional estuviera más acorde con la realidad actual, consignando las excepciones indispensables a su mandato, para permitir a la Administración Pública la libertad en su actuación que día a día es más necesaria.

En cuanto al tema de la legitimación del cocontratante en los Contratos de Obra Pública, citaremos que la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas establece condiciones especiales para la capacidad de los contratistas en sus artículos 5o. y 6o. que disponen: "Artículo 5o.—La dependencia sólo podrá celebrar contratos de obras con las personas inscritas en el Padrón de Contratistas del Gobierno Federal, que llevará la Secretaría del Patrimonio Nacional, salvo en los casos a que se refiere el artículo 32 de esta ley. Artículo 6o.—Para ser inscrito en el Padrón de Contratistas del Gobierno Federal, el interesado deberá satisfacer los siguientes requisitos: 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 Causantes; IV.—Acreditar

su afiliación al Instituto Mexicano del Seguro Social, y V.—Pagar la cuota de inscripción que señala 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".

Pero lo más importante es que la misma ley que se menciona, en su artículo 37 declara: "Los Contratos de Obra que se celebren con violación a las disposiciones de esta ley serán nulos de pleno derecho y no surtirán efecto alguno". Esto es importante porque esta disposición sanciona de nulidad absoluta los contratos ejecutados en contradicción a lo dispuesto por la ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, es decir, que si un contratista no reúne las condiciones de legitimación requeridas en la propia ley, el contrato será sancionado de nulidad absoluta, apartándose en este caso de las disposiciones del Derecho Común, que en el artículo 2228 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales declara que "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo"; encontrando en este presupuesto un caso del llamado derecho exorbitante en los Contratos de Obras Públicas celebrados por el Estado.

b) La obligación de la ejecución personal de la obra por parte del contratista, salvo una autorización expresa de la Administración. En los contratos que se celebran por las Dependencias del Ejecutivo Federal en nuestro país, la falta a esta condición se establece como una causa de rescisión unilateral del contrato por parte de la Administración.

c) La construcción, mejora o conservación deben efectuarse de conformidad con los planos, proyectos, normas y especificaciones que la Administración ha elaborado o aprobado, estando facultada en este caso la Administración para disponer las modificaciones en esta materia que las necesidades del interés general impongan en el desarrollo de la obra.

d) La construcción, mejora o conservación pueden pactarse a precio alzado o a precio unitario fijo, de acuerdo con la naturaleza de la obra.

e) En el precio alzado o en el sistema de precios unitarios se entienden incluidas, además de la remuneración o utilidad del contratante, todas las remuneraciones que haga o deba hacer por efectos del contrato.

f) La Administración ejerce la supervigilancia de los trabajos y actividades del contratante por medio de un interventor de su libre nombramiento y remoción

g) La construcción, mejora o conservación de la obra, se hacen por cuenta y riesgo del contratante, y por lo tanto a su cargo son los perjuicios que cause a terceros, menos los provenientes de la ocupación definitiva de un inmueble, que son a cargo de la Administración.

h) Los trabajadores de la obra se hayan vinculados como tales al contra-

tante y no a la Administración. Esto, de conformidad con las tesis sustentadas al respecto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación: <sup>16</sup> "Si una sociedad celebra contrato con una Secretaría de Estado, para la construcción de una obra determinada, los conflictos de trabajo con sus empleados en esa obra son de competencia de las autoridades locales, dado que el contrato de trabajo con sus empleados no tiene que ver nada con el contrato celebrado con el Gobierno Federal, sino sólo es un contrato celebrado entre particulares".

i) El contratante responde por la calidad de la obra, sin que la simple constancia oficial del recibo de ésta lo exonere de la obligación.

j) Facultad de la Administración de modificar unilateralmente las condiciones del contrato en cuanto al monto total de la obra, especificando en este caso que debe aplicarse una regla exorbitante a la disposición del Derecho Privado, consignada en el artículo 2635 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, que dispone: "Art. 2635.—El dueño de una obra ajustada por un precio fijo puede desistir de la empresa encomendada, con tal que indemnice al empresario de todos los gastos y trabajos y de la utilidad que pudiera haber sacado de la obra".

k) Capacidad unilateral de la Administración para suspender o terminar el contrato en casos de perturbación del orden público, falta de fondos o por no ser conveniente la construcción de la obra por nuevas modalidades en el interés general o colectivo. En este caso debe funcionar el principio del equilibrio financiero, al hacer uso la administración de esta facultad unilateral, es decir, que al cocontratante, al celebrar un contrato de esta naturaleza lo lleva un interés de tipo pecuniario, de tipo económico, y si el contrato debe suspenderse o terminarse por causas ajenas a él, no imputables a su actuación, es lógico que deba requerirse un equilibrio financiero en el momento de la suspensión, que satisfaga el interés por el cual dicho contratista celebró el contrato. Sin embargo, como una regla exorbitante también al Derecho Común, el contratista podrá en este caso recibir una indemnización por el daño que se le cause por la suspensión de la obra, pero no tendrá derecho al pago de los perjuicios que se causen con dicha suspensión, es decir, tenemos aquí otro caso de disposiciones que protegen primordialmente el interés patrimonial de la Administración, y que por lo mismo constituyen disposiciones de orden público aplicables a este tipo de contrato, en contraposición nuevamente a lo dispuesto por el artículo 2635 del Código Civil ya citado anteriormente. Esta noción del equilibrio financiero del contrato administrativo es analizada por la mayoría de los autores en la materia, afirmándose que "Los poderes o prerrogativas de la Administración en la ejecución del contrato administrativo, que constituyen normas exorbitantes del Derecho Común, tienen su contrapartida en el régimen jurídico de los

<sup>16</sup> Juris. y Tesis sobre Tomo del pleno. Página 97. Competencia 27/57 entre la Junta Central de Conciliación y Arbitraje del Estado de Campeche y la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, Grupo Especial número 9 de la Ciudad de México, D. F., fallada el 2 de abril de 1963.

contratos administrativos, en el derecho del cocontratante de la Administración a percibir una indemnización de ésta, cuando sin su culpa se ha producido un desajuste en la ecuación económica del contrato. Por tanto, el derecho de indemnización tiene su fundamento en la equidad y en las prerrogativas de la Administración en la ejecución del contrato".<sup>17</sup>

l) Facultad de la Administración para rescindir unilateral y administrativamente el contrato, por las necesidades que imponga el interés general.

m) Facultad de la Administración para imponer al cocontratante sanciones administrativas —casi siempre consistentes en multas— por incumplimiento del contrato. En este sentido debe decirse que la facultad extraordinaria de la Administración consiste no en pactar con el contratista penas convencionales para el caso de incumplimiento en el contrato, sino en la facultad de imponerlas administrativamente, es decir, obrando como autoridad.<sup>18</sup>

n) Sujeción, en caso de controversia en la ejecución o cumplimiento del contrato, a la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación, en virtud de lo dispuesto por la fracción VII del artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal, que señala: "Art. 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.

---

<sup>17</sup> Carias. Página 206.

<sup>18</sup> E. Sarria. Página 230: "Multa.—Se tiene esta cláusula no como facultativa para los gobernantes o la Administración, sino como obligatoria, permite ella compeler al contratante a que desarrolle sus actividades en armonía con lo previsto en el contrato y con las impostergables exigencias del servicio público. Se considera la multa como un medio eficaz para no recurrir a la declaración de caducidad, que es el recurso extremo. La idea predominante es la de reducir a un mínimo las causales de caducidad, substituyéndolas por causales de modificación o por sanciones pecuniarias como la multa". "La Administración impone de modo unilateral la multa, e igualmente la hace efectiva. En esto consiste la prerrogativa o privilegio".

## C.—LOS CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA EN MATERIA DE OBRAS PUBLICAS.

1.—En relación al tema de los contratos de obras públicas algunos autores, principalmente franceses como Labaudere han elaborado una teoría muy especial. Esta teoría, tomando en consideración la importancia de las obras públicas en el mundo jurídico actual y tomando en cuenta que dichas obras para su ejecución se realizan a través del más tipificado contrato administrativo de carácter público, es decir, el contrato de obra pública, sostiene que todos aquellos contratos accesorios que pueden concertarse en ocasión o en relación a un contrato de obra pública serán también considerados dentro del régimen de éste, es decir, se considerarán contratos de carácter público, en virtud del interés que existe en el orden jurídico para garantizar la debida y completa ejecución de una obra pública. Así, llegan a sostener que aquellos contratos celebrados por un contratista de una obra pública relacionados con la ejecución de sus trabajos para esa obra, serán considerados también como contratos de obra pública; de tal suerte, dentro de esta teoría son considerados como contratos públicos los acuerdos para transportar materiales celebrados por el contratista en virtud de la ejecución de una obra pública como la construcción de un camino; igualmente, todos aquellos acuerdos que se refieran a la dirección y vigilancia del trabajo hechos por los administradores y técnicos de la obra, y en la misma forma, son considerados también como contratos de obra pública los contratos de suministro de materiales para la ejecución de aquélla.

Esta teoría ha tenido una gran influencia en diversas legislaciones y podemos citar como un ejemplo de ello, la legislación española que en el decreto 19.324-49 Art. 2 dispone que: "A la adquisición y expropiación de inmuebles y sus medianeras les alcanzan todos los efectos correspondientes al carácter y concepto de las obras públicas, como así también a la adquisición de materiales, maquinarias, mobiliarios y elementos destinados a las construcciones, trabajos y servicios de industria comenzados precedentemente, hasta su habilitación integral".<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Manuel M. Díez. Obra citada, página 35. Tomo III.

