

320.
29/

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"



EL CONTRATO ADMINISTRATIVO



TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

JOAQUIN VALDEZ VELAZQUEZ

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN





UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE.

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Introducción.

CAPITULO PRIMERO. EL ACTO JURIDICO DENOMINADO CONTRATO.

1.1. Evolución.

1.1.1. La obligación en el Derecho Romano.	1.
1.1.2. El contrato en el Derecho Romano.	4.
1.1.3. Clasificación en el Derecho Romano.	6.
1.1.4. Desarrollo historico de las cuatro clases de contratos.	8.
1.1.5. Otras convenciones sancionadas.	12.
1.1.6. De los elementos generales de los contratos.	14.
1.1.7. Historia de la legislación sobre los contratos públicos en Roma.	18.

1.2. El convenio y el contrato.

1.2.1. El liberalismo en los contratos mexicanos.	23.
1.2.2. División de los hechos juridicos.	26.
1.2.3. Concepto y definiciones del acto juridico.	30.
1.2.4. Clasificación o categorias de los actos juridicos.	34.
1.2.5. El contrato como acto juridico.	37.
1.2.6. Elementos esenciales del acto juridico.	39.

1.3. La regulación del contrato civil.

1.3.1. Definición de obligación y fuente de las obligaciones.	41.
1.3.2. La etimología y definiciones del contrato.	44.
1.3.3. Diversas acepciones de la expresión "Contrato". ..	46.
1.3.4. El dogma de la autonomía de la voluntad.	49.
1.3.5. El principio de la autonomía de la voluntad en los Códigos Mexicanos.	59.
1.3.6. La crisis de la autonomía de la voluntad.	66.
1.3.7. Efecto de los contratos entre las partes.	71.
1.3.8. Los elementos del contrato.	75.
1.3.9. Diversas clases de contratos.	79.

1.4. La influencia del contrato civil en el contrato administrativo.

1.4.1. El contrato en general dentro de la consideración del derecho privado.	82.
--	-----

1.4.2. Los contratos civiles no se oponen a los contratos administrativos.	88.
1.4.3. El contrato administrativo no es un acto administrativo.	90.
1.4.4. Las atribuciones del Estado.	96.
1.4.5. La función administrativa.	101.
1.4.6. La actividad administrativa.	105.

CAPITULO SEGUNDO. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

2.1. Naturaleza jurídica del contrato administrativo.	
2.1.1. Doctrinas que niegan la existencia de los contratos administrativos.	109.
2.1.2. Antecedentes del contrato administrativo.	112.
2.1.3. Antecedentes de los contratos administrativos en México.	115.
2.2. El contrato administrativo.	
2.2.1. El contrato administrativo es una función administrativa.	124.
2.2.2. El contrato administrativo.	127.
2.2.3. Diversas definiciones del contrato administrativo	131.
2.2.4. Características de los contratos administrativos.	136.
2.2.5. Teorías en torno a los contratos administrativos.	138.
2.2.6. Criterios para determinar el contrato administrativo.	153.
2.2.7. Fundamentos del contrato administrativo.	155.
2.2.8. Figuras afines.	166.
2.3. Clasificación de los contratos administrativos.	
2.3.1. Diferentes clasificaciones doctrinales.	174.
2.3.2. El Empréstito.	178.
2.3.3. El suministro.	202.

CAPITULO TERCERO. LA TIPIFICACION DE LOS ACTOS DEL PODER PUBLICO CON ELEMENTOS CONTRACTUALES.

3.1. Elementos esenciales.	
3.1.1. Sujeto.	205.
3.1.2. Competencia y capacidad.	214.
3.1.3. Consentimiento.	224.
3.1.4. Forma.	228.

3.1.5. Objeto.	230.
3.1.6. Causa.	233.
3.1.7. Regimen juridico especial.	238.
3.2. Elementos no esenciales.	
3.2.1. Plazo.	242.
3.2.2. Conmutabilidad.	243.
3.2.3. Intransferibilidad.	245.
3.2.4. Licitación y pliego de condiciones.	247.
3.2.5. Garantías.	250.
3.2.6. Sanciones.	252.

**CAPITULO CUARTO. LOS DIFERENTES MODOS DE CELEBRACION DE
LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**

4.1. La celebración del contrato administrativo.	
4.1.1. El procedimiento de generación.	259.
4.1.2. Características del procedimiento precontractual.	263.
4.2. Los procedimientos para la selección del cocontratante.	
4.2.1. Diferentes formas de selección del cocontratante.	266.
4.2.2. El sistema de libre elección.	267.
4.2.3. Sistemas de restricción.	271.

CAPITULO QUINTO. LA ESTRUCTURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

5.1. Las cláusulas administrativas.	
5.1.1. Clasificación de las cláusulas administrativas.	295.
5.2. Derechos y obligaciones de las partes.	
5.2.1. El deber juridico.	297.
5.2.2. Derechos y obligaciones de la administración pública.	299.
5.2.3. Derechos y obligaciones del cocontratante particular.	318.

CAPITULO SEXTO. FORMAS DE TERMINACION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

6.1. Diferentes modos de terminación de los contratos administrativos.	
--	--

6.1.1. Diversas causas de extinción.	329.
6.1.2. Modos normales de extinción del contrato administrativo.	331.
6.1.3. Modos anormales de extinción del contrato administrativo.	332.
6.2. La responsabilidad administrativa.	
6.2.1. La responsabilidad del Estado en México.	343.
6.2.2. El retroceso de la responsabilidad del Estado en nuestro Derecho.	354.
6.3. El control de los contratos administrativos.	
6.3.1. El contenido del control.	358.
6.3.2. La actividad del control.	366.
6.3.3. El poder de control de los contratos administrativos.	370.

CAPITULO SEPTIMO. LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA.

7.1. Justicia administrativa.	
7.1.1. Algunas acepciones de los vocablos "Justo" y "Justicia".	377.
7.1.2. Justicia administrativa.	379.
7.2. El proceso administrativo en la Constitución Mexicana.	
7.2.1. La organización de lo contencioso administrativo de acuerdo con la Ley Lares.	384.

Conclusiones.	391.
Bibliografía.	397.
Legislación.	405.

INTRODUCCION.

El presente estudio pretende hacer un análisis del contrato administrativo.

El contrato no es una Institución exclusiva del Derecho Privado sino que es una unidad ontológica.

En base a esto podemos afirmar que el contrato tiene varias especies en el Derecho Privado y en el Derecho Público.

Solamente analizaremos las diversas especies que están ordenadas en el Derecho Administrativo, por ser una de las ramas del Derecho Público.

Nuestra legislación administrativa hace reenvios al Código Civil, en algunos casos,

este sirve de complemento, ya que siendo un derecho común, sirve de apoyo a todas las ramas del derecho.

en otras situaciones, se presenta como un derecho inspirador, para la creación de diversas figuras jurídicas que tienden a tener diverso contenido. Vr. La conversión en el empréstito que en el Derecho Privado se asemeja a una novación.

por último, como un derecho supletorio, empero, en el Derecho Público, como ocurre con el Derecho Administrativo en que no debe de aplicarse supletoriamente el Código Civil, ya que este se aplica solamente a sus leyes especiales del Derecho Privado, pero no a las leyes especiales del Derecho Público, porque los intereses que afecta son diferentes y por tener principios diferentes al Derecho Privado.

Espero que en un futuro no muy lejano, nuestros legisladores lleguen a codificar nuestra Ley de Obras Públicas y la Ley de Adquisiciones, Arrendamiento y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, constituyendo la Ley regla-

mentaria de nuestro artículo 134 Constitucional.

En este preciso momento, urge ordenar y sistematizar estas leyes por encontrar un verdadero desorden en los reenvios que presenta.

Este es el tema cuyo estudio someto ahora en consideración del Honorable Jurado.

CAPITULO PRIMERO. EL ACTO JURIDICO DENOMINADO CONTRATO.

1.1. Evolución.

1.1.1. La obligación en el Derecho Romano.

Los diferentes estudios referidos al contrato, en el Derecho Romano, se encuentra contradicciones como se vera en el presente trabajo.

Con gran criterio el Dr. Néstor De Buen Lozano afirma:

"... el derecho romano no es un cuerpo juridico homogéneo con una orientación uniforme, obra de un solo legislador sino el resultado de una larguísima evolución histórica que pudiera iniciarse en el año 753 antes de J.C. para concluir - en el siglo VII de nuestra era, cuando el Imperio adquiere su fisonomía bizantina." (1)

Definición de obligación.

Las Instituciones de Justiniano definieron así la obligación:

"Es un lazo de derecho que nos costringe en la necesidad de pagar alguna cosa conforme al Derecho de nuestra ciudad. La obligación está así comparada a un lazo que une a otra persona a las personas entre las cuales ha sido creada; es, por otra parte, un lazo puramente jurídico.

Aun la definición de obligación que trae la "Instituta", y que pertenece al diglo VI, no obstante su finalidad sistematica, de ningún modo se confunde con el metodo axiomático o deductivo de la jurisprudencia moderna, Obligatio est iuris - vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius salvandae - rei, secundum nostra civitatis iura: ("La obligación es un - vinculo juridico que nos impone la necesidad de pagar algo a otro, según nuestro derecho civil")." (2)

La obligación (obligatio, de ligo=yo ato, y ob=alrededor del cuerpo) tiene la característica de ser una relación personal entre dos sujetos: uno activo, el acreedor (creditor, de credo=tengo confianza) y otro pasivo, el deudor, que le está vinculado incluso físicamente; pero con referencia - siempre a una cosa.

-
1. De Buen Lozano, Néstor. "La decadencia del contrato, con - un apéndice "20 AÑOS DESPUES". 2ª Edición. México D.F. Editorial Porrúa, S.A. 1986. P. 5.
 2. Levaggi, Abelardo. "Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas". 1er. Edición. Buenos Aires-Argentina. EDITORIAL PERROT. 1982. P. 17-18.

"Los juriconsultos romanos se sirven exclusivamente de - la palabra obligatio, en un sentido muy amplio, para designar el crédito lo mismo que la deuda. (L.4.D., de novat XLVI 2.1).". (3)

El derecho de crédito que resulta se diferencia del derecho real (ius in rem) en que éste se ejerce directamente sobre el bien que constituye el objeto del derecho, en tanto que aquél se ejerce sobre la persona del deudor. Por oposición al derecho real, que proporciona a su titular el disfrute inmediato de la cosa, con los derechos de persecución y de preferencia, el derecho creditorio no brinda estas ventajas.

"La obligación gravita históricamente, primero sobre la persona y luego sobre la totalidad del patrimonio del deudor -entendiendo el patrimonio como la expresión de su persona - física-, y en una parte proporcional, indeterminada, si hay - concurrencia de acreedores con igual derecho.". (4)

El maestro Eugene Petit en su estudio establece los elementos de la obligación:

a) Un sujeto activo, el acreedor: puede haber uno o varios. ...El Derecho civil le da, como sanción de su crédito, una acción personal; es decir, la facultad de dirigirse a la autoridad judicial para obligar al deudor a pagarle lo que se le debe. Esta sanción, organizada según los principios del Derecho civil, caracteriza a las obligaciones civiles, las únicas que son verdaderas obligaciones, que consisten en un lazo de derecho. En ciertos casos, sin embargo, se encontró bien admitir que una persona pudiese no estar obligada más que según el derecho natural; era un simple lazo de equidad. ...Pero estas obligaciones imperfectas, calificadas de naturales, no han sido jamás sancionadas por una acción. Aquel en provecho del cual habían sido reconocidas no podía contar más que con una ejecución voluntaria de parte del deudor.

3. Pettit, Eugéne. "Tratado elemental de derecho romano". 2º - Edición. México D.F. Editorial Porrúa, S.A.1985. P. 313.
4. Levaggi, Abelardo. ob. cit. P.18.

b) UN sujeto pasivo, el deudor. Es la persona que esta obligada a procurar al acreedor el objeto de la obligación. Puede haber en ella uno a varios deudores, como uno o varios acreedores.

c) Un objeto. El objeto de la obligación consiste en un acto que el deudor debe realizar en provecho del acreedor, y los jurisperitos romanos lo expresan perfectamente por medio de un verbo: FACERE, cuyo, sentido es muy amplio, que comprende aun la abstención. Al lado de esta formula general están más precisos ciertos textos. Distinguen en tres categorías los diversos actos a los cuales pueden ser obligados el deudor, y los resumen estos tres verbos: dare, praestare, facere.

DARE es transferir la propiedad de la cosa, o constituir un derecho real.

PRAESTARE es procurar el disfrute de una cosa, sin constituir derecho real.

FACERE es llevar a cabo cualquier otro acto, o aun abstenerse.

1.1.2. El contrato en el Derecho Romano.

La evolución del contrato en el derecho romano es aceptada unánimemente por todos los autores a excepción de Miguel - Angel Bercaitz al plasmar en su obra "Teoría General de los - Contratos Administrativos", lo siguiente: "No es posible buscar entonces el origen del contrato en el Derecho Romano."⁽⁵⁾

Noción de los contratos.

Néstor De Buen citando a Demofilo De Buen afirma que en el - Digesto se infiere una concepción del contrato, "que si no lo define, puede servir de base para hacerlo y ha servido de tal en la doctrina posterior. Según ella, contratos la convención productora de acción, por tener nombre de contrato o causa civil de obligar (D. Libro 11, tit. XVI pág. 7 pár. 1-4).⁽⁶⁾

Eugene Petit menciona que todo contrato hay una convención. Ahora bien, cuando dos o más personas se ponen de acuerdo respecto de un objeto determinado, se dice que hay entre ellas convención o pacto.

Las partes que hacen de una convención destinada a producir un efecto jurídico pueden proponerse crear, modificar o extinguir un derecho. No tenemos que ocuparnos aquí más que - de las convenciones que tienden a crear un derecho: son las - únicas que forman el género cuya especie es el contrato.

"Desde la República, los contratos desplazan indudablemente a los delitos como principal fuente de las obligaciones. En el antiguo Derecho Romano era característica la dualidad convención-contrato. La convención estaba constituida - por el acuerdo de varias personas, pero a diferencia del contrato, ni era obligatoria ni tenía acción. Únicamente a partir del Edicto del Pretor se concede alguna defensa a las - convenciones o pactos, por medio de una excepción. El principio es: "nuda pactio obligationem non parit sed parit exceptionem". ("Los pactos nudos no crean obligación pero crean - excepción").⁽⁷⁾

-
5. Angel Bercaitz, Miguel. "Teoría General de los Contratos - Administrativos". 1 Edición. Buenos Aires-Argentina. Editorial De Palma. 1952 P. 11-12.
 6. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit. P.5.
 7. Levaggi, Abelardo. ob. cit. P. 20.

La convención tenía un carácter genérico y muy amplio, - aplicable también en los llamados PACTOS, quedando diferenciada del CONTRATO cuyo sentido era más limitado. Los contratos eran, pues, aquellas convenciones sancionadas por el Derecho Civil por medio de acciones y que tenían un nombre determinado Vgr. Compraventa, comodato, sociedad, etc.

"El análisis de algunos textos del DIGESTO (DIGESTO libro 2, título 14, fragmento 7) parecería indicar que las convenciones no producían efectos jurídicos perfectos, dando lugar tan solo a excepciones y a obligaciones naturales, mientras que los contratos, al contrario, constituían convenciones nominadas que originaban acciones." (8)

Abelardo Lavaggi nos menciona: Muchos pactos, que se prevén de acciones adecuadas, adquieren idéntico valor al de los contratos. Es el caso del pactum dotis, promesa no formal de dote, y del pactum donationis, compromiso informal de dar alguna cosa.

Es preciso en referirse al Derecho Romano ya que su técnica jurídica muestra una lógica y un profundo análisis deductivo que constituye un ejemplo histórico de creación e interpretación jurídica.

Siendo un Derecho extenso y completo, que abarca desde mediados del siglo 8 A.C. hasta mediados del siglo 7 D.C.; rigió en Europa y en especial en Francia, Italia y España, por lo tanto, es la fusión de estos pueblos con el Romano.

8. Jorge Escola, Héctor. "Tratado Integral de los Contratos Administrativos" vol.1 1 Edición. Buenos Aires-Argentina. Ediciones de Palma 1977. P. 4.

1.1.3. Clasificación en el derecho romano.

Varias clasificaciones se han hecho en esta materia, para efectos didácticos reuniremos en una sola clasificación, siguiendo a los autores Eugene Petit y Héctor Jorge Escola en sus obras mencionadas con anterioridad.

Desde fines de la República, se han determinado el número de los contratos, y se distinguen cuatro clases de ellos:

Desde el punto de vista de las formalidades que deben acompañar la convención:

a) Los contratos verbis se forman con la ayuda de las palabras solemnes. No citaremos aquí más que la principal: La estipulación.

b) El contrato litteris exige menciones escritas.

c) Los contratos re no son perfectos sino por la entrega de una cosa al que viene a hacerse deudor. Son el mutuum o préstamo de consumo, el comodato o préstamo de uso, el depósito y la prenda.

d) Por último, los contratos formados solo consensu, por el solo acuerdo de las partes, son: la venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato. Toda convención que no figura en esta enumeración no es un contrato; es un simple pacto que no produce en principio obligación civil.

Desde el punto de vista de los poderes de apreciación del juez, se los distingue en contratos de derecho estricto y contratos de buena fe. Los contratos de derecho estricto son los que se derivan del Derecho Romano primitivo, y ofrecen su carácter riguroso. Tales son el mutuum, el contrato litteris, la estipulación. Tiene por sanción la *condictio*. ...los demás contratos son de buena fe: Todo se debe arreglar en ellos según la equidad. Las acciones que los sancionan llevan un nombre distinto para cada contrato.

Desde el punto de vista de sus efectos, se les agrupa en unilaterales y sinalagmáticos. Los contratos unilaterales no engendrán nunca obligación más que de un solo lado de las partes contratantes, uno exaltare. Son precisamente los contratos de derecho estricto.

Los contratos de buena fe son sinalagmáticos (La palabra *contractus* se toma frecuentemente en sentido especial para designar los contratos sinalagmáticos y de buena fe, -

por oposición a los contratos unilaterales y de derecho estricto. -Ulpiano, L. 19. D., de verb. sign., L. 16.); es decir, que producen obligaciones a cargo de todas las partes - contratantes.

Los comentaristas los subdividen en contratos sinalagmáticos perfectos e imperfectos.

Los primeros son aquellos en los cuales todas las partes están inmediatamente obligadas desde que se ha formado el contrato; lo que ocurre en la venta, el arrendamiento, la sociedad.

En los demás, no hay obligación más que de un lado en el momento en que se forma el contrato; pero puede suceder que posteriormente nazca del otro lado una obligación. En semejante caso, la obligación, nacida en el instante mismo de la formación del contrato, esta sancionado por una acción directa; - la otra, por una acción contraria. Son sinalagmáticos imperfectos: el comodato, el deposito, la prenda y el mandato.

Desde el punto de vista de su naturaleza, se señala la existencia de contratos gratuitos y contratos onerosos, pudiendo ser estos últimos conmutativos o aleatorios.

Finalmente los contratos podían ser principales o accesorios, nominados o innominados.

La obligación del regimen contractual en Roma permite observar que los contratos variaron de un formalismo bastante riguroso a la admisión de formas más liberales, impuestas por las exigencias de un comercio cada vez más activo, aun cuando el principio tradicional de que "nuda pactio obligationem non parit" se mantuvo como regla legal hasta la época de Justiniano.

1.1.4. Desarrollo historico de las cuatro clases de contratos

Las formas primitivas.

El Dr. Néstor De Buen Lozano en su estudio encuentra discrepancia en la doctrina en que unos aceptan que el nexum es un contrato mientras que otros la rechazan, siguiendo a Mazeud, Henri Leon y Jean. "Nos hablan, en primer término, del nexum, forma primitiva de la operación de préstamo, y afirman que se trataba de una autoenajenación, pero no de un contrato, ya que el derecho del acreedor no resultaba de un acuerdo de voluntades sino de una maldición (damnatio), sujeta a condición, que se expresaba del siguiente modo: --si el deudor no me reembolsa, sea damnatus--.

En cambio para Girard, el nexum si es un contrato; el más antiguo de los reconocidos por el derecho romano, tal vez, a la fundación de Roma y contemporánea de la mancipatio". (9)

Coincide la doctrina, en señalar que las obligaciones sancionadas, se encuentra el nexum, dentro de la evolución histórica de las obligaciones, surgio en favor de los ofendidos, las leyes establecieron en obtener del defensor una pena pecuniaria cuyo monto fijaba, pero como el pago inmediato ofrecia dificultades, se le deba al ofenzor un plazo para pagar, pero debia dar una garantía, mediante las formas del Nexum.

En un principio el deudor constituye a su propia persona como garantía y luego se permite que un tercero llamado Vindez pague por aquel, o se responsabilize por la deuda, la Ley Poetelia-Papiria pretende evitar los excesos de los Patricios prohibiendo que se garantizara las deudas con la vida o con la libertad.

Eugene Petit explica que el nexum se realizaba por medio del cobre y la balanza, per aes et libram. En una época en que los romanos ignoraban aún el arte de acuñar la moneda, la cantidad de metal dada en préstamo se pesaba en una balanza tenida por el libripens, investido sin duda, de un carácter religioso, en presencia de cinco testigos, ciudadanos romanos y púberos.

Los contratos verbales.

EUGENE PETIT menciona que al lado del nexum, los ciudadanos romanos parecen haber empleado pronto la sponsio como medio de dar fuerza jurídica a las convenciones destinadas a producir una obligación. Desde el siglo V. la sponsio consiste en una interrogación del acreedor seguida de una respuesta hecha por el deudor por medio del verbo spondere, spondesne? spondeo. ...Pero las ceremonias que la acompañaban fueron descuidadas a continuación, a medida que tomo extensión. Recibió un nombre más en armonía con su función, que era fortalecer la convención de las partes: este fue la stipulatio.

Néstor De Buen afirma que es un contrato verbal, como la dictio dotis y el jusjurandum liberti.

Los contratos escritos.

De la stipulatio nacian dos nuevos contratos, de las ruidas de el nexum: el contrato litteris y el mutuum.

"Todo ciudadano acostumbrado a tener un registro, codex, donde consignaba los actos de su vida privada (*). El que había hecho un préstamo por medio del nexum no dejaba de hacerlo constar, escribiendo que tal suma se había pesado y entregado al prestatario: pecunia expensa titio lata. Se acabó por admitir, sin duda despues de la Ley Poetelia Papiria, que la comprobación del nexum, escrita por el acreedor, con el consentimiento del deudor, bastaba para hacer nacer la obligación civil, como si hubiese realmente empleo del aes et libra et. Una prueba de este origen del contrato litteris consiste en la mención que sirve todavia para realizarlo en la época clásica, y en que figura la palabra expensum.

Como la mención contenía el nombre del deudor, el crédito nacido del contrato litteris se llamo nomen. Esta expresión fue a continuación extendida y empleada para designar toda especie de créditos." (10)

Antecedentes de los contratos reales.

Siguiendo el estudio elaborado por el profesor Eugene Petit explica que cuando la moneda de plata estuvo en uso, se

(*) El codex accepti et expensi, especie de libro de caja que sirve a los ciudadanos para anotar, mensualmente los ingresos y salidas (accepta y expensa).

10. Petit Eugene. ob cit. P. 320-321.

tuvo necesidad de pesar la suma prestada. El empleo del aes - et, libra casó de ser necesario para la perfección del contrato, que no exigió en lo sucesivo más que la tradición de la suma al prestatario. Sin embargo, es probable que se añadiese con anterioridad a la entrega de las especies una estipulación para obligar al prestatario a devolver. Después se debió libertad de esta formalidad, que necesitaba la presencia de las partes, y se consideró como obligada al que había simplemente recibido una suma a título de préstamo.

Este fue el contrato de mutuum que se formó, por la tradición traslativa al prestatario.

Los contratos reales.

Siguiendo al profesor Eugene Petit señala que con posterioridad a esos contratos nacidos del nexum, fueron sancionados otros por el derecho civil, como el mutuum, es decir a condición de que la convención fuera acompañada de la entrega de una cosa al deudor. Son el comodato, el deposito y el pignus o contrato de prenda. ... Se procedía de la manera siguiente: la propiedad del objeto prestado, depositado o dado en prenda se transfería al prestatario, al depositario o al acreedor, por mancipatio o in jure cessio. Se añadía ahí un pacto por el cual el adquirente se comprometía a volver a transferir, en momento oportuno, la cosa al antiguo propietario. Este era un pacto de fiducia sancionado por la acción fiduciae.

Los contratos consensuales.

Termina en su estudio Eugéne Petit diciendo que mientras la moneda fué desconocida, no se practicó más que el cambio - al contado efectuado por una doble traslación de propiedad. Después de la introducción de la moneda, la venta, en la que se adquiere una cosa mediante un precio, se distingue del cambio

Para realizarla, el vendedor transfería al comprador la propiedad de la cosa vendida por mancipación o tradición, según los casos: era un datio a título de venta, de donde el nombre de venumdatio. En cuanto el precio, era pagado inmediatamente. Más tarde, la estipulación proporciona a las partes el medio de hacer la venta de otro modo distinto que al contado. Las obligaciones consentidas por el vendedor y el comprador se resumían y formulaban en una doble estipulación: Uno -

se comprometía a entregar la cosa; el otro a pagar el precio. La estipulación debió permitir también crear relaciones civilmente obligatorias en caso de arrendamiento y de sociedad. Se encuentran a un bajo el Imperio vestigios de éste procedimiento pero la acción de derecho estricto que sancionaba la obligación nacida de la estipulación se sometía mal a la apreciación de deudas recíprocas. Por eso el derecho civil acabó por sancionar la simple convención en caso de venta de arrendamiento y de sociedad. Fueron contratos formados solo consensu - (se ha conjeturado por la venta y el arrendamiento, que ese progreso se había llevado a cabo por extensión al derecho privado del uso admitido en derecho público. En efecto, cuando el Estado, por el ministerio de los censores o de los cuestores, hacían de un particular una venta o un arrendamiento, no tenía necesidad de recurrir a ninguna formalidad para obligar hacia sí al comprador o al arrendatario. En razón de su poder, la convención establecida con él hacía ley entre las partes. En apoyo de esa teoría, se ha observado que en el ejemplo de los arrendamientos consentidos por el estado los de los particulares se hacían de ordinario por cinco años).

Por otra parte, el mandato fué en los comienzos uno de esos servicios gratuitos que se piden a un amigo, y cuya ejecución estaba suficientemente garantizada por la buena fé y por la costumbre. Es probable que ofrecía primeramente por el pretor una sanción más eficaz, bajo la forma de una acción in factum, y que el Derecho Civil hiciese a continuación del mandato un contrato productor de obligación y formado por el solo consentimiento.

1.1.5. Otras convenciones sancionadas.

La última etapa en esta evolución romana queda representada por los pactos nominalmente así clasificados, pero que no son contratos nominados según retomamos los criterios de Eugéne Petit y del Dr. Néstor De Buen.

De la clasificación que cita el tratadista Eugéne Petit agregaremos algunas notas del Dr. Néstor De Buen y de Abelardo Levaggi.

Unos han sido sancionados por el Derecho Civil, bajo la influencia de los jurisconsultos; otros por el Derecho pretoriano; otras, por último, por las Constituciones Imperiales.

1. Derecho civil.

a) Fué admitido hacia el fin de la República que el simple acto que está unido a un contrato que se relaciona con el de una manera íntima le preste, en ciertos casos al menos, un carácter obligatorio, y produzca una obligación sancionada por la acción misma del contrato. Estos pactos se han llamado *pacta adjecta*;

b) Bajo el Imperio, ciertos jurisconsultos están de acuerdo en que si una convención destinada a procurar ventajas recíprocas ha sido ejecutada por una de las partes, llega a ser civilmente obligatoria. Esta opinión acabó por triunfar, y las convenciones así sancionadas han recibido de los comentaristas el nombre de contratos innominados.

Al respecto el Dr. Néstor De Buen señala "que a partir de Justiniano, el Derecho romano sanciona los contratos innominados, a los que concede la acción *prescriptis verbis* característica de las obligaciones de dar y de hacer. Su origen puede encontrarse en Labeon, quien los inventa para los casos en que realmente existía un contrato, aun cuando no pudiera precisarse cual."⁽¹¹⁾

Abelardo Levaggi agrega "Además, desde la época clásica y fuera de los tipos establecidos, están los contratos innominados, fundados en la ejecución de un acto que se realiza en vista de una contraprestación, y que Justiniano clasifica en forma cuatripartita: *do ut des, do ut facias,* -

11. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit. P. 8.

facio ut des y facio ut facias (doy para que des, doy para que hagas, hago para que des y hago para que hagas).".⁽¹²⁾

2. Derecho pretorio.

Por su parte, el pretor provee ya de acciones ciertas convenciones, tales como el pacto de constituto, el pacto de juramento y el pacto de hipoteca, que se distingue de todas las demás en que esta sancionado por una acción in rem, la acción hipotecaria.

El Dr. Néstor De Buen retoma de Girard la siguiente cuestión "al referirse a los pactos pretorianos señala que en realidad se trata de declaraciones hechas ante el pretor, a veces bajo juramento que tienden a evitar una controversia: -jure que usted es mi deudor y lo creeré-; -jure que usted es mi acreedor y le creeré-, El pretor sin intención de crear una nueva convención obligatoria, sino con el fin de castigar la mala fé, sanciona esta operación mediante - una excepción o una acción."⁽¹³⁾.

3. Constituciones imperiales.

Por fin, en el Bajo Imperio, las Constituciones sancionaron la convención de dar entre vivos, y la que tenía por objeto la constitución de una dote. Se le llamo pacto legitimos.

12. Levaggi, Abelardo. ob. cit. P.20-22.

13. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit. P.12.

1.1.6. De los elementos generales de los contratos.

- Estos elementos son:
1. El consentimiento de las partes.
 2. Su capacidad.
 3. Un objeto válido.
 4. La causa.

1. El consentimiento.

Eugéne Petit establece que el consentimiento es el acuerdo de dos o varias personas que se entienden para producir un efecto jurídico determinado; es este acuerdo el que forma la convención, base de todo contrato.

El ofrecimiento hecho por el que consiste en contratar una obligación no le afecta de ninguna manera, mientras no hay acuerdo de voluntades. Es una simple policitación, promesa hecha, pero no aceptada aun que no engendra ninguna obligación.

Es importante en resaltar por este autor en su estudio cuando menciona lo siguiente: por excepción, la promesa hecha, pero no aceptada aun, obliga cuando se ha hecho a una ciudad.

No hay tampoco consentimiento cuando las partes han cometido un error tal que en realidad no están de acuerdo sobre la obligación que han querido contratar. Citando como ejemplo los siguientes: Error en la naturaleza, error en el objeto, error insubstancia.

De esas hipótesis el que el acuerdo falta de una manera absoluta, es preciso distinguir aquellas en que el consentimiento existe, pero en las que está afectado de ciertos vicios, que han impedido a la voluntad manifestarse libremente. Estos vicios son el dolo y la violencia.

A. Del dolo.- Se entiende por dolo los manejos fraudulentos empleados para engañar a una persona y para determinarla a dar su consentimiento en un acto jurídico (los romanos llamaba ese dolo dolus malus. Le distinguía del dolus bonus, es decir, de los artificios más o menos hábiles de que uno se pueda servir para llegar a un resultado lícito. El dolus bonus queda extraño al derecho.- Ulpiano).

B. De la violencia, visac metus, consiste en actos de fuer

za material o moral, que de ordinaria hacen impresión - en una persona razonable y que inspira a la que es objeto de ella un temor suficiente para obligarla a dar - su consentimiento.

2. De la capacidad de las partes.

Siguiendo adelante con la obra de Petit muestra que para - que un contrato sea válido es preciso que esté hecho entre personas capaces. No debe confundirse la incapacidad con - la imposibilidad de consentir. El loco y el infante no pueden contratar, porque no tiene voluntad y porque no pueden consentir. Los incapaces, por el contrario, gozan de su libre albedrío, y pueden manifestar seriamente su voluntad; pero el Derecho civil, por razones diversas, anula su consentimiento. La capacidad es, pues, la regla; la incapacidad es la excepción, y no existe sino en la medida en que es pronunciada por el Derecho.

3. Del objeto.

Continuando con el mismo autor cabe mencionar que el contrato formado por el acuerdo de personas capaces, debe aún para ser válido, tener un objeto que reúna ciertos caracteres. En principio, el objeto de un contrato consiste en la creación de una o varias obligaciones. Pero si una de - esas obligaciones es nula, por defecto de un objeto válido, el contrato mismo está afectado de nulidad. Se puede, pues, de hecho confundir sin inconveniente el objeto del - contrato y el objeto de la obligación. Por otra parte, hemos visto ya que el objeto de la obligación consiste esencialmente en un hecho del deudor para que este hecho pueda ser válidamente el objeto de una obligación, debe reunir - ciertas condiciones:

- a) Debe ser posible.
- b) Debe ser lícito.
- c) Debe constituir para el acreedor una ventaja apreciable en dinero.
- d) Debe estar suficientemente determinado.

Desde el punto de vista de su determinación, los objetos - de los contratos son susceptibles de ciertas divisiones.

- a) Si consideramos especialmente el caso en que el objeto consiste en un datio, esta datio puede recaer bien so-

bre un cuerpo cierto, especie, bien sobre cosas in genere. Un cuerpo cierto es una cosa determinada en su individualidad; por ejemplo: el esclavo stico, ... Se entiende, por el contrario, por cosas in genere cosas determinadas solamente en cuanto a su especie; un caballo, - un esclavo. ... todas las cosas de la especie designada pueden entonces, dentro de los límites del contrato, - servir indiferentemente al deudor para ejecutar la obligación.

- b) Desde un punto de vista más general, el objeto de un contrato puede ser certum o incertum. El objeto que consiste en un hecho que no sea una datio es incertum; por que, en caso de no ejecución del acto, este objeto se reduce a daños y perjuicios, cuyo importe es necesariamente incierto. El objeto que consiste en una datio es certum cuando la datio recae sobre un cuerpo cierto - (sin embargo, el objeto se considera como incierto cuando la datio recaía sobre una cosa futura, cuya existencia es naturalmente incierta, o aun cuando consistían el establecimiento de un derecho de usufructo, porque - el valor de éste derecho, unido a la vida del usufructuario, es igualmente incierto), o bien sobre cosas in genere, con tal que el contrato determine su naturaleza, la calidad y la cantidad: quid, quale, quantum sit.