De igual manera la doctrina conocida como del carácter atractivo o extensivo del contrato de obra pública, aplica el régimen de este contrato a los casos de convenciones complejas en donde se incluya como un elemento, una obra pública; "el carácter extensivo de la noción de contrato de obra pública se manifiesta también en el caso de convenciones complejas que comprendan un elemento de obra pública al lado de otros elementos. La presencia del elemento obra pública basta generalmente para hacer de la convención un contrato de obra pública. Ocurre así en el caso de la combinación de un contrato de obra pública y un contrato de suministros, como también la combinación de un contrato de trabajos públicos y uno de locación. Es necesario considerar en este supuesto la fuerza de atracción de la noción de obra pública, para dar carácter de contrato de obra pública a todos los que se refieran a la misma. La preponderancia del elemento de obra pública en las combinaciones complejas tiene límites. No juega cuando este elemento aparece como secundario o subsidiario. La doctrina francesa enseña con un ejemplo particular de convención compleja, dominada por el elemento obra pública, el supuesto de la concesión llamada de incrementos futuros, en mérito de la cual la administración acuerda a un particular la autorización para ocupar una porción del dominio público marítimo o fluvial y hacer trabajos para facilitar la formación de aluviones, que resultarían luego de la propiedad del contratista".

2.—En relación a esta doctrina vale la pena analizar si efectivamente en la constante ejecución de obras públicas que se realizan en todas partes del mundo en nuestros tiempos, es posible considerar que todos aquellos contratos accesorios que se celebren en relación con la ejecución de una obra pública, serán contratos públicos, sujetos al régimen del Derecho Público. Como ya hemos analizado anteriormente en el capítulo II, el Estado día a día realiza operaciones de carácter complejo que mucho tienen de las actividades desarrolladas normalmente por los particulares y que representan indiscutiblemente un nexo continuo entre la Administración, y éstos, para colaborar en la realización de las funciones de la Administración, y por lo mismo, hemos sostenido que la Administración debe colocarse en un plano de igualdad ante los particulares con objeto de lograr esa participación en forma más ágil y expedita y no imponer sanciones o características especiales a sus relaciones con los particulares.

En el caso de los contratos de obra pública, podemos distinguir fundamentalmente dos de las formas acostumbradas para la realización de estas obras: la primera, el contrato de obra pública a precio alzado y la segunda, la ejecución de una obra pública por administración.

En el primer supuesto, el contratista que obtiene la designación para realizar una obra pública es el único particular que sostiene un vínculo jurídico con la Administración Pública, ya que todos los contratos y acuerdos necesarios para la ejecución de esa obra pública tendrán que ser hechos por el contratista con otros terceros.

En este caso, sería inoperante considerar que dichos acuerdos celebrados por el contratista con otros particulares pudieran ser actos jurídicos sujetos

al régimen de Derecho Público, ya que el contratista, no siendo persona pública, es decir no siendo la Administración Pública, no puede imprimir a los acuerdos que celebre con otros particulares el carácter de Derecho Público, ya que como hemos visto, un elemento característico esencial de los contratos públicos Administrativos, es precisamente la participación de la Administración Pública como parte en dichos contratos.

Sin embargo, dicha objeción podría no subsistir en el caso de las obras públicas realizadas por Administración, en las que el contratista lleva a cabo la ejecución de la obra pública con los elementos proporcionados por la Administración Pública. Consideramos aquí, igualmente, que hemos señalado como carácter esencial de los contratos administrativos sujetos al régimen del Derecho Público, el que en dichos contratos dependa necesaria e invariablemente y aun exclusivamente, la satisfacción del interés general, es decir, en este caso, los contratos de cuyo cumplimiento dependa necesaria y exclusivamente la realización de la obra pública.

En estos casos, como en todos aquellos actos contractuales en que intervenga la Administración, habrá que analizar la naturaleza, el objeto y las condiciones de dichos actos para determinar si éste es privativo de la consecución del interés general por parte de la Administración. En la realización de las obras públicas por administración, la Administración Pública suministra al contratista todos los elementos necesarios, primordialmente los materiales necesarios para la construcción. Pero, en el mundo actual la consecución de materiales y maquinaria necesarios para la ejecución o construcción de una obra, es un acto jurídico realizado en forma numerosísima y en cantidades importantes en cuanto a sus importes monetarios, existiendo una gran industria de carácter particular o privado para la fabricación y suministro de este tipo de materiales y maquinaria. Así pues, la Administración Pública debe colocarse en ese supuesto de igualdad ante el problema del suministro de este tipo de objetos para la ejecución de una obra pública, ya que lógicamente no le sería difícil a la Administración el celebrar este tipo de contratos para satisfacer la ejecución de esa obra pública; pero hablando de un contrato de esta naturaleza en particular, para la realización de una obra pública, habrá que analizar las consecuencias que la ejecución de dicho contrato pueda tener para la culminación de la obra pública.

La Administración Pública puede celebrar varios contratos de este tipo en la realización de una obra pública, tal como por ejemplo, suministro de cemento, arena, block, ladrillo, acero, etc., y dicha contratación puede llevarse a cabo con uno o varios proveedores, ¿qué puede decirse de la ejecución de estos contratos?, que son, desde luego, indispensables para llevar a cabo una obra pública, pero cada uno de ellos considerados en particular, no son elementos necesarios y exclusivos para que una obra pública se realice, ya que si un proveedor no puede o deja de cumplir con el contrato de suministro celebrado, habrá varios más que puedan suministrar dicha materia u objeto, para que la obra pública se lleve a su fin, es decir, en la mayoría de los casos, de ninguno de ellos depende exclusivamente la ejecución de una obra pública, por lo tanto, faltará en ellos ese elemento indis-

pensable para que el contrato pueda considerarse sujeto a un régimen de Derecho Público, con miras a proteger la satisfacción del interés general que es en este caso la ejecución de la obra pública.

Por lo demás, en la ejecución de las obras públicas en la actualidad y principalmente en nuestro medio, es perfectamente conocido que las condiciones ofrecidas por la Administración Pública para los proveedores y contratistas y todo tipo de particulares que intervienen en la realización de una obra pública, tales como fabricantes de cemento, acero, vidrio, etc., son inmejorables en comparación con las condiciones impuestas para estos mismos contratos en la industria de la construcción, para obras de carácter privado o particular.

Sin embargo, no por eso dejamos de reconocer que dentro de este tipo de contratos celebrados en forma común en la ejecución de cualquier obra, puedan existir en el caso de una obra pública, contratos de suministros de materiales o de otro tipo, que sean necesarios en forma exclusiva para que se realice la obra pública, tal como puede ser el suministro de una estructura patentada y única para la construcción de un edificio; en este caso, si la Administración no puede allegarse esos elementos con otro particular, o de cualquier otra manera normal y satisfactoria y sólo dependerá de la ejecución de un contrato en particular el que pueda realizarse la obra pública. entonces sí habrá en dicho acto contractual el elemento de ser necesario e indispensable, en forma exclusiva y esencial, para satisfacer el interés general y por lo mismo será conveniente que este tipo de contratos en particular sí queden sujetos a un régimen de Derecho Público con miras a que la Administración Pública pueda disponer más ampliamente de su personalidad de ente Público para obligar al cumplimiento de dicho contrato o para resarcirse en forma inmediata de los daños que pueda causar su incumplimiento, con objeto de garantizar en forma óptima la ejecución de una obra pública.

Así pues, debemos considerar en términos generales que tomando en consideración como elementos indispensables para la celebración de un contrato Administrativo público el que la Administración Pública sea parte de dicho acto y que de él tenga que derivarse en forma exclusiva, necesaria privativa e indispensable la satisfacción del interés general, concluiremos que la ejecución de todos aquellos contratos accesorios de una obra pública que no estén investidos de estas dos características o elementos fundamentales, deberán ser considerados contratos de carácter privado sujetos al régimen del derecho común y sólo será considerado un contrato de esta naturaleza como público y sujeto al régimen del Derecho Público, cuando reúna estos dos elementos indispensables. Por lo tanto no es operante en nuestro concepto la teoría del carácter atractivo de las obras públicas por lo que se refiere a este tipo de contratos, sino que el criterio que deberá establecerse para determinar jurídicamente si un contrato accesorio a una obra pública debe quedar o no sujeto a un régimen de Derecho Público, será en relación a que esté investido de esos dos elementos característicos, según ya hemos señalado, de un contrato público de la Administración.

## **CAPITULO IV**

**ASPECTOS DE LOS CONTRATOS PRIVADOS DE LA  
ADMINISTRACION PUBLICA EN LAS OBRAS PUBLICAS.**

## A.—PRINCIPALES CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA EN MATERIA DE OBRAS PUBLICAS.

Con base en el desarrollo anterior de este trabajo y teniendo como presupuesto las consideraciones a que hemos llegado en los diferentes capítulos que anteceden, analizaremos por último algunos de los contratos privados que la Administración Pública celebra comunmente en la ejecución de las obras públicas.