4. De la causa de las obligaciones contractuales.

Concluyendo con nuestro comentario acerca de la obra del maestro Eugéne Petit agregaremos que en materia de obligaciones, los juriconsultos romanos emplean la palabra causa en acepciones muy diversas. Bien designa por ella las fuentes mismas de las obligaciones civiles: Así, los contratos y los delitos son causas civiles de obligaciones, - bien califican de causa las formalidades que deben añadirse a la convención para la perfección de ciertos contratos: Las palabras en los contratos verbis, la escritura en los contratos litteris, la tradición de una cosa en los contratos re. Por último, la palabra causa sirve aún para expresar el motivo jurídico del consentimiento del que se obliga. Así, en una venta, la causa de la obligación que -

contrata el vendedor es el pago del precio, a la cuál está obligado el comprador. En la estipulación puede ser una deuda anterior que el que hace la promesa se compromete verbis a pagar al acreedor.

Es importante en referirse al Derecho Romano, en esta parte, de los elementos generales de los contratos.

Nuestro Derecho Civil se basa en el Derecho Romano, en el estudio de la teoría de las obligaciones de los contratos, más bien reproduce que ignora los principios, si bien actualizados de la legislación Romana.

La doctrina en este aspecto, señalo con gran tecnica lo siguiente:

- a) Generales: Esto es, comun a todos los contratos -Consentimiento, capacidad, objeto y causa-.
- b) Particulares: Es lo relativo a los contratos. Vgr. El precio en la compraventa, la entrega de la cosa en el mutuo, etc.

Es preciso señalar, que el consentimiento tiene dos excepciones y son:

1. Cuando se ha hecho a una ciudad.
2. Para ofrendar algún objeto al culto de los dioses.

En estos casos obliga, constituyendo la excepción a la pollicitación.

El consentimiento podría darse entre presente o entre ausentes, ejemplo de este último: Lo convenido en una carta.

1.1.7. Historia de la legislación sobre los contratos públicos en Roma.

En realidad se han hecho pocos estudios en cuanto al Derecho Romano Público, en una obra titulada Compendio de Derecho Público Romano del autor Teodoro Mommsen se encuentran datos tan importantes como se vera a continuación.

Este autor nos menciona que el derecho patrimonial de la comunidad reviste, por tanto, aquellas formas que con el tiempo vinieron a remplazar en el comercio privado al antiguo derecho civil estricto.

"Ese derecho patrimonial no conoció la demanda propiamente dicha; por regla general, la comunidad ni demandaba ni era demandada.

La dirección y administración económica de la comunidad se dividía en dos esferas perfectamente separadas entre sí, á saber: la administración de los bienes raíces y muebles de la comunidad, y la administración de la caja de la misma, con inclusión de los créditos y deudas en dinero. ...ya en los comienzos de la República dejó de intervenir directamente en ellas la magistratura suprema, entregándose entonces al orden económico o patrimonial á los censores y la administración de la caja á los cuestores.

La reglamentación central del patrimonio de la comunidad se extendía a todos los asuntos relativos á la conservación y explotación económica de los bienes comunes, á menos que se tratase de dinero ó de créditos pecuniarios.

Además de la regulación y dirección del patrimonio de la comunidad, existía la administración del numerario común, esto es, la gestión de la caja de la comunidad (*Acrarium populi romani*), el cobro de los créditos que ésta tenía y el pago de las obligaciones que sobre la misma pesaban. Las diversas cajas de sacerdocio, singularmente la importancia de los pontífices, en el cual se depositaban las multas e indemnizaciones procesales y á cuyo cargo se hallaban principalmente los gastos regulares y ordinarios del servicio divino, pueden considerarse como cajas de la comunidad, en cuanto los bienes de ésta y los bienes de los dioses comunes se diferenciaban más

bien de hecho que de derecho, pero no caían bajo la administración de la caja de la comunidad porque no figuraban entre las cuentas de está.

Pero la administración de la caja de la comunidad por la magistratura suprema tenia dos clases de restricciones: primeramente, á causa de la necesidad de consultar al efecto á los auxiliares cuestoriales, y en segundo lugar, á causa de la separación establecida entre la administración de la caja de la ciudad y el régimen de la guerra.

La teneduría de libros donde se hicieran constar así los ingresos como los gastos, teneduría existente desde antiguo, sin duda, en la administración de la caja de la comunidad y que probablemente se encomendó desde luego á auxiliares de los magistrados supremos, hubo de hacerse obligatoria, según la concepción de los romanos, desde el mismo momento en que se introdujo la República, y lo seguro es que se conoció desde muy pronto en la época republicana: el cónsul disponía, es verdad, libremente de la caja, pero no podía sacar dinero de ella sino dando al auxiliar de libro, ó sea el cuestor, un orden de pago en la que indicara el fin á que el dinero se destinaba, y haciendose constar este pago como hecho por orden verbal del cónsul.

El fin político de tal institución es evidente como esencia primitiva de la magistratura no consentia que se le exigieran cuentas con la responsabilidad consiguiente, hubo acudirse al medio indirecto de obligar á todo magistrado á hacer constar oficialmente, por medio de auxiliares, todo pago que ordenara, con lo que se hacia también posible pedirle responsabilidad por ello. Por lo que toca á los pagos hechos de la caja central de la ciudad, no hay duda alguna de que al renovarse los magistrados que la administraban, la entrega de los fondos existentes en la caja había de ir acompañada de la rendición de cuentas; y en cuanto á los pagos hechos de la caja de la guerra, al retorno del magistrado ordenador de los mismos á Roma, los correspondientes tenedores de libros tenían que dar cuentas á la caja central." (14)

14. Mommsen, Teodoro. "Compendio de Derecho Público Romano".
1 Edición. Madrid-España. Biblioteca de Jurisprudencia, La España Moderna. P.453-466.

Los autores españoles como Recaredo Fernandez De Velasco y el Dr. Jose Ignacio Monedero Gil se refieren que "cuando - las necesidades del Estado eran básicamente satisfechas por - las prestaciones de los ciudadanos, que estaban obligados a - ceder su trabajo personal para toda clase de construcciones - públicas, ello no implica que la Administración Romana no uti- lizase también el contrato para instrumentar colaboración en bienes y servicios." (15)

Ambos autores citan la obra de Mayr, pero es Recaredo - quien la cita con mayor abundancia aclarando que la presta- ción personal al Estado procede a la privada: "El Estado sa- tisface sus necesidades obligando al ciudadano a prestar di- rectamente los servicios precisos; y así como el mismo ciuda- dano se convierte en guerrero cuando es llamado a las armas, así, por ejemplo, está también sujeto a la prestación perso- nal cuando se trata de levantar las murallas de la ciudad, o de restaurarlas, y obligado a desempeñar gratuitamente los - cargos para los cuales es requerido.

También fue general hasta Augusto, de hecho, si no en - derecho, que los libertos quedaran excluidos de la possibili- dad de celebrar contratos con el Estado." (16)

Con un mejor lenguaje concluimos con el autor Recaredo - que señala lo siguiente: "veremos cómo se celebraban los con- tratos administrativos, puesto que el Derecho romano contenía normas especiales relativas a la diversa clase de contratos. Era el censor la autoridad legalmente encargada de las adjudi- caciones de obras públicas. La adjudicación se marcaba por - tres instituciones esenciales: La formula del contrato (Ley - censoria) la subasta pública (licitatio), la garantía perso- nal y real (praedes, praedia).

En cuanto a la primera de ellas, resulta que la llamada lex locationi o lex operis locandi. ...conteniéndose en ella la determinación concreta de la obra, forma y momento de los

15. Monedero Gil, Jose Ignacio. "Doctrina del Contrato del - Estado". 1 Edición. Madrid-España. Instituto de Estudios Fiscales. 1977. P. 203.

16. Fernandez De Velasco, Recaredo. "Los Contratos Administra- tivos". 1 Edición. Madrid-España. Biblioteca de la revis- ta de derecho privado. Serie B tomo IV. 1927. P.51-53.

pagos; pero no se determinaba el precio, puesto que éste resultaría de quien ofreciera realizar la obra por cantidad más pequeña (*infima pretia*), La *lex censoria* no era solamente manifestación contractual, sino que significaba el poder imperativo del acto realizado por el Estado, al cual corresponde solamente fijar la *lex*.

La *licitatio* era la condición esencial para que la obra se adjudicara, y en general, era obligatorio concederla a quien solicitara cantidad menor. El censor venía encargado de realizar discrecionalmente la adjudicación, pudiendo excluir a las personas que no juzgase idóneas, o que estimara poco honorables, o que hubieran dejado incumplidos contratos anteriores.

En cuanto a la garantía, consistía en dar fianza o en constituir hipoteca sobre los propios fundos". (17)

"Otra de las instituciones del derecho romano que podemos citar como posible antecedente de nuestro contrato administrativo, lo constituye el contrato de *ENFITEUSIS*, por medio de la cual el Municipio concedía a perpetuidad el disfrute de un terreno a una persona mediante una renta anual llamada *Pen*sio o Canon." (18)

En realidad, en nuestra actualidad se han hecho pocos estudios sobre los contratos administrativos.

Es impresionante, encontrar en el Derecho Romano indicio de esta clase de contratos, y además Responsabilidad por el manejo indebido de los fondos públicos.

Los primeros contratos administrativos, no cabe la menor duda, fueron los contratos de obra pública, --*Lex operis locandi*--.

Se señala, también a la *Enfiteusis*, esta figura jurídica también apareció regulado por nuestro Código Civil de 1884.

Nuestro Código Civil vigente ha suprimido esta figura al igual que la *Anticresis*, por la sencilla razón que entorpecía la circulación de la riqueza.

17. *IBIDEM.* ob. cit. p.53-54

18. Sibrián Barrón, Esperanza. "Naturaleza y Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos". U.A.G. 2. Tesis 1973. P. 9.

Sin embargo, el actual Código Civil del Estado de Sonora, del 8 de julio de 1949, se sigue regulando la Anticresis, en los artículos:

Art. 3341.-La anticresis es un contrato por virtud del cual para la seguridad de una deuda constituye el deudor un derecho real en favor de su acreedor, entregándole un bien inmueble de su propiedad para que lo disfrute por cuenta de los intereses debidos, o del capital, si no se deben intereses. Este derecho real confiere a su titular las acciones de persecución, venta y preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

Art. 3362. Censo enfiteútico es el derecho que una persona adquiere de percibir cierta pensión anual, por entrega que hace a otra del dominio útil de una cosa inmueble para que la disfrute. El que recibe la pensión se llama dueño, y el que la paga enfiteuta.

Art. 3363. La enfiteusis otorga a su titular un derecho real para usar y disfrutar de un predio temporalmente. Este derecho es transmisible por herencia, siendo redimible; cualquier pacto en contrario será nula.

1.2. El convenio y el contrato.

1.2.1. El liberalismo en los contratos mexicanos.

El Dr. Néstor De Buen afirma que: "El liberalismo en los códigos civiles mexicanos, que fue evidente en los de 1870 y 1884, no es más que el resultado lógico de las influencias políticas y aún económicas que Francia ejerció en nuestro país en la segunda parte del siglo XIX. Debe pensarse que el movimiento liberal abreva en la obra de la Revolución Francesa y, a su vez, los movimientos conservadores y, muy en particular, el que se apoya en el Imperio, también se ven en el espejo del Código de Napoleón.

El primer Código Civil mexicano, es promulgado el 13 de diciembre de 1870 por Benito Juárez, siendo Ministro de Justicia, el Lic. José M. Iglesias. Sus autores fueron Mariano Yañes, J.M. La Pragua, Isidro A. Montiel y Duarte, Rafael Donde y J. Equialis, éste último secretario de la Comisión. Acusa influencia romanas, de la antigua legislación española, del Código Albertino (Cerdeña) y de los Códigos de Austria, Holanda y Portugal, así como del proyecto mexicano de Justo Sierra. Fue también notoria la influencia del proyecto conocido por el nombre de su expositor, Florencio García Goyena, pero sobre todo destaca la orientación Francesa que la Comisión encuentra en el Código de 1804.

El Código de 1870, formado por 4126 artículos, contiene un Título Preliminar y cuatro libros. El primer libro se dedica a las personas; el segundo a los bienes, a la propiedad y sus diferentes manifestaciones; el tercero, a los contratos y el cuarto a las sucesiones. El Libro Tercero, en realidad, combina la regulación de los contratos en una "Parte General" y títulos especiales, con lo que podríamos llamar la "Teoría General de las Obligaciones".

Del contrato se afirma que "es un convenio por el que dos o más personas se transfieren algún derecho o contraen obligación" (art. 1388).

Se perfecciona por el mero consentimiento y desde entonces obliga no sólo al cumplimiento de lo pactado, sino, también, a todas las consecuencias que "según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley" (art. 1392).

De ahí que la "validez de los contratos no dependa de formalidad alguna externa; menos en aquellos casos en que la ley dispone expresamente otra cosa" (art. 1439).

Sin el rigor de la declaración francesa de que el contrato es ley entre las partes, el Código de 1870 dispone que "Los contratos legalmente celebrados serán puntualmente cumplidos y no podrán revocarse ni alterarse por mutuo consentimiento de los contratantes; salvo las excepciones consignadas en la ley" (art. 1835).

En general, el Código mexicano de 1870, de notable influencia francesa, viene a consagrar una política de autonomía de la voluntad típica de su época y debe ser catalogada por ello como liberal.

El Código de 1884 no introduce novedades importantes en su predecesor de 1870, excepción hecha de la consagración de la libertad de testar. En realidad no constituye sino una revisión del Código anterior que trae como consecuencia una reducción sensible del número de artículos que lo componen (De 4126 a 3823). La Comisión redactora la integraron Eduardo Ruiz, Pedro Collantes y Buenrostro y Miguel S. Macedo, auxiliados por el Ministerio de Justicia Joaquín Baranda, habiendo sido promulgado el 31 de marzo de 1884 por el Presidente de la República, Manuel González. El Código entró en vigor el día 1^o de junio del mismo año.

La materia contractual está tomada del Código anterior, consagrándose pues la plena libertad contractual como norma suprema. Es interesante subrayar que se mantiene el principio de que no es necesario que un contrato esté especialmente regulado para que surta efectos. Con ello, como lo hizo el Código francés, reconoce el valor de los pactos desnudos o contratos innominados." (19)

En este mismo orden de ideas y siguiendo el mismo autor, nos explica la tendencia del Código Civil de 1928.

"Precedida por la Ley Sobre Relaciones Familiares de 12 de abril de 1917 que deroga las disposiciones del Código -

de 1884 en materia de personas y derechos de familia para imponer las ideas de La Revolución, el Código de 1928 vino a llevar al derecho civil las orientaciones sociales de la Constitución de 1917 y los que otros códigos extranjeros y, desde luego, la doctrina jurídica, imponía en el primer cuarto del siglo actual.

...al código de 1928, que entro el dia 1 de octubre de 1932 por decreto de 29 de agosto del mismo año.

Siguiendo a León Duguit, cuya influencia fue probablemente la más importante de todas, se tuvieron en cuenta por la Comisión los problemas de la solidaridad, la función social de la propiedad y el interes social, acentuándose la tendencia social en las instituciones protectoras de los "debiles y de los ignorantes en sus relaciones con los fuertes y los ilustrados"; en la reestructuración de la propiedad y de la responsabilidad, y en los límites --aún escasos-- a la autonomía de la voluntad. ...

Tres son las instituciones que reflejan las nuevas tendencias del Código Civil de 1928, a saber: la propiedad, la responsabilidad y el contrato.". (20)

1.2.2. División de los hechos jurídicos.

Los hechos jurídicos (en sentido general) se dividen en dos categorías: actos jurídicos y hechos jurídicos (en sentido especial).

Rafael Rojina Villegas da una explicación diciendo: "En sentido general, la doctrina francesa habla de hechos jurídicos, comprendiendo todos aquellos acontecimientos naturales o del hombre que originan consecuencias de derecho. De esta suerte distingue los hechos jurídicos en estricto sentido, de los actos jurídicos. Considera que hay hecho jurídico cuando por un acontecimiento natural o por un hecho del hombre, en el que no interviene la intención de originar consecuencias de derecho, se originan, no obstante, éstas. Por otra parte, estima que hay acto jurídico, en aquellos hechos voluntarios ejecutados con la intención de realizar consecuencias de derecho, y por esto lo define como una manifestación de voluntad que se hace con la intención de originarlas. ...

... Los hechos ilícitos son los delitos y los cuasidelitos. En los delitos existe la intención de dañar, pero no la de originar consecuencias jurídicas; por esto no son actos jurídicos.

Los hechos voluntarios lícitos fueron llamados en el antiguo derecho francés, siguiendo a los glosadores, cuasicontratos; y expresamente el Código Napoleón acepta esta denominación. Los cuasicontratos son hechos voluntarios lícitos; se considera como tales: la gestión de negocios, el pago de lo indibido y ciertos casos de copropiedad. ...".⁽²¹⁾

La doctrina mexicana considera como hecho ilícito: "Hecho ilícito es toda conducta humana culpable, por dolo o negligencia, que pugna con un deber jurídico stricto sensu, con lo acordado por las partes, o con una manifestación unilateral de voluntad sancionada por la Ley."⁽²²⁾

La diferencia entre el hecho y el acto jurídico, podemos terminar con lo que nos dice Rafael Rojina Villegas; "El he-

21. Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil ." vol. 1. Decimo novena edición. México. D.F. Editorial Porrúa. S.A. 1983. P. 116.

22. Gutierrez Y Gonzalez, Ernesto. El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio". Segunda edición. Puebla, Pue., México. Editorial Cajica. 1982. P. 235.

cho jurídico puede ser natural o del hombre. ...En los hechos del hombre tenemos los involuntarios, los ejecutados contra la voluntad y los voluntarios. Sólo éstos tienen aspectos semejantes con los actos jurídicos.

Basta decir que el hecho es involuntario o contra la voluntad, para que tampoco se le pueda confundir con el acto jurídico que por definición debe ser un fenómeno voluntario; pero en cambio, entre los hechos voluntarios y los actos jurídicos si ya encontramos un punto esencial de contacto, pues en ambos casos se realiza ese fenómeno volitivo.

En el hecho voluntario, si en cierto que interviene la -voluntad, no existe la intención de producir consecuencias de derecho. Puede ejecutarse el acto de manera espontánea; el derecho le dará determinadas consecuencias, pero estas no son -deseadas por aquél que realiza el hecho jurídico.

Nuestras leyes en este sentido han seguido a la terminología francesa que distingue con claridad los hechos voluntarios de los actos jurídicos.

Sin embargo, debemos advertir que no es uniforme en la -doctrina jurídica, principalmente en la Italiana y en la alemana, esta distinción." (23)

Los hechos jurídicos son acontecimientos naturales o del hombre, su primordial característica, es la no intención de -originar consecuencias de derecho, no obstante, origina consecuencias de derecho.

También se encuentra los hechos ilícitos, que nuestra -doctrina ha señalado que son los delitos, ocupándose de ellos los códigos penales. En el delito donde existe la intención -de dañar, pero no la de originar consecuencias jurídicas, por esta simple razón no se le puede considerar como actos jurídicos.

El Código civil trata de los hechos ilícitos en general.

En realidad la expresión cuasicontrato, cuasidelito tiene su origen en el Derecho Romano.

Es importante en precisar que los juristas en la época -del Imperio en Roma, separan las obligaciones contractuales -nacidas del acuerdo de voluntades, de las que no lo son, fundándose en la equidad --Como el enriquecimiento sin causa. Vgr. El pago de lo indebido. La gestión de negocios ajenos y

23. Rojina Villegas, Rafael. ob. cit. vol. I. P. 119-120.

ciertos casos de copropiedad.--. Dando origen a las obligaciones quasi ex contractu.

Y al distinguir de las obligaciones nacidas del delito, aquellas que recaen sobre una persona diversa del delincuente, surge las obligaciones quasi ex delicto, categoría dentro de la cual quedan después comprendidos actos como arrojar objetos peligrosos en la vía pública o soltar a animales feroces, es decir, aquellos actos o omisiones en que la culpa no esta castigada por la ley penal.

La expresión correcta es "quasi ex contractu" y "quasi ex delicto", es la designación que se usa a todos aquellos hechos generadores de obligaciones, que no siendo contratos ni delitos producían efectos semejantes a éstos.

Fue Gayo al tratar de la "varie causarum figurae" estableció estas expresiones.

Después en las Institutas de Justiniano se incorpora un título que trataba de las obligaciones "quasi ex contractu", en el que se incluye las siguientes hipótesis: La gestión de negocios, la tutela, la curatela, la indivisión, la aceptación de la herencia, y el pago de lo indebido, también se menciona a la obligación fundada sobre un enriquecimiento sin causa, la obligación de exhibir una cosa que se detenta y la obligación de restituir la dote.

La expresión correcta que se utiliza en el Derecho Romano es la de "quasi ex contractu" y "quasi ex delicto".

Sin embargo la doctrina señala, que en el antiguo derecho frances, siguiendo a los glosadores se utiliza para designar a los hechos voluntarios licitos la expresión "cuasicontrato" y el Código de Napoleón acepta esta denominación.

Esto es un error, que ha incurrido la doctrina y la legislación, ya que en los textos de Derecho Romano no se emplea la expresión "cuasicontrato".

La expresión "cuasicontrato" se refiere en su lenguaje jurídico a figuras jurídicas homogéneas, es decir, que tiene similitud a los contratos. Cuando en realidad es heterogénea, ya que como se ha dicho desde un principio, son en las acciones que estando sancionadas a lo que se asemejan.

Nuestra legislación como lo señala la doctrina tiene un avance en cuanto distingue con claridad de los hechos voluntarios de los actos jurídicos.

1.2.3. Concepto y definiciones del acto jurídico.

En el estudio del Derecho civil nos dice los siguientes autores:

Rafael Rojina Villegas: "El concepto más simple y quizá el más exacto que pueda darse del acto jurídico es el siguiente: Todo acto jurídico es una manifestación de voluntad que tiene por objeto crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones." (24)

Diversas definiciones del acto jurídico:

Rafael Rojina Villegas.

"El acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, - las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico." (25)

Manuel Borja Soriano.

"Contrayéndonos a la materia de las obligaciones, podemos definir el acto jurídico diciendo que "es una manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad" (Capitant...)" (26)

En el campo del Derecho Administrativo nos dice los siguientes autores:

Cesar Tinoco Richter.

"Los actos jurídicos son manifestaciones de voluntad realizadas por las personas, naturales y jurídicas, y con el ánimo de crear un determinado efecto.

Sus elementos son:

- a) Manifestación de voluntad.
- b) Son realizados por quien tiene el poder legal para realizarlo.
- c) El objeto de los actos jurídicos es la producción de efectos de derecho." (27)

24. IBIDEM. ob cit. P. 127

25. IBIDEM. ob cit. P. 115.

26. Borja Soriano, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones". Novena edición. México D.F. Editorial Porrúa. S.A. 1984. P.84-85.

27. Tinoco Richter, Cesar. "Nociones de Derecho Administrativo y Administración Pública". 1 edición. Caracas-Venezuela. Editorial Arte. 1958. P. 60.

Carlos García Oviedo.

"Acto es una manifestación de voluntad. Será Jurídica - cuando tienda a producir un efecto de esta clase (Expropiar, confiscar, gravar. ...).

Sera material cuando verifique prácticamente el designio propio del acto jurídico. El acto material es acto de ejecución...

Las operaciones que efectúan sus agentes para aplicarlo son actos materiales.

El acto jurídico se distingue del hecho jurídico. Ambos son acontecimientos que produce efectos de derecho; pero su origen es distinto. -Todos los acontecimientos (escribe Colin y Capitant) que tiene por efecto crear, modificar o extinguir derechos son hechos jurídicos-. Por tanto, acto jurídico es - una categoría especial de hecho jurídico. ...

En su significación formal o subjetiva, son actos administrativos cuantos proceden de la administración, sea cual - fuere la autoridad que los dicte.

... Desde luego, el acto administrativo ha de ser una - manifestación de voluntad de un órgano público, y no decimos de un órgano administrativo para no privar de aquel carácter a ciertas decisiones que emanan de autoridades de otros poderes. La manifestación de voluntad es la exteriorización del - proceso volitivo que reproduce el propósito concreto del sujeto de producir en el mundo exterior un determinado efecto.

... El acto administrativo, rigurosamente considerado, - es un acto jurídico; se propone la producción de un efecto de derecho. Pero no es sino una categoría especial del acto jurídico. Acto Jurídico es el género; acto administrativo, la especie. Para que el acto jurídico sea acto administrativo precisa que el efecto jurídico se produzca para la realización - de un fin administrativo (Contrato de obra pública, concesión de servicio público, ...)". (28)

El Dr. Andres Serra Rojas explica: "El mundo de las relaciones administrativas se desenvuelve en la realidad con la -

28. García Oviedo, Carlos. "Derecho Administrativo", vol. 1. "Teoría de los Actos Administrativos". 1er edición. Madrid-España. Librería General de Victoriano Suárez. 1943. P. 114-123.

ejecución de dos clases de actos:

- a) Los actos jurídicos, que producen efectos de derecho,
y
- b) Los actos materiales, que no producen efectos de derecho, y se consideran simples desplazamientos de la voluntad.

La concesión administrativa, el contrato administrativo, el empréstito, la expropiación por causa de utilidad pública, son actos jurídicos que producen una modificación del orden jurídico imperante." (29)

Podemos terminar con Gabino Fraga: "El acto jurídico se ha definido como un acto de voluntad cuyo objeto es producir un efecto de derecho, es decir, crear o modificar el orden jurídico.

El acto jurídico se distingue del hecho jurídico y del acto material. El hecho jurídico está constituido, bien por un acontecimiento natural al que la ley vincula ciertos efectos de derecho, como el nacimiento, la muerte, etc., o bien por un hecho en el que la voluntad humana interviene y en el que el orden jurídico entra en movimiento, pero con la diferencia respecto del acto jurídico de que ese efecto de derecho no constituye el objeto de la voluntad. ... Los hechos jurídicos constituyen solamente la condición para que se apliquen normas jurídicas generales preexistentes.

El acto material, por su parte, está constituido por hechos naturales o voluntarios que no trasciende al orden jurídico. En ellos no sólo falta como en los hechos jurídicos, la intención de engendrar, modificar o extinguir una situación de derecho, sino que tampoco existe una norma jurídica general cuya aplicación se condicione por ellos." (30)

En la doctrina mexicana Andres Serra Rojas no da en su obra una definición de acto jurídico al igual que Miguel Acosta Romero en su ya clásica obra: "Teoría General del Derecho Administrativo."

29. Serra Rojas, Andres. "Derecho Administrativo". Tomo primero. Decimo tercera edición. México D.F. Editorial Porrúa S.A. 1985. P. 61.

30. Fraga Magaña, Gabino. "Derecho Administrativo". Vigésimo séptima edición. México D.F. Editorial Porrúa. S.A. 1988. P. 30.

En la mayoría de las definiciones expuestas nos habla de un orden jurídico, por lo que creo conveniente dar una clasificación doctrinal, expuesta por Gabino Fraga: "El orden jurídico está constituido por el conjunto de situaciones también de carácter jurídico, que existe en un momento dado en un medio social determinado." (31)

Como se ha mencionado, es el Dr. Gabino Fraga Magaña, el único que da una definición del acto jurídico, pero esta definición esta restringida, ya que solamente señala: "... crea o modifica el orden jurídico."

La definición que se debe de tomar como imperante, del acto jurídico, es la citada por la doctrina del Derecho Civil, o sea, lo señalado por los Profesores Rafael Rojina Villegas y Manuel Borga Soriano.

La doctrina extranjera ha sido precisa en señalar que tanto las personas físicas como morales, pueden realizar actos jurídicos.

En el ámbito del acto administrativo, este puede derivar tanto de un órgano administrativo como de cualquier otro órgano público, precisando que esté es una especie del acto jurídico.

1.2.4. Clasificación o categorías de los actos jurídicos.

El Dr. Cesar Tinoco Richter da una clasificación de los actos jurídicos, clasificación que se puede ser extensiva por lo tomado de la obra del maestro mexicano Dr. Gabino Fraga Magaña.

Clasificación o categorías de los actos jurídicos.

Empesaremos con el Dr. Cesar:

"a) Según su naturaleza y contenido.

- 1.- Acto regla: Creador de situaciones jurídicas generales caracterizadas por su impersonalidad y objetividad y originadas en las normas que regulan el Derecho Público y el Derecho Privado."⁽³²⁾

El maestro Gabino Fraga dice que en esta categoría se encuentran los actos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica general.

Además, en su estudio establece que es Duguit al que llama a estos actos "acto regla" dando a entender con esta designación que ellos constituyen normas de carácter general y abstracto, pues el tipo de esta categoría es la ley.

- 2.- Acto subjetivo.

Esta segunda clasificación esta expuesta mejor por el maestro Gabino Fraga al señalar que: "... y en relación con la otra situación que integra el orden jurídico, aparece el acto que crea, modifica o extingue una situación jurídica individual.

Como ejemplo de esta segunda categoría de actos jurídicos, se señala en primer lugar el contrato, ya que en él la determinación de las personas que se obligan, el objeto de la obligación, la extensión de ésta, etc., se fijan por mutuo acuerdo de las partes y siempre de una manera concreta. El principio de que la voluntad de las partes es la suprema ley en los contratos significa precisamente que todos los elementos que en ellos concurren se determinan por las intervinientes.

³² Tinoco Richter, Cesar. ob. cit. P. 67.

Duguit y Bonnard, dan a esta categoría de actos jurídicos la denominación de "ACTOS SUBJETIVOS", haciendo así referencia a la situación de derecho subjetivo que engendran en oposición a la de derecho objetivo producida por el "acto-regla". (33)

3.- Acto condición.

El Dr. Cesar Tinoco Richter comienza diciendo que es una "Aplicación a un individuo o a una persona jurídica determinada de una situación general creada por la ley, pero bajo el cumplimiento previo e indispensable de condiciones también establecidas por el legislador." (34)

Gabino Fraga da un ejemplo diciendo que la situación jurídica de Presidente de la República no se aplica indistintamente a todos los individuos, sino que es necesario el acto de elección para que pueda tener lugar esa aplicación

4.- Acto sentencia o acto jurisdiccional.

León Duguit no señala en sus diferentes estudios esta cuarta categoría; el Dr. Cesar Tinoco se expresa diciendo que es una "Manifestación de voluntad en virtud de la cual agentes públicos declaran con fuerza y verdad legal un hecho, o una situación jurídica general o individual." (35)

Para nuestro estudio es importante precisar que lo señalado por el profesor Leon Duguit, se encuentra en un error, - que se ha hecho notar tanto por nuestra doctrina, al igual - que en la doctrina extranjera.

Leon Duguit ha señalado en lo referente al acto-subjetivo, que crea para una persona "una obligación especial, concreta individual, momentánea, que no estaba creada por el derecho objetivo y que no existe a cargo de este individuo por la aplicación de una regla cualquiera del derecho objetivo".

Esto es, para que el maestro Duguit es el resultado de - poner dos voluntades con intereses contrapuestos, siendo una superior a la otra.

33. Fraga Magaña, Gabino. ob cit. P. 33-34.

34. Tinoco Richter, Cesar. ob cit. P. 67.

35. IBIDEM. ob cit. P. 67.

Esto es un error, ya que como lo ha precisado nuestra doctrina el derecho subjetivo es simplemente la facultad derivada de una norma, que una norma tiene de hacer u omitir algo.

Una crítica especial, sobre este punto es lo señalado por el Dr. Néstor De Buen Lozano al afirmar: El error de Duguit es hacer descansar el concepto de derecho subjetivo en la voluntad y ver en él una concepción metafísica, incongruente con una tendencia positiva y realista, cuando en rigor, el derecho subjetivo no es más que una categoría jurídica.

En cuanto al acto condición, la doctrina cita como ejemplos, en el ámbito del derecho público, la designación de los funcionarios públicos, y en el Derecho privado, el matrimonio

b) Según su forma, o modalidades de la manifestación de voluntad.

1.- Unilateral.

"Aquellos en los que interviene una sola voluntad, tal como acontece en el caso de un testamento o el nombramiento de los ministros de despacho".⁽³⁶⁾

En el Derecho Positivo Mexicano nos encontramos que el Presidente de la República tiene facultades constitucionales para nombrar y remover libremente a sus colaboradores más inmediatos, denominados secretarios de Estado, o secretarios del despacho como literalmente lo establece el art. 89 fracción 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2.- Plurilaterales.

Gabino Fraga Magaña establece que es necesario el concurso de varias voluntades y terminamos con el Dr. Cesar Tinoco que establece que son todos los contratos de derecho administrativo.

En el campo del Derecho Privado es donde tiene mayor abundancia los contratos bilaterales, en el cual interviene solamente dos voluntades.

1.2.5. El contrato como acto jurídico.

El Dr. Néstor De Buen Lozano en su tesis doctoral enseña: "Nuestro Código civil, siguiendo el modelo suizo contiene una disposición, la del art. 1859, que extiende las reglas - del contrato a los demás actos jurídicos, unilaterales o bilaterales, en lo que no se oponga a su naturaleza o a disposiciones que especialmente los regulen." (37)

El Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal plasma:

Art. 1859.-Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se oponga a la naturaleza de ésta o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

Manuel Borja Soriano en su estudio nos menciona este interesante dato: "El Código Civil para el Estado de Morelos, - de 27 de septiembre de 1945, en su libro primero, que contiene disposiciones preliminares, destina sus títulos segundo y tercero a reglamentar los hechos y los actos jurídicos, reglamentación hecha con arreglo al criterio de sus autores los - Licenciados Rafael Rojina Villegas y José Rivera Pérez Campos quienes firman la exposición de motivos. Si se analiza el contenido de los artículos que comprenden la reglamentación mencionada, se ve que la gran mayoría de ellos no son sino traducciones de los preceptos que existen, o bien podrían existir en materia de contratos, tan sólo sustituyendo la palabra contrato por la palabra acto jurídico. Así es que nada se adelanta, pues se llega al mismo resultado con un título preliminar sobre actos jurídicos en general que con el artículo - 1859 de nuestro Código Civil vigente." (38)

Continuando con el estudio del Dr. Néstor De Buen: "... nuestro Código vigente, siguiendo al de Brasil, prefiere distinguir al convenio del contrato, estableciendo que mediante el primero de ellos, se crean, transfieren, modifican o se - extinguen obligaciones (art. 1792), y que sólo los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos, si bien ambos actúan, esencialmente, de la misma manera." (39).