1. Dentro de los problemas que contempla la ejecución de una obra pública, figura en término preponderante el aspecto relativo a la vigilancia técnica, dirección y supervisión de la obra. Así pues, la Administración Pública se ve obligada a contratar al personal necesario para llevar a cabo estos trabajos dentro de la construcción de una obra pública. Estos contratos de prestación de servicios que celebra la Administración Pública con el personal técnico necesario, son indiscutiblemente, de carácter privado, puesto que se refieren a la prestación de servicios de eminente carácter personal y técnico por parte de un particular. En nuestro régimen jurídico, los derechos de las personas que en una forma u otra, ya sea con carácter permanente o temporal, prestan sus servicios a la Administración Pública, se encuentran reglamentados en forma estatutaria a través de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado. En consecuencia, dichos contratos quedarán sujetos a las formalidades y requisitos fijados por dicha Ley y las personas que se encuentren en estos supuestos, quedarán protegidas por el régimen instituido en ella, contando además, en los casos de trabajadores que no sean considerados de confianza, con la protección sindical de que gozan los empleados de la Administración Pública.

2. Otro de los contratos que celebra la Administración Pública para la ejecución de una obra pública es la compra, adquisición o renta de materiales, equipo o maquinarias necesarios para su realización. Este tipo de contratos son de carácter privado en el supuesto de que la Administración

pueda disponer de una cantidad importante de proveedores a este respecto. En el capítulo anterior, al hacer el análisis de la teoría del carácter atractivo de la obra pública, considerábamos que en el supuesto de que una obra pública dependiera en forma exclusiva y necesaria de la entrega de materiales, equipos o maquinarias que estuvieran a cargo de un contratista, entonces, dado ese carácter de interdependencia directa de la satisfacción del interés general en relación con el cumplimiento y ejecución de ese contrato, ese acto contractual específico sí quedará sujeto al régimen de Derecho Público para garantizar la completa satisfacción de ese interés general.

3. En los tiempos actuales ha ido desarrollándose un sistema que imprime situaciones novedosas por lo que se refiere a las obras públicas. Nos referimos a la construcción de Unidades Habitacionales por parte de los organismos públicos como es el caso de la Unidad Nonoalco Tlatelolco, denominada oficialmente "Unidad Presidente Adolfo López Mateos" y de la unidad habitacional que fungió en días pasados, durante la celebración en nuestra Ciudad de los Juegos de la XIX Olimpiada, como Villa Olímpica y que ha sido llamada oficialmente "Unidad Libertador Miguel Hidalgo y Costilla".

Estos grandes conjuntos habitacionales construidos por la Administración Pública tienden a solucionar un problema de enorme importancia en nuestra Ciudad capital y en otras partes del territorio de la República: el problema de la habitación popular; por lo tanto, esa finalidad que es de un interés general primordial e importantísimo, coloca a la ejecución y a la situación misma de estas obras, dentro del régimen del Derecho Público.

Sin embargo, respecto al hecho de construcción de obras de este tipo, surge un problema jurídico que consiste en determinar el criterio y la calidad jurídica con que dichas obras servirán a cada uno de los habitantes de esos núcleos habitacionales para la satisfacción de la necesidad de habitación. Siendo obras públicas, destinadas a la satisfacción de una necesidad colectiva, dichas obras no se encuentran sujetas al régimen del derecho común por cuanto hace a su adquisición por parte de los particulares, ya que como sabemos, esos inmuebles están sujetos al régimen constitucional que prohíbe su enajenación y prescribe su inalienabilidad.

No obstante lo anterior, la finalidad de la obra pública es precisamente satisfacer la necesidad de determinados núcleos de la población para adquirir un patrimonio habitacional; entonces ¿qué tipo de acto jurídico tendrá que celebrarse para que cumplan esas obras con su finalidad por lo que respecta a la particularidad de cada uno de los beneficiados con ellas? Parece ser que la solución que ha sido encontrada dentro de un planeamiento jurídico a este respecto, es la de la emisión de Certificados de Participación Inmobiliaria con afectación concreta a cada uno de los locales o habitaciones de estas unidades, cuya definición legal la encontramos en

el Artículo 228 a de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. <sup>1</sup>

Así el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, que ha tenido a su cargo la construcción de los principales conjuntos habitacionales de este tipo, ha emitido Certificados de Participación Inmobiliaria y ha vendido dichos Certificados a los particulares, afectando los Certificados adquiridos por cada persona a una determinada localidad o vivienda de esos conjuntos habitacionales, ajustándose a la disposición del Artículo 228 e <sup>2</sup>, de la citada Ley.

Esta es una solución que debe considerarse, desde luego, como una fórmula de avance en el medio o el campo de las obras públicas, cuando éstas deben destinarse a servir a particulares en forma determinada, evitando la prohibición a que están sujetas este tipo de obras respecto a las disposiciones constitucionales. En este sentido, estos contratos de compraventa de Certificados de Participación Inmobiliaria son, entonces, contratos privados celebrados por una Institución descentralizada con un particular y se encuentran regulados por las disposiciones relativas a los certificados de participación inmobiliaria, contenidas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Sin embargo consideramos que es necesario abundar en los estudios jurídicos sobre este punto con objeto de discutir, dilucidar y establecer cuál es la mejor fórmula que debe utilizarse para que jurídicamente dichas obras cumplan eficazmente con su cometido y que, por otra parte, los particulares que se encuentren en los casos de tener que satisfacer sus necesidades a través de estas obras realizadas por la Administración Pública se encuen-

<sup>1</sup> Artículo 228. Los certificados de participación son títulos de crédito que representan:

- a) El derecho a una parte alcuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquiera clase que tenga en fideicomiso irrevocable para ese propósito la sociedad fiduciaria que los emita;
- b) El derecho de una parte alcuota del derecho de propiedad o de la titularidad de esos bienes, derechos o valores.
- c) O bien el derecho a una parte alcuota del producto neto que resulte de la venta de dichos bienes, derechos o valores;

En el caso de los incisos b), y c), el derecho total de los tenedores de certificados de cada emisión será igual al porcentaje que represente en el momento de hacerse la emisión el valor total nominal de ella en relación con el valor comercial de los bienes, derechos o valores correspondientes fijado por el peritaje practicado en los términos del Artículo 228 h.

228 h. En caso de que al hacerse la adjudicación o venta de dichos bienes, derechos o valores, el valor comercial de éstos hubiere disminuido, sin ser inferior al importe nominal total de la emisión, la adjudicación o liquidación en efectivo se hará a los tenedores hasta por un valor igual al nominal de sus certificados, y si el valor comercial de la masa fiduciaria fuere inferior al nominal total de la emisión, tendrán derecho a la aplicación íntegra de los bienes o producto neto de la venta de los mismos".

<sup>2</sup> "Artículo 228 e. Tratándose de certificados de participación inmobiliarios, la sociedad emisora podrá establecer en beneficio de los tenedores derechos de aprovechamiento directo del inmueble fideicomitado, cuya extensión, alcance y modalidades se determinarán en el acta de la emisión correspondiente".

tren siempre con sus derechos eminentemente protegidos. Es evidente que este sistema de certificados de participación inmobiliaria no es por lo que se refiere al dominio de la propiedad tan completo como puede ser la compraventa simple y llana del derecho civil o la compraventa en régimen de condominio en contratos en los cuales el particular obtiene de inmediato el pleno dominio en propiedad de su habitación o de su vivienda en condominio. En el caso a que nos referimos, de las obras públicas, ya que éstas no pueden ser enajenadas según lo prescriben nuestras máximas leyes tuvo que elaborarse una fórmula distinta pero que no garantiza al particular los mismos derechos que puede garantizar el régimen de propiedad común del Derecho Civil, ya que los certificados de participación inmobiliaria se expiden por una institución de crédito con cargo a bienes que tengan en fideicomiso irrevocable para ese objeto y afectando en forma directa una parte de esos bienes, pero la propiedad de dichos inmuebles será transferida al particular previos dos requisitos, primero la desafectación del Régimen Público del inmueble sujeto a ese servicio público, por otra parte, la liquidación de los activos correspondientes de la Institución emisora de los certificados de participación inmobiliaria para que a cada adquirente de dichos certificados se le transmita en plena propiedad los bienes afectados correspondientes a los certificados que hubiere adquirido.

Consideramos que a la fecha dicha solución es válida y muy satisfactoria para cumplir con el fin específico de este tipo de obra, pero creemos que estamos ante el nacimiento de nuevas figuras jurídicas en este terreno y que habrá necesidad en el futuro de realizar afanosos y completos estudios para determinar los sistemas y actos jurídicos adecuados para la satisfacción de los fines que inspiran este tipo de obras.

## B.—ELEMENTOS PRINCIPALES DE ESTOS CONTRATOS

1. Respecto a los elementos de estos contratos analizados tendremos que en el contrato de prestación de servicios los sujetos serán, por una parte la Administración Pública y por la otra la persona encargada de prestar dichos servicios; el objeto del contrato será la prestación de los servicios personales de la persona contratada por la Administración para la ejecución de los trabajos técnicos o administrativos que la Administración decida en relación con la ejecución de una obra pública.

La formalidad en este tipo de contratos es la misma a que se encuentran sujetos los trabajadores eventuales o permanentes de la Administración Pública y que constan en los estatutos de la Ley Federal de Trabajadores al Servicio del Estado y su Reglamento, que deben ser aplicados en forma estricta para estos casos.

Por lo que se refiere al contrato de suministro de materiales y equipos o maquinarias, los sujetos serán por una parte la Administración Pública y por otra la persona encargada de realizar ese suministro; el objeto de dichos contratos como su nombre lo indica, es que el contratista o el proveedor suministre a cambio de una prestación determinada a la Administración Pública la maquinaria, equipo o materiales a que se refiera el contrato.

2. Respecto a la formalidad de dichos contratos, consideramos que deben ser contratos sujetos a las formalidades necesarias para los actos de la Administración Pública ya que como hemos estudiado con anterioridad, la voluntad y el consentimiento de la Administración Pública sólo pueden expresarse y tenerse como válidos si se reúnen determinados requisitos formales.

No obstante lo anterior, debemos reconocer que en nuestro medio, muchos de estos contratos se realizan en forma verbal, sobre todo por lo que se refiere a pequeños proveedores de una obra pública que en forma periódica hacen entregas de material y que reciban en el momento de la entrega un simple contra-recibo que viene a ser el primer documento en que se expresa o consta la realización de este tipo de contratos. Sería con-

veniente que se estableciera en forma rigurosa el procedimiento de una formalidad, si no muy compleja, sí clara y efectiva, con objeto de asegurar tanto los derechos del proveedor como el control administrativo de la obra por parte de la Administración.

En este sentido, habrá que observar que en algunos casos los elementos destinados por la Administración Pública para la administración o la dirección de las obras que ésta realiza, son los encargados de conseguir el suministro de algunos materiales y en ese caso, aunque el acto contractual es realizado entre el proveedor y el personal administrativo o técnico de la obra, debe entenderse que es un contrato celebrado con la Administración ya que estas personas tienen delegadas las facultades para realizar este tipo de contratos; no obstante, en este caso también observamos en la práctica que no existen documentos oficiales en donde consten exactamente las facultades y delegaciones que este personal tiene en la ejecución de una obra pública y por lo tanto, en estricto derecho, falta una formalidad para que un órgano o miembro de la Administración Pública se obligue si no tiene previamente y con formalidades exigidas por la ley, delegadas las facultades inherentes para realizar el acto jurídico que obligue a la Administración. Aquí también, como en el caso anterior, debe propugnarse por una formalidad más estricta en lo que se refiere a la delegación de facultades para el personal administrativo y técnico de una obra, así como para la ejecución de los contratos a que nos hemos referido.

3. Por cuanto hace a los contratos de compra-venta de certificados de participación inmobiliaria que afectan una parte de una obra pública, desde luego tendremos que los sujetos de dicho contrato serán el órgano de la Administración Pública emisor de dichos certificados de participación inmobiliaria y por otra parte el particular comprador de dichos bonos y por lo mismo usufructuario de los bienes afectados en los certificados correspondientes.

El objeto de dicho contrato por lo que se refiere al espíritu de estas operaciones es que la institución emisora obtenga fondos necesarios para la realización de sus funciones garantizando a los inversionistas su inversión mediante la afectación de una parte de su patrimonio inmobiliario a favor del tenedor de los títulos de crédito respectivos. Sin embargo, en el caso de unidades habitacionales, el objeto o fin último del contrato es como ya hemos analizado el que el particular satisfaga su necesidad habitacional mediante la adquisición de estos certificados que representen el derecho de uso de una determinada unidad habitacional. Respecto a la formalidad que debe revestir este tipo de contratos nos encontramos con que la formalidad debe ser la referente a los títulos de esta especie que se mencionan en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en primer lugar debemos considerar como elemento formal la existencia legal de la emisión respectiva

que debe de reunir las características exigidas por la Ley mencionada;<sup>3</sup> en segundo lugar, para que el contrato se perfeccione deberá existir la entrega de los títulos.

Como en estos casos se otorgan facilidades para el pago de los certificados de participación inmobiliaria el emisor previamente celebra un contrato de compra-venta con reserva de dominio de dichos certificados, contrato que lógicamente está sujeto a la formalidad de ser hecho por escrito y en el cual consten las características tanto de los certificados objeto del contrato como de los derechos que estos confieren.

Finalmente, respecto de los derechos especiales de los tenedores de estos certificados, cabe hacer mención a que existe una asamblea de tenedores<sup>4</sup> y un representante de los mismos ante la Institución emisora, con

---

3 "Artículo 228 m. La emisión se hará previa declaración unilateral de voluntad de la sociedad emisora expresada en escritura pública, en la que se harán constar:

- I. La denominación, el objeto y el domicilio de la sociedad emisora;
- II. Una relación del acto constitutivo del fideicomiso, base de la emisión.
- III. Una descripción suficiente de los derechos o cosas materia de la emisión.
- IV. El dictamen pericial a que se refiere el artículo 228 h;
- V. El importe de la emisión, con especificación del número y valor de los certificados que se emitirán, y de las series y subseries, si las hubiere;
- VI. La naturaleza de los títulos y derechos que ellos conferirán;
- VII. La denominación de los títulos;
- VIII. En su caso, el mínimo de rendimiento garantizado;
- IX. El término señalado por el pago de productos o rendimientos, y si los certificados fueren amortizables, los plazos, condiciones y forma de la amortización;
- X. Los datos de registro que sean procedentes para la identificación de los bienes materia de la emisión y de los antecedentes de la misma;
- XI. La designación de representante común de los tenedores de certificados y la aceptación de éste, con su declaración;
  - a) De haber verificado la constitución del fideicomiso base de la emisión;
  - b) De haber comprobado la existencia de los bienes fideicomitidos y la autenticidad del peritaje practicado sobre los mismos, de acuerdo con el artículo 228 h;

En caso de que los certificados se ofrezcan en venta al público, los avisos o la propaganda contendrán los datos anteriores. Por violación de lo dispuesto en este párrafo quedarán solidariamente sujetos a daños y perjuicios aquellos a quienes la violación sea imputable".

4 "Artículo 228 s. La asamblea general de tenedores de certificados de participación representará el conjunto de éstos, y sus decisiones, tomadas en los términos de esta ley y de acuerdo con las estipulaciones relativas del acta de emisión, serán válidas respecto de todos los tenedores, aun de los ausentes o disidentes. Son aplicables a la asamblea general de tenedores de certificados de participación las disposiciones de los artículos 218, 219, 220 y 221 de esta ley".

facultades de vigilancia y administración de los fondos recibidos <sup>5</sup> y por último, que las acciones para exigir el pago de los certificados prescribe en 5 años para el caso de ser amortizables, o en los términos del derecho común para el caso de certificados no amortizables, <sup>6</sup> como son, desde luego, los que se emiten para el caso de obras a que nos hemos referido.

5 "Artículo 228 q. Para representar al conjunto de los tenedores de certificados se designará un representante común que podrá no ser tenedor de certificados. El cargo de representante común es personal y será desempeñado por el individuo designado al efecto o por los representantes ordinarios de la institución de crédito o de la sociedad financiera o fiduciaria que sean nombrados para el cargo, el representante común podrá otorgar poderes judiciales.

Son aplicables al representante común de los tenedores de certificados, en lo conducente, las disposiciones de los artículos 216 y 226 de esta ley".

"Artículo 228 r. El representante común de los tenedores de certificados obrará como mandatario de éstos, con las siguientes obligaciones y facultades, además de las que expresamente se consignen en el acta de emisión:

1o. Verificar los términos del acto constitutivo del fideicomiso base de la emisión;  
2o. Comprobar la existencia de los derechos o bienes dados en fideicomiso y en su caso, que las construcciones y los bienes inmovilizados incluidos en el fideicomiso estén asegurados, mientras la emisión no se amortice totalmente por su valor o por el importe de los certificados en circulación, cuando éste sea menor que aquél".

3o. Recibir y conservar los fondos relativos como depositario y aplicarlos al pago de los bienes adquiridos o de su construcción en los términos que señale el acta de emisión, cuando el importe de la misma o parte de él, deban ser destinados a la adquisición o construcción de bienes;

4o. Autorizar con su firma los certificados que se emitan;

5o. Ejercitar todas las acciones o derechos que al conjunto de tenedores de certificados correspondan por el pago de intereses o del capital debidos o por virtud de las garantías señaladas para la emisión, así como los que requiera el desempeño de las funciones y deberes a que este artículo se refiere, y ejecutar los actos conservatorios de esos derechos y acciones;

6o. Asistir a los sorteos, en su caso;

7o. Convocar y presidir la asamblea general de tenedores de certificados y ejecutar sus decisiones;

8o. Recabar de los funcionarios de la institución fiduciaria emisora, todos los informes y datos que necesite para el ejercicio de sus atribuciones, inclusive los relativos a la situación financiera del fideicomiso base de la emisión".

6 "Artículo 228 v. Las acciones para el cobro de los cupones de los certificados prescribirán en tres años a partir del vencimiento. Las acciones para el cobro de los certificados amortizables prescribirán en cinco años a partir de la fecha en que venzan los plazos estipulados para hacer la amortización, o, en caso de sorteo, a partir de la fecha en que se publique la lista a que se refiere el artículo 222".

La prescripción de las acciones para el cobro en efectivo o adjudicación, tratándose de certificados no amortizables, se regirá por las reglas del derecho común y principiará a correr el término correspondiente en la fecha que señale la asamblea general de tenedores que conozca de la terminación del fideicomiso correspondiente.

La prescripción operará, en todos los casos, en favor del patrimonio de la Secretaría de Salubridad y Asistencia".

## C.—ELEMENTOS DE DIFERENCIACION ENTRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS PRIVADOS CELEBRADOS POR LA ADMINISTRACION.