37. De Buen Lozano, Néstor. ob cit. P.150.

38. Borja Soriano, Manuel. ob cit. P. 91-92.

39. De Buen Lozano, Néstor. ob cit. P. 152.

El contrato y el acto complejo.

Según M. Hauriou. No todo acuerdo de voluntades es un contrato.

Para que lo sea, es menester que se trate de voluntades. Si las voluntades de los que concurren a la formación del acto no son opuestas, sino concurrentes o paralelas, tenemos lo que la doctrina contemporánea denomina "acto complejo".

Miguel Angel Bercaitz señala: "... En el contrato tenemos dos voluntades, una enfrente de la otra, persiguiendo un objeto y una finalidad diferente que de a cada una el carácter de parte. Ambas voluntades, aun cuando opuestas, se condicionan y determinan recíprocamente mediante el vínculo que las une. El comprador quiere la cosa; el vendedor el precio.

En el acto complejo, las voluntades que concurren a formarlo, persiguen el mismo objeto y la misma finalidad, es decir, son paralelas. No constituyen partes por cuanto se funden en la expresión de una sola voluntad en el acto que las une." (40)

El dato que menciona el tratadista Manuel Borja Soriano, al decir: "... tan solo sustituyendo la palabra contrato por la palabra acto jurídico. ...". Se podía establecer la siguiente crítica:

Hemos mencionado que el acto jurídico crea, transfiere, modifica y extingue derechos y obligaciones.

El contrato dentro de la unanimidad de la doctrina al igual que en nuestro derecho positivo considera que solamente crea o transfiere obligaciones y derechos.

Por tal motivo, no es posible de utilizar al contrato del acto jurídico, ni del convenio al contrato, ya que como se recordara en el Derecho Romano se afirmaba que no toda convención es un contrato, pero si todo contrato es una convención, además en el contrato siempre existirá intereses contrapuestos y no congruentes entre sí.

1.2.6. Elementos esenciales del acto jurídico.

El lic. Rafael Rojina da esta enumeración:

- "a) Una manifestación de voluntad que puede ser expresa o tácita.

Es expresa cuando se exterioriza por el lenguaje: - oral, escrito o mimico. Es tácita, cuando se desprende de hechos u omisiones que de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito, aunque el autor del acto jurídico no exteriorice su voluntad a través del lenguaje.

- b) Un objeto física y judicialmente posible. En los actos jurídicos debemos distinguir un objeto directo y en ocasiones un objeto indirecto.

El objeto directo consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones. La definición del acto jurídico revela su objeto, por esto - decimos que es una manifestación de voluntad con el - objeto de crear, modificar o extinguir derechos u - obligaciones.

Hay también un objeto indirecto; pero este no se presenta en la totalidad de los actos jurídicos; es sobre todo en los contratos y en los convenios en donde lo encontramos.

El objeto directo en los convenios es crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones y el indirecto consiste en la cosa o en el hecho materia del convenio. De tal manera que un contrato - crea obligaciones que puedan ser de dar, hacer o no - hacer, y así cada obligación tiene su objeto. ...

- c) El reconocimiento que haga la norma jurídica a los efectos deseados por el autor del acto. Si la norma jurídica no reconoce una cierta manifestación de voluntad, no hay acto jurídico por falta de objeto para producir consecuencias de derecho que estén amparadas por el ordenamiento. Si todas las manifestaciones fueren amparadas por el ordenamiento jurídico, el derecho estaría al servicio de los caprichos de los particulares. (41)

Esta enumeración se denomina elementos esenciales o de existencia, ya que la falta de uno de ellos produce la Inexistencia del Acto Jurídico, el acto jurídico es inexistente para el derecho, es la nada jurídica.

El Dr. Néstor De Buen sugiere que: "... según lo expresa el artículo 1794 del Código Civil, el consentimiento y el objeto posible. Ahora bien, considerando que el Código trata en particular del contrato que es acto bilateral, debe modificarse esa clasificación respecto de los actos unilaterales, sustituyendo la expresión -consentimiento- por la de -voluntad-. ...". (42)

En este mismo orden de ideas y volviendo con Rafael Rojina sugiere también: "El artículo que establece la inexistencia de los actos jurídicos es el número 2224: -El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno.".

Aquí el Legislador emplea un lenguaje impropio, porque - debe decir por falta de voluntad, pues el consentimiento sólo se presenta en los actos plurilaterales. Para enunciar mejor el principio, podemos decir que el acto jurídico es inexistente por falta de voluntad o de objeto, comprendiendo tanto la falta total del mismo, como su imposibilidad física o jurídica." (43)

La voluntad solo puede actuar de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico, ya que si lo llegara a vulnerar el acto sería nulo, es el sentir de nuestro artículo 8 del Código civil, y en especial:

Art. 6 del Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal.

"La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente - al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero."

42. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit., P. 153.

43. Rojina Villegas, Rafael. ob. cit., P. 127.

1.3. La regulación del contrato civil.

1.3.1. Definición de obligación, y fuentes de las obligaciones.

Para Manuel Borja Soriano: "Obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor."⁽⁴⁴⁾

Rafael Rojina Villegas:

"Podríamos decir que los tratadistas modernos definen la obligación como una relación jurídica por virtud de la cual un sujeto llamado acreedor, está facultado para exigir de otro sujeto llamado deudor, una prestación o una abstención."⁽⁴⁵⁾

Nuestro Código Civil de 1928 no da una definición legal de obligación. Pero comprende por Fuente de las Obligaciones.

1. Contrato.
2. De la declaración unilateral de la voluntad.
3. Del enriquecimiento ilegítimo.
4. De la gestión de los negocios.
5. De las obligaciones que nacen de los ilícitos.
6. Del riesgo profesional.

La clasificación doctrinal que propone el maestro Rafael Rojina: "Siguiendo a Bonnecase, consideramos que las únicas fuentes de obligaciones son respectivamente el hecho jurídico y la ley y el acto jurídico y la ley. Comprendemos dentro de la noción general de los hechos jurídicos, los estados jurídicos, como situaciones permanentes que vienen a condicionar un estatuto legal, para producir múltiples consecuencias de derecho, entre las que pueden encontrarse, en ocasiones, las relativas a la creación de obligaciones.

Tiene interés clasificar los distintos hechos y actos jurídicos, pues el valor de la distinción bipartita señalada por Bonnecase, perdería gran parte de su importancia, si no se hace una correcta subdivisión que presente un cuadro general de los distintos hechos y actos jurídicos.

44. Borja Soriano, Manuel. ob. cit., P. 71.

45. Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil." vol. III. Decimo quinta edición. México D.F. Editorial Porrúa. S.A. 1987. P. 5.

Presentamos al efecto el siguiente cuadro general de clasificación.

Actos jurídicos.

1.- Contrato. 2.- Testamento. 3.- Declaración unilateral de voluntad. 4.- Actos de autoridad (sentencia, secuestro, adjudicación, remate y resoluciones administrativas).

Hechos jurídicos.

- a) Hechos naturales: 1.- Hechos simplemente naturales. 2.- Hechos naturales relacionados con el hombre.
- b) Hechos del hombre: 1.- Hechos voluntarios lícitos: Gestión de negocios, enriquecimiento sin causa y responsabilidad objetiva. 2.- Hechos voluntarios ilícitos: Delitos dolosos, delitos culposos, incumplimiento de las obligaciones, culpa contractual en sentido estricto, recepción dolosa de lo indebido, abuso del derecho, posesión de mala fe y accesión artificial de mala fe. 3.- Hechos involuntarios. 4.- Hechos contra la voluntad." (46)

Como se ha podido apreciar, el estudio de las obligaciones ha sido analizado primordialmente por el Derecho Privado.

La clasificación doctrinal dada por el tratadista Rafael Rojina Villegas, siguiendo a Bonnecase, permite hacer el siguiente comentario.

Se menciona por separado el testamento del contrato.

Como ya lo hemos mencionado, no es posible utilizar como sinonimo el contrato del acto jurídico, ni del convenio al contrato, y como se aprecia en la clasificación dada, se menciona en primer lugar al contrato, por la sencilla razón de que en nuestro Código Civil señala que las reglas del contrato se extiende a los demás actos jurídicos.

Por testamento se debe entender: "... Testamento es el acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable, libre y formal, por medio del cual una persona física capaz, dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte." (46)

Como ha mencionado correctamente, la teoría francesa, -- en cuanto a la forma o modalidades del acto jurídico, esta - puede ser unilateral o plurilaterales, y en este último se - encuentra el contrato

Es importante en tener presente, que no se debe de confundir el acto unilateral, con el contrato unilateral.

En el primero tenemos al testamento, nombramiento de - funcionarios públicos, usufructo testamentario. etc.

En cuanto a los contratos unilaterales podemos mencionar a: El contrato de promesa -art. 2243- y la donación -art. 2332-.

1.3.2. La etimología y definiciones del contrato.

Los tratadistas Eduardo García de Enterría, Andrés Serra Rojas, Alfonso Nava Negrete, Julio Alberto D'avis, Manuel Borja Soriano, José Ignacio Monedero Gil, Héctor Jorge Escola y otros connotados tratadistas, tanto del derecho civil como del derecho administrativo señala que el contrato es una institución que sirve a las diferentes ramas del derecho.

El Lic. Eduardo García de Enterría manifiesta: "El contrato como tal es una institución general de todo el Derecho, aunque sea en el Derecho civil donde, sin duda, ha encontrado una aplicación y regulación depurada, y por eso sólo es también una institución de derecho administrativo.

Ello no es obstáculo, como sabemos, a que pueda hablarse de una teoría ius administrativa, contra lo que un rígido y simplista planteamiento dualista de la división Derecho público-Derecho privado viene entendiendo." (47)

La etimología del contrato.

"La etimología de la palabra nos descubre su significado primario, el término contrato proviene de cum y traho, venir de uno, ligar, unir, contraer, etc., lo que apunta la idea de acuerdo o convención bilateral, o sea -con más de una parte." (48)

Definiciones doctrinales del contrato:

Dr. Cesar Tinoco Richter.

"Un contrato es un acuerdo de voluntad entre dos o más personas, naturales o jurídicas, para producir efectos de Derecho. Los romanos lo definían como un "concursum voluntantum", concierto o acuerdo de voluntades." (49)

Dr. Néstor De Buen Lozano.

"De esa manera consideramos que el contrato es un acuerdo espontáneo de voluntades, que persiguen fines distintos, -

47. García de Enterría, Eduardo. La figura del contrato administrativo. Revista de ciencias jurídicas. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. No. 26. San José-Costa Rica. Mayo-Agosto 1975. P. 56, 68.
48. Castán Tobeñas, José. cit. pos. Roberto Dromi, José. Contratos de la administración. Jurisprudencia Argentina. - Fuero Juzgo. Libro 1. No. 4485. Buenos Aires-Argentina. Marzo 28 de 1974. P.2.
49. Tinoco Richter, Cesar. ob. cit., P. 83.

adecuados a la ley y a las buenas costumbres, generalmente - consensual y excepcionalmente formal, para la creación y transmisión inmediata, diferida o condicionada, temporal o permanente, de derechos y obligaciones de contenido patrimonial." (50)

Lic. Ernesto Gutierrez Y Gonzalez.

"El contrato se puede definir de esta manera: Es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones." (51)

Definición legal del contrato.

El Código Civil para el Distrito Federal, en materia - comun, y para toda la República en materia federal, considera al contrato como una especie del género convenio.

Art. 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Art. 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

50. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit., P. 205

51. Gutierrez Y Gonzalez, Ernesto. ob. cit., P. 487-488.

1.3.3. Diversas acepciones de la expresión "Contrato".

Podemos decir que el contrato es la unión de varias voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones pero con el fin de satisfacer intereses contrapuestos y no congruentes entre si.

La mayoría de los autores utiliza la expresión "contrato" como sinonimo de "negocio jurídico". Ejemplo:

Arce Monzón, Luis.

"La figura jurídica del contrato o negocio en el que interviene una pluralidad de sujetos, es el instrumento técnico frecuente utilizado para la ejecución de prestaciones de contenido patrimonial o económico, en las relaciones de alteridad que provoca la naturaleza sociable del hombre." (52)

Miguel Angel Bercaitz es quien señala la Teoria de Ennecerus o teoria del negocio juridico.

Teoria de Ennecerus: El negocio jurídico es un supuesto de hecho que contiene una o varias declaraciones de voluntad y que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido.

Miguel Angel Bercaitz hace una clasificación del negocio jurídico:

"Los negocios jurídicos son unilaterales. El unilateral sólo contiene la declaración de voluntad de una parte, como el testamento, la denuncia, la impugnación, etc.

Los negocios jurídicos bilaterales o contratos. Contiene declaraciones de voluntad correlativas o recíprocas de dos o más partes." (53)

El Dr. Néstor De Buen Lozano.

"La acepción del contrato como negocio jurídico --acto jurídico siguiendo la terminología francesa--, es, en nuestro concepto la única correcta. Por lo tanto, debe entenderse que al utilizar la palabra contrato, en realidad estamos hablando del negocio jurídico así calificado." (54)

52. Arce Monzón, Luis. cit. pos. Roberto Dromi, Jose. ob. cit., P. 2.

53. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P. 103.

54. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit., P. 155.

La mayoría de los autores tanto nacionales como extranjeros ven al contrato como una relación jurídica patrimonial.

Por este motivo cito a continuación unas notas del Lic. Ernesto Gutierrez Y Gonzalez referentes al Patrimonio.

"Y lo que es más, la noción de patrimonio se ensancha - más cada día. ... y ya se ve como hoy se habla de "Patrimonio del Estado" y consideran en él, no solo elementos pecuniarios a semejanza del patrimonio de los particulares, sino que, ya sin discusión, se incluyen elementos francamente ajenos a toda noción económica, como V.gr. -la bandera nacional-, -el himno nacional-, etc., que son "Patrimonio para uso exclusivo del Estado", o cuando éste lo autoriza a través de ordenamientos que al efecto expide." (55)

"Y por ello, doy la siguiente definición de patrimonio: Es el conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de Derecho." (56)

Como se desprende de lo señalado por los tratadistas - Luis Arce Monzón y Néstor De Buen Lozano, se utiliza la expresión contrato como sinonimo de negocio jurídico.

Esto es un grave error, ya que la teoría de Ennecerus se refiere únicamente a la forma o modalidades de la manifestación de voluntad del acto jurídico, tal como lo señala Miguel Angel Bercaitz.

Además el Dr. Néstor De Buen Lozano incurre en varios errores, en utilizar la expresión contrato como sinónimo de - acto jurídico, y señala por lo tanto, que el acto jurídico es un negocio jurídico.

Hemos señalado que el acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho y que produce el efecto deseado por su autor, porque el derecho sanciona esa voluntad.

El negocio jurídico se refiere a la forma de manifestación de voluntad, que puede ser unilateral, y plurilaterales.

El contrato como se desprende de nuestro Código Civil -
solamente produce o transfiere obligaciones y derechos.

1.3.4. El dogma de la autonomía de la voluntad.

En la doctrina mexicana el principio de la autonomía de la voluntad, ofrece discrepancias, en su búsqueda de este principio, en el derecho civil, en cambio, para el derecho administrativo que es una de las ramas del derecho público, niega rotundamente este principio, principio que se hace extensivo en la clasificación tripartita de los contratos del Estado, - que son desde un punto de vista jurídico:

- a) Contratos privados civiles y mercantiles.
- b) Contratos administrativos.
- c) Contratos públicos.

Esta división se explicara en otro capitulo.

Volviendo con el principio de la autonomía de la voluntad una parte de la doctrina tanto nacional como extranjera señala:

Dr. Néstor De Buen Lozano.

"Se afirma que el dogma de la autonomía de la voluntad - constituye la base filosófica en que se apoya el sistema jurídico liberal. Suele decirse también que encontrándose sus antecedentes inmediatos en la Revolución Francesa y especialmente en Rousseau, sus raíces primeras hay que buscarlas en la - lucha constante del hombre contra el absolutismo." (57)

En el mismo orden de ideas Héctor Jorge Escola menciona: "Con la aparición del Código Civil Francés, que plasma las - principales concepciones jurídicas establecidas durante la - revolución de 1784, estas ideas obtienen una expresa consagración y la voluntad individual se torna soberana..."

Ya en relación con los actos jurídicos en particular, la voluntad individual sería el elemento más trascendental en su formación, modificación o extinción y en la determinación de sus efectos; el fundamento de su fuerza obligatoria y la pauta a ser tenida en cuenta por los jueces en la interpretación

Aparece así, con todos sus caracteres principales, la - teoría de la autonomía de la voluntad, que ha predominado en la elaboración moderna del derecho privado, con naturales resultados en la exposición de los contratos, donde tiene la más directa aplicación.

En el derecho pos revolucionario, pues, la teoría de los

57. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit., P. 209.

contratos se estructura sobre dos bases que fueron aceptadas - como incommovibles:

- a) el acuerdo de las voluntades individuales, como medio eficaz para establecer los vínculos contractuales, su contenido y sus efectos; y
- b) la vigencia de ese acuerdo entre las partes con una fuerza igual a la de la ley.

Con respecto a esta última fórmula, cuyo creador se dice que ha sido Domat, se suele sostener equivocadamente que implica que los contratos deben ser puestos en un mismo plano de igualdad con la ley, cuando en realidad lo que quiere expresarse con ella es que las convenciones establecidas en los contratos obligan a las partes como si fuerán la ley. Es decir, es tan sólo un término de comparación, y no de equiparación." (58)

La mayoría de los autores aceptan que fue Domat quien utilizó esta fórmula, fórmula que sirve de base para la redacción del art. 1134 del Código Francés.

El Dr. Néstor De Buen Lozano critica el Código Napoleón:

"... se acepta a pies juntillas, que el dogma encuentra su formal expresión en el art. 1134 del Código Francés, en el que nosotros no podemos ver más que una declaración, un tanto rimbombante, que tiene muy poco de cierta.

Art. 1134 del Código Civil Francés: Los convenios legalmente celebrados, tienen fuerza de ley entre quienes los celebraron.

No pueden ser revocados sino por mutuo consentimiento o por las causas que la ley autoriza.

Deben ser cumplidos de buena fe.

... Sin embargo, pese a que suele afirmarse al art. 1134 del Código Civil Francés recoger el principio de la autonomía de la voluntad, en realidad no es así, ya que este precepto, en todo caso, marcaría una consecuencia de los compromisos - establecidos, como es la de su absoluta obligatoriedad para - las partes, pero no señala, en modo alguno, que la voluntad - sea fuente preferente de obligaciones y derechos." (59)

58. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. 1. P. 7-9.

59. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit., P. 209-212.

El Dr. Néstor De Buen cita a Manuel Borja Soriano, este ultimo autor en sus primeras obras niega rotundamente que del texto del art. 1134 exprese el principio de la autonomia de la voluntad.

Pero en la actualidad, en su obra nos da datos interesantes, que creo conveniente en transcribirlos:

"La noción de la libertad individual se expresa habitualmente diciendo que todo lo que no está prohibido, esta permitido. Esto es lo que en el dominio del Derecho se llama el principio de la autonomia de la voluntad.

La concepción de la voluntad soberana en el contrato tiene su raiz en el Derecho Canónico, estuvo sostenida por la escuela del Derecho natural y por los filosofos del siglo XVIII y ha sido asaltada por los partidarios del individualismo liberal en el siglo XIX.

El principio fue acogido por el Código Napoleón (art. 1134) y por nuestros Códigos de 1870 (art. 1535) y de 1884 (art. 1419)". (60)

El Dr. Néstor De Buen cree acerca de la autonomia de la voluntad:

"Creemos que el principio o dogma de la autonomía de la voluntad constituye jurídicamente hablando el reflejo de una tendencia pero en absoluto ha merecido quedar consagrado de manera expresa, sino en modo implícito, en cada una de las normas legales aplicables las que, por el contrario, sí señalan categóricamente las limitaciones a ese principio." (61)

Manuel Borja Soriano concluye diciendo:

"Actualmente el principio de la autonomía de la voluntad no ha desaparecido sino que sigue siendo la base del derecho moderno en materia de contratos, pero esa autonomía está ya considerablemente debilitada, pues cada vez la ley impone mayor número de limitaciones a la libertad contractual bajo una doble influencia: la dependencia material, cada día más estrecha del individuo con relación al medio en que vive, el sentimiento más claro de que ninguna sociedad puede quedar indiferente a los fines perseguidos por los contratantes y que debe

60. Borja Soriano, Manuel. ob. cit., P. 122-123.

61. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit., P. 212.

velar por el mantenimiento de cierto grado de justicia, distributiva o conmutativa." (62)

Volviendo con Manuel Borja Soriano al sostener: "La noción de la libertad individual se expresa habitualmente diciéndose que todo lo que no está prohibido, está permitido. Esto es lo que en el dominio del Derecho se llama el principio de la autonomía de la voluntad".

Lo sostenido por Manuel Borja Soriano sirve al jurista - Gert Kummerov en su tesis doctoral para establecer los siguientes corolarios:

"... pueden resumirse así:

- a) Los individuos son libres para obligarse o para no hacerlo.
- b) Los individuos son libres para discutir las condiciones -- del contrato, determinando su contenido, su objeto y sus efectos, con la única limitación del respecto al orden público y las buenas costumbres...
- c) Los individuos pueden escoger las normas que mejor convengan a sus intereses, rechazar las supletorias y atenerse - sólo a las reglas tipo.
- d) En principio, ninguna formalidad se establece para la manifestación de la voluntad, ni para la prueba de acuerdo. Las solemnidades son excepcionales.
- e) Las mismas partes pueden determinar los efectos de las obligaciones. Si algún conflicto surgiera entre ellas con motivo de una violación de la norma creada, el órgano estatal limitará su misión a descubrir la intención de las partes, aplicando la sanción que las propias partes exijan, - sin entrar a examinar si tal sanción recibe efectiva realización en lo fáctico.
- f) Los intereses individuales libremente discutidos, concuerdan con el bien público." (63)

El Dr. Néstor De Buen critica a Manuel Borja Soriano:

"La fórmula de Borja Soriano que es, por otra parte, la que suele aceptarse como válida, es insuficiente y en todo - caso responde, más que a una definición de la autonomía de la voluntad, a la exposición de un modo de ser del Estado, en -

62. Borja Soriano, Manuel. ob. cit., P. 123.

63. Gert Kummerov. cit. pos. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit. P. 213-215.

cuanto prefiera señalar las prohibiciones que limitar las facultades. Por otra parte, tampoco puede aceptarse que --Todo lo que no está prohibido, está permitido--, porque olvida esa fórmula a las facultades de ejercicio obligatorio (ciertos derechos políticos; los derechos que derivan de la patria potestad, etc.,) que están permitidas pero que al mismo tiempo deben necesariamente cumplirse por el destinatario." (64)

Empero el Lic. Ernesto Gutierrez Y Gonzalez encuentra el principio de la autonomia de la voluntad en la interpretación de los contratos al establecer:

"... Hay dos diferentes y básicas corrientes:

A.- La Tesis de la Interpretación de la Voluntad Real o Interna, y

B.- La Tesis de la Voluntad Declarada.

A.- Teoría de la voluntad real o interna.- Se le conoce también a esta tesis con el nombre de -Teoría de la autonomía de la voluntad-, y en ella se considera que si la voluntad de las partes es el alma del contrato, a ella se habra sin duda de atender para interpretarlo. De esto resulta que la interpretación de un contrato deberá implicar necesariamente una labor psicológica lo que la persona quiso decir, lo que real y verdaderamente pensó, y lo que aparece que dijo con palabras. ...

B.- Teoría de la voluntad declarada.- Se le designa también con el nombre de -Teoría de la declaración de voluntad-, y es diametralmente opuesta a la anterior, ya que sostiene que para interpretar el alcance de la o las voluntades en un contrato, se debe atender en forma exclusiva a lo que aparece dicho, ya por palabras o signos, sin interesar para nada lo que, quienes celebraron el acto, pensaron o quisieron decir. Deben ser responsables de no haber sabido exteriorizar correctamente su pensamiento, y por ello se debe estar, para hacer la interpretación, a lo que aparece dicho, y no a lo que pudieran haber pensado la o las partes que intervinieron.

Pues bien, de estas dos teorías, la que adoptó el Código civil de 1928 es la primera, y así se desprende de la lectura

64. IBIDEM. ob. cit., P. 213-215.

de su artículo 1851 que determina.

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

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

De donde resulta que se debe atender a la intención y no a las palabras." (65)

"Suelen clasificarse las leyes en taxativas a imperativas (ius cogens) y en permisivas o dispositivas, comprendiendo estas dos categorías, de una parte, las interpretativas y de la otra las supletorias. Las imperativas son inderogables por voluntad de los particulares.

En materia contractual, y en términos de nuestro Código civil, merecen particular atención las imperativas. De las dispositivas, únicamente las supletorias, ya que dicho Código no contiene normas interpretativas. En efecto, aún cuando los artículos del 1851 al 1857 se refieren a la interpretación, su objeto es interpretar la voluntad de las partes, pero no las normas legales que regulan al contrato, como sería de tratarse de auténticas normas interpretativas.

Las leyes imperativas obedece a distintas razones, es decir, el legislador las dictó tratando de salvaguardar fines distintos. Los principales de estos fines serían los siguientes: ". (66)

1. Exigencias del orden formal y las que resultan de la naturaleza jurídica de la institución. Vgr. arts. 1794-1796; - 1827; 1832-1834 y 1839.
2. Necesidad de realizar presupuestos de capacidad y de preservar la libertad en la expresión del consentimiento. - arts. 1795 Fracción 1 y 11; 1812-1813 y 1818.
3. Regulación debida a los elementos accidentales del contrato. art. 1938-1960. Excluimos al modo por no constituir una modalidad.
4. Política económica del Estado. art. 2256 y 2257.
5. Política social del Estado. art. 2274.
6. Política de salubridad del Estado. art. 2448 y 2449.

65. Gutierrez Y Gonzalez, Ernesto. ob. cit., P. 589-590.

66. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit., P. 160.

7. Evitación del fraude legal. art. 2358.
8. Protección de las partes. art. 17, 1843, 2257, 2372, 2431. etc.
9. Protección a los terceros. art. 2348.
10. Limitaciones de política legislativa art. 2301, 2302, - 2308 y 2887.
11. Contratos forzosos. De la misma manera que en el caso del art. 2455, relativo a la imprevisión, los arts. 2751 y - 2931 al 2939 contienen, normas de tal naturaleza que los - actos jurídicos a que se refieren no pueden ser califica- dos de contratos.

Nuestra doctrina ha afirmado con gran criterio que las - normas permisivas o dispositivas (Ius dispositium) son aque- llas que sólo vale cuando no existe una voluntad diversa de - las partes, manifestadas legalmente, y esta puede ser:

- a) Supletorias: Se aplica en ausencia de una regulación espe- cial establecida por los contratantes. Vgr. Los siguientes artículos contenidos en nuestro Código Civil.

Código Civil para el Distrito Federal, en materia comun, y para toda la República en materia federal.

Art. 2080.- Si no se ha fijado el tiempo en que debe ha- cerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no po- drá el acreedor exigirlo sino después de los treinta - días siguientes a la interpelación que se haga, ya judi- cialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o an- te dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exiga el acreedor, siem- pre que haya transcurrido el tiempo necesario para el - cumplimiento de las obligación.

Art. 2084.- Si el pago consistiere en una suma de dinero como precio de alguna cosa enajenada por el acreedor, - deberá ser hecha en el lugar en que se entregó la cosa, salvo que designe otro lugar.

Art. 2086.- Los gastos de entrega serán de cuenta del - deudor, si no se hubiere estipulado otra cosa.

- b) Interpretativas: Se refiere a la interpretación de las - normas legales que regula el contrato.

En cuanto a las normas interpretativas, nuestra doctrina ofrece discrepancia, para el Dr. Néstor De Buen Lozano afir- ma: "... Código no contiene normas interpretativas ...".

Sin embargo, para el maestro Eduardo García Máynez, seña la:

"Como ejemplo de una norma dispositiva de interpretación podemos citar el artículo 1958 del propio ordenamiento. Según

dicho artículo "El plazo se presume establecido en favor del deudor, a menos que resulte, de la estipulación o de las circunstancias, que ha sido establecido en favor del acreedor o de las dos partes".

El texto revela el carácter dispositivo de la regla, ya que los contratantes pueden establecer una norma diversa de la que el precepto formula." (67)

El Dr. Néstor De Buen Lozano coincide con Eduardo García Máynez, al afirmar el primer tratadista: "... pero no las normas legales que regula el contrato, como sería de auténticas normas interpretativas." (68)

Eduardo García Máynez sostiene: "La interpretación de un precepto legal puede ser hecha por el legislador mismo, en una nueva ley (interpretación auténtica o legislativa)". (69)

Como se puede apreciar, nuestra doctrina afirma, que las normas interpretativas se refiere a la interpretación de la ley.

En cuanto a la interpretación, esta puede ser: Privada, doctrinal, judicial y auténtica o legislativa.

Las normas taxativas a imperativas (ius cogens o normae cogentis) obligan a los particulares independiente de su voluntad, resultando por tanto, la inderogabilidad de estos preceptos.

Artículo 8 del Código Civil para el Distrito Federal, - en materia común, y para toda la República en materia federal.

"Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.".

Como se puede apreciar, Héctor Jorge Escola, correctamente señala: "... las convenciones establecidas en los contratos obligan a las partes como si fuerán la ley. ...". Pero incurre en un grave error al decir: "... es tan sólo un término de comparación, y no de equiparación.".

67. García Máynez, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho". Trigesimoquinta edición. México D.F. Editorial Porrúa. S.A. 1984. P. 93.

68. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit., P. 160.

69. García Máynez, Eduardo. ob. cit., P. 93.

El término -comparación-, de acuerdo con la Nueva Enciclopedia Larouse, significa: "Igualdad y proporción correspondiente entre las cosas que se comparan".⁽⁷⁰⁾

"Equiparación. n. f. Acción y efecto de equiparar.". ⁽⁷¹⁾

"Equiparar. Comparar una persona o cosa con otra, considerándolas o haciéndolas iguales o equivalentes.". ⁽⁷²⁾

Por tal motivo, sería correcto si el tratadista, plasmasa lo siguiente: "... es tan solo un término de EQUIPARACION, y no de COMPARACION.". El contrato es solamente equiparable a la ley.

Me adhiero a la tesis del Dr. Néstor De Buen Lozano, en considerar el principio de la autonomía de la voluntad en una -tendencia que de ningún motivo ha podido estar plasmado en un solo artículo, sino en diferentes articulados que señala las limitaciones a este principio.

Manuel Borja Soriano al referirse a la Justicia distributiva o conmutativa, no explica en que consiste cada una y - además se olvida de la justicia contributiva y atributiva, - siendo la última la más importante.

En la obra del tratadista Jesús Toral Moreno, dice al - respecto:

"... por una parte, en la que se dan entre los individuos (tradicionalmente, se habla aquí de justicia "conmutativa");

por otra, en las que se establecen entre los particulares, como deudores, y la colectividad como acreedora (a esta especie la conocían los escolásticos con el nombre de justicia "legal" o "general"; es quizás preferible llamarla contributiva, y calificar de intertributiva la del primer tipo.);

en tercer lugar, en aquellas situaciones a propósito de las cuales está la comunidad obligada a aplicar un criterio - proporcional al repartir los bienes y prestar los servicios, al conferir los puestos públicos, y también al imponer las -

70. "Nueva Enciclopedia Larouse". Tomo 111. Segunda edición. España. Editorial Planeta 1984. P. 2161.

71. "Nueva Enciclopedia Larouse". Tomo 1V. Segunda edición. España. Editorial Planeta 1984, P. 3394.

72. IBIDEM. ob. cit., P. 3394.

cargas y las penas, todo ellos de conformidad, según los diferentes casos, con los méritos y deméritos, la riqueza, la capacidad y las aptitudes de cada uno (esta especie suele designarse como justicia distributiva);

por fin, es preciso reconocer la existencia de un cuarto tipo de justicia, que en rigor es el primero, pues verdaderamente constituye la principal de las bases en que descansan los restantes. Podemos aquí hablar de una justicia atributiva, por razón de la cual, tanto los particulares cuanto la comunidad (ésta, con más clara obligatoriedad y con mayor frecuencia) deben realizar servicios o prestar auxilio a las personas, simplemente en atención a las necesidades de la misma y a su calidad de seres humanos." (73)

La tesis que señala el Lic. Ernesto Gutierrez Y Gonzalez en lo referente a la interpretación de los contratos, podemos señalar:

- a) La tesis de la interpretación real o interna, conocida como la "teoría de la autonomía de la voluntad", rige en absoluto en la interpretación de los contratos de derecho privado.
- b) La tesis de la voluntad declarada o teoría de la declaración de voluntad rige en la interpretación de los contratos administrativos y en los contratos públicos.

73. Toral Moreno, Jesus. "Ensayo sobre la JUSTICIA". colección No. 1. Segunda edición. México D.F. Editorial Jus. - 1985. P. 50.

1.3.5. El principio de la autonomía de la voluntad en los Códigos mexicanos.

De lo expuesto hasta por el momento encontramos que Manu el Borja Soriano sostiene q' los arts. 1535 (Código de 1870) y 1419 (Código de 1884), esta el principio de la autonomía de la voluntad, principio que tiene su antecedente en el art. - 1134 del Código Francés.

En la doctrina nacional esta postura ofrece discrepancias, ya que en el estudio del Dr. Néstor De Buen Lozano establece:

"El legislador de 1870 señaló que -los contratos legalmente celebrados serán puntualmente cumplidos, y no podrán revocarse ni alterarse sino por mutuo consentimiento de los contratantes; salvas las excepciones consignadas en la ley-.

Al hacer la comparación con el texto del art. 1134 del - Código Francés, se advierte las siguientes diferencias:

- a) No se incluye en el precepto mexicano la declaración ampulosa y técnicamente inaceptable, de los contratos legalmente celebrados, tienen fuerza de ley entre los otorgantes.
- b) No se hace referencia a que deban de ser cumplidos de buena fe.
- c) El art. 1535 del Código de 1870, y consecuentemente el - art. 1419 del Código de 1884, señalan que los contratos podrán revocarse y alterarse por mutuo consentimiento, salvo en las excepciones consignadas en la ley, agregado éste - que no aparece en el precepto supuestamente limitado.

Del texto de los artículos relativos a los contratos no hay más que una disposición que con cierta benevolencia podría interpretarse como exponente en principio de la autonomía a. Esta, contenida en el art. 1310 del Código de 1884, faculta a los contratantes para poner las cláusulas que crean convenientes, sí bien de inmediato, determina que las que se refieren a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas, aunque no se expresen.

Por el contrario, es mucho más fácil hallar en el Código de 1884, las limitaciones que se establecen respecto de la -

autonomía de la voluntad. Podemos mencionar, además de la contenida en el art. 1310 las siguientes:

El art. 6^o consagra la ineficacia de la renuncia de las leyes en general y en especial de las prohibitivas o de interés público. Este artículo queda complementado con el art. - 1307, que establece la forma de renunciar, cuando ello sea - factible.

En el art. 7^o se sanciona con la nulidad a los actos ejecutados en contra de las leyes prohibitivas.

La imposibilidad de que por convenio entre particulares se pueden alterar o nulificar, en cuanto a sus efectos, las - leyes que interesan el derecho público y las buenas costum- bres, esta consagrada por el art. 15 que tiene su antecedente en el famoso art. 6^o del Código Napoleón, (art. 6 del Código de Napoleón: Las leyes que afectan al orden público y a las - buenas costumbres, no pueden ser derogadas mediante convenios particulares).

Las consecuencias derivadas de la buena fe, el uso o la ley resultan aplicable a los contratos, por encima de lo que expresamente se hubiere pactado, por virtud de lo dispuesto - en el art. 1276 (Código de 1884), con lo que la voluntad deja de jugar un papel exclusivo en los contratos.". (74)

Sobre el estudio de los Códigos de 1870 y 1884, el Dr. - Néstor De Buen Lozano termina diciendo:

"La respuesta en realidad, es bien sencilla. Se trata de una tendencia latente en todo el articulado, pero no expresa- da categoricamente en una disposición especial. Responde la - autonomía de la voluntad a una corriente filosofica y el le- gislador, presumiendo su aplicación general, prefirió estable- cer sus límites y no formular un concepto quizás demagogico, como en cierto modo lo es el art. 1134 del Código Napoleón. Tal conclusión deriva, además, de una afirmación aislada con- tenida en la "Exposición de Motivos" del Código de 1870, a - cuyo tenor: La ley reglamenta los contratos, pero supone como base esencial de ellos la voluntad de los contratantes.

En definitiva, aquí encontramos ya una conclusión que - nos servirá para la fijación última del dogma, la voluntad, - tal como la regulan los Códigos mexicanos de 1870 y 1884, jue

ga un papel preponderante, pero no exclusivo, en la formación modificación o terminación de los contratos. En todo caso las leyes imperativas, las cuestiones de orden público (indebidamente calificadas de derecho público en ambos Códigos), y las buenas costumbres, constituyen cauces que ineludiblemente debían seguirse y barreras que no podían derribarse por el solo efecto de la voluntad de las partes." (75)

La autonomía de la voluntad en el Código Vigente.

Al analizar el estudio del Dr. Néstor De Buen que menciona el art. 1310 del Código de 1884, es igual al 1839 de nuestro actual Código.

De acuerdo con lo expuesto creo en la necesidad de transcribir el siguiente artículo de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal.

Art. 1839.- Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieren a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

Manuel Borja Soriano toma una nota de Baudry-Lacantinerie et Berde. Este último autor menciona a Pothier sobre las Cláusulas en los contratos:

"Según Pothier, hay que distinguir en cada contrato:

- 1.- Las cosas esenciales;
 - 2.- Las cosas naturales;
 - 3.- Las cosas accidentales.
- 1.- Las cosas que son de la esencia del contrato son aquellas sin las cuales ese contrato no puede subsistir. Faltando una de estas cosas o no hay contrato absolutamente o es otra especie de contrato. ...
 - 2.- Las cosas naturales son aquellas que están sobreentendidas en el contrato, cuando las partes no se han explicado, pero que, no siendo de la esencia del contrato pueden ser suprimidas en él por una estipulación formal...
 - 3.- Las cosas accidentales son aquellas que no estando en la naturaleza del contrato no pueden estar contenidas en él sino en virtud de una cláusula particular." (76)

75. IBIDEM. ob. cit., P. 218.

76. Borja Soriano, Manuel. ob. cit., P. 278.

Volviendo con nuestro estudio, anunciare algunos artículos que se refieren a la irrenunciabilidad de ciertos derechos; respecto al predominio de leyes prohibitivas o de intereses público.

El Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, plasma:

Art. 6.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Art. 7.- La renuncia autorizada en el artículo anterior no produce efecto alguno si no se hace en términos claros y precisos, de tal suerte que no quede duda del derecho que se renuncia.

Art. 8.- Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

Art. 1830.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Art. 1831.- El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

Art. 2225.- La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

Esta autonomía de la voluntad se manifiesta en la formación del acto, ella es la que crea el acto y constituye su esencia, la Legislación solamente marca sus limitaciones, donde falta la voluntad no hay acto jurídico.

Manuel Borja Soriano señala al respecto:

"De acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para celebrar o no celebrar contratos y al celebrarlos, obran libremente y sobre un pie de igualdad, poniéndose de acuerdo unos contratantes con otros, fijando los términos del contrato, determinando su objeto, sin más limitaciones que el orden público. ...". (77)

Terminaremos con el Dr. Néstor De Buen que señala unas notas del alcance y límite de la autonomía de la voluntad:

"... exponer cuáles son los límites en que puede jugar -

la voluntad dentro del contrato. Ello nos autoriza para señalar que no podrá hablarse de voluntad contractual cuando esos límites hayan sido violados. Podemos entonces apuntar las siguientes notas definitivas:

- a) La voluntad es libre de decidir, en un contrato, respecto de todo aquello que la ley no le prohíba o le ordena.
- b) Aun cuando no se incluyan, se entenderá que en todo contrato operan, per se, las cláusulas que se refieren a los requisitos esenciales.
- c) Las cláusulas relativas a los elementos naturales de un contrato, se entienden implícitas en el mismo, salvo que expresamente se excluyan.
- d) Las normas relativas al orden público y a las buenas costumbres son inderogables por voluntad de los particulares.
- e) Las consecuencias derivadas de la buena fe, el uso o la ley resultan aplicables en los contratos, por encima de lo que se hubiere pactado.
- f) La cláusula penal nunca podrá exceder en valor o en cuantía a la obligación principal.

Las notas anteriores marcan los límites dentro de los que juega la voluntad contractual. Esa libre actuación facultada.

- a) Para contratar.
- b) Para no contratar.
- c) Para determinar las condiciones del contrato.
- d) Para modificar el contrato.
- e) Para dar por terminado el contrato.

Las dos primeras características corresponden a una voluntad individual. Las tres últimas resultan necesariamente, - del mutuo consentimiento." (78)

Podemos concluir que las cláusulas de un contrato civil y de un contrato administrativo nunca podrá ir en contra del orden público, sobre esto el Dr. Andres Serra Rojas dice:

"La satisfacción de las necesidades públicas en un país se orienta hacia dos grandes nociones. El orden público y la utilidad pública. El orden público es el orden indispensable para la convivencia, para mantener la paz social y el libre

y seguro desenvolvimiento de los grupos humanos. La utilidad pública atiende a los arreglos sociales que son a la vez para la comodidad de los individuos y el mantenimiento del orden, en el sentido que la paz social esta interesada en que estas comodidades sea puestas a disposición de todos los individuos." (79)

Como se vera más adelante lo que sucede es que en el derecho administrativo, el interes general debe siempre prevalecer sobre el interes privado, esta regla esta prevaleciente cuando en un contrato administrativo aparece insertada de cláusulas administrativas.

Mientras tanto la doctrina extranjera ofrece igual punto de vista al decir:

"... En efecto la cláusula -imposible-, en los contratos entre particulares es solamente la cláusula ilícita, porque las partes tienen la libertad de incluir en sus contratos las cláusulas que juzgen útiles de comun acuerdo; ahora bien, lo que es ilícito para los particulares también es ilícito para la administración." (80)

Gabino Fraga examina en qué consiste el régimen exorbitante del derecho civil a que están sujetos los contratos administrativos, y señala una realidad en nuestro derecho, al decir:

"El estudio de esta cuestión sólo lo podemos hacer en una forma sumaria, tanto porque ella implica un desarrollo fuera de los propósitos de este libro, cuando porque no existe en nuestro Derecho una doctrina elaborada sobre los contratos administrativos." (81)

Como se ha señalado anteriormente el Lic. Ernesto Gutierrez Y Gonzalez, encuentra el principio de la autonomia de la voluntad en el artículo 1851 de nuestro actual Código Civil de 1928.

Manuel Borja Soriano sostiene que es en el artículo 1535

79. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. 1. P. 102.

80. Autor Anonimo. Los contratos administrativos en el derecho frances. Revista de ciencias jurídicas. No. 26. - COSTA RICA-San Jose. Mayo-Agosto 1975. P. 102.

81. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 400.

del Código de 1870 y en el artículo 1419 del Código de 1884, siendo idénticos ambos artículos; en nuestro actual Código - de 1928 no señala ningún artículo que este contenido el principio de la autonomía de la voluntad.

El Dr. Néstor De Buen Lozano, en diferentes partes de su tesis doctoral a sostenido con énfasis que el principio de la autonomía de la voluntad en nuestros Códigos de 1870 y 1884 - es una tendencia que no puede quedar plasmada en un solo artículo, contraviniendo, una gran parte de la doctrina, que ven en el Código francés, en su artículo 1134 el contenido esencial del Principio de la Autonomía de la Voluntad.

Señala con gran precisión que la voluntad, como esta regulada en los Códigos de 1870 y 1884 esta subordinada a las - leyes imperativas, las cuestiones de orden público y las buenas costumbres.

Menciona además, que con cierta benevolencia podría interpretarse el principio de la autonomía de la voluntad en - el artículo 1310 del Código de 1884, y sus limitaciones en - los artículos 6, 7, 15, 1307, y 1276. Y agrega que el artículo 1310 del Código de 1884 es igual al artículo 1839 de nuestro actual Código Civil.

En el actual Código Civil, en los artículos 6, 7, 8, - 1830 y 1831 entre otros artículos se refiere a la irrenunciabilidad de ciertos derechos cuando atente contra el orden público.

Es importante en tener presente, que las cláusulas estipuladas en los contratos que se encuentre regulados por el de recho privado, o por el derecho público jamás será contraria al interés público.

1.3.6. La crisis de la autonomía de la voluntad.

Es en el derecho civil donde la doctrina acepta una crisis de la autonomía de la voluntad, crisis que ha llevado al Estado a un intervencionismo tan notable en nuestro derecho: Vgr. Decretos del 10 de julio de 1942, 24 de septiembre de -- 1943, 5 de enero de 1945, 8 de febrero de 1946 etc. relativo al congelamiento de rentas.

Esto añadido con los problemas económicos que ha vivido el país, es una necesidad actual que en la mayoría de los contratos aparece:

Cláusula monetarias que se refieren al valor del oro o de una moneda extranjera;

Cláusulas económicas o cláusula de escala móvil o también denominada cláusulas de indexación que remite al costo de la vida (salario mínimo) o al valor de ciertas mercancías (Petróleo, trigo, etc.).

Estas variantes que son tomadas por el legislador lleva a una crisis absoluta de la autonomía de la voluntad.

La doctrina se ha manifestado en diferentes puntos de vista:

Héctor Jorge Escola.

"La crisis de la autonomía de la voluntad, derivada de la ruptura del equilibrio entre las partes que concurren a los contratos, ha dado origen a la intervención directa del Estado en el régimen de las convenciones, procurando restablecer esa igualdad perdida, principalmente, por los desniveles económicos, por la gran concentración, en pocas manos, de bienes y servicios indispensables a todos.

Esa intervención del Estado ha producido lo que Josserrand, con acertada fórmula, llamo el "dirigismo contractual", designación que define la nueva estructura que ha ido adquiriendo el contrato.

El objetivo del dirigismo contractual fue, por lo menos, en un principio restablecer la igualdad de las partes que concurrían al contrato. Pero toda esa acción, si bien en gran parte logró su propósito, produjo un efecto tal vez no querido pero inevitable, como fue el de restringir la libertad de

los contratantes, antes casi absoluta." (820)

Dr. Néstor De Buen Lozano.

"... las figuras de la imprevisión, el término de gracia, las moratorias y el estado de necesidad, instituciones todas ellas que constituyen la mejor expresión de la crisis de la autonomía de voluntad como elemento determinante en la constitución, modificación, transmisión y extensión de obligaciones y derechos y, por lo tanto, de relaciones jurídicas." (83)

Alfonso Nava Negrete se refiere al intervencionismo administrativo, diciendo:

"... que significa la más típica y acentuada expresión - del intervencionismo de Estado, presenta matices tan numerosos que resulta más que imposible captarlos en clasificaciones rígidas o cerradas. Si se advierte por sus distintas tonalidades que, el intervencionismo administrativo sigue una escala o trayectoria de menor a mayor intencidad. Esta trayectoria quedaría trazada entre los extremos de la tradicional - función de policía y los nuevos servicios públicos industriales y comerciales de la Administración Pública, o sea en otros términos, de la Administración espectadora de la actividad privada a la sustitución de ésta por la actividad pública de la Administración." (84)

Miguel Angel Bercaitz hace una crítica al intervencionismo del Estado:

"Se ha atacado al intervencionismo del Estado y principalmente al intervencionismo en materia contractual, sosteniendo que atenta contra la seguridad jurídica, base de la seguridad social." (85)

Y concluye:

"La intervención del Estado debe, pues, condicionarse y limitarse al cumplimiento del fin que le diera origen y la justifica; el restablecimiento del equilibrio en la relación contractual y la tutela del interés colectivo, frente al cual

82. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., P. 20-21.

83. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit., P. 149.

84. Nava Negrete, Alfonso. Contratos privados de la administración pública. Revista de la Facultad de Derecho en México. No. 51. Tomo XIII. México D.F. Julio-septiembre - 1963. P. 706.

85. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P. 35.

debe ceder cualquier interes particular porpreciado que sea." (86)

El maestro Roberto Rios Elizondo da un panorama global del intervencionismo al decir:

"La sustitución del individualismo por la concepción filosofica politica de justicia social, ha originado una intervención cada vez mayor del Estado en actividades que con anterioridad venian correspondiendo en forma natural al sector privado, hasta llegar a producir, urgido por la colectividad, bienes y servicios de la más diversa indole. Y para impulsar el desarrollo se han creado, en la mayor parte de los países, organismos públicos descentralizados y empresas de propiedad estatal, como mecanismo más flexibles y operativos que significan un importantísimo instrumento económico en cuanto que los gastos que hacen, que también debemos llamar públicos, tiene una repercusión sustantiva de la economía nacional." (87)

De lo transcrito se desprende que existe diversos puntos de vista en cuanto a la crisis de la autonomia de la voluntad.

El Dr. Néstor De Buen Lozano encuentra la exteriorización de la crisis de la autonomia de la voluntad en la imprevisión, la moratoria, el estado de necesidad y en el término de gracia.

Miguel Angel Bercaitz al referirse al intervencionismo del estado sugiere que debe establecerse el equilibrio de la relación contractual y el interés público debe prevalecer sobre el interes particular, además critica principalmente al intervencionismo contractual por atentar contra la seguridad juridica base de la seguridad social.

Héctor Jorge Escola menciona que se debe a la ruptura del equilibrio entre las partes que concurren a los contratos lo que da origen a la Intervención del Estado; esto en el ambito del contrato, con un lenguaje más apropiado, es lo que -

86. IBIDEM. ob. cit., P. 40.

87. Rios Elizondo, Roberto. "Estudios de Derecho Público Contemporaneo Homenaje a Gabino Fraga.". 1er. edición. México D.F. Instituto de Investigaciones Juridicas, UNAM. Fondo de Cultura Económica. 1972. P. 254.

correctamente llamo Josserand como: "El dirigismo contractual".

Héctor Jorge Escola afirma que el contrato se encuentra en crisis, al decir:

"La crisis de la doctrina tradicional de los contratos, ... afecta principalmente los dos grandes principios que rigen a esta institución a saber:

- a) la libertad de contratar; y
 - b) la fuerza obligatoria de las relaciones contractuales.".
- (88)

Afirmado más adelante: "La publicización del contrato no es, en realidad, sino una manifestación de un proceso más vasto: la publicización del derecho privado." (89)

Sin embargo, para el tratadista Miguel Angel Bercaitz afirma que el contrato no se encuentra en crisis al decir:

"No es, pues, el contrato lo que ésta en crisis, sino los postulados de la concepción civilista del Código Napoleón: Hay una crisis de la libertad de contratar, una crisis de la fuerza obligatoria de los contratos y una crisis de su efecto relativo. ...". (90)

Cuando se habla de "... la decadencia de la soberanía del contrato en la época moderna se olvida que el desarrollo del comercio ha dado al contrato un imperio que no había tenido nunca y que el número de los contratos se ha multiplicado hasta lo infinito." (91)

Y agrega más adelante:

"El contrato no está en crisis, se ha transformado, como se está transformado todo el derecho. Entre la revolución francesa y nuestros días, la humanidad ha cruzado dilatadas comarcas en el eterno devenir de los años.

... El hombre moderno, civilizado, no es más que un producto de la sociedad, y como tal, se debe a ella. El punto de partida no puede ser entonces el hombre, sino la sociedad. El fin del derecho es, en consecuencia, organizar la vida de los

88. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. 1. P. 15

89. IBIDEM. ob. cit., vol. 1. P. 24.

90. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P. 79-80.

91. IBIDEM. ob. cit., P. 80.

hombres en la sociedad y no organizar la sociedad para el -
hombre." (92)

En cuanto a la libertad, el Dr. Néstor De Buen Lozano -
sostiene que la libertad representa la aspiración suprema del
hombre, en cuanto ambiente propicio para las ideas, el arte,
la música, las palabras etc.

Por tal motivo la libertad es el objetivo principal del
hombre que justifica su lucha.

1.3.7. Efecto de los contratos entre las partes.

En las diferentes maneras de que se produzca vínculos de obligatoriedad, nuestro Código civil acepta:

Art. 1835.- El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada.

Art. 1836.- El contrato es bilateral cuando las partes - se obligan recíprocamente.

Sobre este punto existe discordancia entre el Dr. Néstor De Buen y Manuel Borja Soriano, el primero en su ya citada - tesis doctoral señala:

"Lo dispuesto en el art. 1276, y aun en el art. 1288 del Código de 1884, se repite, en general, en el art. 1796 del - Código actual, que presenta alguna novedad, tomada del art. - 1441 del Código civil chileno, sin olvidar su remoto y común antecedente en el art. 1135 del Código Napoleón." (93)

Sin embargo para Manuel Borja Soriano es el art. 1134 - del Código de Napoleón el que expresa energicamente la fuerza del contrato diciendo que los convenios legalmente formados - equivalen a Ley para aquellos que los han hecho y agrega:

"... La idea contenida en el citado artículo 1419 se encuentra también en el art. 1276 del mismo Código (1884) y en el art. 1796 del Código de 1928. ...". (94)

Como ya lo hemos señalado que la mayor parte de la doctrina señala que es el Código de Napoleón, en su art. 1134 el que retoma el principio de la autonomía de la voluntad, principio que ofrece discrepancia en su búsqueda en nuestro derecho, como ya lo hemos señalado que para Manuel Borja Soriano esta contenida el dogma en el art. 1535 (Código de 1870) y en el art. 1419 (Código de 1884):

Para el Dr. Néstor De Buen es en el art. 1310 (Código de 1884) que es igual al art. 1839 de nuestro Código de 1928; y

Para el Lic. Ernesto Gutierrez Y Gonzalez se encuentra - en el art. 1851 del Código de 1928.

Para una mejor comprensión es conveniente en transcribir los artículos siguientes:

93. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit., P. 219.

94. Borja Soriano, Manuel. ob. cit. P. 276-277.

Código de Napoleón:

Art. 1134.- Los convenios legalmente celebrados, tienen fuerza de ley entre quienes los celebraron. No pueden ser revocados sino por mutuo consentimiento o por las causas que la ley autoriza. Deben ser cumplidos de buena fe.

Art. 1135.- Los convenios obligan no solamente a aquellos que los expresan, sino además a todos los que la equidad el uso o la ley dan esa obligación a partir de su naturaleza.

Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California. Reformado en virtud de la autorización concedida al Ejecutivo por decreto de 14 de diciembre de 1883.

Art. 1276.- Los contratos legalmente celebrados obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también á todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes á la buena fe, al uso ó á la ley.

Art. 1288.- Luego que la propuesta sea aceptada, quedará el contrato perfecto; menos en aquellos casos en que la ley exija alguna otra formalidad.

Art. 1419.- Los contratos legalmente celebrados serán puntualmente cumplidos, y no podrán revocarse ni alterarse sino por mutuo consentimiento de los contratantes; salvo las excepciones consignadas en la ley.

Código Civil para el Distrito Federal, en materia comun, y para toda la República en materia federal.

Art. 1796.- Los contratos se perfecciona por el mero consentimiento, excepto aquellos que deban 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 conformes a la buena fe, al uso o a la ley.

Es importante aclarar:

- 1.- El art. 1535 (Código de 1870) es idéntico al art. 1419 - (Código de 1884).
- 2.- Tanto el Dr. Néstor De Buen como Manuel Borja Soriano señala como punto esencial en las notas ya citadas al art. 1276, de donde se desprende la obligatoriedad de los contratos.
- 3.- Este artículo como lo ha señalado el Dr. Néstor De Buen - también marca limitaciones a la autonomía de la voluntad.

- 4.- El Dr. Néstor De Buen de la comparación hecha del art. - 1134 del Código de Napoleón y del art. 1419 de nuestro - Código de 1884, este último nos señala también limitaciones a la autonomía de la voluntad.
- Sin embargo, para Manuel Borja Soriano es en donde esta - acogido el principio de la autonomía de la voluntad y señala su antecedente el art. 1134 del Código Civil Frances.
- 5.- Lo que sucede es que Manuel Borja Soriano trata de encontrar los efectos entre las partes en las limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad.
- Tesis que no estoy de acuerdo por lo plasmado en nuestros Códigos de 1884.
- 6.- Nuestro actual art. 1796; su antecedente remoto es el - art. 1135 del Código de Napoleón.

Sobre la obligatoriedad de la norma contractual, el maestro Rafael Rojina señala:

"... cuál es el fundamento de la obligatoriedad de la - norma contractual. Serían posibles tres soluciones:

Primera, el contrato obliga porque es voluntad del deudor e imponerse determinadas obligaciones;

segunda, el contrato obliga porque se crea una voluntad contractual distinta de las voluntades de las partes, que es capaz de imponerse deberes jurídicos, es decir, aquí ya no se obliga por la voluntad unilateral del deudor sino por la voluntad contractual que tiene una vida independiente de las - voluntades individuales de las partes; y

tercera, el contrato obliga porque es una norma jurídica creada de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente en un Estado determinado. Este es el punto de vista de Kelsen, quien asigna a la obligatoriedad de la norma contractual el mismo fundamento que da para las demás normas: sentencia, resoluciones administrativas, reglamentos y las leyes ordinarias. (Kelsen, el Contrato y el Tratado, págs. 55 y 56)."⁽⁹⁵⁾

En este mismo orden de ideas, Lafaille ha dicho:

"La fuerza obligatoria de los contratos no solamente es

95. Rojina Villegas, Rafael. ob. cit., v. 111. P. 168-169.

un efecto jurídico de la mayor importancia, sino que reviste considerable valor social y económico."

Y añade:

"Si los contratos, por un momento, dejaran de ser obligatorios, reinaría el caos en las transacciones, desaparecería la seguridad, que es una de las bases esenciales del comercio y quedaría profundamente afectado el progreso de los pueblos." (96)

La confirmación de este principio se encuentra en el art. 1278 del Código de 1884 al decir:

"La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes; á excepción de los casos expresamente señalados en la ley."

Y en el artículo 1797 del Código de 1928 al señalar:

Art. 1797.- La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Es menester señalar que el art. 1535 del Código de 1870 y consecuentemente el art. 1419 del Código de 1884 en su parte final agregaba: "salvas las excepciones consignadas en la ley", nuestro actual Código no contiene un precepto igual, empero esta latente que los contratos podrán revocarse y alterarse por mutuo consentimiento. Esto se encuentra establecido en los arts: 2596, 2720 frac. VI. y 2478.

1.3.8. Los elementos del contrato.

De acuerdo con nuestro Código civil, los elementos del acto jurídico o los elementos esenciales del contrato son:

Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal.

Art. 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

1. Consentimiento.

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

El primer elemento que es el consentimiento:

"... La expresión -consentimiento-, derivada de la latina -consensus-, la cual viene a su vez de las expresiones -cum- y -sentire-, indica una noción que concuerda con el concepto jurídico que expresamente designa: acuerdo de dos o más voluntades sobre una misma cuestión." (97)

El Dr. Néstor De Buen da una definición respecto del consentimiento diciendo:

"... suele definirse como el acuerdo de voluntades exteriormente manifestadas para la creación o transmisión de obligaciones y derechos." (98)

Es por esto que el maestro Rafael Rijina V. dice:

"... Solo en las obligaciones contractuales, como es lógico, se requiere el conocimiento y consentimiento del acreedor para que nazcan, pues sólo en ellas el acuerdo de voluntades crea la relación jurídica; pero en las obligaciones extracontractuales, no se requiere necesariamente que intervenga el acreedor para que se constituyan." (99)

La mayoría de los autores del Derecho Civil nos menciona un tercer elemento que es la solemnidad pero solo con respecto al acto jurídico, pero que no tiene aplicación en el contrato.

Es en el artículo subsecuente el que nos habla en forma negativa de los elementos de validez.

Art. 1795.- El contrato puede ser invalidado:

1. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas

II. Por vicios del consentimiento;

97. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. 1 P. 139.

98. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit., P. 183-184

99. Rojina Villegas, Rafael. ob. cit., v. 111. P. 200.

111. 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.

Sobre los elementos de validez, que la mayoría de los -
 tratadistas del Derecho civil coincide, Miguel Acosta Romero
 critica la teoría civilista diciendo:

"... Por lo que se refiere a los llamados elementos de -
 validez, estimamos también, desde un punto de vista lógico, -
 resulta discutible que puedan considerarse como elementos, -
 pues por éstos entendemos las partes integrantes del todo y -
 lo que la doctrina señala como elementos de validez del acto
 jurídico en Derecho Civil, desde nuestro punto de vista, no -
 son elementos, sino que viene a ser requisitos o modalidades,
 de los elementos del acto jurídico, cuya mal conformación o -
 irregularidad, trae como consecuencia la nulidad relativa. . .
 ." (100)

Como se vera al finalizar este trabajo existe diferencias
 entre las nulidades en el Derecho Civil y en el Derecho -
 Administrativo.

También es menester mencionar por último a los elementos
 accidentales del contrato con referencia a las modalidades -
 que las partes suelen establecer, y son: El término y la con-
 dición.

El Lic. Ernesto Gutierrez Y Gonzalez establece el concep-
 to de modalidad, al decir:

"Considero que modalidad es, cualquier circunstancia, -
 calidad o requisito, que en forma genérica, pueden ir unidos
 a la sustancia, sin modificarla, de cualquier hecho, acto ju-
 rídico o derecho." (101)

"El término es un acontecimiento futuro de realización -
 cierta que suspende los efectos de un acto jurídico, de un -
 derecho o de una obligación, o extingue dichos efectos. En el
 primer caso se llama término suspensivo y, en el segundo, tér-
 mino extintivo." (102)

100. Acosta Romero, Miguel. "Teoría General Del Derecho Admi-
 nistrativo". Sexta edición. México D.F. Editorial Porrúa
 S.A. 1984. P. 447.

101. Gutierrez Y Gonzalez, Ernesto. ob. cit., P. 219.

102. Rojina Villegas, Rafael. ob. cit., v. 1. P. 150.

La condición.

"... debe definirse la condición relacionándola con el acto, con el derecho y con la obligación en los siguientes términos:

la condición es un acontecimiento futuro de realización incierta que suspende el nacimiento de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación, o bien, que los extingue. En el primer caso se llama suspensiva, en el segundo, resolutoria.

Por consiguiente, la condición será suspensiva, cuando tratándose de un acontecimiento futuro e incierto, suspende el nacimiento del acto, del derecho o de la obligación.

... Definir la condición resolutoria diciendo: que es un acontecimiento futuro e incierto de cuya realización depende la extinción de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación." (103)

Sobre los elementos accidentales del contrato, "es necesario advertir, ... que, en realidad, no lo son del acto jurídico sino de las obligaciones y derechos que del mismo derivan." (104)

En relación con las modalidades, el tratadista Ernesto Gutierrez Y Gonzalez, solamente señala, el termino y la condición.

El Dr. Néstor De Buen Lozano incurre en un error, al señalar:

"... Algunos autores (Gutierrez y Gonzalez, incluyen además, al modo, ...". (105)

En las diferentes obras, del Lic. Ernesto Gutierrez Y Gonzalez, a afirmado:

"Estimo, por los estudios que realicé al respecto, que de todas las pretendidas modalidades que regula el Código Civil, ... sólo son verdaderas modalidades la condición y el plazo." (106)

103. IBIDEM. OB. CIT., v. 1. P. 151-153.

104. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit., P. 155.

105. IBIDEM. ob. cit., P. 202.

106. Gutierrez Y Gonzalez, Ernesto. ob. cit., P. 219.

Sin embargo, el maestro Rafael Rojina Villegas, considera como una tercera categoría al Modo o carga, al decir:

"... Se dice que hay carga en la obligación cuando al - constituirse, una de las partes impone a la otra cierta prestación o gravamen." (107)

No estamos de acuerdo, con lo manifestado por el maestro Rafael Rojina Villegas por la sencilla razón, que la mayor - parte de la doctrina, ha señalado:

"... Para nosotros, ni el modo, ... son modalidades, sino obligaciones especiales, ya que su incumplimiento no resta eficacia al acto de que forme parte." (108)

En este mismo orden de ideas, el tratadista Ernesto Gutierrez Y Gonzalez, ha definido al modo o carga:

"... Es toda obligación excepcional que se impone al adquirente de un derecho, sea a título oneroso o gratuito." (109)

Obligaciones especiales o obligaciones excepcionales, - como es considerado por la doctrina, implica que no debe de - considerarse como una Modalidad.

107. Rojina Villegas, Rafael. ob. cit., v. III. P. 502.

108. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit., P. 202.

109. Gutierrez Y Gonzalez, Ernesto. ob. cit., P. 395.

1.3.9. Diversas clases de contratos.

Para poder finalizar señalaremos una clasificación que da el maestro Manuel Borja Soriano, clasificación que esta contenida en siete secciones y es la siguientes:⁽¹¹⁰⁾

Sección 1. Contratos Sinalagmaticos o Bilaterales y Unilaterales, Onerosos y Gratuitos.

Contrato bilateral y unilateral. "Es contrato bilateral aquel en que resulta obligación para todos los contratantes" (Código de 1884, art. 1274) o, en otros términos, "el contrato es bilateral, cuando las partes se obligan recíprocamente" (Código de 1928, art. 1836).

"Es contrato unilateral aquel en que solamente una de las partes se obliga" (Código de 1884, art. 1274) o, en otros términos, " el contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada " (Código de 1928, art. 1835).

No hay que confundir el acto unilateral con el contrato unilateral; en el primero sólo hay una voluntad y en el segundo hay acuerdo de voluntades.

Contrato oneroso y gratuito.

Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes (Código de 1884, art. 1275 y Código de 1928, art. 1837).

Sección 2. Contratos Sinalagmaticos Imperfectos.

Su carácter unilateral. Para apreciar la naturaleza de un contrato debe uno colaçarse en el momento en que se forma (Baudrrey-Lacantinerie et Barde, T. XII, Núm. II).

Hay contratos que en el momento de su celebración sólo producen obligaciones a cargo de uno de los contratantes; aunque por hechos posteriores, durante la vigencia de ese contrato, pueden nacer obligaciones a cargo de la otra parte. Estos contratos, llamados por algunos autores sinalagmaticos imperfectos (Denominación que no consta en nuestros Códigos), son en realidad unilaterales... Tales son el comodato y el depósito cuando son unilaterales.

110. Borja Soriano, Manuel. ob. cit., P. 113-119.

Sección 3. Contratos Conmutativos y Contratos Aleatorios.

Subdivisión: Los contratos onerosos se subdividen en conmutativos y aleatorios. ...

... El artículo 1838 del Código de 1928 copia casi textualmente el párrafo 954 del tomo II de Planiol, diciendo:

"El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deban las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice.

Sección 4. Contratos Reales.

Su carácter y enumeración. Son de los que ya conocemos, según el Código de 1884, el mutuo, el comodato y el depósito, que para formarse, como ya hemos visto, requieren que se entregue la cosa por el mutuante, comodante o depositante y mientras no se entrega no hay el contrato.

En el Código de 1928 (arts. 2384, 2497 y 2516), siguiendo al Código Suizo de las Obligaciones (arts. 312, 305 y 472), dichos contratos se forman desde que hay concurso de voluntades y la entrega de la cosa es objeto del contrato; pero no elemento de formación, no elemento constitutivo de él.