1. Una vez determinados los principios fundamentales que hemos analizado, podemos concluir que los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración tienen entre sí diferencias fundamentales que podemos resumir en la forma siguiente:

1o. El contrato administrativo es aquel que se establece en relación con la ejecución, mantenimiento o modificación de un servicio público y en el cual se encuentran contenidas estipulaciones o condiciones que por su naturaleza sean exorbitantes al Derecho Privado por pertenecer al orden del Derecho Público.

Por el contrario, son contratos privados de la Administración Pública aquellos que quedan sujetos y regulados por el régimen del Derecho Privado.

2o. En los contratos administrativos existe una flexibilidad y mutabilidad en favor del interés general. Flexibilidad por cuanto se refiere a la ampliación o restricción del campo de las obligaciones pactadas. Mutabilidad por cuanto que pueden modificarse las prestaciones consignadas en los contratos. "Así, frente a la inmutabilidad y rigidez del contrato privado, se pueden hablar de la mutabilidad y flexibilidad del contrato administrativo".<sup>7</sup>

"Como en el contrato administrativo existe un íntimo enlace entre las prestaciones que él impone y el cumplimiento de las atribuciones del Estado, es indispensable que la ejecución de las obligaciones contractuales quede subordinada a normas que, en todo caso, pongan a salvo dichas atribuciones, aún con sacrificio dentro de la situación originada por el contrato, del interés privado del cocontratante de la Administración.

De tal manera, que la regla fundamental de interpretación en los contratos administrativos debe ser la de que, en caso de duda, las cláusulas de aquellos deben entenderse en el sentido que sea más favorable al correcto desempeño por parte del Estado de la atribución que está comprometida.

<sup>7</sup> P. Weil. Página 60.

“Consecuencia también de la primacía que en el contrato administrativo tiene el eficaz cumplimiento de las atribuciones del Estado, es la de que cuando para lograr esa eficacia se haga indispensable la modificación de las prestaciones convenidas, aumentándolas, disminuyéndolas o poniéndoles fin, debe la Administración poder hacerlo...”.<sup>8</sup> “Si bien es exacto que en principio, la Administración está constreñida por los contratos que estipule al estricto cumplimiento de lo pactado, la jurisprudencia del vecino país (Francia), a partir del célebre arrét Leon Blum, de 11 de marzo de 1910, ha sentado un criterio que formula así Pequignot: “La Administración contratante puede, en cierta medida y mediante indemnización, modificar unilateralmente las estipulaciones de sus contratos, cuando tal modificación se haya impuesta por el interés del servicio público. “Con ello la Administración no viola el contrato, porque al contratar no ha podido renunciar a la competencia que el derecho positivo le reconoce; creyó contratar en interés del servicio, pero si el contrato, una vez perfeccionado resulta contrario a dicho interés, tal efecto no podrá mantenerse, ya que deberá estimarse que el mismo no entró en la intención de las partes”.<sup>9</sup> Por el contrario en los casos de los contratos privados de la Administración, existe una clara rigidez de sus cláusulas en el sentido de aplicar lo dispuesto en el artículo 1832 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales que dispone: “Art. 1832.—En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se opusieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados en la Ley”.

3o. En los contratos administrativos, existe una sujeción a normas de derecho público que deben interpretarse en relación con las obligaciones del cocontratante, en que ellas son extensivas a todo aquello que resulte como presupuesto indispensable para satisfacer el interés general o colectivo, refiriéndose a las normas de carácter público que se aplican en los contratos administrativos Jéze opina que se resumen en esta fórmula: “El cocontratante no está obligado únicamente a cumplir su obligación como lo haría un particular, con relación a otro particular; deberá interpretarse que sus obligaciones se extienden a todo lo que es absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, con el cual consciente en colaborar”.<sup>10</sup> A este respecto, los contratos privados de la Administración no pueden extenderse a algo más de aquello que fue convenido expresamente como obligación, principio comprendido literalmente en el artículo 1852 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales que dispone: “Art. 1852.—Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar”.

4o. La facultad unilateral de la Administración para terminar o modi-

<sup>8</sup> Fraga. Página 430.

<sup>9</sup> Fernando Albi. Página 529.

<sup>10</sup> Gastón Jéze. Obra citada. Página 320.

ficar el contrato según las necesidades que imponga el interés general, mediante la indemnización, en su caso, al cocontratante aplicando el principio del equilibrio financiero de los contratos.<sup>11</sup>

En los contratos privados de la Administración, a contrario sensu, el cumplimiento de las obligaciones nacidas de ellos tiene que sujetarse a los términos del mismo, obedeciendo expresamente la norma contenida en el artículo 1797 del Código Civil mencionado que ordena: "Art. 1797. La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de una de los contratantes".

5o. En los contratos administrativos, existe la facultad de sancionar administrativamente el incumplimiento del cocontratante, facultad a la que se considera como un rasgo característico de subordinación del cocontratante con respecto a la Administración y como el medio más lógico de que dispone ésta para obligar a aquel al cumplimiento del contrato;<sup>12</sup> que proviene del principio de la ejecutoriedad de los actos administrativos como presupuesto de eficacia de los mismos, frente al desacato individual a deberes positivos o negativos;<sup>13</sup> y que cristaliza en forma unilateral y administrativa en que la Administración impone la sanción.<sup>14</sup> Por el contrario, en los contratos privados de la Administración, regidos por el derecho común, las sanciones al cocontratante no podrán ser más que las consignadas expresamente por los textos aplicables del Derecho Civil.

6o. En el contrato administrativo observamos restricciones a la libertad contractual por lo que se refiere a la Administración, en virtud de que ésta no es absolutamente libre para escoger a su cocontratante; esto se desprende del texto constitucional que dispone que los contratos del Gobierno para realizar obras públicas deberán adjudicarse en subasta pública previa licitación por medio de convocatoria<sup>15</sup> y por las disposiciones de la Ley de

---

11 M. M. Díez. Obra citada. Página 572. Tomo II. "Entre las varias causales que señalamos para explicar la extinción normal del contrato, existen algunas que llevan a la extensión por razones de interés público. Este puede exigir que la Administración ponga fin prematuramente al contrato administrativo"; el autor Sarría en su obra citada página 255, donde transcribe una de las jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia producida en los términos siguientes: "La cláusula de la caducidad administrativa, por la cual el Estado pone fin a los contratos administrativos, dice claramente que existe una gran diferencia entre ellos y los civiles, y que en los primeros no se encuentra la traída igualdad jurídica que se sostiene por algunos. En contratos de esta índole (contratos administrativos) hay que admitir que la situación jurídica de los contratantes no es la misma: nadie pone en tela de juicio las prerrogativas y privilegios de que en ellos goza el Estado".

12 Carias. Página 197.

13 Albi. Página 585 y sigs.

14 E. Sarría. Página 230.

15 Artículo 134 citado.

Inspección de Obras Públicas de 1965 que señala los requisitos de legitimación que deben llenar los contratistas de obras públicas del Ejecutivo Federal, así como los requisitos que igualmente deben llenar aquellos proveedores del mismo Ejecutivo. En este sentido, Brewer Carias<sup>16</sup> manifiesta que: "Las limitaciones a la libertad contractual se presentan principalmente en la escogencia del contratante de la Administración".

"La Administración no siempre es libre de escoger su cocontratante, quizás en los contratos administrativos donde el carácter intuitu personae tiene gran importancia, se deje mayor libertad a la Administración de escoger su cocontratante". Esto es el caso de la concesión de un servicio público donde un particular desarrollará funciones propias de la Administración, y continúa "Sin embargo, en otros contratos donde tienen mayor importancia las condiciones objetivas del contratante se imponen ciertas limitaciones a la libertad de escogencia de los mismos".

Por otra parte en los contratos privados de la Administración debe existir o existe, si no una absoluta libertad contractual, sí una mayor libertad contractual por lo que se refiere a escoger al cocontratante".

7o. Por lo que se refiere a la capacidad, en el contrato administrativo, ésta tiene que estar determinada expresamente por las leyes de la materia, de tal suerte que a).—Cada dependencia de la Administración se obligue en los términos exclusivos de su competencia, y b).—Que sean los agentes de la Administración revestidos de la representación adecuada, por disposición expresa de la ley, los que celebren dichos contratos. En el aspecto de los contratos privados, sucede una excepción a esta regla por cuanto a que no es preciso ni posible la formalidad de que una ley establezca la competencia de determinada dependencia para celebrar este tipo de contratos, porque por ejemplo, el contrato de transporte de bienes de la Administración, puede celebrarse a veces no por un funcionario administrativo, sino que por diversos empleados de la Administración, a los cuales se les encarga por orden directa de sus superiores la celebración de dicho contrato para que lleguen a su destino determinados bienes. Si el empleado "X" concurre a las oficinas de la empresa particular de autotransportes y en ese momento celebra el contrato de transportación, aparece en el talón correspondiente el nombre de la Dependencia respectiva como sujeto de contrato, obligándose a los términos del mismo, bajo la firma o aceptación del empleado "X". En este caso, la Administración Pública ha celebrado un contrato de derecho privado y sujeto a las disposiciones del derecho común, y el representante de la Administración en este acto no posee una representación o capacidad legal para celebrarlo en su nombre, proveniente de alguna disposición normativa que dijera: "El oficial de "Y" dependencia, tiene capacidad para celebrar en nombre de la Administración, "Z" tipo de contrato de transporte, etc. "Esto, a todas luces sería imposible y contrario a toda noción de un correcto y expedito funcionamiento administrativo.