El contrato de prenda, con su carácter de real lo encontramos en el artículo 1776 del Código de 1884. ... En el artículo 2858 del Código de 1928 se dice:

"Para que se tenga por constituida la prenda deberá ser entregada al acreedor real o jurídicamente".

Sección 5. Contratos Principales y Contratos Accesorios.

Indicación. (Demogue, "Ensayo de una teoría general de los Derechos accesorios", en la revista de Derecho Privado, - Febrero de 1930.). Todos los contratos mencionados, con excepción de la prenda, son principales. Los accesorios más usuales son: Fianza, prenda e hipoteca: Tienen por objeto crear derechos accesorios de garantía de obligaciones.

Sección 6. Contratos Instantaneos y Contratos Sucesivos.

Su distinción. Un contrato instantáneo entraña una ejecución inmediata (Cuenta al Contado); por un contrato sucesivo, una de las partes o las dos se obligan a prestaciones - continuas o repetidas a intervalos periódicos (por ejemplo, - el arrendamiento).

Sección 7. Contratos Consensuales, Formales y Solemnes.

Referencia. Esta división de los contratos se refiere a su modo de formación y no a su naturaleza. ...

1.4. La influencia en el contrato civil en el contrato administrativo.

1.4.1. El contrato en general dentro de la consideración del derecho privado.

Sobre el desarrollo del contrato en el derecho privado, la doctrina administrativa se ha manifestado:

Miguel Angel Bercaitz.

"El contrato no es una figura exclusiva del derecho privado. Existe también en el derecho administrativo con elementos comunes al contrato de derecho privado, pero con elementos diferentes que derivan de su contenido, de su fin, de los intereses distintos que afecta y de su régimen jurídico propio. ...

La unidad ontológica del derecho impone la universalidad de determinados principios e institutos jurídicos. El hecho de que hayan tenido vigencia primero en el derecho privado - que en el público, o hayan arraigado más en el derecho privado, o se les haya considerado y analizado originariamente a través del prisma particular de éste, no les quita su posible universalidad." (111)

Miguel Angel Bercaitz nos da como conclusión:

"En definitiva, podemos concluir que en los dominios del derecho común existe en realidad un género que es el contrato- y varias especies de éste en el derecho público y en el derecho privado." (112)

Sin embargo para el Dr. Jose Ignacio Monedero Gil hace una aclaración diciendo:

"No es posible entrar en esta institución con el esquema estereotipado del Derecho civil. Conviene, por el contrario, aceptar una idea generosa de contrato más próxima a la de negocio jurídico; esto es -acuerdo de voluntades dirigido a la creación de unos efectos jurídicos-." (113)

Héctor Jorge Escola señala:

"... al tratar, la caracterización de los contratos administrativos, es preciso, en primer término, considerar si éstos reúnen los caracteres esenciales de todo contrato, si realmente son o no contratos, para luego estudiar cuáles son

111. Angel Bercaitz, Miguel, ob. cit., P.108.

112. IBIDEM. ob. cit., P. 110.

113. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 125.

las notas que le dan su propia fisonomía, diferenciándolos de los contratos del derecho común." (114)

Manuel Borja Soriano, nos da una reflexión que debe ser puesta en práctica por los legisladores de los diferentes países y es la Unificación del Derecho, y se expresa diciendo:

"... El terreno de la unificación es en realidad aquel - en que las relaciones internacionales tienen una importancia tal que vale más sacrificar ciertas costumbres o leyes nacionales que persistir en el estado de inseguridad y de complejidad que crea la diversidad de leyes. Por eso la necesidad de unificación no se hace sentir en Derecho Constitucional, - administrativo, penal y procesal, ni en el derecho de familia, regímenes matrimoniales, de propiedad y de sucesiones hereditarias, como en materia de obligaciones y contratos y en Derecho Mercantil." (115)

Por este motivo el Dr. Andres Serra Rojas explica las - técnicas de acción de la Administración Pública:

"Estas formas de acción administrativa son en unos casos unilaterales y en otras se recurre a las formas contractuales, que tiene su antecedente en la teoría general de las - obligaciones del derecho privado la cual se ha venido adaptando a las nuevas exigencias del interés general, hasta formar un cuerpo de conocimientos sui generis que se esfuerza por - elaborar su propia teoría." (116)

En este mismo orden de ideas Gabino Fraga trata sobre el campo de las obligaciones públicas lo siguiente:

"Es obligación pública el deber impuesto a los particulares por la Ley o por un acto especial de la autoridad, de ejecutar determinadas prestaciones (positivas o negativas).

Por razón de su origen, las obligaciones públicas pueden dividirse en dos grupos: las impuestas directamente por la - ley y las que derivan de un acto jurídico especial.

Para evitar confusiones, debe, ante todo, aclararse que las obligaciones derivadas de un acto jurídico especial, no -

114. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. 1. P. 95

115. Borja Soriano, Manuel. ob. cit., P. 83.

116. Serra Rojas, Andres. "Derecho Administrativo". Tomo II. Decimo tercera edición. México D.F. Editorial Porrúa, S. A. 1985. P. 511.

por eso dejan de reposar en una disposición legal, pues todo el desarrollo que hemos dado al principio de la legalidad - tiende a demostrar que precisamente de acuerdo con éste ninguna obligación puede imponerse a un particular si ella no - está autorizada por una norma legal. Lo que se quiere indicar es que hay casos en que de ésta deriva inmediatamente, ipso iure, la obligación sin que sea necesario ningún acto intermedio, en tanto que en otros la obligación no nace sino después de que sobre la base de la ley interviene una determinación - de la autoridad administrativa." (117)

Es por eso que podemos concluir con nuestro estudio con el Dr. Jose Ignacio Monedero Gil, al decir:

"Contrato es sinónimo de obligación voluntariamente aceptada, de equilibrio de intereses, de mutuo respeto y de seguridad jurídica para las personas. Se trata de una de las instituciones del Derecho más universales y que ha servido de - explicación a más numero de relaciones sociales. Y todo ello porque el contrato lleva implícito la idea de libertad y de - respeto a la voluntad y a los intereses individuales. Por su parte, el Estado, organización rectora y representativa de la sociedad, constituye una suma de los poderes Legislativo, ejecutivo y judicial, que ejercita para el bien de los individuos y el progreso de la comunidad, bajo la idea esencial de - que todos los intereses privados quedan doblegados a la utilidad pública que aquél tutela." (118)

Esto trasladado al campo de los contratos administrativos, los Doctores Andres Serra Rojas y Cesar Tinoco Richter, dice el primero de ellos:

"El contrato administrativo es una obligación bilateral. sinalagmática, en la que una de las partes es la Administración Pública con las prerrogativas inherentes a su condición jurídica, y la otra un particular o una entidad pública, destinada a realizar determinados fines o relaciones, sometidos, en su caso, a la jurisdicción contenciosa-administrativa." (119)

El Dr. Cesar Tinoco Richter.

"El contrato público, comunmente llamado administrativo,

117. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 426-427.

118. Monedero Gil, Jose Ignacio: ob. cit., P. 85.

119. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. 11. P. 512-513.

es una obligación bilateral convenida, es decir, consensual, en el que una de las partes se encuentra en una situación privilegiada en relación a la otra, por lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones acordadas. ...". (120)

Miguel Angel Bercaitz establece una correcta conclusión, menciona que el derecho comun existe un genero que es el contrato y varias especies de éste en el derecho público y en el derecho privado.

Cuando se refiere al Derecho Comun, el Dr. Néstor De Buen Lozano en diferentes obras ha afirmado:

"... el civil tiene el carácter de derecho común, porque sus normas tienen como destinatario a las personas, solo por el hecho de serlo, e independiente de cualquier otra consideración.". (121)

"... su más clara tendencia es la de servir como un instrumento técnico, de apoyo, a todas las demás disciplinas.". (122)

"... la función del derecho común, cuya naturaleza de instrumento técnico, de apoyo a todas las demás disciplinas, no puede ignorarse.". (123)

Lo que quiere establecer el maestro Miguel Angel Bercaitz, es solamente que la especialidad (Contrato Administrativo) supone una excepción a la regla general (Contrato).

El Dr. Jose Ignacio Monedero Gil menciona:

"... contrato más proxima a la de negocio juridico;", - permite hacer la siguiente critica.

Un sector de la doctrina equivocadamente utiliza como si nonimo:

El contrato al negocio juridico, y también el acto juridico al negocio juridico.

Hemos mencionado que la Teoria de Ennecerus se refiere - unicamente a la forma o modalidades de manifestación de volun

120. Tinoco Richter, Cesar. ob. cit., P. 84.

121. De Buen Lozano, Néstor. "Derecho del Trabajo" tomo Primero. Quinta edición. México D.F. Editorial Porrúa S.A. 1984. P. 109.

122. IBIDEM. ob. cit., T. I. P. 114.

123. IBIDEM. ob. cit., T. I. P. 428.

tad del acto jurídico, y este puede ser unilateral y plurilaterales, y es en este último donde se encuentra el contrato.

Por tal motivo, es incorrecta la postura del Dr. Jose - Ignacio Monedero Gil al establecer que el contrato se aproxima al negocio jurídico, ya que como lo hemos mencionado con - antelación, en el contrato su finalidad es la satisfacción de intereses contrapuestos y no congruentes entre si, ya que de lo contrario tendríamos el Acto Complejo.

De lo transcrito hasta por el momento, podemos establecer que los tratadistas: Jose Ignacio Monedero Gil, Miguel - Angel Bercaitz y Manuel Borja Soriano coincide en señalar que el contrato es una Institución Universal del Derecho y por lo tanto si es factible en llevar a cabo su unificación a travez del Derecho Internacional.

Esto, que a parecer pudiera verse como una opinión visio - nista, en el campo del contrato, ofrece todavia mayor dificultad en los contratos administrativos, al tropezarse con bastantes dificultades.

Hasta por el momento no se encuentra elaborada una teoría que sea aceptada por todos. Por tal motivo el Dr. Andres Serra Rojas ha hecho incapie en que las formas contractuales del derecho administrativo trata de elaborar su propia teoría

El Dr. Jose Ignacio Monedero Gil sostiene que el "Contrato es sinonimo de obligación ...", en el cual nos permite hacer el siguiente comentario.

Nuestra doctrina nunca ha dicho que el contrato es sinonimo de obligación, por la sencilla razón de que son dos cuestiones totalmente diferentes.

Como se ha visto, el acto jurídico tiene un objeto indirecto, y este se encuentra en los contratos y en los convenios, y este consiste en "... un contrato crea obligaciones que puede ser de dar, hacer o no hacer, ...". (124)

El contrato como repetidas veces lo hemos dicho, solamente crea o transfiere obligaciones y derechos.

La obligación es en cambio, de acuerdo con nuestra doctrina, una relación jurídica entre dos personas: Acreedor y - deudor.

Por tal motivo, el Dr. Jose Ignacio Monedero Gil se olvido de que el contrato es el que crea y transfiere obligaciones y derechos, y como se desprende el utiliza como sinonimo erroneamente el contrato al objeto indirecto del acto juridico.

Con gran criterio juridico el Dr. Andres Serra Rojas y Cesar Tinoco Richter menciona que el contrato administrativo es una obligaci3n bilateral.

Sin embargo el Dr. Cesar Tinoco Richter incurre en un error, en se1alar como sinonimo el contrato p3blico del contrato administrativo.

Como se vera en p1ginas posteriores existe diferencias entre ambos contratos.

1.4.2. Los contratos civiles no se oponen a los contratos administrativos.

Como se ha mencionado anteriormente lo que es ilícito para los particulares también es ilícito para la Administración. Lo que sucede en realidad es en saber cuales son los contratos que celebra el Estado.

El Dr. Jose Ignacio Monedero Gil los define en un sentido amplio diciendo:

"... se puede definir los contratos del Estado como aquellos que celebran los órganos de la Administración, en nombre de aquél, para el cumplimiento de los fines competenciales que les incumben." (125)

Existen varias clasificaciones de los contratos del Estado, pero para nuestro estudio considero de gran importancia la clasificación que da el mismo autor:

"La clasificación de los contratos del Estado se puede realizar desde distintos ángulos: Ordinarios (la típica clasificación civil), jurídico (contratos privados, administrativos y públicos), y financiero (contratos activos, pasivos y neutros)." (126)

Es menester señalar que de estas clasificaciones ya se ha mencionado la clasificación ordinaria.

Es conveniente recordar el papel que juega el Derecho común en el ámbito administrativo.

La doctrina española señala con precisión:

"En el ámbito administrativo el Derecho común, parece oportuno recordar, puede jugar un triple papel.

- a) Derecho inspirador de las figuras del Derecho administrativo ofreciéndole sus esquemas institucionales que servirán, en numerosos supuestos, de punto de partida para las construcciones jurídico-públicas.
- b) Derecho complementario en virtud de la llamada que, en ocasiones, realizan las leyes administrativas a las instituciones del Derecho privado. En estos casos se produce una --administrativización-- del Derecho privado en mérito a la utilidad que presta su normativa al Derecho público y -

125. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 84.

126. IBIDEM. OB. CIT., P. 69.

en base a un perfecto acople de los dos regimenes juridicos.

- c) Derecho supletorio del propio Derecho administrativo por - constituir aquél un --fondo juridico general-- que brinda conceptos esenciales en relación con la persona, el patrimonio y los derechos personales, que deben ser respetados por todas las ramas del Derecho." (127)

Sin embargo el Dr. Andres Serra Rojas considera:

"... que los contratos sujetos a Derecho Privado que celebra la Administración Pública Federal, se encuentra en nuetra legislación en una etapa de transición. Los reenvíos al Derecho Civil del Distrito Federal tal como lo hacen los artículos 6 y 71 de la Ley General de Bienes Nacionales deben desaparecer obligando al legislador a que legisle en la propia Ley administrativa. De este modo las enajenaciones de bienes de dominio privado de la Federación, como comprador o vendedor, todos los contratos que regula el derecho común, exceptuandose los de comodato y las donaciones no autorizadas en la ley debe eliminarse el reenvio y legislarse administrativamente." (128)

Creo que es correcta la posición del Dr. Andres Serra - Rojas ya que como se vera falta una reglamentación adecuada - al art. 134 Constitucional y codificar algunas de nuestras - leyes.

La doctrina extranjera ofrece el mismo punto de vista, - al sostener que el Código Civil se aplica supletoriamente a - las leyes especiales del derecho privado, pero no a las leyes especiales del derecho público. Vgr. Los contratos administrativos.

127. IBIDEM. ob. cit., P. 155-156.

128. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 520-521.

1.4.3. El contrato administrativo no es un acto administrativo.

Esto es importante aclararlo ya que la doctrina se muestra unanime en esta posición.

Por esta misma razón es importante mencionar varias definiciones del acto administrativo.

Dr. Andres Serra Rojas.

"En resumen podemos definir el acto administrativo en los terminos siguientes basado en la Teoría General del Derecho.

El acto administrativo es un acto jurídico una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto: La Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, trasmite o extingue una situación jurídica subjetiva y su finalidad es la satisfacción del interés general." (129)

Carlos Garcia Oviedo.

"El acto administrativo como una declaración especial de voluntad de un órgano público, preferentemente de un órgano administrativo, encaminada a producir, por vía de autoridad, un efecto de derecho para la satisfacción de un interés administrativo." (130)

Dr. Cesar Tinoco Richter.

"Son decisiones de caracter general o particular emanadas de las autoridades administrativas en el ejercicio de sus funciones, y en lo que se refiere a los derechos, deberes e intereses de las actividades administrativas o de los particulares en relación con la Administración." (131)

Miguel Acosta Romero.

"En nuestra opinión, el acto administrativo es una manifestación unilateral y externa de voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública. Esta decisión crea, reconoce, -

129. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. I. P. 222.

130. Garcia Oviedo, Carlos. ob. cit., vol. I. P. 117.

131. Tinoco Richter, Cesar. ob. cit., P. 59-60.

modifica, transmite, declara o extingue derecho u obligaciones, es generalmente ejecutivo y se propone satisfacer el interes general." (132)

El Dr. Gabino Fraga Magaña al igual que Carlos Garcia - Oviedo consideran al acto administrativo como a un acto juridico.

Como lo hemos señalado anteriormente el acto juridico es el género y el acto administrativo es la especie, es por esto que Gabino Fraga nos menciona:

"Desde el punto de vista de su naturaleza, los actos administrativos se pueden clasificar en las dos categorías ya - conocidas de actos materiales y actos juridicos, siendo los - primeros los que no producen ningún efecto de derecho y los - segundos los que si engendran consecuencias juridicas." (133)

El contrato administrativo no se le puede considerar como a un acto administrativo, sin embargo esta regla sufre variantes en la doctrina, y son, los que pretenden llegar a la definición del contrato administrativo por el "acto administrativo".

Nuestra doctrina nacional ha señalado con precisión que los contratos administrativos no son actos administrativos, y tal es el criterio de los siguientes tratadistas: Luis Humberto Delgadillo Gutierrez, Andres Serra Rojas, Miguel Acosta - Romero y Gabino Fraga Magaña.

Es importante señalar lo que da el Dr. Jose Ignacio Moredero Gil al precisar:

"La distinción entre acto administrativo y contrato ha - ocupado la atención de los científicos, que oponen ambos conceptos como categorías irreductibles: el acto administrativo es manifestación unilateral del poder que ostenta la Administración y, por el contrario, el contrato es negocio bilateral, basado en el mutuo consenso y en la igualdad de poder de - los individuos. Desde nuestro punto de vista acto administrativo y contrato del Estado en toda su variada tipología, no - son más que aspectos de los actos de la Administración suje-

132. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 413-414.

133. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 230.

tos a Derecho. Tal vez la expresión acto administrativo, acuñada desde la sola perspectiva de la Administración ejecutiva y prepotente, esto es, con las solas miras puestas en la relación jurídica administrativa obligatoria, sea en parte la causa del enturbamiento del tema. Si en vez de actos administrativos hablásemos de actos de la administración, dando todo el valor de la expresión a la idea de que consiste en una declaración de voluntad pública con efectos jurídicos, es claro - que habríamos eliminado uno de los obstáculos de la problemática. No parece haber duda sobre que el contrato del Estado - es un acto de la Administración y de que ésta sólo puede obligarse en virtud de sus resoluciones dictadas con arreglo a - las leyes." (134)

Esto sirve para comprender como Luis Humberto Delgadillo Gutierrez señala:

"Así es como llegamos a momento en que el Estado, a través de la Administración Pública, realiza convenios con los particulares, para que a través de la manifestación de voluntad de ambos, se generen derechos y obligaciones. En estas - circunstancias tiene su origen los contratos de la administración." (135)

El Dr. Andres Serra Rojas enseña:

"No deben entenderse como actos administrativos los actos de gobierno o actos políticos que se relacionan con la orientación o dirección política general y con la integración de los órganos públicos. No se concibe la acción del poder sin este regular medio discrecional que permite encauzar a un alto nivel la actividad estatal.

El concepto de gobierno ésta sujeto, en terminos generales, a acepciones diversas: ...

D) No son actos administrativos los actos de administración - sometidos al derecho privado, lo mismo que los negocios jurídicos bilaterales entre los que se encuentra los contratos administrativos y los actos jurídicos de los administrados." (136)

134. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 251-254.

135. Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. "Elementos de Derecho Administrativo". Primera edición. México D.F. Editorial Limusa. 1986. P. 193.

136. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. I. P. 224.

Y agrega:

"... La administración pública tiene el derecho de actuar unilateralmente, es decir, sin la intervención de los particulares, por medio de decisiones ejecutorias que producen efectos jurídicos que se traducen en obligaciones de los administrados. También la administración pública puede actuar contractualmente y esos actos se denominan actos jurídicos contractuales, los cuales tiene su propio régimen jurídico." (137)

Miguel Acosta Romero precisa:

"... Precisemos: en el acto administrativo siempre existe una decisión unilateral por parte del órgano que lo emite, para realizar ese acto, con independencia del contenido y de la forma que posteriormente adopte, aún tratándose de contratos y convenios. Esa decisión implica dar un contenido a la actividad administrativa." (138)

Gabino Fraga Magaña enseña:

"El contrato constituye otro tipo de acto jurídico en el cual existe la concurrencia de varias voluntades. Sin embargo, los caracteres del contrato que hemos explicado con anterioridad impiden que sea considerado como un acto administrativo tal como a éste lo hemos definido y ni mucho menos como un acto propio de la función administrativa; pero en vista de la posibilidad de que existan contratos administrativos, debe concluirse que sino es un acto administrativo, sí puede ser un acto de derecho administrativo." (139)

Con igual criterio se encuentra los tratadistas Héctor - Jorge Escola y Jose Ignacio Monedero Gil, el primero de ellos menciona:

"... Por nuestra parte, rechazamos esa posición, en cuanto ella parte del supuesto de aceptar la existencia de verdaderos actos administrativos de tipo bilateral." (140)

137. IBIDEM. ob. cit., T.I. P. 226.

138. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 411.

139. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 231.

140. Jorge Escola, Héctor. ob. cit. vol. I. P. 183-184.

El Dr. Jose Ignacio Monedero Gil menciona:

"El contrato se nos presenta en el Derecho civil como - negocio bilateral y el acto como decisión unipersonal, en el Derecho Administrativo un acto dará vida a la situación jurídica contractual.

... Ante la proposición de contrato que formula el particular, el órgano responderá no con un acto voluntario de aceptación, sino constitutivo --ex lege-- de la obligación contractual.

El debilitamiento de la voluntad privada en la esfera contractual del Estado dimana, además del principio de legalidad rector de la voluntad pública, en el hecho de que el ente supremo no necesita de modo imprescindible del contrato para la consecución de sus fines; el ejercicio de sus potestades le permitiría, cabalmente, obtener los mismos bienes y servicios cerca de los patrimonios privados por la vía coactiva y expropiatoria. Es decir, que si los administrados no brindasen voluntariamente su colaboración, el Estado le exigiría de modo coactivo.

El significado de la declaración de voluntad privada que se inserta en el procedimiento de generación del contrato no tiene otro alcance que el que le concede en cada figura contractual, según los casos, el régimen jurídico aplicable. (Se debe insistir sobre el distinto juego de la voluntad privada y la voluntad pública en el seno del contrato del Estado: la voluntad privada se --emite-- y la voluntad pública se --dicta--. La primera es libre y espontánea y la segunda un reflejo concreto de la voluntad de la Ley)."⁽¹⁴¹⁾

De lo transcrito con antelación, nuestra doctrina ha señalado claramente que los contratos administrativos no son - actos administrativos; y al distinguirlo del acto administrativo, le han designado diversas acepciones al contrato administrativo, y así tenemos que Luis Humberto Delgadillo Gutierrez lo llama contratos de la administración, Andres Serra - Rojas le designa el nombre de negocios jurídicos bilaterales o actos jurídicos contractuales y por último, el Dr. Gabino -

141. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 254-258.

Fraga Magaña lo llama un acto de derecho administrativo.

En cuanto a los autores extranjeros, es el Dr. Jose Ignacio Monedero Gil, el que ofrece un panorama bastante amplio

Como se ha visto, la clasificación jurídica abarca a los contratos privadas, administrativos y públicos, todos estos celebrados por el Estado.

Por tal motivo prefiere utilizar la expresión: "Actos de la Administración", para precisar que los contratos del Estado no son actos administrativos.

1.4.4. Las atribuciones del Estado.

El Estado es:

"... la organización política soberana de una sociedad humana establecida en un territorio determinado, bajo un régimen jurídico, con independencia y autodeterminación, con órganos de gobierno y de administración que persiguen determinados fines mediante actividades concretas." (142)

"La organización política-jurídica de la sociedad, estructurada en un ente que denominamos Estado, supone la suma de intereses de los individuos para integrar lo que conocemos como interés público." (143)

El Lic. Luis Humberto Delgadillo Gutierrez, hace una conclusión concreta, dando datos de relevancia que es conveniente en transcribirlos:

"... De esta forma encontramos que el contenido de la actividad del Estado puede encuadrarse en tres diferentes grupos: policía o control, fomento y servicio público.

... el contenido de la actividad del Estado se atribuye a los diferentes órganos para que de acuerdo con el tipo de función que tiene encomendada, éste sea desarrollada para lograr la realización de sus fines. De este manera encontramos que en un Estado de Derecho, en el que la actuación de la autoridad debe estar sujeta al mandato legal, estas atribuciones se plasma en las normas legales, como facultades de sus órganos, que reciben el nombre de atribuciones.

Por nuestra parte, consideramos más conveniente el uso del término "atribuciones", toda vez que conforme a nuestro sistema jurídico, encontramos que la Constitución y la Legislación se refieren a las actividades que deben ser realizadas por los diversos órganos del Estado, conforme a las atribuciones que a ellos les otorga, y que se manifiesta en las funciones de los poderes, para la consecución de los fines del Estado Mexicano.

De esta manera podemos concluir diferenciando los conceptos fines, funciones, atribuciones, y actividades del Estado, al afirmar que los fines son los propósitos que el Estado pretende alcanzar, concretizados en el bien público; las funciones son las diferentes formas en que se da a conocer la

142. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 40.

143. Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. ob. cit., P. 43.

actividad estatal; las atribuciones son el contenido de esa actividad que se manifiesta en tareas o cometidos específicos para cada órgano; y la actividad estatal es la expresión material de la actuación de los órganos." (144)

Es importante detenernos un momento para considerar que es un Estado de Derecho, sobre esto opinan los siguientes tratadistas:

Andres Serra Rojas.

"La concepción actual del Estado de Derecho ha sido precisada en estos términos por la Comisión Internacional de Justicia de la Haya en dos campos o aspectos:

- 1) El Estado de derecho dimana de los derechos del hombre, - según se han desenvuelto históricamente en la lucha eterna del hombre en busca de libertad;
- 2) Los medios de hacer efectivo el respeto a estos derechos - son: Independencia del poder judicial, responsabilidad de la Administración por sus propios actos, derecho del ciudadano a elegir abogado y sistema policial controlado por la Ley." (145)

Jose Ignacio Monedero Gil da una clasificación tripartita diciendo:

"El Estado de Derecho significa que todos los órganos - públicos dotados de poder deben someterse a leyes justas en su actuación y que los particulares lesionados pueden acudir a Tribunales de Justicia independientes para defenderse de las ilegalidades administrativas;

el Estado social propugna una actitud tutelar en favor de las personas y de los intereses más débiles de la comunidad;

el Estado-económico, en fin, lucha por aumentar el bienestar de los individuos y por el fomento de la Empresa como medio para la creación de la riqueza." (146)

Volviendo con la actividad del estado, Gabino Fraga Magaña considera:

"La actividad del Estado es el conjunto de actos materia

144. IBIDEM. ob. cit., P. 36-38.

145. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. I. P. 255.

146. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 150-151.

les y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud - de las atribuciones que la legislación positiva le otorga. El otorgamiento de dichas atribuciones obedece a la necesidad de crear jurídicamente los medios adecuados para alcanzar los fines estatales." (147)

Por su parte el Dr. Andres Serra Rojas considera:

"La actividad del Estado se origina en el conjunto de - operaciones, tareas y facultades para actuar -jurídicas, ma- teriales y técnicas-, que le corresponden como persona jurídi ca de derecho público y que realiza por medio de los órganos que integran la Administración Pública, tanto federal como - local y municipal. ...". (148)

Luis Humberto Delgadillo Gutierrez ha mencionado que las atribuciones son el contenido de esa actividad que se manifiesta en tareas o cometidos específicos para cada órgano, esto es esencial y hay que tenerlo presente.

En el estudio del Dr. Gabino Fraga Magaña ha señalado:

"... la doctrina liberal sostiene que el Estado no se en cuentra en condiciones de realizar actividades de orden econó mico, porque su organización misma se lo impide, ya que impli ca un sistema complicado de relaciones entre funcionarios y - empleados que no se acomoda a la rapidez y elasticidad que - exige el negocio lucrativo. Además, no existe el interés per sonal, que es la base del desarrollo de la empresa comercial, ni la aptitud técnica que se requiere, y por el contrario do mina el criterio político, que no es el indicado para el éxi to de dicha empresa y que necesariamente falsea el juego de - la libre concurrencia.

Por estas razones la doctrina liberal tolera, excepcio nalmente, la sustitución del Estado en el caso en que la acti vidad sea tan general, de tal magnitud o tan desprovista de - una compensación económica adecuada, que no hay empresa priva da que pueda interesarse en realizarla.

La tesis estatista objetan los argumentos de la doctrina liberal diciendo que ellos parten de la organización actual - del Estado; pero en realidad, no se afronta la cuestión en el

147. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 13.

148. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. I. P. 17.

plano en que debe colocarse, o sea, en el de considerar que - no hay ninguna razón de esencia que impide que el Estado se - organice en las empresas que sustituyan a los particulares, - en forma semejante a éstas, estableciendo una organización - técnica en la que se supriman las trabas y lentitudes de la - organización buracrática y la desviación a que pueda conducir la selección del personal con un criterio político. Ningún - inconveniente de principio existe para conceder a los encargados de la empresa un interes personal que estimule su iniciativa, ni para que, en general, el manejo de la empresa puede ser eficaz.

Sin embargo, no todas las ramas del estatismo sostiene - que el Estado deba suplir en la misma extensión a las empresas privadas.

La base que en principio acepto, nuestra legislación es la del sistema liberal. Obligado el Estado por el artículo 28 constitucional a intervenir para perseguir y castigar todo - acto que tienda a contrariar la libre concurrencia, se encuentra impedido por la misma razón para realizar cualquier actividad económica que pueda enfrentarse con la de los particulares y para desvirtuar la libre concurrencia que el propio precepto considera como bastante para arminizar los factores que intervienen en la lucha económica.

Pero este principio sufre algunas excepciones. Así, en - primer término, el artículo 27 constitucional establece como facultades exclusivas de la Nación la explotación del petróleo, de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, y la generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento de la energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público, el aprovechamiento de los combustibles nucleares para la generación de energía nuclear y el - mismo artículo 28 constitucional establece con el carácter de monopolios oficiales, la acuñación de moneda, los servicios - de correos, telégrafos, de radiotelegrafía, la comunicación - vía satélite y la emisión de billetes por medio de un solo - banco, organismo descentralizado del Gobierno Federal. En estos casos existe una gestión directa del Estado en ejercicio de sus facultades exclusivas.

En segundo lugar, la legislación de nuestro país establece algunos casos de paralelismo de la actividad oficial con la privada, siendo de citarse por su importancia los servicios de asistencia, de enseñanza, de la explotación de algunas riquezas naturales y de vías de comunicación.

... Estos servicios se realizan en unos casos por gestión directa del Estado, en otros mediante concesiones y en un buen número por organismos descentralizados." (149)

Y concluye el estudio el Dr. Gabino Fraga Magaña dando un concepto de atribuciones explicando además:

"El concepto de atribuciones comprende el contenido de la actividad del Estado; es lo que el Estado puede o debe hacer. El concepto de función se refiere a la forma de la actividad del Estado. Las funciones no se diversifican entre sí por el hecho de que cada una de ellas tenga contenido diferente, pues todas pueden servir para realizar una misma atribución." (150)

Come se puede apreciar, los tratadistas Luis Humberto Delgadillo Gutierrez, Gabino Fraga Magaña y Andres Serra Rojas no ofrece discrepancia entre estos, en cuanto al contenido de la actividad del estado.

Sin embargo es posible establecer la siguiente crítica:

Gabino Fraga menciona que la actividad de estado es el conjunto de actos materiales y jurídicos.

Y excluye las actividades técnicas.

El Dr. Andres Serra Rojas, además menciona, que en nuestro derecho el Estado esta integrado por las Entidades Federales, el Municipio y la Federación.

De lo transcrito, se desprende que con gran precisión el tratadista Luis Humberto Delgadillo Gutierrez señala que la actividad del Estado es la expresión material de la actuación de los órganos.

149. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 18-20.

150. IBIDEM. ob. cit., P. 26.

1.4.5. La función administrativa.

La función administrativa es:

"...podemos ya dar un concepto completo de la función - administrativa desde el punto de vista de su naturaleza intrínseca, diciendo que es la que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos - individuales." (151)

"Comprendiendo el criterio formal y el material decimos que la Función administrativa es la actividad que normalmente corresponde al Poder Ejecutivo, se realiza bajo el orden jurídico y limita sus efectos a los actos jurídicos concreto o particulares y a los actos materiales, que tienen por finalidad la prestación de un servicio público o la realización de las demás actividades que le corresponden en sus relaciones - con otros entes públicos o con los particulares, reguladas - por el interes general y bajo un régimen de policía y control." (152)

Es menester recordar el concepto de derecho administrativo por el Dr. Andres Serra Rojas:

"El Derecho administrativo regula a la función administrativa, analizando este concepto decimos que el derecho administrativo es la rama del derecho público interno, que determina la organización y funcionamiento de la Administración - pública, tanto centralizada, como paraestatal.

Como esa definición es estrictamente formal, aludiremos a su concepto material diciendo que: el derecho administrativo es la rama del derecho público interno, que se propone la realización de actos subjetivos, creadores de situaciones jurídicas concretas o particulares." (153)

En las páginas subsecuentes de su libro nos da otra definición del derecho administrativo que no es sino su explicación extensiva.

"Comenzaremos por anticipar nuestro concepto de derecho administrativo: El derecho administrativo es la rama del derecho público interno, constituido por el conjunto de estruc-

151. IBIDEM. ob. cit., P. 63.

152. Serra Rojas, Andres. ob. cit. T. I. P. 55.

153. IBIDEM. OB. cit., T. I. P. 126.

turas y principios doctrinales, y por las normas que regulan las actividades directas o indirectas de la administración pública como órgano del Poder Ejecutivo Federal, la organización, funcionamiento y control de la cosa pública; sus relaciones con los particulares, los servicios públicos y demás actividades estatales." (154)

Es por esto que el Dr. Antonio Carrillo Flores no le faltó razón en decir que:

"El derecho administrativo es, hay que expresarlo así, aunque parezca una tautología, la rama del derecho público relativa a la administración pública. Sin una idea clara acerca de lo que es, de lo que procura y de la manera como actúa la administración pública, no es posible entender el derecho administrativo." (155)

Coincide los tratadistas en señalar que la función administrativa determina situaciones jurídicas para casos individuales, este es el criterio del Dr. Andres Serra Rojas y Gabino Fraga Magaña.