16 Obra citada. Página 185.

Así pues, por lo que se refiere a los contratos privados de la Administración tenemos solamente las disposiciones legislativas que en general otorgan a las dependencias oficiales la capacidad para celebrar todos los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines y atribuciones, sin consignar más requisitos formales al respecto, los que surgirán de las necesidades prácticas e históricas del funcionamiento administrativo de las mismas.

8o. Otro aspecto importante de diferenciación entre los contratos administrativos y los privados de la Administración, que es fundamental para la solución de los conflictos que se presenten en relación a ellos, es el de la competencia jurisdiccional; si como hemos visto, la diferencia esencial entre los contratos administrativos y los privados celebrados por la Administración, obedece a la interrelación entre el mismo contrato con la satisfacción directa y substancial al interés general, podremos decir o pensar que esa interrelación o dependencia de los contratos con su fin, determinará la competencia jurisdiccional de los contratos de la Administración. La mayoría de los autores opinan a este respecto que el contrato administrativo, por contener materia de derecho administrativo, de derecho público, que inclusive sujeta al contrato a éste régimen jurídico, debe quedar sujeto a la competencia de lo contencioso administrativo y no a la competencia de los Tribunales del Fuero Común, en virtud de que para conocer las controversias, para estar en posibilidad de aplicar las reglas exorbitantes del derecho civil, es necesario la unificación de criterio y conocimiento de estos problemas, y por consiguiente la unificación en los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, del conocimiento de los problemas y controversias suscitadas en actos de la Administración, donde el interés general o colectivo es parte fundamental. En este sentido, el tratadista Brewer Carías,<sup>17</sup> expone que en la legislación venezolana las controversias provenientes de los contratos administrativos han quedado sujetas a la competencia de lo contencioso-administrativo, explicando que "Desde la Constitución de 1830 estaba atribuida expresamente a la Corte Suprema de Justicia la facultad de conocer de las controversias que resultaban "de los contratos y negociaciones que celebraba el Poder Ejecutivo por sí o por medio de sus agentes" esta atribución constitucional dada al Tribunal Supremo se mantuvo en todas las Constituciones venezolanas posteriores, hasta que en la Constitución de 1961, vigente, quedó en forma implícita respecto a la responsabilidad contractual.

"Por tanto es atribución de la jurisdicción contencioso-administrativa, que actualmente ejerce la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, el conocer de todas las controversias suscitadas entre la República y los cocontratantes de la Administración en ocasión de los contratos administrativos".

Por su parte, Gastón Jéze<sup>18</sup> afirma que una de las reglas especiales,

<sup>17</sup> Obra citada. Página 216.

<sup>18</sup> Obra citada. Páginas 312 323.

distintas al derecho común, que se aplican a los contratos administrativos es "La competencia de los Tribunales Administrativos para juzgar los litigios que se susciten entre la Administración y los proveedores", agregando que "Por una parte el proveedor, al someterse voluntariamente a este régimen especial ha renunciado a prevalerse de las reglas del derecho privado, para la determinación de su situación jurídica (Derechos y obligaciones)".

Dentro de los autores españoles, encontramos opiniones similares a las analizadas; así, Fernando Albi.<sup>19</sup> refiriéndose a los contratos celebrados por Fundaciones Públicas y Corporaciones Locales, afirma que "Nos encontramos ante entidades a las que la Ley califica como de derecho público, considerándolas integradas en la Administración Pública, sometidas al Derecho Administrativo, y sujetas a la jurisdicción contencioso-administrativa". Igualmente M. M. Diez<sup>20</sup> en relación a este tema reconoce "En cuanto a lo contencioso la competencia jurisdiccional para los contratos del derecho privado corresponde a los jueces en lo civil o lo comercial. La correspondiente a los contratos administrativos pertenecerá a los jueces en lo procesal-administrativo". Finalmente, Luis Pérez del Río y Valdepares<sup>21</sup> alude a la doctrina española en la materia, señalando que en ella se tiene como elemento de distinción entre los contratos administrativos y los privados de la Administración "Por razón de la jurisdicción: los contratos civiles en cuanto a su interpretación y cumplimiento, están sometidos a la jurisdicción ordinaria; los administrativos, a la jurisdicción administrativa".

Por lo que se refiere a nuestra legislación, encontramos el texto constitucional del Art. 104 de nuestra Carta Magna que dispone: "Corresponde a los Tribunales de la Federación conocer: I.—De todas las controversias. . . III.—De aquellas en que la Federación fuere parte. . ."; Otorgándose también expresamente esta competencia a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el siguiente artículo constitucional, el 105, que dispone: "Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquellas en que la Federación fuese parte." De lo anterior, debemos deducir que corresponde a los Tribunales Federales el conocimiento de aquellas cuestiones que surjan por el cumplimiento o interpretación de los contratos celebrados por la Administración Pública Federal y en los cuales, lógicamente, ésta como órgano de la Federación, es parte. Pero en este aspecto entonces,

---

19 Obra citada. Página 336.

20 Obra citada. Página 457. Tomo II.

21 Obra citada. Página 27.

todas las controversias que se susciten con motivos de contratos celebrados por la Administración, sean privados o administrativos, deberán quedar sujetos a la jurisdicción federal? a este respecto cabe aclarar que la opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con la competencia expresa que para conocer estas controversias le otorga la Constitución, ha sido en el sentido de aclarar que su competencia se refiere sólo a los casos en que la Federación, como unidad de organización jurídico-político-nacional, es decir, cuando la unidad de sus tres Poderes fuere parte; considerando que cuando en un litigio es parte solo uno de los Poderes de la Federación o una de sus Dependencias, la competencia jurisdiccional será de los Jueces de Distrito correspondientes. En relación a este tema, mencionamos que sí existe en nuestra organización jurisdiccional un Tribunal Federal Especial de lo contencioso-administrativo: el Tribunal Fiscal de la Federación.

En este sentido parece ser un avance, aún cuando "su efectividad resulta ser hasta ahora muy precaria",<sup>22</sup> la competencia otorgada a dicho Tribunal en el caso de los contratos de obra Pública celebrados por Dependencias del Ejecutivo Federal, por las reformas ya mencionadas al Código Fiscal de la Federación, pero estimamos que esa misma competencia deberá ser otorgada en todos los casos de contratos administrativos celebrados por esas mismas Dependencias. Por lo que se refiere a los contratos privados de la Administración Federal, creemos que en los textos constitucionales de referencia se encuentra una regla que deberá aplicárseles, ya que en los mencionados preceptos no se consigna excepción alguna para el caso de los contratos celebrados por la Administración que quedan sujetos al régimen del derecho común, resultando que en estos casos, para dirimir una controversia relacionada con esta clase de contratos, habrá que recurrir al Juez de Distrito correspondiente, sólo por lo que se refiere a la jurisdicción, ya que en el fondo el Juez deberá aplicar las leyes civiles que determinen las leyes de competencia del lugar: así por ejemplo, en el caso de un contrato privado de la Administración Federal celebrado en uno de los Estados de la Federación, habrá que recurrir al Juez de Distrito más cercano y este Juez deberá aplicar en cuanto al fondo, la ley del lugar del acto, es decir, la ley común a que se encuentre sujeto el contrato. Por lo que respecta a las Administraciones Estatales o Municipales, el último caso expuesto no adolecerá de esas dificultades, ya que serán competentes, los Tribunales Comunes del lugar del acto y para el caso de ser contratos administrativos, ratificamos nuestra opinión en el sentido de otorgar la competencia por lo que se refiere a ellos, a los Tribunales de lo contencioso

---

<sup>22</sup> Nava Negrete, Alfonso. "Contratos de la Administración Pública" en la Revista Tribunal Fiscal de la Federación. 2o. número extraordinario. Página 512.

administrativo de cada Entidad.<sup>23</sup> Cabe mencionar que antes de la citada reforma al Código Fiscal de la Federación que otorga la competencia al Tribunal Fiscal de la Federación en los casos de contratos de Obra Pública de las Dependencias del Ejecutivo Federal, estas convenían con sus cocontratantes la sumisión a la jurisdicción de los Tribunales Federales de la Ciudad de México y a las leyes del Distrito Federal.

En general, y resumiendo, podremos decir que la diferencia fundamental entre los contratos administrativos y los privados de la Administración estriba en que los primeros quedan sujetos a un régimen jurídico de Derecho público, y que si bien es cierto que no se les aplica un conjunto de normas especiales, es porque estas normas no han sido creadas en los textos jurídicos positivos, pero que todas aquellas reglas del derecho común que se apliquen a los contratos administrativos quedarán sujetas a una flexibilidad y a excepciones cuando sea necesario proteger con normas de Derecho público, la función primordial de la Administración, es decir, la satisfacción del interés general; en tanto que a los contratos privados de la Administración les será aplicable el régimen jurídico de derecho civil, esto es el derecho común.

2.—Hay que observar igualmente, que los contratos de la Administración —privados o administrativos— tienen algunas características similares que podemos consignar así:

1o. En cuanto a la formación del consentimiento, debe cumplirse siem-

---

<sup>23</sup> Gastón Jéze. Obra citada. Página 342, transcribe algunas sentencias de la jurisprudencia francesa en el sentido de otorgar carácter administrativo a los contratos celebrados por los Municipios de ese país de las cuales nos parece interesante transcribir la siguiente: "La teoría del contencioso de los servicios públicos municipales se haya desde hace unos 15 años en plena evolución; la competencia administrativa se ensancha día a día por la acción lenta pero incesante de la jurisprudencia. Lo contencioso es administrativo, no en virtud de la ley, sino por su propia naturaleza. Si tal es la base de la competencia administrativa en lo concerniente a los servicios públicos del Estado, no se ve porque no subsistiría para los servicios públicos de los departamentos, de los municipios o de los establecimientos públicos que tienen un carácter administrativo del mismo grado. Cuando se trata de los intereses nacionales o locales, desde el momento que se está en presencia de necesidades colectivas que las personas públicas deben satisfacer, la gestión de dichos intereses no podría considerarse sometida necesariamente a los principios del derecho civil que rigen los intereses privados: ella tiene, en cambio, por sí misma, carácter público, ya que es una rama de la Administración Pública en general y, a este título, debe corresponder a lo contencioso administrativo. Todo lo que concierne a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, generales o locales ya sea que la Administración actúe por vía de contrato, o que proceda por vía de autoridad, es una operación administrativa, que pertenece por su naturaleza, al dominio de la jurisdicción administrativa... Se llegaría así, a asimilar lo contencioso departamental municipal, a lo contencioso del Estado y a unificar... Las reglas de competencia para la gestión de los intereses colectivos por parte de personas públicas de cualquier índole".

pre, por parte de la Administración, el procedimiento que en cada caso el funcionamiento interno establezca, Carias<sup>24</sup> afirma que la jurisprudencia venezolana ha declarado en lo referente al consentimiento del Estado que "en declaración de voluntad y consentimiento que de ella emana, se expresan dentro de un proceso formativo que se desarrolla de acuerdo con la ley y con fundamento en la observancia de ciertas formalidades por parte de quien pueda cumplirlas en ejercicio de la función pública, porque tenga capacidad para obrar e intervenir en el acuerdo o convenio como sujeto de derecho. Según este principio no podrá haber efecto consensual por manifestación legítima cuando dejan de cumplirse las formas requeridas para aceptar o imponer condiciones dentro del contrato o cuando se han cumplido de manera irregular o distinta, porque el consentimiento así prestado no responde a la verdadera voluntad de los contratantes, que es su fuente más importante".

2o. En cuanto a la manifestación de la voluntad de la Administración creemos que siempre debe ser expresa, ya que, si para el individuo es un fenómeno psicológico, para la Administración es un factor jurídico que necesita su completa expresión.<sup>25</sup>

3o. Por cuanto a la formalidad, creemos que todos los contratos que celebra la Administración debe constar por escrito, es decir, deben reunir la formalidad escrita para su plena validez, por proteger: a).—El cambio de funcionarios de la Administración, sin que este cambio modifique la facultad de la Administración, sus fines, o los compromisos contraídos por ella y b).—Para el debido control de los presupuestos y gastos de la Administración Pública.

---

<sup>24</sup> Obra citada. Página 169.

<sup>25</sup> Recaredo F. de V. Obra citada. Página 105.

## CONCLUSIONES

1. A la definición de contrato consignada en el Artículo 1792 del Código Civil, se propone agregar la terminología "entre las partes" u otra similar para incluir como parte de la definición la característica de interrelación entre las partes del contrato respecto a los derechos y obligaciones objetos del mismo.

2. A la consideración clásica del Derecho Civil de distinguir entre creación y ejecución del Derecho, la Escuela de la Teoría Pura del Derecho propugnada por el autor vienés Hans Kelsen, opone la consideración de que todo acto jurídico es, al mismo tiempo que un acto de ejecución del Derecho, un acto de creación jurídica por cuanto a la normatividad que establece para los sujetos del acto. En este sentido, además del estudio del contrato como acto jurídico, analizando sus elementos constitutivos, habrá que realizar su estudio como una norma jurídica, atribuyéndole los ámbitos de validez de este último: material, espacial, temporal y personal.

3. El Estado puede utilizar la cooperación de los particulares para el cumplimiento de sus fines, guardando frente a éstos una posición de igualdad en la relación jurídica que se cree y que bien puede ser de naturaleza contractual. Esta posición es aceptable por la Jurisprudencia Mexicana.

4o Las Teorías Negativas que niegan la posibilidad de la existencia de los contratos de la Administración Pública, nacieron bajo la influencia de una época en que la libertad e igualdad absolutas de las partes eran factores determinantes y necesarios para la existencia de un contrato.

5. La evolución de las figuras jurídicas contractuales, tal como lo es el contrato de adhesión, y la cada vez mayor participación del Estado en la vida económica y social de las Naciones, producen la influencia necesaria en la teoría para que se reconozca a la Administración Pública la legítima capacidad de obligarse y adquirir derechos mediante la celebración de contratos.

6. Como factor determinante para lograr la admisión en la teoría de los contratos de la Administración Pública, se tiene la opinión del eminente jurista francés León Duguit quien en su obra "Las Transformaciones

del Derecho Público" fustiga la idea del Estado como ente de poder y superioridad para proponer un Estado como elemento de coordinación y cooperación del desarrollo de la colectividad.

7. Dentro de la Teoría de los contratos de la Administración Pública, el principal problema que surge es delimitar en qué circunstancias y bajo qué elementos esos contratos quedan sujetos a un régimen jurídico distinto y superior al del Derecho Privado, con objeto de proteger el cumplimiento de la satisfacción del interés general o colectivo como fin último del Estado.

8.—El satisfacer el interés general o colectivo es un elemento que aparece como característica esencial en los actos de la Administración Pública como parte del Estado. En esa virtud, la simple presencia de este elemento no bastará para determinar la sujeción al régimen del Derecho Público de los contratos de la Administración Pública, pues entonces quedarían incluidos todos los celebrados por ésta.

9. Consideramos conveniente el encontrar otro criterio de diferenciación entre los contratos privados de la Administración Pública —sujeto al régimen del Derecho Común— y los contratos administrativos —sujetos al régimen del Derecho Público— y creemos que ese criterio deberá formarse mediante la aplicación excluyente de los siguientes elementos:

a) La disposición de ley en cuanto a sujetar un contrato de la administración a un régimen exorbitante del Derecho Privado.

b) La existencia, en un contrato de la Administración, de cláusulas exorbitantes del derecho común, por voluntad de las partes.

c) La naturaleza misma del contrato celebrado por la administración.

El criterio deberá formarse investigando en el orden expresado la existencia de dichos elementos, pudiendo afirmar que en el caso de que un contrato celebrado por la administración contenga disposiciones o estipulaciones exorbitantes del Derecho Común, es decir imposibles por su elasticidad en este derecho, deberá ser considerado un contrato administrativo sujeto al régimen del Derecho Público. Mas si en un contrato de la Administración no se encontraren presentes esos elementos, habrá que analizar la naturaleza de dicho acto jurídico para determinar que en el caso de encontrarse vinculado a un servicio público o a una obra pública, el contrato se considerará igualmente administrativo y sujeto al régimen del Derecho Público.

10. Dentro de la Teoría, los autores coinciden en señalar como elementos de los contratos de la Administración Pública, el consentimiento, el objeto, la forma, la capacidad y la finalidad, aunque hay discrepancia de opiniones en cuanto a cuáles de ellos deben considerarse elementos de existencia y cuáles de validez.

11. El consentimiento en los contratos de la administración Pública, como elemento de existencia de los mismos, deberá producirse en forma expresa y clara, quedando relegada la validez de la expresión tácita, en razón de otorgar mayor protección para la Administración Pública, dado su gran número de agentes, representantes o funcionarios.

12. En cuanto al objeto de los contratos de la Administración Pública, son válidas las características señaladas en la Legislación Civil respecto al objeto de los contratos.

13. Respecto a la capacidad en los contratos de la Administración Pública se hace necesario distinguir entre la capacidad de ésta y la capacidad del cocontratante; en tanto que esta última es reglamentada por las Leyes del Derecho Común, aquella es distinta, pues la capacidad para la Administración debe considerarse de excepción a diferencia de la capacidad del Derecho Civil cuya excepción es, precisamente, la incapacidad. Así la capacidad de la Administración Pública deberá estar otorgada en las Leyes y Reglamentos que confieran las facultades a los diversos órganos de la misma.

14. La forma escrita debe ser considerada como elemento de validez en los contratos de la Administración Pública, para proteger el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de los derechos derivados de aquéllos, frente a un sinúmero de agentes, órganos y funcionarios en un constante cambio y una continua renovación.

15. Se propone como definición de Obra Pública, los bienes muebles e inmuebles construidos o adquiridos por el Estado con una finalidad de utilidad general y aquellos bienes construidos o realizados por un particular, que representen en un momento determinado, un factor indispensable de interés general o colectivo.

16. A las Obras Públicas, por estar presente en ellas la finalidad del interés general o colectivo, deberán aplicarse las normas del Derecho Público, tutelar de ese interés.

17. Para la construcción de las Obras Públicas, el Estado emplea por regla general la celebración de contratos de Obra Pública.

18. El contrato de Obra Pública puede definirse diciendo que es aquel celebrado entre la Administración Pública y un particular con objeto de realizar, planear, proyectar, ejecutar, reparar o modificar una Obra Pública, mueble o inmueble, mediante el pago por parte de la Administración de la contra-prestación establecida, sujetándose el contrato al régimen del Derecho Público.