El Dr. Andres Serra Rojas menciona que:

"El Derecho administrativo regula a la función administrativa, ..." con lo que permite hacer la siguiente crítica.

Un sector de la doctrina extranjera ha puesto de relieve que:

"... la administración pública no es para el Derecho administrativo una determinada función objetiva o material." (156)

"Las funciones o actividades a realizar por la Administración son algo puramente contingente e historicamente variable, que depende esencialmente de una demanda social, distinta para cada órgano cultural y diferente también en función del contexto socioeconómico en el que se produce." (157)

Y más adelante agrega:

154. IBIDEM. ob. cit., T. I. P. 128.

155. Carrillo Flores, Antonio. "Estudios de Derecho Administrativo y Constitucional" Serie G. Estudios doctrinales, núm. 106. Primera edición, México D.F. U.N.A.M. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1987. P. 25.

156. García De Enterria, Eduardo. Ramon Fernandez, Tomas. "Curso de Derecho administrativo". Tomo I. Cuarta edición. Madrid-España. Editorial Civitas S.A. 1983. P. 25.

157. IBIDEM. ob. cit., T. I. P. 26.

"Para los autores que conciben la Administración Pública como una función es claro que los temas de organización no puedan integrarse en el Derecho Administrativo, ya que, obviamente, la organización no es una función. La utilidad y conveniencia de estudiar esta materia dentro del Derecho Administrativo indujo, sin embargo a algunos autores, a justificar la inserción de la misma en su sistemática con argumentos más o menos forzados. Así, se ha dicho que la organización, aunque no es propiamente actividad administrativa, es un presupuesto de ésta o una subespecie de la función administrativa, o bien que, al estar dirigida a la actividad, puesto que lo que pretende la organización es asegurar una acción eficaz, existe una íntima interdependencia entre ambas. Muchos autores, aun estimando que, en rigor, la organización no pertenece al Derecho administrativo, la estudian dentro de él por razones simplemente didácticas, históricas o de pura inercia."
 ". (158)

"Frente a estas actitudes hay que sostener, sin embargo, que el Derecho de la organización tiene un lugar dentro del Derecho Administrativo, e incluso, un lugar preeminente, ya que se refiere a su parte más estable, mientras que la actividad propiamente dicha varía mucho con el tiempo y las circunstancias."
 ". (159)

Es importante aclarar, en este preciso momento, que el tratadista Gabino Fraga Magaña, sostiene:

"... los caracteres del contrato que hemos explicado con anterioridad impiden que sea considerado como un acto administrativo tal como a éste lo hemos definido y ni mucho menos como un acto propio de la función administrativa; ...". (160)

Con igual criterio se manifiesta el Dr. Andres Serra Rojas al decir: "... ni como acto propio de la función administrativa; ...". (161)

El motivo de esta imprecisa conclusión, como se vera, se debe, por una parte, en que no se considera al Derecho Administrativo como a un Derecho estatuario, es decir, que no es un derecho general, sino particular, como el Derecho mercantil, canonico, laboral.

158. IBIDEM. ob. cit., T. I. P. 41.

159. IBIDEM. ob. cit., T. I. P. 41.

160. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 231.

La doctrina española sostiene con énfasis en que:

"... el Derecho Administrativo, que no es el derecho propio de unos órganos o de un poder, ni tampoco el derecho propio de una función, sino un derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común." (162)

Esta aclaración, obedece, en que los tratadistas: El Dr. Andres Serra Rojas y Gabino Fraga Magaña no consideran al contrato administrativo dentro de la función administrativa, tesis que no estamos de acuerdo.

161. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. I. P. 232.

162. Garcia De Enterria, Eduardo. Ramon Fernandez, Tomas. ob. cit., T. I. P. 36.

1.4.6. La actividad administrativa.

Héctor Jorge Escola menciona:

"La actividad administrativa es, en su esencia, una actividad teleológica, que está enderezada al logro de una finalidad, la cual es la satisfacción de las necesidades colectivas y la obtención de los fines propios del Estado." (163)

Sobre este mismo orden de ideas César Tinoco Richter nos dice:

"La actividad administrativa se realiza según la naturaleza y con tenido del acto en dos aspectos fundamentales; esto es, en actos jurídicos y actividad técnica, la cual, en definitiva, significa acción, practica y realización de una obra según determinadas reglas para que dicho acto se efectúe satisfactoriamente.

- A) Operaciones materiales.
- B) Actividad administrativa.
 - a) Actos jurídicos.
 - b) Actividad técnica." (164)

El Dr. Andres Serra Rojas nos da los principios fundamentales que regulan la actividad de la Administración Pública.

"Tres principios generales regulan la actividad de la Administración pública:

- a) El principio de legitimidad de los actos administrativos realizados por la Administración Pública.
- b) El principio de solvencia de la Administración pública.
- c) La afirmación de que los servicios públicos no deben interrumpirse o suspenderse, sino por causas muy graves. El derecho administrativo moderno tiende a otorgar cuáles son aquellos servicios fundamentales de una comunidad, que por ningún motivo deben interrumpirse. Para los problemas de estos casos las leyes administrativas deben señalar procedimientos administrativos especiales, que previamente aseguren el interés público. Por esto resultan inconcebibles las huelgas del personal de hospitales, cementarios, agua potable, saneamiento, servicios infantiles." (165)

En páginas anteriores, hemos señalado que el Dr. Andres

163. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 111.

164. Tinoco Richter, Cesar. ob. cit., P. 66.

165. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. I. P. 112.

Serra Rojas y Gabino Fraga Magaña, han sostenido con énfasis en que los contratos administrativos no son parte de la función administrativa.

Sin embargo, Miguel Acosta Romero ha señalado:

"... Precisemos: en el acto administrativo siempre existe una decisión unilateral por parte del órgano que lo emite, para realizar ese acto, con independencia del contenido y de la forma que posteriormente adopte, aún tratándose de contratos y convenios. Esa decisión implica dar un contenido a la actividad administrativa." (166)

Como se desprende de lo transcrito, la postura correcta es la del maestro Miguel Acosta Romero, al sostener que el contenido de la actividad administrativa está el contrato.

Esto se encuentra apoyado por los siguientes tratadistas:

Héctor Jorge Escola.

"En consecuencia, y en virtud de lo expuesto, es posible extraer una primera conclusión: los contratos administrativos son una forma de la actividad administrativa (actos jurídicos plurilaterales), y como tales, en ellos debe estar presente, en alguna forma, el poder o potestad administrativa, en todos o en algunos de sus aspectos más importantes." (167)

Jose Roberto Dromi.

"La actividad administrativa contractual o precontractual del Estado no es ajena al régimen jurídico de la función administrativa ni tiene formas jurídicas de manifestación distinta de aquélla; por el contrario, el régimen y las formas jurídicas de la función administrativa son aplicables íntegramente a la actividad contractual del Estado, por una elemental razón lógica de especificidad." (168)

En otro interesante estudio de Jose Roberto Dromi señala:

"... la función o actividad administrativa se ejercita a través de cinco formas jurídicas específicas, a saber: Hecho administrativo, contrato administrativo, reglamento administrativo, simples actos de la administración y acto administra

166. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 411.

167. Jorge Escola, Héctor. ob. cit. vol. 1. P. 112.

168. Roberto Dromi, Jose. Los actos separables de la contratación administrativa. Fuero Juzgo. Libro VIII. No. 4622. Buenos Aires Argentina. Octubre 28 de 1974. P. 2.

tivo." (169)

Este autor lo sintetiza así en un cuadro:

Obrar Admi- nis- tra- tivo.	Productor de	Actos jurídicos	Unilaterales
	efectos jurí- dicos.	de la Administración.	Bilaterales
	No productor	Hechos jurídicos de	(Contratos -
	de efectos	la Administració.	de la Admi- stración).
jurídicos.	Actos no jurídicos.		
	Hechos no jurídicos.		

Unilaterales.	Effectos individua les.	Directos inmediatos (acto administrativo).
	Effectos generales.	Indirectos mediatos (sim- ples actos de la admon.,)
		(Réglamento administrati- vo).

Podemos terminar con el criterio del Dr. Allan-Rondolph Brewer C. al decir:

"Para que un contrato pueda ser calificado de administrativo, una de las partes de la relación contractual debe ser una autoridad pública actuando en Función Administrativa." (170)

Sin embargo, como se ha visto, los que sostiene una postura radicalmente opuesta, son los tratadistas Gabino Fraga - Magaña y Andres Serra Rojas, este último autor aclara que:

"... El contrato es un acto jurídico en el que concurren varias voluntades, pero no se puede considerar como un acto administrativo, ni como acto propio de la función administrativa, según diversos autores. Existen actos jurídicos denominados contratos administrativos que forman en la actualidad uno de los temas más importantes del derecho administrativo." (171)

169. Roberto Dromi, Jose. ob. cit., No. 4485. P. 677.

170. Brewer C, Allan Randolph. Los contratos administrativos en la Jurisprudencia Administrativa Venezolana. Revista de la Facultad de Derecho. No. 26. Caracas-Venezuela. Noviembre de 1963. P. 132.

171. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. I. P. 232.

En este mismo orden de ideas, el profesor Villar Palasi sostiene el mismo criterio, pero como se vera, incurre en un grave error.

"... siempre que un órgano de la Administración actúa por medio de contratos en el ambito específico de su competencia, estamos ante un contrato administrativo. ...

... no son las funciones de la Administración (en su conjunto) las que determinan el caracter administrativo de una relación contractual, sino las finalidades específicas de cada órgano (en concreto), lo que al ser realizadas a través de un contrato le da a éste carácter administrativo." (172)

Como se desprende de lo transcrito, el tratadista español, confunde la función administrativa con los sujetos de los contratos administrativos.

172. Villar Palasi. cit. pos. Ariño Ortiz, Gaspar. El contrato administrativo en el Derecho Español. Revista de derecho administrativo y fiscal. No. 42. Año XIV. Caruña-España. Septiembre=diciembre 1975. P. 79.

CAPITULO SEGUNDO. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

2.1. Naturaleza jurídica del contrato administrativo.

2.1.1. Doctrinas que niegan la existencia de los contratos administrativos.

La mayoría de los tratadistas atribuyen el origen del contrato administrativo, a la Jurisprudencia del Consejo de Estado en Francia.

En Alemania, no se admitía la posibilidad de existencia de estos contratos por ser distintos de los conocidos en el derecho privado.

Los defensores de su inexistencia fueron los alemanes Otto Mayer y Fleiner.

Otto Mayer consideraba al contrato administrativo como a un acto administrativo, sostenía que el Estado sólo podía actuar unilateralmente, por medio de actos administrativos.

Fleiner señalaba que como las partes no se hallan en un mismo plano de igualdad, sus voluntades no tienen igual valor jurídico.

En Italia el maestro Renelleti enseñó que los contratos administrativos constituían actos unilaterales del Estado, en el cual la voluntad del particular al relacionarse con la administración es accesoria, referido a su eficacia pero no a su existencia, y agrega, la distinta naturaleza en sus manifestaciones de voluntad no pueden fundirse en un único y mismo acto, sino que se yuxtaponen, manteniendo su individualidad.

Es en Francia, en un principio destaca la opinión de Hauriou, al decir:

"... Hauriou, ...los contratos de suministros, ...mediante tales contratos la administración pública procura obtener, por conducto de un empresario, objetos muebles, mercancías, materiales y servicios, todo ello mediante operaciones que en definitiva, se resumen en una compraventa o en una locación de obra."⁽¹⁾

1. Haurio. cit. pos. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I.

"Esta posición es en sí misma contradictoria, ya que si existe compraventa o locación, no puede hablarse de un tipo - diferenciado de contrato, como es el de suministro, situación que este autor no explica.".(2)

Miguel Angel Bercaitz agrupa a los autores que niegan la existencia de los contratos administrativos en tres grupos:

"...

- a) los que afirman que se trata de simples contratos de derecho privado;
- b) los que afirman que se trata de actos unilaterales del Estado;
- c) los que afirman que se trata de la yustaposición de dos - actos unilaterales.

Fuera de estas teorías, existe evidentemente otra que - parte de un enfoque completamente distinto del problema: no - hay contratos de derecho administrativo, ni contratos de derecho público o privado, por la sencilla razón de que no existe diferencia alguna entre derecho público y derecho privado. Es el monismo de Kelsen.".(3)

En la obra del maestro Miguel Angel Bercaitz, se puede - apreciar un error de imprenta en la cita número tres. En cuanto a la palabra: "Yustaposición", lo correcto sería "Yuxtaposición".

Como corolario podemos mencionar que el termino "Yuxta" es procedente del latín juxta por ser un adverbio. junto a, a lado de, cerca, que aparece como prefijo en voces compuestas.

Merece especial atención, en la última teoría mencionada por Miguel Angel Bercaitz.

El Dr. Néstor De Buen Lozano al examinar diversas teorías en lo referente a la clasificación del Derecho, por ser el derecho objeto de una ciencia.

A esta clasificación lo denomina:

"... determinar su naturaleza jurídica.".(4)

Clasifica el Derecho en:

- a) Público.
- b) Privado.
- c) Social.

2. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 40.

3. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P.

4. De Buen Lozano, Néstor. Derecho del Trabajo. T. I. P. 87.

El Dr. Néstor De Buen Lozano aclara que esta clasificación es científica, por lo tanto las ramas del Derecho se entremesclan.

Esto aplicado al campo de los contratos, tendremos al - contrato:

- a) Privado.
- b) Público.
- c) Administrativo.

Se ha afirmado con anterioridad que existe un genero que es el contrato y varias especies de éste en el derecho público y en el derecho privado.

"En ultimo extremo, conviene retener que, aunque exista una distinción entre las instituciones administrativas y las civiles, ello no significa, ni mucho menos, que unas y otras se encuentre en radical oposición. Esta puntualización es importante para salir al paso de quienes por un excesivo afán - de garantizar la autonomia e independencia del Derecho Administrativo han pretendido separar dogmáticamente de una manera radical sus instituciones respecto de la de otros Derechos, viniendo a oponer, por ejemplo, la responsabilidad administrativa a la responsabilidad civil y el contrato administrativo al contrato civil, como si unos y otros no tuvieran nada en común y hubieran de regirse por normas o principios - absolutamente diferentes."⁽⁵⁾

Al igual que en la obra del maestro Miguel Angel Bercaitz, quien ha señalado con énfasis que la especialidad supone una excepción a la regla general.

5. García De Enterría, Eduardo. Ramon Fernandez, Tomas. T. I. ob..cit., P. 49.

2.1.2. Antecedentes del contrato administrativo.

1. Doctrina Francesa.

La doctrina del contrato administrativo es, según la mayoría de los tratadistas de origen francés, elaborada por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, gracias al conocimiento de los recursos contenciosos-administrativos.

Sobre la evolución de la Jurisprudencia del Consejo de Estado en Francia, en el tratado elaborado por el Argentino - Héctor Jorge Escola dice:

"Los primeros problemas que llevaron a concebir la posibilidad de la existencia de los contratos administrativos, fueron los originados cuando el advenimiento del alumbrado público llevó a los municipios franceses a enfrentar a las compañías de gas, que tenían por sus contratos el privilegio de la exclusividad en la prestación del alumbrado público.

En sus pronunciamientos iniciales el Consejo de Estado se limitó a aplicar un criterio netamente contractual, propio del derecho civil, sin valorar las posibilidades de que el interés privado de los contratistas pudiera ceder ante el interés general. Este temperamento fue aplicado en el *arrêt* "Compagnie du Gaz de Saint-Etienne", del 26 de diciembre de 1891, "Compagnie du Gaz de Bordeaux", del 24 de diciembre de 1897 y "Compagnie du Gaz de Lens", del 13 de mayo de 1898.

En el *arrêt* "Compagnie du Gaz de Deville-les-Roven", del 10 de enero de 1902, el Consejo de Estado mantuvo una nueva orientación más flexible, que en realidad venía insinuándose desde el año 1900. En ese *arrêt* se dijo que "se hará derecho a lo que hay de fundado en cada una de las contradictorias pretensiones, reconociendo a la Compañía del Gas el privilegio del alumbrado por cualquier medio y al municipio de Deville la facultad de asegurar este servicio por medio de la electricidad, incluso concediéndolo a un tercero en el caso de que la Compañía, debidamente notificada, rehusare encargarse de él en las condiciones aceptadas por este último.

Esta evolución se concreta ya abiertamente en el célebre *arrêt* Terrier. El caso se origina en una disposición del Consejo General de Saone-et-Loire que había fijado un crédito para que se otorgara una prima a todo aquel que diera muerte

a una vibora, previa la debida certificación del caso. Agotadas todas las disponibilidades previstas en el crédito, el señor Terrier se presentó reclamando el pago correspondiente a los reptiles que él había matado.

Dentro de esta misma tónica, en el arrêt "Société des Granits de Mille", del 21 de julio de 1912, se dijo:

"Cuando se trata de contrato, es preciso determinar, no con qué objeto se ha celebrado este contrato, sino lo que es ese contrato en su misma naturaleza. ... No basta que el suministro que es el objeto del contrato deba utilizarse de inmediato para un servicio público; es preciso que este contrato, por sí mismo, y por su propia naturaleza, sea de aquellos que sólo pueda celebrar una persona pública; que sea, por su forma y su contexto, un contrato administrativo."

Una nueva evolución de la Jurisprudencia del Consejo de Estado se marca a partir del arrêt "Epoux Bertin", del 20 de abril de 1959. El caso se planteó con motivo de que el jefe de uno de los centros de repatriación de los ciudadanos soviéticos, constituidos en Francia en el momento de la liberación, contrató verbalmente con el matrimonio Bertin el suministro de alimentos para aquéllos, mediante una suma a pagarse por día y por hambre. Posteriormente se convino el aumento de la ración, con el consiguiente aumento del precio, el cual, sin embargo, no se pagó. Así se originó una reclamación de los esposos Bertin, que llegó finalmente al Consejo de Estado. En el pronunciamiento dictado se estableció que "el citado contrato tiene por objeto confiar a los interesados a la ejecución misma del servicio público ...; que esta circunstancia es suficiente por sí sola para imprimir al contrato de que se trata el carácter de un contrato administrativo. ... sin que sea necesario buscar si el citado contrato lleva consigo cláusulas exorbitantes del derecho común."⁽⁶⁾

En Francia, la opinión doctrinal que admitió la existencia de los contratos administrativos, son los tratadistas Jéze y Waline, considerándolos como a los precursores del contrato administrativo.

6. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 43-49.

El primero de ellos sostenía con énfasis, que el derecho público francés existen los contratos administrativos, estos contratos están sometidos al régimen de derecho público.

Waline enseñaba que el contrato administrativo no es sino uno de los medios de que la administración puede echar mano para lograr su cometido, ya que incluso dispone de toda suerte de procedimientos unilaterales a diferencia del contrato privado.

2. Doctrina Española.

Dentro de los tratadistas que admitieron la existencia de los contratos administrativos se encuentra: Royo Villanova, García Oviedo y en la actualidad podemos mencionar al Dr. José Ignacio Monedero Gil y a José Manuel Otero Novas que han hecho estudios de gran profundidad sobre los contratos administrativos.

Royo Villanova admitía que la administración pública podía celebrar contratos con los particulares, pero que estaban reguladas por normas distintas al del contrato privado.

Por su parte García Oviedo con un criterio visionista reconoce que los contratos administrativos van ocupando en la vía administrativa un lugar día a día de mayor importancia, en proporción igual al aumento de la presencia de la administración en el sucederse de los intereses sociales.

2.1.3. Antecedentes de los contratos administrativos en México.

El tema de los contratos administrativos en México, en la legislación, en la práctica, y en la doctrina, se ha tratado superficialmente.

Nuestra Jurisprudencia ya admite a los contratos administrativos, porque anteriormente la Suprema Corte de Justicia había sostenido:

"...que no se trata de verdaderos y propios contratos, al conceder a la administración, la facultad de modificar libremente las cláusulas de esos -contratos- y aún rescindirlos, con tal que al celebrarse se haya arrogado esa facultad."⁽⁷⁾

La tesis elaborada por Jose Maese Rodriguez, hace un minucioso estudio de los contratos administrativos en México, - al decir:

"Historicamente en México, los contratos administrativos han tenido una existencia real. En las diferentes constituciones federales que han regido a nuestro país desde el siglo - pasado, han dado base para la existencia de estos contratos. Si no se ajustaban a un procedimiento más o menos uniforme - fué, porque no existió la obligación para seguirlo, y que ahora lo tenemos como obligatoria, consagrada en la Constitución Federal vigente en su artículo 134, establecida precisamente para tratar de suprimir las practicas viciosas de estos, contratos, y que daba lugar a negocios sucios y fraudulentos en menoscabo del patrimonio Nacional.

En la "Constitución de Apatzingan" o Decreto Constitucional para la libertad de la America Mexicana sancionada en - Apatzingán el 22 de octubre de 1814, se establecia en el artículo 113 que correspondía al capitulo. "de las atribuciones - del Supremo Congreso", "... arreglar los gastos de gobierno, establecer contribuciones e impuestos y el modo de recaudarlos: como también el método conveniente para la administración, y conservación y enajenación de los bienes propios del Estado; y en los casos de necesidad tomar caudales o préstamos sobre los fondos y crédito de la nación."

Vemos aquí en esta constitución, que no tuvo vigencia, y

7. Montes De Oca, Miguel. CONTRATOS CIVILES Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Escuela Libre de Derecho. [Tesis] 1938. P.70.

que fue hecha al calor del movimiento de independencia por don Jose Maria Morelos, que ya establecia la posibilidad de celebrar los contratos de empréstito público.

En la constitución primera del México independiente de 31 de enero de 1824, denominada "Acta Constitutiva de la Federación" se establecia en su artículo 13:

"Pertenece exclusivamente al Congreso General dar leyes y decretos": "Fracción XI- Para contraer deudas sobre el crédito de la República, y designar garantías para cubrirlas.

Fracción XII.- Para reconocer la deuda pública de la nación, y señalar medios de consolidarla".

En estas fracciones pueden incluirse las deudas que el Estado contrajera en la celebración de empréstitos.

En las siete leyes constitucionales de 29 de diciembre de 1836 se establecia en la Tercera ley en su artículo 44 "corresponde al Congreso General exclusivamente: Fracción IV.- autorizar al ejecutivo para contraer deudas sobre el crédito de la nación, y designar garantías para cubrirlas.

Fracción VII.- Reconocer la deuda nacional, y decretar el modo y medio de amortizarlas".

En la Quinta ley que trata de el Poder Judicial de la República Mexicana y que establecia sus atribuciones, en su artículo 12 fracción VI.- "conocer de las disputas o negociaciones celebradas por el Supremo Gobierno o por su orden expresa".

Aqui también queda incluida la existencia de los contratos administrativos.

En las bases Organicas de 12 de junio de 1843 y en el capitulo tambien relativo a las atribuciones y restricciones del Congreso, en su artículo 66 fracción VII, se establece:

"Reconocer y clasificar la deuda nacional, y decretar el modo y arbitrios para amortizarlo. En la fracción VIII se establece "Autorizar al Ejecutivo para contraer deudas sobre el crédito de la Nación, prefijando bases y designando garantías ". Y en el artículo 118 sobre las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, en la fracción IV, se establece. "Conocer en todas instancias de las disputas que se peomuevan en tela de juicio sobre contratos autorizados por el supremo gobierno".

Repetiremos lo mismo sobre lo dicho de la existencia de

los contratos administrativos.

En la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857 en su artículo 72 que también trata, sobre las facultades del congreso, en su fracción VIII, se establece:

"Para dar bases bajo las cuales el ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para conocer y mandar pagar la deuda nacional".

Posteriormente ya en la Constitución Federal actual se ve su existencia palpable en los artículos 73 fracción VIII y en el 134.". (8)

Es preciso detenernos un poco, por el momento y señalar que en nuestra doctrina se han llevado pocos estudios sobre el contrato de empréstito.

Por este motivo, no nos estraña encontrar en la obra del Dr. Andres Serra Rojas, contradicciones.

El expone en el tomo segundo:

"También se extiende esta denominación a actos jurídicos que no podemos llamar contratos administrativos, como la concesión administrativa, la relación de empleo público, el llamado contrato de empréstito.". (9)

"... El empréstito es un contrato administrativo, o contrato público, que tiene por objeto obtener un crédito o interés fijo, a largo plazo, que precisa la forma del servicio, de intereses o del reembolso del capital, destinado a cubrir un déficit, financiar gastos extraordinarios, atender una situación crítica o para opoyar el sistema monetario nacional. ". (10)

Notese que el Dr. Andres Serra Rojas, en el principio de obra acepta que el empréstito es un contrato administrativo, y en páginas posteriores niega rotundamente su propia posición doctrinaria.

La doctrina extranjera considera al contrato administrativo, una especie del CONTRATO ADMINISTRATIVO, criterio que considero ser el adecuado.

8. Maese Rodriguez, Jose Maria. OBJETO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. U.N.A.M. [Tesis] 1958. P. 69-71.

9. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 535.

10. IBIDEM. ob. cit., T. II. P. 134.

Nuestra CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS se refiere al empréstito en sus artículos:

ART. 72.- Todo proyecto de ley o decreto, ...

h) La formación de las leyes o decretos puede comenzar indistintamente en cualquiera de las dos Cámaras con excepción de los proyectos que versaren sobre empréstitos, contribuciones o impuestos, o sobre reclutamiento de tropas, todos los cuales deberán discutirse primero en la Cámara de Diputados.

ART. 73.- El Congeso tiene facultad: ...

VIII. Para dar bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el credito de la Nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional. Ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propositos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29;

El maestro Gabino Fraga Magaña al referirse a las facultades atribuidas al Poder Legislativo, añade:

"Si la autorización del Congreso es como ocurre normalmente para un empréstito determinado, el caso es administrativo. Si el gobierno fijara bases para la actuación del Ejecutivo en relación con los empréstitos que puedan celebrarse en lo futuro, la facultad es Legislativa.

La aprobación de los empréstitos, como no puede referirse concretamente sino a los contraídos, es función administrativa.

El mandato de pago de la misma es igualmente acto administrativo, en cuanto significa la autorización para el egreso correspondiente.

Pero en muchas ocasiones el reconocimiento y mandato de pago van acompañadas de una serie de normas que regulan en forma abstracta y general, las relaciones del Estado deudor y de los acreedores. En este caso, la expedición de tales normas constituye un acto materialmente legislativo."⁽¹¹⁾

ART. 117. Los Estados no pueden, en ningún caso: ...

VIII. Contraer directa o indirectamente obligaciones o empréstitos con gobiernos de otras naciones, con socie-

11. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 68-69.

dades o particulares extranjeros, o cuando deban pagarse en moneda extranjera o fuera del territorio nacional.

Los Estados y los Municipios no podrán contraer obligaciones o empréstitos sino cuando se destinen a inversiones públicas productivas, inclusive los que contraigan organismos descentralizados y empresas públicas, conforme a las bases que establezcan las legislaturas en una ley y por los conceptos y hasta por los montos que las mismas fijen anualmente en los respectivos presupuestos. Los ejecutivos informarán de su ejercicio al rendir la cuenta pública.

Lo señalado por el artículo 117 fracción VIII de nuestra Constitución ha señalado categóricamente que los Estados (Entidades Federativas) y los Municipios podrá celebrar contratos de empréstitos solamente cuando se destine a inversiones públicas productivas.

Ante todo, es importante aclarar: No se analizara los - treinta y uno Constituciones de los Estados de la Federación, sino solamente la del Estado de México, en lo referente a los Empréstitos Públicos.

En base a esto, menciono unos artículos de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México:

Artículo 13.-El Estado de México, como Entidad Jurídica, constituye una persona moral capaz de derechos y obligaciones.

Artículo 17.-El Estado asume la representación jurídica del Municipio en todos los asuntos que deban tratarse y resolverse fuera del territorio del mismo Estado.

Artículo 70.-Corresponde a la Legislatura: ...

XXIV.- Dictar las disposiciones necesarias para - liquidar y amortizar las deudas que tuviere el Estado.

XXV.- Aprobar los montos y conceptos de endeudamiento anual a que se refieren las Leyes de - Ingreso y Presupuesto de Egresos del Estado y Municipios de conformidad a las bases establecidas en la ley de la materia y dentro de las limitaciones previstas en el párrafo segundo de la fracción VIII del artículo - 117 de la Constitución Federal.

Artículo 70 Bis.-La Legislatura carece de facultades para: ...

III.- Imponer préstamos forzosos, de cualquier - especie o naturaleza que sean;

IV.- Mandar hacer cortes de cuentas con los acreedores del Estado, a fin de dejar sus créditos insolutos;

Artículo 89.-Son obligaciones del Gobernador: ...
 XXIII.- Asumir la representación política y jurídica del Municipio para los efectos del artículo 17 de esta Constitución.

En páginas posteriores se mencionara algunas leyes referentes al Empréstito Público.

Es sin embargo conveniente agregar la opinión del Dr. - Andres Serra Rojas y de Luis Humberto Delgado Gutierrez referente a nuestro artículo 134 Constitucional.

"El artículo 134 de la Constitución no tiene antecedentes en las Constituciones mexicanas anteriores, ya que es una creación del constituyente de 1917, por lo que se refiere a - su regulación jurídica.

Durante el Congreso constituyente sesión del 20 de diciembre de 1916, se presentó un proyecto de los diputados Bojórquez, Alvarez, Pintado Sanchez y otros, para adicionar el artículo 73 de la Constitución, en lo relativo a las Facultades del Congreso, en los términos siguientes:

"XXXII. Para declarar nulo todo acto, contrato, privilegio o concesión verificados por los gobiernos posteriores al del señor Sebastian Lerdo de Tejada, que sea contrario a los preceptos de la Constitución, y en cualquier forma perjudicial a los intereses de la patria".

La comisión de puntos constitucionales, al parecer, no dio importancia a la iniciativa, pero sin duda mantuvo la inquietud del constituyente por un problema tan complejo de tan necesaria reglamentación.

Posteriormente y en el mismo Congreso constituyente en la sesión del 25 de enero de 1917, la comisión de puntos constitucionales dio a conocer la 61^a sesión ordinaria, un proyecto del artículo 131 de la Constitución que expresó:

Artículo 131 del proyecto. "Todos los contratos que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicadas en subasta pública. (Presupuesto de egresos de la federación; Ley orgánica del presupuesto), mediante convocatoria y para que se presente proposiciones en - sobre cerrado que será abierto en junta pública".

El 27 de enero de 1917, 64ª sesión del Congreso constituyente, se discutió y aprobó esa iniciativa, convertida en el actual artículo 134 Constitucional." (12)

Luis Humberto Delgadillo Gutierrez agrega:

"Esta disposición resultó insuficiente, ya que dejó abierta la posibilidad para la libre celebración de otros contratos, como los de servicio y suministros, además de que su reglamentación formal de una Ley del Congreso, se realizó hasta el 4 de enero de 1966, en que se expidió la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas. Anteriormente sólo existieron disposiciones aisladas cuya observancia dejaba mucho que desear, por lo que los tratadistas del Derecho Administrativo en México, apenas tocaban lo relativo a estos contratos." (13)

"La aplicación del artículo 134 de la Constitución ha suscitado numerosas controversias, ya que su redacción no deja dudas sobre las obligaciones que tiene el gobierno de construir las obras públicas de acuerdo con el mismo. Sin embargo, principalmente no se cumplió por dos razones:

- a) La falta de una ley reglamentaria adecuada, que haga posible su aplicación;
- b) El interés de los funcionarios en no sujetarse a procedimientos administrativos que limiten su voluntad. ..." (14)

Esto ha llevado a nuestro legislador a reformar el artículo 134 Constitucional, reformado el 28 de diciembre de 1982 y así tenemos:

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

ART. 134.-Los recursos económicos de que dispongan el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado

12. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 539-540.

13. Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. ob. cit., P. 196.

14. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 540.

do, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

El manejo de recursos económicos federales se sujetará a las bases de este artículo.

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del título Cuarto de esta Constitución.

Luis Humberto Delgadillo Gutierrez, añade:

"Con base en el texto del artículo 134 constitucional se emitieron los siguientes ordenamientos.

- 1.- Ley de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1980. ...
- 2.- La Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 8 de febrero de 1985." (15)

Como se puede apreciar, en la cita número 12, el Dr. Andres Serra Rojas, incurre en un grave error al retomar incorrectamente el artículo 131 del DIARIO DE LOS DEBATES.

Por ser un dato de suma importancia, en el DIARIO DE LOS DEBATES se menciona:

"A discusión el mismo día 27.

Sobre el artículo 131, que dice:

"Ciudadanos diputados:

"Al título de la Constitución que contiene las prevenciones generales, la comisión ha creído conveniente agregar un artículo que tiene por objeto asegurar los concursos de todos los trabajos públicos, para obtener así, para el servicio de la nación, las mejores utilidades posible, evitando los fraudes y los favoritismos, bien conocidos del antiguo régimen.

"El artículo que se agrega, por ser el último de las prevenciones generales, llevará al número 131; pero como puede haber modificaciones en la numeración, la comisión presenta -

éste bajo el número, a reserva de que la comisión de estilo lo coloque en el lugar que le corresponda en la serie.

"La comisión se permite proponerlo en los siguientes términos a la aprobación de esta honorable asamblea:

"Artículo 131. Todos los contratos que el gobierno tuviere que celebrar para la ejecución de las obras públicas serán adjudicadas en subasta pública, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública."

"Sala de comisiones, Queretaro de Arteaga, 25 de enero - de 1917. Paulino Machorro Narvárez.- Heriberto Jara.- Arturo - Méndez.- Hilario Medina." (16)

Como se puede apreciar en el Diario de los Debates no se menciona el Presupuesto de Egreso de la Federación y la Ley - Organica del Presupuesto, que cita incorrectamente el Dr. Andres Serra Rojas.

2.2. El contrato administrativo.

2.2.1. El contrato administrativo es una función administrativa.

El contrato administrativo es una función administrativa, es decir, una actividad propiamente administrativa.

En páginas anteriores, hemos señalado que los contratos administrativos son una forma de la actividad administrativa.

Nuestra doctrina ha señalado que la actividad del estado se atribuye a diferentes órganos, y estos de acuerdo con sus facultades debe de estar plasmada en un ordenamiento jurídico, para llevar el tipo de función que tenga encomendada.

Por tal motivo, la doctrina ha insistido en que el contrato administrativo sea una función administrativa, ya que - como acertadamente ha señalado el Dr. Andres Serra Rojas los principios de la actividad administrativa:

- 1.- El principio de legitimidad.
- 2.- El principio de solvencia; y
- 3.- Los servicios públicos no deben interrumpirse.

Por tal motivo se señala:

Miguel Angel Bercaitz señala:

"El contrato administrativo es una consecuencia del Estado derecho, de ese Estado que no puede exigir de sus subditos ningún acto positivo o negativo, sino en virtud de un principio jurídico. Si la ley no lo autoriza en forma expresa para hacerlo unilateralmente, sólo puede lograrlo mediante el consentimiento libre de quien voluntariamente se obliga a ello." (17)

Luis Humberto Delgadillo Gutierrez.

"La realidad es que el Estado necesita bienes y servicios, los cuales no sería posible producir por si mismo, ni allegarse por via autoritaria al obligar a los particulares a que le aporten todos los bienes y servicios que necesite, desvirtuando así el Estado Social de Derecho en que vivimos, es por ello que tiene que celebrar contratos para su obtención." (18)

Es importante, en señalar que los tratadistas, Andres Serra Rojas y Gabino Fraga Magaña no consideran al contrato

17. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit.. P. 138.

18. Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. ob. cit., P. 193.

administrativo dentro de la función administrativa, y por esta razón, ellos manifiesta:

Dr. Gabino Fraga Magaña:

"... la casi totalidad de las relaciones jurídicas en que interviene la Administración con motivo de su organización y de su funcionamiento están regidas por las normas del derecho administrativo, es decir, por normas de derecho público.

Pero en la actividad del Estado hay casos en los cuales el poder público puede buscar la colaboración voluntaria de los particulares, celebrando con ellos contratos y realizando actos que formen parte de las instituciones de derecho privado. En tales casos, sin embargo, no puede desprenderse de una manera completa de su carácter de Poder Público, y por ello, la legislación aplicable está constituida por normas de derecho privado que sufren una adaptación a las condiciones especiales significadas por la intervención del Poder Público." (19)

Y agrega el maestro Gabino Fraga Magaña:

"Porque celebran contratos administrativos- La razón de ello también 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." (20)

El Dr. Andres Serra Rojas añade:

"La Administración pública lleva a cabo numerosos actos, mucho de los cuales son provocadas por los mismos particulares, por los derechos que ellos originan, como la concesión de servicio público, de radio y televisión, explotación de bienes del Estado, contratos administrativos, autorizaciones, licencias, permisos y otros actos administrativos. En otros casos es la actividad administrativa la que afecta derechos -

19. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 94.

20. IBIDEM. ob. cit., P. 400.

de particulares, como en los casos de expropiación y requisición." (21)

El tratadista Héctor Jorge Escola como se ha podido apreciar, en páginas anteriores, ha manifestado que el contrato administrativo es una forma de la actividad administrativa.

En este mismo orden de ideas, el tratadista Jose Roberto Dromi ha utilizado como sinonimo la función de la actividad administrativa, admitiendo por tanto los "actos jurídicos contractuales" de la Administración.

La expresión "actos jurídicos contractuales" es correcta, ya que es dada por el Dr. Andres Serra Rojas, al afirmar que no se trata de un acto administrativo, esté por esencia es siempre unilareral.

Sin embargo, el Dr. Andres Serra Rojas y Gabino Fraga Magaña no consideran al contrato administrativo dentro de la función administrativa, tesis que no estamos de acuerdo.

21. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. I. P. 260.

administrativo dentro de la función administrativa, y por esta razón, ellos manifiesta:

Dr. Gabino Fraga Magaña:

"... la casi totalidad de las relaciones jurídicas en que interviene la Administración con motivo de su organización y de su funcionamiento están regidas por las normas del derecho administrativo, es decir, por normas de derecho público.

Pero en la actividad del Estado hay casos en los cuales el poder público puede buscar la colaboración voluntaria de los particulares, celebrando con ellos contratos y realizando actos que formen parte de las instituciones de derecho privado. En tales casos, sin embargo, no puede desprenderse de una manera completa de su carácter de Poder Público, y por ello, la legislación aplicable está constituida por normas de derecho privado que sufren una adaptación a las condiciones especiales significadas por la intervención del Poder Público." (19)

Y agrega el maestro Gabino Fraga Magaña:

"-Porque celebran contratos administrativos- La razón de ello también 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." (20)

El Dr. Andres Serra Rojas añade:

"La Administración pública lleva a cabo numerosos actos, mucho de los cuales son provocadas por los mismos particulares, por los derechos que ellos originan, como la concesión de servicio público, de radio y televisión, explotación de bienes del Estado, contratos administrativos, autorizaciones, licencias, permisos y otros actos administrativos. En otros casos es la actividad administrativa la que afecta derechos -

19. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 94.

20. IBIDEM. ob. cit., P. 400.

2.2.2. El contrato administrativo.

La sustancia del contrato administrativo con relación a otros tipos de contratos, ya sea del derecho civil o a los contratos públicos.

La doctrina, legislación y Jurisprudencia se esfuerza por elaborar los principios propios y específicos del Contrato Administrativo.

Es importante, señalar que en la construcción del contrato administrativo con un contenido distinto del contrato privado, como algo diferente, es un error.

Como se ha señalado anteriormente, es menester tenerlo presente: "lo que es ilícito para los particulares también es ilícito para la Administración."

Esto concuerda con la opinión del Dr. Jose Ignacio Monedero Gil al decir:

"... la solución plural, que a lado de esta tesis general admite la sustantividad del grupo de los contratos administrativos con rasgos peculiares por la dialéctica administrativa." (22)

El Dr. Andres Serra Rojas en su obra de Derecho Administrativo nos da con un criterio visionista lo que podría ser el derecho dentro de su misma evolución al decir:

"Un derecho administrativo universal podría ser una gran esperanza, pero las contingencias históricas nacionales son un factor poderoso de diferenciación. La constante referencia a los autores nacionales y extranjeros, nos permite útilmente manejar un derecho administrativo comparado, con resultados positivos, ya que sus principios pueden ser aprovechados e incorporados a la legislación nacional." (23)

Existen dentro de los contratos administrativos un procedimiento precontractual de formación de la voluntad administrativa.

En este punto la doctrina se refiere:

Vitta Cine:

"El procedimiento de formación de la voluntad administrativa contractual (pre-contractual) no se confunde con el con-

22. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 61.

23. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. I. P. 129.

trato que es el resultado del encuentro de aquella con la voluntad del co-contratante (persona física o jurídica, privada o pública, estatal o no estatal).". (24).

Enrique Sayagués Laso:

"El vínculo contractual recién nace cuando se enlaza la voluntad del Estado y la del co-contratante, por el procedimiento legal previsto al efecto.". (25)

Continuando con el Dr. Jose Ignacio Monedero Gil quien - señala las características del acto contractual y son:

"...

a) Unilateralidad: ... significa que el contrato recibe su - eficacia de la voluntad pública que actúa de modo creador y dominante.

b) Caracter reglado. La unilateralidad es la secuela del poder jurídico y representativo que ostenta la Administración y el carácter reglado, un propósito de asegurar tanto el interés público como el privado.

La generación y emisión del acto contractual está, pues, - sujeta a Derecho; la autonomía de la voluntad pública se - desenvuelve en un marco normativo que define el autentico consentimiento público creador del contrato. Lo importante no es en fin, la voluntad de la autoridad administrativa, sino su competencia para aplicar y ejecutar las leyes reguladoras de los actos administrativos, es decir, el principio de legalidad.

... para la Administración, el Derecho es el fundamento de su ser y de su actuar; para los particulares, sólo un límite de los pactos y contratos que, en principio, se presumen lícitos y eficaces.

c) Alcance constitutivo: situación jurídica contractual y - situación jurídica reglada. La situación jurídica constituida se ostenta en dos axiomas: el deber de cumplimiento de la Administración o lo que es lo mismo, la irrevocabilidad del acto contractual; y segundo, la obligación de cumplimiento del contratante privado. La situación jurídica contractual emana también de la potestad administrativa y nace -

24. Vitta Cine. cit. pos. Roberto Dromi, Jose. ob. cit., No. 4622. P. 2.

25. Sayagués Laso, Enrique, cit. pos. IBIDEM. ob. cit., No. 4622. P. 2.

de la voluntad unilateral del órgano, pero entre ambos cabe establecer diferencias sustanciales:

1. La situación jurídica contractual necesita el soporte imprescindible para su nacimiento de la incorporación del libre consentimiento del particular colaborador interesado; y la situación jurídica obligatoria no precisa para su validez del consentimiento individual.
2. La situación jurídica contractual encierra un beneficio potencial al que pueden aspirar por igual todos los administrados; y la situación reglamentaria u obligatoria es una carga o sacrificio para el comportamiento individual.
3. La situación jurídica contractual determina un vínculo recíproco y equivalente de derechos y obligaciones económicas Administración-administrados; y la situación legal una estructura desigual basada en el binomio potestad-deber.
4. La situación jurídica contractual requerirá para su ejecución la actuación simultánea e independiente Administración-administrados; la situación de tipo legal se ejecuta unilateralmente por la Administración.
5. La situación jurídica contractual es irrevocable y debe ser respetada en sus propios términos por la Administración, salvo el ejercicio excepcional de la potestad variandi; y las situaciones reglamentarias pueden ser modificadas mediante cambios en la normativa que les sirve de soporte, promovido por la propia Administración.
6. Por último, la situación jurídica contractual tiene esencialmente un contenido económico, que puede no tener directamente las situaciones reglamentarias." (26)

El mismo tratadista, menciona los componentes del contrato administrativo:

"La institución tiene tres elementos o componentes básicos: el contrato, el Estado y el fin público, que es el que aglutina a los otros dos. El derecho civil, el Derecho administrativo y el Derecho financiero que se entrecruzan en el régimen jurídico que sirve para coordinar aquellos elementos buscando una estructura coherente." (27)

26. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 258-265.

27. IBIDEM ob. cit., P. 62.

En cuanto al inciso c) del punto número 6 de la cita del Dr. Jose Ignacio Monedero Gil, es preciso hacer el siguiente comentario:

Desde un principio de este trabajo, hemos dejado asentado que la mayoría de los autores tanto nacionales como extranjeros ven al contrato como una relación jurídica patrimonial.

No estamos de acuerdo con lo señalado por el Dr. Jose Ignacio Monedero Gil cuando afirma que no tiene contenido económico por ejemplo situación reglamentaria.

Si bien es cierto, que en un precepto de cualquier reglamento, no puede tener relación con los particulares, o teniendo dicha relación no implica hacia estos un contenido económico.

Lo cierto es que, para el Estado, todos sus ordenamientos jurídicos constituye su PATRIMONIO.

Esto se encuentra apoyado por el Lic. Ernesto Gutierrez Y Gonzalez quien al señalar las características del patrimonio menciona:

- "a).- Comprende todos los bienes de una persona, sin hacer distinción sobre la naturaleza intrínseca de cada uno de ellos, lo que implica que se les dé un trato genérico, y por lo mismo que se les estime como una "universalidad".
- b).- Se comprende en él, no solo los bienes que representan un valor pecuniario, sino que incluye necesariamente a los bienes que tienen un valor de afección, moral, no pecuniario." (28)

En cuanto al inciso a), al señalar a las personas, la doctrina ha clasificado a las personas físicas y a las morales, en este último se encuentra el ESTADO.

2.2.3. Diversas definiciones del contrato administrativo.

Dr. Andres Serra Rojas.

"El contrato administrativo se define como un acuerdo de voluntades celebrado, por una parte la Administración pública y por la otra personas privadas o públicas, con la finalidad de crear, modificar, o extinguir una situación jurídica de interés general, o en particular relacionada con los servicios públicos, que unen a las partes en una relación de estricto derecho público, sobre las bases de un régimen exorbitante del Estado.

Por el contrato administrativo se asegura el régimen de los servicios públicos o la realización de los fines del Estado. El interés general o la utilidad pública son elementos básicos de este contrato." (29)

Héctor Jorge Escola.

"... pueden definirse los contratos administrativos diciendo que son aquellos contratos celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del derecho privado o que coloquen al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta." (30)

Miguel Angel Bercaitz.

"Podemos entonces definir los contratos administrativos diciendo que son, por su naturaleza, aquellos celebrados por la Administración pública con un fin público, en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la Administración pública en una situación de subordinación jurídica.

Y podemos decir que son contratos administrativos, aun cuando no por su naturaleza, aquellos que el legislador ha sometido a reglas de derecho público, exorbitantes del dere-

29. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 515.

30. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 127.

cho privado, que colocan al cocontratante de la administración, pública en una situación de subordinación jurídica, a pesar de no celebrarse con un fin público, ni afectar en su ejecución la satisfacción de una necesidad pública colectiva." (31)

Dr. Antonio Lancis Y Sánchez.

"Definición del contrato administrativo: cuando existe un acuerdo de voluntades entre la administración y un particular; que dicho acuerdo encierra una obligación jurídica de prestación de servicios o de cosas materiales, mediante una remuneración en metálico o en otra forma; que la prestación del particular tiene por objeto asegurar el funcionamiento de un servicio público y, por último, que las partes, por una cláusula sometida a "un régimen jurídico especial" que la administración ha querido y señalado y que el contratista acepta, renunciando implícitamente a servirse de las reglas del Derecho privado." (32)

Autor Anónimo.

"Definición de contratos de la administración.

Estos contratos de la Administración pueden ser definidos como los contratos convenidos entre particulares y el Estado; como actos jurídicos resultante de un acuerdo de voluntades y que tiene por efecto crear, entre las partes, una relación de derechos y obligaciones recíprocos." (33)

Manuel María Díez.

"Contrato administrativo es una declaración de voluntad común de un órgano de la administración pública que actúa por el procedimiento de gestión pública y de un particular, destinado a regular relaciones jurídicas patrimoniales." (34)

-
31. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P. 214.
 32. Lancis Y Sánchez, Antonio. "Derecho Administrativo: La Actividad Administrativa y sus Manifestaciones". Segunda edición. Universidad de la Habana-cuba. Editorial cultura. S. A. 1945. P. 409.
 33. Autor Anónimo. ob. cit., P. 98.
 34. María Díez, Manuel. "Derecho Administrativo". Tomo. II. 10 edición. Buenos Aires-Argentina. Bibliografica Omeba. 1965. P. 456.

Dr. Luis Henrique Farias Mata.

"Definición del Contrato Administrativo de una sentencia. 12-11-34.

Cuando la Administración Pública, obrando como tal celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, un contrato que tiene por objeto una prestación de utilidad pública, nos encontramos sin duda frente a un contrato administrativo. (Así la especialidad de dichos contratos radica en el objeto y en el interés general que envuelven, y tal interés general puede ser el de la Nación o Estado, de las Provincias o de las Municipalidades).". (35)

A esta última definición dada por la sentencia, podemos ampliarla dando un concepto de utilidad pública dada por el Dr. Andres Serra Rojas.

"La utilidad pública consiste en el derecho que tiene el Estado para satisfacer una necesidad colectiva y en general la convivencia o el interés de la generalidad de los individuos del Estado.". (36)

Hemos señalado desde un principio que el objeto directo de los convenios es crear, transmitir, modificar y extinguir obligaciones y derechos.

Nuestro Código Civil en su artículo 1793 señala con gran precisión:

"Los convenios que producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.".

El Dr. Andres Serra Rojas al utilizar en su definición solamente tres elementos del convenio (crear -produce-, modifica y extingue), excluye la transmisión de derechos y obligaciones.

Como se puede apreciar, el Dr. Andres Serra Rojas incurrir en un grave error, al utilizar como sinonimo el convenio al contrato.

El Dr. Andres Serra Rojas, en su obra ha señalado que el contrato de empréstito lo considera como a un contrato admi-

35. Farias Mata, Luis Henrique. La teoría del contrato administrativo en la doctrina, legislación y jurisprudencia. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia. No. 19. Año VII, Maracaibo-Venezuela. Enero-abril 1967. P. 144, 148 y 152.

36. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 516.

nistrativo y en páginas posteriores niega rotundamente su posición.

Y al contrato de suministro lo considera como a un acto jurídico.

Se ha señalado con anterioridad que el acto jurídico es el genero, y por lo tanto podrá tener varias especies entre los que se encuentra el acto administrativo, el contrato administrativo, el reglamento administrativo, etc.

En el tomo segundo de su obra, manifiesta:

"En síntesis el contrato administrativo es un acto administrativo bilateral regido por el interes público." (37)

Como se puede apreciar en el tomo segundo de la obra del maestro, al considerar que el contrato administrativo es un acto administrativo esta el mismo diciendo una contradicción, ya que la unanimidad de los autores incluyendo a él consideran el acto administrativo: Unilateral.

A todo esto, es probable que se le deba lo impreciso de su definición.

Héctor Jorge Escola señala que el cocontratante se encuentra en una situación de subordinación.

Como se vera en paginas anteriores, esta expresión es in correcta, además de que el cocontratante goza de más privilegios que en los contratos celebrados entre particulares.

Miguel Angel Bercaitz señala con gran precisión que puede haber contratos administrativos por su naturaleza y por disposición de la ley.

El Dr. Antonio Lancis Y Sánchez excluye de su definición a los contratos inter-administrativos, o sea, aquellos concluidos entre dos personas administrativas.

Esta critica se aplica también al autor anonimo y a Manuel Marie Diez.

37. IBIDEM. ob. cit., T. II. P. 516.

De las definiciones citadas, la que aparece con una mejor redacción jurídica es la sentencia del 12 de noviembre de 1954, en Maracaibo-Venezuela.

Y finalmente podemos terminar con una afirmación del Dr. Jose Ignacio Monedero Gil al afirmar: que sin temor a reproche de exageración, que han corrido rios de tinta científica en torno a la correcta definición de los contratos administrativos.

2.2.4. Características de los contratos administrativos.

La Administración se reserva facultades importantes que van desde el nacimiento hasta la extinción del contrato administrativo. La doctrina señala que entre algunas de las facultades reservadas son excepcionales del derecho civil y se citan entre ellas el control, la modificación por parte de la autoridad, la interpretación, el aseguramiento y terminación del vínculo contraído.

"Lo esencial, por tanto, del contrato administrativo, es la derogación, legítima y sistemática, que implica de las reglas del --pacta sunt servanda-- y de la --lex contractus-- que constituye el fundamento mismo del liberal contrato civil." (38)

Es verdad que el contrato ha alcanzado en el derecho civil, una aplicación más depurada, pero como se ha señalado anteriormente no por eso deja de ser una institución del derecho administrativo. Y no se le puede concebir como una repetición del derecho civil.

Héctor Jorge Escola da la caracterización de los contratos administrativos.

"La caracterización de los contratos administrativos resulta, en conclusión de las siguientes notas básicas:

- a) son verdaderos contratos, es decir, participan de la noción esencial del contrato;
- b) son celebrado por la Administración pública, es decir, por alguno de sus órganos, con capacidad suficiente para hacerlo;
- c) tiene como finalidad el interés público;
- d) pueden contener cláusulas expresas exorbitantes del derecho privado o que coloquen al cocontratante de la administración en una posición de subordinación respecto de ésta;
- e) al perseguir la administración pública el cumplimiento de una finalidad administrativa, de interés público, actuará con las prerrogativas especiales que le son propias para el cumplimiento de esas funciones." (39)

38. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 280.

39. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 131.

Como lo señala desde la definición Héctor Jorge Escola, de que el cocontratante se encuentra en una situación respecto de la Administración Pública, merece en especial atención el siguiente comentario.

El termino de subordinación lleva implícito un poder jurídico de mando correlativo a un poder de obediencia.

Esta situación de subordinación es la que se da precisamente en la relación laboral de los trabajadores al servicio del Estado.

Es preferible utilizar el termino de dirección y control como lo utiliza nuestra legislación. Vgr. Ley de Obras Públicas.

En lo referente al inciso d) de la caracterización de los contratos administrativos, es recomendable que el autor - utilice estas expresiones, para no inducir a un error.

Un gran sector de la doctrina considera al cocontratante como a un colaborador de la Administración Pública.

2.2.5. Teorías en torno a los contratos administrativos.

De las diferentes teorías que tratan de explicar al contrato administrativo, seguiremos el orden enumerado por el Dr. Jose Ignacio Monedero Gil.

a) El servicio público.

En cuanto al significado, el tratadista Recaredo Fernandez de Velasco dice:

"Si partimos del supuesto del significado de las palabras, llegaremos a establecer que servicio significa acción y efecto de servir; que servir, es ejecutar algo, ejercer una función, satisfacer una necesidad.(*).

Bastaría agregar a la palabra servicio la palabra público, expresando el sentido en que ésta se toma, para que halláremos ya formulada la noción que se busca. Siguiendo este procedimiento, es de observar que la voz pública puede emplearse en dos sentidos distintos: uno subjetivo y otro objetivo: el primero en relación con el órgano que afecta el servicio, en razón del cual, si el órgano es público, público - habrá de ser el servicio; el segundo, prescindiendo de la naturaleza misma que tenga el órgano que realice el servicio, y refiriendo éste exclusivamente a su alcance social, es decir, a la masa, más o menos extensa, a quien pudiera afectar el servicio de que se trata.

El punto de vista subjetivo es deficiente, en cuanto que el órgano público, del Estado, puede realizar funciones, que aun indicando actividades públicas, no por eso significan verdaderamente servicios públicos, sino que realizan actos que responden a principios jurídicos de derecho privado. No por esto dejan esas actividades de dar lugar a servicios de naturaleza administrativa, la cual así se diferencia de los servicios públicos, a la manera, clásicamente establecida, entre el género y la especie: todo servicio público es un servicio administrativo; pero no todo servicio administrativo constituye un servicio público.

(*). Santa Maria de Paredes.

Uno y otro se realizan por el mismo órgano; pero difieren en cuanto a los medios jurídicos, que son distintos, y a los fines propuestos, que cambian también. El servicio será público cuando se realiza por la Administración, según su régimen jurídico de Derecho público, y con un propósito también. Estas tres nociones son las que caracterizan el servicio público que se trata de definir.

... puede realizarse por ella directamente, o por la interposición de un particular o empresa que obre con las facultades propias de la Administración misma. ...

... Y, por último, al anotar el propósito del servicio - se ratifica la idea de que ha de afectar a un complejo de intereses, que no se determina de una manera personal y concreta, sino indefinida y general.

Y, finalmente, para HAURIUO se trata de un servicio técnico, prestado al público de una manera regular y continua - por una organización pública y para la satisfacción del orden público-.

Partiendo de esta última definición, encontramos en ella tres ideas fundamentales, que tenemos que recoger como punto de partida para las explicaciones que han de seguir en este capítulo.

La primera idea es la que afecta a su creación: el servicio público deriva de una organización pública.

La segunda es la de su estructura: es un servicio técnico, que se presta al público.

La tercera idea es la del funcionamiento del servicio: - el servicio ha de funcionar de una manera regular y continua. " (40)

Volviendo con nuestro tema de los contratos administrativos, el profesor Héctor Jorge Escola considera que el objeto de los contratos administrativos es el servicio público, - al extraer otra conclusión:

"De todo lo expuesto, puede extraerse una nueva conclusión, para ser tenida en cuenta al efectuar la caracterización de los contratos administrativos: estos contratos tienen - por objeto directo el servicio público, en sentido general y

amplio o sea, la satisfacción del interés público, de las necesidades colectivas." (41)

Esta conclusión expuesta por el maestro Héctor Jorge Escola, de decir que el objeto directo de los contratos administrativos es el servicio público es inadmisibles por las siguientes razones:

1. Como se ha señalado anteriormente en los elementos esenciales del acto jurídico, la mayoría de los tratadistas coincide y señala como segundo elemento del acto jurídico, al objeto: En los actos jurídicos se debe distinguir el objeto directo del objeto indirecto.
2. El objeto directo consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos o obligaciones.
3. Existe un objeto indirecto que solamente se presenta en los contratos y convenios.
4. Ya dentro de la teoría administrativa el maestro mexicano Miguel Acosta Romero divide el objeto en: "...
 - a) objeto directo o inmediato. Es la creación, transmisión, modificación, reconocimiento o extinción de derechos y obligaciones dentro de la actividad del órgano administrativo y en la materia en la que tiene competencia.
 - b) El objeto indirecto o mediato. Será realizar la actividad del órgano del Estado, cumplir con sus cometidos, ejercer la potestad pública que tiene encomendada." (42)
5. Miguel Acosta Romero, señala los requisitos del objeto: "...
 1. Debe ser posible física y jurídicamente;
 2. Debe ser lícito;
 3. Debe ser realizado dentro de las facultades que le otorga la competencia al órgano administrativo que lo emite (criterio de la especialidad)." (43)

Como se puede apreciar, el profesor Héctor Jorge Escola confunde la teoría de los servicios públicos con el objeto directo del contrato administrativo.

La confusión en que incurre, se debe probablemente:

41. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. 1. P. 114.

42. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 421.

43. IBIDEM. ob. cit., P. 421.

1. La vaguedad e imprecisión del concepto -Servicio Público-.
2. La utilización crea confusiones, por no saber en forma precisa, cuantitativamente y cualitativamente el universo de los servicios públicos.
3. La teoría del servicio público, su concepto históricamente ha sido variable por corresponder a diferentes épocas - con situaciones jurídicas diferentes, lo que ha traído concepciones diferentes.

En el estudio del Dr. Jose Ignacio Monedero Gil señala:

"Es la doctrina clásica de contrato administrativo según el pensamiento francés. Conforme a esta posición, la vinculación directa del contrato con las necesidades de los servicios públicos justifica el que los poderes administrativos prorroguen su vigencia al ámbito del contrato que les sirve de instrumento de ejecución. Cuando la vinculación es indirecta o remota, deberá aplicarse el Derecho común por ser el Derecho general y el más respetuoso con los individuos y sus intereses." (44)

Dentro de nuestros autores, de lo que podría extraerse como defensores de los que tratan de explicar al contrato administrativo, dentro de la teoría de los servicios públicos es el Dr. Gabino Fraga Magaña.

"... solamente los contratos que interesan el funcionamiento mismo de los servicios públicos son contratos administrativos sujetos a un régimen especial, y finalmente, que todas las reglas de organización y funcionamiento de un servicio público son modificables en cualquier momento por las leyes y reglamentos, de acuerdo con las necesidades del interés general." (45)

El tratadista Luis Humberto Delgadillo Gutierrez, señala que la teoría de los servicios públicos no ha tenido significación en nuestro derecho al decir:

"La institución del servicio público no ha tenido una gran significación doctrinal ni legislativa en nuestro país, posiblemente debido a que las disposiciones constitucionales

44. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 285-289.

45. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 24.

y legales relacionadas con los servicios públicos se han perdido, en el ejercicio de la función administrativa que realiza el Poder Ejecutivo. Los tribunales administrativos: el fiscal de la federación y el de lo Contencioso Administrativo - del Distrito Federal, no han tenido que precisar su competencia respecto de los servicios públicos, ya que los ordenamientos legales que los rigen la han delimitado en forma precisa." (46)

Por último, podemos mencionar como corolario, en nuestra Constitución hace referencia al "servicio público", en los siguientes artículos:

Artículo 3 fracción IX. Artículo 5 párrafo IV. Artículo 13. Artículo 27 párrafo VI y fracciones II y VI. Artículo 28 párrafo V, IX, y X. Artículo 73 fracciones XXV y XXIX punto 4. Artículo 110 párrafo III. Artículo 115 fracciones III y IV inciso c. Artículo 116 fracción VI. Artículo 123 fracción XVIII y Artículo 132.

Y también en diversos ordenamientos legales se señala servicios comprendidos como "servicio público" en las leyes: Ley Federal del Trabajo, Ley Federal de Educación, Ley de Vías Generales de Comunicación. etc.

b) La cláusula exorbitante.

Definiciones doctrinales de la cláusula exorbitantes.

Retortilla Baquer.

"No es extraño encontrar en el contrato administrativo - algunas facetas en las que tal superioridad de la Administración no sólo no se da en relación con los contratos privados, sino que, muy al contrario, la Administración se encuentra en una situación menos ventajosa que la que un particular tiene en relación con otro en un contrato privado; es esa la faceta en la que las cláusulas exorbitantes del derecho común ... restringen y limitan la posición contractual de la Administra

46. Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. ob. cit., P. 208-209.

ción en comparación con la que un sujeto de derecho privado pueda tener." (47)

Definiciones de la cláusula exorbitante por el Consejo de Estado Frances:

"Son estipulaciones que tienen por objeto conferir derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a la contratación civil o comercial y cláusulas que difieren, por su naturaleza, de aquellas que aparecen en un contrato análogo de derecho civil." (48)

"Segun una primera interpretación muy restrictiva, la cláusula exorbitante del derecho común sería la cláusula imposible de introducir en un contrato intervenido entre particulares. La jurisprudencia, sin embargo, utilizo la expresión de cláusulas que no son susceptibles de ser libremente consentidas en el marco de las leyes civiles y comerciales." (49)

Dictamen de la Procuraduría General de la República. Caracas-Venezuela.

"Se entiende las cláusulas exorbitantes como aquellas que salen de la orbita del derecho común y colocan a la Administración, no sólo en una situación de privilegio --que es lo usual-- sino que, en virtud de las mismas, puede, incluso, la Administración sacrificarse en aras de un interes público y pactar condiciones tan desventajosas que serían inconcebibles en un particular que contrate." (50)

Es por esta razón, que esta posición construida también por la jurisprudencia y doctrina francesa establece que son contratos administrativos aquellos celebrado por la Administración que tiene incertada de cláusulas exorbitantes. Estas cláusulas en el derecho privado serían ilícitas y que solo podran hallar validez de explicación en el ambito del contrato administrativo.

Entre las criticas que se han formulado esta en considerar que lo que es ilícito para los particulares es también ilícito para la Administración.

47. Retortilla Baquer. cit. pos. Farias Mata, Luis Henrique. - ob. cit., P. 136.

48. Gustavo Arrieta, Carlos. De los contratos administrativos. Revista del Colegio Mayor de nuestra señora del Rosario. Nos. 461-462. Año LVII. Marzo-Julio 1963. Colombia. P. 159

Se podrá afirmar que entre el contrato de derecho civil y el contrato de derecho administrativo no puede haber contraste. Podrá haber una especialidad y esta constituye una excepción a la regla general.

Como se analizara en los siguientes capítulos, la especialidad se manifiesta en formas particulares de contratación, formas diferentes para decretar la nulidad, diferentes formas de terminación, de interpretación de los contratos administrativos. etc.

"La doctrina de la cláusula axorbitante mira más hacia el régimen jurídico del contrato en sí mismo considerado que al por qué del fenómeno contractual que no es otro que los intereses públicos que se trata de tutelar mediante la cláusula." (51)

Otro sector de la doctrina, señala la dificultad de poder diferenciar los contratos administrativos de los contratos de derecho civil por medio de las cláusulas exorbitantes, al decir:

"Sin embargo, este criterio ha sido objeto de objeciones muy fundadas, principalmente por cuanto se ha advertido que aun en los casos en que no exista en forma expresa cláusula de este tipo, la administración siempre mantiene, en los contratos de naturaleza administrativa, una preposición predominante, que se manifiesta en la existencia de poderes o atribuciones que en su conjunto no son sino manifestaciones de las distintas potestades administrativas." (52)

Este criterio, es creado por el Consejo de Estado Francés, sin embargo, no explica el porqué la administración:

"... en los contratos administrativos, tiene prerrogativas especiales o exorbitantes, mientras que no las posee, o por lo menos no las pone de manifiesto, cuando celebra contratos de derecho privado." (53)

49. Autor Anónimo. ob. cit., P. 102.

50. Farias Mata, Luis Henrique. ob. cit., P. 136.

51. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 285-289.

52. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 103.

53. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 103.

Una crítica especial que se le hace en torno a las cláusula exorbitantes es que el Estado siempre goza de prerrogativas especiales, aun cuando no existan cláusulas específicas en el contrato que otorga.

La ausencia de tales cláusulas no impide en considerar a los contratos administrativos distintos de los contratos privados.

"De ahí la doctrina que sustenta el criterio de la cláusula exorbitante haya tenido que admitir, además de las cláusulas expresas, especiales o concretas, cláusulas exorbitantes virtuales o implícitas, que son aquellas que no aparece - escrita en el texto del contrato, existen igualmente, ya que por principio no necesitan ser consignadas especialmente. Notese que lo verdaderamente exorbitante del derecho privado es que existan cláusulas que integren un contrato, sin haber sido consignadas ni pactadas especialmente por las partes, o al menos aceptadas expresamente por el cocontratante de la administración." (54)

Es de suma importancia lo señalado por el tratadista - Héctor Jorge Escola en cuanto a las cláusulas exorbitantes, - ya que estas podrán ser:

- a) Cláusula expresas, especiales o concretas.
- b) Cláusulas virtuales o implícitas.

c) Las formalidades.

Las formalidades en las etapas de generación, celebración y ejecución del contrato administrativo ha sido puesta en tela de juicio por la mayoría de los tratadistas del Derecho Administrativo, para deducir el elemento diferenciador de los contratos administrativos frente al sistema liberal y espiritualista del contrato civil.

Su crítica salta a la vista, y es que en realidad cualquier tipo de los contratos celebrados por el Estado es nece-

54. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 79.

sariamente formal.

Más aparte el formalismo no es cualidad típica de los Contratos Administrativos, sino de la mayor parte de los contratos en general y en los propios actos de la administración.