19. En los contratos de Obra Pública, el cocontratante de la Administración debe ser escogido mediante subasta pública según mandato del Artículo 134 de la Constitución. La Ley de Inspección de Obras Públicas, de 1965, establece una excepción a este mandato en los casos de obras de emergencia y de obras cuyo monto no exceda a \$100,000.00. Consideramos que estas excepciones deben ser incluidas en el texto constitucional para tener plena validez normativa.

20. En el contrato de Obra Pública, el contratista tiene la obligación de ejecutar personalmente la obra, salvo autorización expresa de la Administración Pública.

21. La Administración Pública tiene, respecto al contrato de Obra Pública, facultades exorbitantes del Derecho Común por cuanto a que puede

unilateralmente modificar las condiciones del contrato en cuanto al monto total de la obra, así como suspender o terminar el contrato en casos de perturbación del orden público, por falta de fondos o por no ser conveniente la construcción por nuevas modalidades en el interés general o colectivo.

22. Otra característica especial de los contratos de Obra Pública es la facultad de la Administración Pública de imponer, unilateralmente y en forma impositiva, sanciones administrativas —casi siempre multas— al contratante en caso de incumplimiento.

23. En caso de controversia suscitada respecto a un contrato de Obra Pública, la competencia Jurisdiccional es del Tribunal Fiscal de la Federación, según lo dispuesto en el Artículo 22 Fracción VII de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación.

24. No resulta práctica la aplicación de la Teoría del carácter atractivo de la Obra Pública para englobar como contratos públicos a todos aquellos que sean accesorios de una Obra Pública, dado el gran número de contratos es esta índole que se celebran día con día, entre o con los particulares.

Como hemos sostenido con anterioridad, el criterio para llegar a dilucidar esta cuestión deberá formarse mediante la aplicación excluyente de los siguientes elementos:

a) La disposición de la ley en cuanto a sujetar a un contrato de la administración a un régimen exorbitante del Derecho Privado.

b) La existencia, en un contrato de la Administración, de cláusulas exorbitantes del Derecho Común, por voluntad de las partes.

c) La naturaleza misma del contrato celebrado por la Administración.

El criterio deberá formarse investigando en el orden expresado la existencia de dichos elementos, pudiendo afirmar que en el caso de que un contrato celebrado por la Administración contenga disposiciones o estipulaciones exorbitantes del Derecho Común, es decir, imposibles por su elasticidad en este derecho, deberá ser considerado un contrato administrativo sujeto al régimen del Derecho Público. Mas si en un contrato de la Administración no se encontraren presentes esos elementos, habrá que analizar la naturaleza de dicho acto jurídico para determinar que en el caso de que dependa de él, en una forma inmediata y directa la consecución de un servicio público o de una obra pública, el contrato se considerará igualmente administrativo y sujeto al régimen del Derecho Público.

25. Los contratos privados de la Administración Pública pueden diferenciarse sustancialmente de los contratos públicos celebrados por ésta, en que de aquéllos no se desprende en forma directa, inmediata y privativa la satisfacción del interés general.

26. En los contratos privados de la Administración Pública, cabe aplicar la rigidez en cuanto a los términos de las obligaciones pactadas (Artículo 1838, Código Civil para el Distrito y Territorios Federales), en tanto que en los contratos administrativos existe el principio de mutabilidad y flexibilidad por cuanto al campo de las obligaciones pactadas, en favor del interés general.

27. El principio del Derecho Común de no entender comprendidos en los contratos cosas distintas o casos diferentes sobre los que las partes se propusieran contratar (Artículo 852 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales), se encuentra vigente en los contratos privados celebrados por la Administración, en tanto que en los contratos administrativos existe el principio de que las cláusulas de los mismos son extensivas a todo aquello que resulte como presupuesto indispensable para la satisfacción del interés general.

28. En tanto que en los contratos privados de la Administración Pública debe aplicarse el principio de que el cumplimiento de los mismos no puede quedar al arbitrio de una de las partes (Artículo 1797 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales), en los contratos administrativos la Administración tiene la facultad unilateral de terminarlos o modificarlos, según las necesidades que imponga el interés general, indemnizando al cocontratante, en su caso, mediante el principio del equilibrio financiero en este tipo de contratos.

29. En los contratos administrativos, la Administración Pública tiene la facultad de sancionar unilateral o administrativamente al cocontratante en caso de incumplimiento, en tanto que en los contratos privados que celebre aquélla, las sanciones no podrán ser más que aquellas consignadas en el Derecho Común.

30. Las restricciones a la libertad contractual de la Administración Pública, en cuanto a la elección del cocontratante en los contratos administrativos, debe sufrir alteraciones para permitir a la Administración más libertad en este sentido en los contratos privados que celebre.

31. Para los contratos administrativos las reglas de la capacidad de la Administración Pública deben ser más estrictas que las mismas reglas para los contratos privados de la Administración.

32. De conformidad con las teorías y legislaciones de algunos países, sería conveniente otorgar competencia a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo para el caso de controversias suscitadas acerca de todos los contratos administrativos y unificar el criterio de otorgar competencia a los tribunales del fuero común para el caso de controversias sobre contratos privados de la Administración Pública.

33. En general, podemos afirmar que es necesario y conveniente establecer un orden normativo y administrativo suficiente y completo para regular tanto la formalidad como la capacidad de la Administración Pública y sus agentes o funcionarios, para proteger más eficazmente el cumplimiento de los fines de la Administración Pública, sujetos a toda clase de contratos celebrados por ésta.

## BIBLIOGRAFIA

- Albi, Fernando: *Tratado de los Modos de Gestión de las Corporaciones Generales*. Madrid, 1960.
- Bercaitz, Miguel Angel: *Teoría General de los Contratos Administrativos*. B. A. 1952.
- Bielsa, Rafael: *Derecho Administrativo*.
- Borja Soriano, Manuel: *Teoría General de las Obligaciones*. 3a. Edición, México, 1959. *Derecho Civil*. Madrid, 1951 (9 Tomos)
- Brewer Carías, Allan-Radolph: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*. Caracas, 1964.
- Collin et Capitant: *Cours Elementaire de Droit Civil Francais*. París 1932.
- Diez, Manuel Ma.; *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1965.
- Duguit, León: *Las Transformaciones del Derecho Público*. Madrid, 1926.
- Duguit, León: *Traite de Droit Constitutionnel*. París, 1921.
- Fernández de Velasco, Recaredo: *Los Contratos Administrativos*. Madrid, 1929.
- Ferrara, Francisco: *Teoría del Negozio Illicito nel Diritto Civile Italiano*, 2a. Edición, 1914.
- Fleiner, Fritz: *Instituciones del Derecho Administrativo*. Barcelona, 1933
- Fraga, Gabino: *Derecho Administrativo*. México, 1958.
- Gallo, Mario: *Repporti Contrattuali*. Padua, 1936.
- García Oviedo, Carlos: *Derecho Administrativo*. Madrid, 1948.
- Gascón y Marín, José: *Tratado de Derecho Administrativo*. Edición 1952.
- Gutiérrez y González, Ernesto: *Derecho de las Obligaciones*. Puebla, 1961.
- Hauriou, Maurice: *Precis de Droit Administratif et de Droit Public*, París, 1933.
- Heller, Herman: *Teoría General del Estado*. México, 1961.
- Jellinek Gerber: *Teoría General del Estado*. México, 1958.
- Jéze, Gastón: *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1948.
- Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes: 1955-1953*. Mayo. Ediciones México, 1965.
- Laubadere, Andre: *Traite Theorique et Practique des Contrats Administratifs*. París, 1956.
- Laubadere, Andre: *Traite Elementaire de Droit Administratif*. París, 1963.
- Marienhof, Miguel: *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1965.
- Marienhof, Miguel: *Tratado del Dominio Público*. Buenos Aires, 1960.
- Mayer, Otto: *Derecho Administrativo Alemán*.

- Messineo, Francesco: Manual de Derecho Civil y Comercial. Buenos Aires, 1955.
- Meyer, J.: La Administración y la Organización Administrativa en Inglaterra, Francia, Alemania y Austria. Madrid.
- Nava Negrete, Alfonso: "Contratos Privados de la Administración Pública" en Revista de la Facultad de Derecho de México, No. 51, Tomo XIII, Julio-Septiembre, 1963.
- Nava Negrete, Alfonso: "Contratos de la Administración Pública" en Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, 2o. número extraordinario.
- Olivera Toro, Jorge: Manual de Derecho Administrativo. México, 1967.
- Pérez del Río y Valdeparés, Luis: Derecho Administrativo. Madrid 1941.
- Recasens Siches, Luis: Tratado General de Sociología. México, 1960.
- Rojina Villegas, Rafael: Derecho Civil Mexicano. 2a. Edición, México, 1960.
- Salvat, Raymundo M.: Tratado de Derecho Civil Argentino. 2a. Edición, Buenos Aires, 1957.
- Sarria, Eustorgio: Derecho Administrativo. Bogotá, 1962.
- Serra Rojas, Andrés: Derecho Administrativo. México, 1965.
- Spiegel, Ludwig: Derecho Administrativo. Barcelona, 1933.
- Villegas Basavilbaso, Benjamín: Derecho Administrativo. Buenos Aires, 1950.
- Vitta, Cino: Diritto Amministrativo. Turín, 1962.
- Waline, Marcel: Manuel Elementaire de Droit Administratif. París, 1946.
- Weill, Prosper: El Derecho Administrativo. Madrid, 1964.
- Zanobini, Guido: Corso di Diritto Amministrativo. Milán, 1947.