La mayoría de los administrativistas coincide en que la celebración misma del contrato administrativo esta sujeto a formalidades concretas, especialmente determinadas con antelación y se rodea de formalidades propias, lo que no acontece con los contratos privados. Además la forma a los contratos administrativos no sólo es condición, sino que es parte integrante del consentimiento por lo menos de las personas obligadas, ya que por medio de ella se manifiesta y por su virtud se conoce.

d) La jurisdicción.

El fuero especial de lo contencioso administrativo que ostenta para algunos autores el contrato administrativo es un dato sobresaliente para hacer el distinguo, ya sea, que así lo dispone un precepto legal, por haberse pactado o por decidirse jurisdiccionalmente en razón de sus modalidades propias.

Mientras que los contratos de derecho privado serían aquellos que quedan sometidos a la competencia de la jurisdicción común.

Nuestra doctrina, ha señalado que la totalidad de los contratos administrativos, son de la competencia de los Tribunales Judiciales de la Federación.

La doctrina extranjera, manifiesta con precisión que cuando la naturaleza misma del contrato es administrativo porque responde a los caracteres propios de estos es consecuencia que le corresponde a la jurisdicción contenciosa-administrativa.

En nuestra legislación ningún contrato administrativo esta sujeta a la competencia de los tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Se señala que se sujetara a la Jurisdicción de los tribunales federales. Vgr. Artículo 3 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, Artículo 50 parrafo segundo de la Ley de

de Obras Públicas.

Por tal motivo nuestro legislador ha señalado con precisión en la Ley Organica del Poder Judicial de la Federación - lo siguiente:

- Art. 25. Corresponde conocer a la segunda sala: ...
 VII. De las controversias que se susciten entre tribunales federales de diversos Circuitos, con motivo de los asuntos a que se refiera la fracción 1 del artículo 52 de esta ley.
- Art. 52. Los jueces de Distrito en materia administrativa conocerán:
 1. De las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de las leyes federales, cuando deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad o de un procedimiento seguido por autoridades administrativas; ...

Es importante en dejar señalado en este preciso momento:

Lo señalado por nuestra Ley Organica del Tribunal Fiscal de la Federación:

- Art. 23.- Las Salas Regionales conocerán de los juicios que se inicien contra 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 de la administración pública centralizada.

Es importante en señalar la siguiente crítica:

Como se aprecia literalmente del precepto legal, se refiere a la administración pública centralizada y excluye definitivamente a la administración pública paraestatal.

e) La desigualdad radical de las partes.

"Son contratos administrativos, se dice, aquellos en que el Estado es parte, aquellos que se concluye con la Administración pública, o los concluidos por ésta obrando como poder público." (55)

La crítica es por lo tanto:

"... dicho criterio no permite precisar cuándo la Administración pública obra como tal, celebrando un contrato administrativo, y cuando actúa como persona de derecho privado, celebrando entonces contratos comunes, cuestión que debe ser dilucidada atendiendo a una noción extraña a la participación misma de la administración pública en el contrato." (56)

55. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P. 169-189.

56. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. 1. P. 98-103.

Como se desprende, el nucleo generador de las peculiaridades es la desigualdad de las partes, esto es, el contrato administrativo, siempre una de las partes es la Administración Pública, esta desigualdad juridica se traduce, pues en los poderes que tiene la misma Administración para:

- 1) Adaptarlo a las necesidades públicas, variando consiguientemente, dentro de ciertos limites, condiciones y circunstancia de las obligaciones contraidas a cargo del cocontratante particular.
- 2) La facultad de ejecutar el contrato por si o por un tercero, en caso de incumplimiento del cocontratante o por mora.
- 3) La facultad de revocarlo cuando el interes público lo exija.

Esto se analizara en los siguientes capitulos con una mayor profundidad.

f) El giro o trafico de la administración.

Esta teoria se funda en la competencia de cada órgano de la Administración, que al ejecutarse le impregna color administrativo, cuando se llega al contrato con los particulares.

Sin embargo, para la doctrina y Jurisprudencia Española, según nos menciona los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomas Ramon Fernandez considera que el giro o trafico de la administración, es igual, cuando del texto positivo de la Ley de Contratos de Estado de 8 de abril modificada el 17 de marzo de 1973 se expresa --finalidades de obras y servicios públicos--, es así como esta reconocida actuakmente por la Jurisprudencia Española.

g) La adhesión.

Sobre la naturaleza de los contratos de adhesión, se analizara en paginas posteriores.

En los contratos administrativos como lo menciona el Dr. Gabino Fraga Magaña existe la colaboración voluntaria por parte de los particulares, y si se examina el significado de colaborador se tiene:

"... no perder de vista el sentido etimológico y gramatical de la palabra. Colaborar viene del latín --cum-- (con) y --laborara-- (trabajar). La idea básica es, pues, la de -trabajar juntos o coincidir en el trabajo. Por su parte --co-laborador-- es, según el diccionario de la Academia, --compañero en la formación de alguna obra--. Todo el conjunto espuesto encierra la idea de compañía, de armonía y de buena correspondencia entre personas en base a una finalidad de intereses común." (57)

Es por este motivo, que la crítica de los contratos de adhesión, no está la típica negociación de los contratos y la posición debilitada de la voluntad del particular es la nota diferenciadora de este tipo de contrato, perteneciente a los contratos públicos, en contraste con los contratos privados y contratos administrativos.

h) El interés público.

A fuerza de depurar las distintas posiciones doctrinales, algunos juristas llegan al concepto de interés público como el alma de los contratos administrativos.

Sentido amplio de interés público:

"Todo aquello que conviene al desenvolvimiento y utilidad de la comunidad y, cabe añadir, para impulsarlo existe el Estado y la Administración pública como parte de aquél, organizado de una determinada forma para este fin." (58)

"En primer término, el interés público, --no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad imprecisable; es sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes--.

Por lo demás, el interés público no es el interés de la administración pública, no puede consustanciarse con el interés de esta, pues puede ser el interés para la administración --al menos de interés material-- algo que no sea de verdadero interés público. Así, por ejemplo, el juego es contrario al -

57. Monedero Gil, José Ignacio. ob. cit., P. 381-382.

58. IBIDEM. ob. cit., P. 92.

interés público, no obstante lo cual, cuando es explotado por la administración en casinos, hipodromos o loterías, redunda en beneficio de ésta.

Así mismo, el interés público no puede entenderse limitada exclusivamente a la convivencia material o económica. En su concepción debe tenerse presente, con valor esencial la necesidad de mantener el principio de justicia, ya que lo que conviene a la comunidad, en caso de ser injusto, no es un auténtico interés público.

... conviene insistir en un aspecto especial: el de que el interés público no es el simple bienestar general -concepto vago e impreciso-, sino que es la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, intereses individuales que deben ser personales y directos.

Ese interés público, así entendido, es no sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales y directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo." (59)

"De ahí ... la expresión --interés--, cuyo significado es el de provecho, utilidad, valor que en sí tiene una cosa, conveniencia o necesidad en el orden moral o material.

Ahora bien: el interés de que aquí tratamos es el interés colectivo, general o público, usándose indistintamente y como sinónimas todas esas expresiones complementarias.

Por ello es que preferimos emplear, como más correcta, la expresión -interés público-, no solo porque es admitida por gran parte de la doctrina, sino porque -público- es lo perteneciente al pueblo, a los vecinos, lo que se vincula con la población en sentido lato." (60)

Por eso:

"La administración pública es una entidad constituida por los diversos órganos del Poder Ejecutivo Federal, que tiene por finalidad realizar las tareas sociales, permanentes y eficaces del interés general, que la Constitución y las leyes

59. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 123-127.

60. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 119.

administrativas señalan al Estado para dar satisfacción a las necesidades generales de una Nación." (61)

La crítica que se ha elaborado en torno al interés público es:

En las decisiones de la Administración debe estar sujeta al Derecho a la legalidad.

El derecho privado está dominado por el interés particular que protege y es la base de su desenvolvimiento.

Como se ha señalado, la Administración debe estar sujeta al derecho a la legalidad, y es precisamente en interés público el que independiza y justifica las finalidades del Derecho Administrativo.

"El derecho a la legalidad se descompone de una serie de derechos, como son el derecho a la competencia, el derecho a la forma, el derecho al motivo, el derecho al objeto y el derecho al fin prescrito por la ley." (62)

Como puede apreciarse, fuera de la ley, los administrados pierden la legitimidad de sus actos y caen en el terreno de lo arbitrario y de lo ilícito.

Es importante en tener presente que la expresión "interés" tiene diversos significados, tal como lo he hecho notar Héctor Jorge Escola.

Nuestra doctrina ha señalado:

"La necesidad pública es la que le corresponde satisfacer el Estado en orden a sus atribuciones y a su propia conservación política. La necesidad pública no es como pudiera pensarse una necesidad general a todos los habitantes del país, sino que se trata de una necesidad que afecta a un número más o menos grande de habitantes, pero que de no satisfacerse, crearía una situación de malestar social, o impediría en un momento, el desarrollo del país en general." (63)

Como se puede apreciar en esta definición, no se excluye el derecho a la legalidad, por la sencilla razón que se menciona:

"... en orden a sus atribuciones ...".

61. Serra Rojas, Andrés. ob. cit., T.I. P. 75.

62. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 434.

63. Gutiérrez Y González, Ernesto. ob. cit., P. 290.

Como ha quedado explicado en páginas anteriores, el concepto de atribuciones comprende el contenido de la actividad del Estado, y como se recordara de lo expuesto por el Dr. Andres Serra Rojas en cuanto a los principios de la actividad administrativa, se encuentra en primer lugar el principio de legitimidad.

Este principio comprende la autorización de la ley porque el sujeto de derecho se ha colocado en el supuesto normativo y tal autorización implica la facultad para desarrollar determinada actividad o conducta.

Con lo cual se podría decir, que el derecho a la legalidad se encuentra inmersa en las atribuciones del Estado.

2.2.6. Criterios para determinar el contrato administrativo.

Existe divergencia de opinión entre los autores Alfonso Nava Negrete y el Dr. Carlos Gustavo Arrieta.

El primero de ellos se expresa:

"... las razones o criterios que se conocen y que a nuestro juicio son aplicables al medio jurídico administrativo mexicano, son:

1. Por determinación de la ley.
2. Por libre voluntad de las partes.
3. Por el objeto o por la naturaleza misma del contrato."⁽⁶⁴⁾

Entre tanto el Dr. Carlos Gustavo Arrieta menciona:

"Hoy, los criterios a seguir para identificar el contrato administrativo, cuando no existe texto legal que determine su naturaleza, son los siguientes:

Tendrá esa categoría jurídica si su objetivo es la prestación o ejecución de un servicio público, si contiene cláusulas exorbitantes al derecho civil, y de consiguiente está gobernado por un régimen de derecho público. ...".⁽⁶⁵⁾

Lo mencionado por el Dr. Carlos Gustavo Arrieta cuando hace referencia al servicio público o a las cláusulas exorbitantes, se ha señalado anteriormente que ambas instituciones tiene imprecisión tanto en su concepto como en su contenido. Por este motivo debe prevalecer lo espuesto en los tres puntos del maestro mexicano Alfonso Nava Negrete y el último punto del Dr. Carlos Gustavo Arrieta.

Y en páginas posteriores el maestro Alfonso Nava Negrete aclara:

"La voluntad de la Administración al contratar no es arbitraria. La Administración nunca puede actuar desconociendo la fuerza imperativa del principio de legalidad que le constriñe a sujetar sus actos a la ley. Por esto mismo el primer paso a dar y que hemos dado es el consultar la ley para resol

64. Nava Negrete, Alfonso. ob. cit., P. 719.

65. Gustavo Arrieta, Carlos. ob. cit., P. 158-159.

ver si el contrato realizado por la Administración es un contrato público o privado. Puede suceder, ciertamente, que la resolución del legislador atribuyendo carácter público a un contrato de la Administración no coincida con la verdadera naturaleza intrínseca del contrato a la luz de criterios doctrinales, pero ello no impide la aplicación del régimen impuesto por la ley, que de no acontecer así quedaría burlada, desvirtuada, construyéndose un principio de anarquía. El juez no podría aplicar el derecho común a un contrato que la ley expresamente somete a un régimen jurídico administrativo-público, como tampoco aplicar este régimen a contratos que la ley ha resuelto se sometan al derecho civil." (66)

De las definiciones del contrato administrativo, citadas con antelación, se puede apreciar que en la definición señalada por el tratadista Miguel Ángel Bercaitz coincide en los puntos uno y tres, de los criterios dados por Alfonso Nava Negrete.

66. Nava Negrete, Alfonso. ob. cit., P. 725-726.

2.2.7. Fundamentos del contrato administrativo.

De lo expuesto hasta por el momento, podemos decir:

- a) En los contratos administrativos esta presente la personalidad del Estado, éste, como órgano político está establecido en los artículos 39, 40 y 41, y como persona jurídica, en el Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal en el artículo 25.

Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia Federal.

Art. 25.- Son personas morales.

I. La Nación, los Estados y los Municipios.

II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley.

III. Las sociedades civiles y mercantiles.

IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo - 123 de la Constitución Federal.

V. Las sociedades cooperativas y mutualistas, y

VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, - de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que - no fueren desconocidas por la ley.

VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.

Sugiero una reforma al artículo 25 del Código Civil en su fracción 1. para que se diga: La Federación, las Entidades Federativas y los Municipios.

La mayor parte de los tratadistas conciben el concepto de Nación desde un punto de vista sociológico; a los Estados, que sería propiamente "ESTADOS UNIDOS MEXICANOS" crea confusión y lo apropiado es el de Entidades Federativas, para hacerlo concordante con el artículo 40 y 43 Constitucional

El Estado tiene su propia organización, que conforme al artículo 49 Constitucional.

ART. 49.- El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

"... el estudio de esta materia se encauza a la función - administrativa que realiza uno de esos poderes, el Ejecutivo, el cual tiene su propia estructura, con características particulares, de acuerdo con las necesidades que le - plantea su funcionamiento.

... El funcionamiento de esta organización hace necesaria la utilización de diferentes formas de estructuración, de acuerdo con las necesidades y fines que se proponga la administración. Estas formas de organizar se determinan en - base a consideraciones, políticas y técnicas, en razón de la independencia de los órganos y la especialidad de la ma - teria de que deban conocer." (67)

Es así como nuestra Constitución en su artículo 90 establece:

ART. 90.- La administración pública federal será centralizada y paraestatal conforme a la ley orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.

Las leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos.

Es el Estado, que a través de la Administración Pública utiliza la técnica contractual para el cumplimiento de sus fines, contrae obligaciones y adquiere derechos frente a una persona privada o ante un ente público.

Para que el Estado llegue a este resultado, adopta, el papel de parte en el contrato, activo o pasivo, y para ser - parte en el contrato es necesario, según nuestro Derecho - civil, el ser sujeto de derechos, tanto a las personas físicas y jurídicas.

"Es en nuestro concepto, la personalidad jurídica del Estado es concomitante y nace paralelamente con el ente social, es decir, al constituirse un Estado independiente y - soberano, y autolimitarse, tiene derechos y obligaciones -

y, por lo tanto, tiene desde ese momento, personalidad jurídica, que no es ni una ficción, ni una creación abstracta del derecho. ...". (68)

En mi particular punto de vista no estoy de acuerdo con Miguel Acosta Romero cuando establece:

"El Estado mexicano soberano nació a la vida política y jurídica el 27 de septiembre de 1821 y ha permanecido como tal hasta nuestros días al margen de las formas de Estado y de Gobierno, que durante ese lapso ha tenido." (68)

Diferimos de esta posición de que el Estado mexicano nació el 27 de septiembre de 1821, ya que la mayoría de los tratadistas tanto del derecho constitucional como de administrativo, y en particular el Dr. Ignacio Burgoa establece:

"El virrey Apodaca no aprobó el Plan de Iguala, y comprendiendo que Iturbide actuaba por cuenta propia movido por ambiciones personales de poder, se aprestó ingenuamente para combatirlo, ya que había puesto a su disposición y bajo su mando todas las fuerzas armadas con que contaba el gobierno virreinal para obtener la rendición de Guerrero y lograr la pacificación del país. Inerte e impotente frente al ex jefe militar realista, Apodaca fue depuesto violentamente de su cargo por sus mismos y escasos partidarios, pues estimaron, no sin razón que él era el principal responsable de la situación desesperada en que se encontraba el gobierno virreinal, habiendo colocado en su lugar a don Francisco Novella. Por otra parte, como es bien sabido, durante el mes de agosto de 1821 llegó a Veracruz el que iría a ser gobernante de la Nueva España, don Juan O' Donoju, quien ni un solo momento pudo ejercer las funciones del cargo que se le había conferido, pues en la ciudad de Córdoba fue entrevistado por Iturbide para imponerle la firma de tratado que lleva el nombre de esta población y en el cual se confirmó el Plan de Iguala con la adición de que, si Fernando VII o algún miembro de su familia no aceptaban el trono del "Imperio Mexicano", en su lugar debería designarse a la persona que las "cortes imperiales" nombra

68. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 42.

69. IBIDEM. ob. cit., P. 43.

ran. Dominada la situación por Iturbide y rota la inútil y débil resistencia que aún osoner Novella, el 27 de septiembre de 1821 penetró triunfalmente en la vieja capital neoespañola el ejército de las Tres Garantías, es decir, - el sostenedor de los tres principios respectivos proclamados en el Plan de Iguala (unión, religión e independencia) , significando tal hecho la consumación de la independencia nacional.

Los acontecimientos que se desarrollaron a raíz de este - significativo fenómeno histórico revelan claramente por su gestación y finalidad las intenciones de Iturbide en el - sentido de convertirse en emperador de México, la Junta - Provisional Gubernativa que se había constituido para preparar la organización política del nuevo Estado, expide el 6 de octubre de 1821 la llamada Acta de Independencia del Imperio Mexicano, en la que, además de declararse la emancipación definitiva de la nación mexicana respecto de la - antigua España, se previó la estructuración de nuestro - país. ...". (70)

Es importante recordar que:

"... el virrey Apodaca recibió una carta de Fernando VII - en la que éste expresaba sus deseos de gobernar a la Nueva España como Estado Independiente para sustraerse a las limitaciones que el poder real imponía la Constitución de - 1812 que se vio constreñido a jurar y con la esperanza de convertirse en el soberano absoluto de la nueva nación. En dicha masiva, Fernando VII sugirió algunas bases políticas para el gobierno independiente de la Nueva España fincadas en la unión entre mexicanos y peninsulares y en la adopción de la religión católica estatal. Apodaca con todo sigilío convocó a diversos personajes de gran influencia a una reunión que debería celebrarse en la Profesa para dar cuntas a los asistentes con los designios reservados del rey, y con el objeto de poner en práctica los planes de pacificación que las citadas bases entrañaban, se comisionó a - Iturbide, quien habiendo logrado la aquiescencia de don - Vicente Guerrero (no sin cierta reticencia por parte de - éste), proclamó el Plan de Iguala cuyas prescripciones pri

70. Burgoa Orihuela, Ignacio. "Derecho Constitucional Mexicano". Quinta Edición. México D.F. Editorial Porrúa. S.A. 1984. P. 81.

ncipales eran las siguientes: la unión entre mexicanos y europeos, la conservación de la religión católica sin tolerarse ninguna otra y el establecimiento de una monarquía moderada que debiera intitularse "Imperio Mexicano", para cuyo Gobierno se llamaría a Fernando VII, pero que si éste no se presentaba a fin de prestar juramento a la Constitución que se expidiese serían invitados al trono diversos miembros de la casa reinante de España por orden sucesivo. Como se ve, dichos principios, a pesar de importar la emancipación política de la Nueva España, auspiciaban la creación de un régimen monárquico con tendencia absolutistas, que repugnaban a la verdadera ideología insurgente sustentada por el movimiento libertario del insigne Morelos y consignada en el Acta de Independencia de 1813 y en la Constitución de Apatzingan. (22 de octubre de 1814)."⁽⁷¹⁾

Es importante tener presente:

El 6 de octubre de 1821, se expide el Acta de Independencia del Imperio Mexicano.

El 17 de noviembre de 1821 se lanza la convocatoria para la integración de la asamblea constituyente.

El 24 de febrero de 1822 se declara instalada la asamblea constituyente.

El gobierno Imperial de Iturbide tuvo una efímera duración, pues el citado congreso constituyente, por decreto de 31 de marzo de 1823, declaró que el Poder Ejecutivo existente desde el 19 de mayo del año anterior cesaba en sus funciones, estableciendo que dicho poder lo ejerciera provisionalmente un cuerpo compuesto por tres miembros. En el cual se designa a Nicolás Bravo, Guadalupe Victoria y Pedro Celestino Negrete. Este cuerpo debería denominarse "SU PREMIO PODER EJECUTIVO".

Como se nota, Iturbide no pudo fungir como constituyente, pues este carácter no se lo reconocieron varias provincias.

Iturbide actuó como "convocante" a un nuevo congreso y cumplido este se disuelve el 30 de octubre de 1823.

El decreto de 21 de mayo de 1823, el Congreso Constituyen-

71. IBIDEM. ob. cit., P. 79-80.

yente Mexicano lanzo una convocatoria para la formación de un nuevo Congreso, dando las bases para la elección de diputados que lo integrarían, el 17 de junio de 1824, en la inteligencia de que, de acuerdo con ellas, el cuerpo legislativo por crearse debería quedar instalado a más tardar - el 31 de octubre de 1824.

El Cuerpo Constituyente quedó instalado el 7 de noviembre de 1823.

Se expide el 31 de enero de 1824 el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana optando por una República Federal. Iturbide, mediante el decreto de 8 de abril de 1824, el en un gesto de dignidad manifiesta al Congreso que obdicaba la corona, ya que siendo su coronación "obra de la violencia y de la fuerza y nula de derecho, no había lugar para discutir sobre dicha abdicación" y que quedaban insubsistente todos los actos que con el carácter de emperador hubiese realizado, así como el Plan de Iguala, los tratados de Cordoba y el decreto del 22 de febrero de 1822 en el cual se ceclara instalada la asamblea constituyente.

El 4 de octubre de 1824, se expide la PRIMERA CONSTITUCION DE MEXICO bajo el titulo CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS y también se opta como forma de organización a una República Federal.

Por lo tanto, el 4 de octubre de 1824 se crea el Estado Mexicano ya que:

"... fue el ordenamiento jurídico fundamental primario o originario de México, o sea, que en ella se creó el Estado Mexicano." (72)

Es por esta razón que el tratadista mexicano Andres Serra Rojas manifiesta que:

"El Estado mexicano se configura por primera vez en la Constitución Federal de 1824." (73)

"... el Estado surge el Derecho primario que las sociedades humanas en su devenir histórico crean o que se les decreta por una multiplicidad de circunstancias de diversa índole dadas en la realidad sociopolítica. En ese derecho

72. IBIDEM. ob. cit., P. 88-89.

73. Serra Rojas, Andrés. ob. cit., T. II. P. 377.

primario, que traduce y actualiza normativamente la tendencia de organizar política y socialmente a una nación o a las diversas comunidades nacionales que integran un cierto conglomerado humano, se crea el Estado como institución suprema, que no es sino el resultado sintético de los elementos humanos, geográficos y teleológicos que concurren a su formación. ...". (74)

El Lic. Ernesto Gutierrez Y Gonzalez explica la personalidad del Estado diciendo:

"En efecto, no hay norma jurídica alguna que determine que las secretarías son personas: No lo dice la Constitución en su artículo 90; No lo dice la Ley Organica de la Administración Pública Federal; No lo dice ninguna ley, y no podría decirlo, pues la Constitución no lo determina así .

..
Porque esa es la realidad, el Poder Ejecutivo Federal no es persona, sino que es sólo el órgano ejecutivo de la persona, de la única persona, que es Estado Unidos Mexicanos; y pretender hacer personas a las secretarías, cuando no lo es el órgano, pues resulta un absurdo.

Pero el hecho es que todos los legisladores, hablan de una manera bárbara y antijurídica, y dicen que la secretaria hace, que la secretaria determina, etc.". (75)

El Dr. Andres Serra Rojas manifiesta que:

"... La administración pública asume los fines del Estado, SIENDO LA UNICA PERSONIFICACION INTERNA DEL ESTADO, y su instrumento de relación permanente. Para que se manifieste una relación administrativa es preciso que, UNA DE LAS PARTES EN RELACION SEA LA ADMINISTRACION PUBLICA. En consecuencia la Administración Pública personifica al Poder del Estado.

La Administración Pública dispone de prerrogativas o potestades exorbitantes, de poderes propios de actuación. Realiza actos unilaterales, dispone de privilegio de decisión ejecutoria y de acción de oficio.". (76)

Luis Humberto Delgadillo Gutierrez enseña que:

74. Burgo Orihuela, Ignacio. ob. cit., P. 82-83.

75. Gutierrez Y Gonzalez, Ernesto. ob. cit., P. 902.

76. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. I. P. 131.

"En el campo de la ciencia jurídica ha sido necesario explicar y fundamentar en qué forma los entes, a quienes el derecho les reconoce personalidad, pueden actuar, obligarse y ejercer sus facultades. Así el Código Civil, en su artículo 27 establece que "Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos", por lo que, el Estado como persona moral (jurídica colectiva), actúa a través de los órganos que la Constitución y las leyes que de ella emanen, establecen.

... Por lo tanto, la administración pública federal que no tiene personalidad jurídica, es el medio para que el Estado cumpla con sus fines.

Por nuestra parte, consideramos que el órgano es la conjunción de los dos elementos señalados: un complejo de atribuciones cuya realización se confía a las personas que integran el elemento subjetivo, así como a las propias personas físicas a las que se confiere la competencia." (77)

Estamos de acuerdo con la tesis del Dr. Andres Serra Rojas al decir que la Administración Pública personifica al Poder del Estado.

Es importante en señalar:

"El Estado Mexicano, como persona jurídica sometida al derecho, sólo tiene una personalidad jurídica, por lo tanto, lo que se diga en contrario no deja de ser una cuestión metajurídica." (78)

Antes de enumerar el siguiente punto, el Dr. Andres Serra Rojas enseña que las Secretarías de Estado, representan al Estado, persona moral, en los casos que concierne a su Secretaría, la administración de los bienes del dominio público afectados a su dependencia, la celebración de contratos, la representación ante los tribunales de acuerdo con la ley, etc.

Como se ha visto el Estado Mexicano actúa tres personas jurídicas distintas, pero unidas en una federación, y son: La Federación, las Entidades Federativas y los Municipios.

77. Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. ob. cit., P. 76.

78. IBIDEM. ob. cit., P. 75.

- b) En los contratos administrativos se persigue el interes - público, general por oposición al interes privado que persigue los contratos privados.
- c) Los contratos administrativos exigen mayores formalidades que los contratos privados, por ejemplo: un procedimiento precontractual previo para otorgar el contrato administrativo.
- d) En cuanto a los tribunales que son de la competencia de - los contratos administrativos en nuestro derecho el Dr. Andres Serra Rojas señala con precisión:
- "El contrato administrativo tiene por fin el funcionamiento de un servicio público, o el cumplimiento de funciones de orden público, ambos regulados por el interes general, y sometidos como tales a la competencia de los tribunales administrativos en los países que tienen este régimen o a la jurisdicción de los tribunales federales en países como el nuestro." (79)
- e) En la interpretación del contrato administrativo, la doctrina nacional como extranjera señala que rige la Tesis de la voluntad declarada o Teoria de la declaración de voluntad.

Ya que:

"Las exigencias del funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, obligan en muchos casos a la administración y a los jueces a interpretar de una manera diversa a la acostumbrada en el derecho privado, ciertas estipulaciones, en vista de que contrapuesto el interés de la administración y de la colectividad, deba hacerse primar este último, a pesar de que la intención de las partes se halle expresada en sentido contrario o distinto.

Lo dicho nos conduce a sostener que el criterio definitivo en la interpretación de los contratos administrativos es - el interes público y la necesidad de que se asegure el normal funcionamiento de los servicios publicos. En tal virtud, las estipulaciones contenidas en un contrato administrativo cuando se relacionan con las naturales atribuciones de la administración, deben entenderse siempre en el -

79. Serra Rojas, Andres. ob. cit. T. II. P.563.

sentido que sea más favorable a ellas, ya que la razón de su existencia obedece en última instancia a garantizar permanentemente los intereses del Estado y la correcta satisfacción de las necesidades colectivas." (80)

Al igual nuestra JURISPRUDENCIA señala:

CONTRATOS, INTERPRETACION DE LOS.

La naturaleza de los contratos depende, no de la designación que les haya dado las partes, que puede ser erróneo sino de los hechos y actos consentidos por las mismas, en relación con las disposiciones legales aplicables, atenta la regla de interpretación del Código Civil vigente: "si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquéllas".

Séptima Época, Tercera Parte: Vols 103-108, Pág. 67. A. D. 5668/74. Inmobiliaria Hotelera, S.A. Unanimidad de 4 votos.

Segunda Sala. Jurisprudencia 1917-1975. Apendice al Semanario Judicial de la Federación 3^{er} Parte. Segunda Sala. P. 612.

- f) Por último, en los contratos administrativos puede resultar afectados a terceras personas, sin haber intervenido en su perfeccionamiento, por ejemplo: Los usuarios del servicio público.

He señalado categóricamente que diferimos de la posición de Miguel Acosta Romero, cuando señala que el Estado Mexicano nació el 27 de septiembre de 1821, ya que este acontecimiento significa solamente la Consumación de la Independencia Nacional.

Este dato es explicado claramente por nuestra doctrina y además se colabora con nuestra LEY SOBRE EL ESCUDO, LA BANDERA Y EL HIMNO NACIONAL.

Artículo 18.- En los términos del artículo 15 de esta ley, la Bandera Nacional deberá izarse:

- a) A toda asta en las siguientes fechas y conmemoraciones: ...
27 de septiembre:
Aniversario de la Consumación de la Independencia en 1821.

80. Valdarrama A, Alfonso. TEORIA GENERAL Y REGIMEN COLOMBIANO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Pontificia Universidad Católica Javeriana. Facultad de Ciencias Económicas. Volumen XVI. Editorial Argra. Bojota-Colombia [Tesis] Octubre 15 de 1946. P. 257.

Sin embargo, es menester en señalar una crítica a la LEY SOBRE EL ESCUDO, LA BANDERA Y EL HIMNO NACIONAL.

Con gran precisión se señala también el 5 de febrero como aniversario de las Constituciones de 1857 y 1917, pero se omite el 4 de octubre, que es el aniversario de nuestra Primera Constitución.

Nuestra doctrina del derecho civil y del derecho administrativo, coincide en señalar que las secretarías no son personas, por la sencilla razón en que no se encuentra plasmado en ningún ordenamiento jurídico.

Como se ha podido apreciar, el tratadista Luis Humberto Delgadillo Gutierrez ha señalado: "... La administración pública federal que no tiene personalidad jurídica es el medio para que el Estado cumpla con sus fines.", concordante con el Dr. Andres Serra Rojas al señalar que la Administración Pública es la personificación interna del Estado.

2.2.8. Figuras afines.

Como he señalado anteriormente, la doctrina ofrece diversos tipos de clasificaciones, pero para nuestro estudio seguiremos al Dr. Jose Ignacio Monedero Gil al clasificar, en tres grupos a los contratos del Estado y estos son:

"...

a) Clasificación ordinaria o común de los contratos del Estado.

b) Clasificación financiera de los contratos del Estado. La clasificación financiera de los contratos del Estado examina los diversos negocios desde el punto de vista del nacimiento de los fondos públicos que origina. Cuando el flujo de fondos va desde el tesoro a persona privada cabe denominarlos contratos de pasivo; si el movimiento de fondos es justamente inverso, reciben el nombre de contratos de activo; y por último si el contrato no origina movimiento de fondos públicos, los calificaremos de contratos neutros.

c) Clasificación jurídica de los contratos del Estado.

... El régimen jurídico de los contratos del Estado es siempre consecuencia de las normas que regulan la organización y funcionamiento de la Administración, esto es, del Derecho Administrativo. La circunstancia de que la Administración sea parte en una relación implica necesariamente una formulación jurídica sobre las reglas de fondo y forma a que la misma deba sujetarse.

... De aquí que agrupemos todos los negocios en una clasificación tripartita, atendiendo a la rama del Derecho predominante en los efectos del acto contractual, aun admitiendo la existencia de figuras difusas o atípicas.

A. Contratos privados: Civiles y mercantiles.

B. Contratos administrativos.

C. Contratos públicos. ". (81)

Dentro de la clasificación ordinaria o común de los contratos del Estado sufre diversas excepciones al derecho privado, y estas son:

81. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 266-272.

1. Nuestra legislación declara que los bienes de dominio privado pueden ser objeto de todos los contratos que regula el derecho común con excepción de los de comodato y las donaciones no autorizadas por ley.

Como se ha hecho notar, en paginas anteriores, se critica la supletoriedad del derecho civil y las situaciones debe legislarse en sede administrativa.

2. En el procedimiento judicial las instituciones, servicios y dependencia de la administración pública de la Federación y de las Entidades Federativas estarán exentos de prestar las garantías que se señala en el Código Federal de Procedimiento Civiles.

Dentro de la clasificación jurídica de los contratos del Estado, es importante aclarar:

1. Para nuestro estudio, no analizaremos cada uno de los contratos del Derecho Privado, y como se ha señalado con ante lación, nuestra legislación permite que se lleve a cabo contratos de comodato y donaciones, solamente en los casos en que exista una ley al efecto. Vgr. Art. 58 fracción IV y V de la Ley General de Bienes Nacionales.
2. En cuanto a la clasificación de los contratos administrati vos, se analizara con posterioridad, en esta parte, se analiza los contratos públicos.

EL CONTRATO PUBLICO.

"Calificaremos de contrato público aquellos convenios con los administrados que celebran los órganos de la Administración cuya generación, requisitos y efectos vienen establecidos íntegramente por el Derecho administrativo. En estos acuerdos la manifestación de la voluntad privada, a través de un acto de adhesión o de apatencia respecto de una situación jurídica prevista por el Ordenamiento y susceptible de ser reconocido por la Administración, actúa en un plano definido por el Derecho Público y con un alcance determinado por este.

... El contrato público es una genuina elaboración del Derecho administrativo, como se ha dicho, sólo coincide con el contrato civil en el núcleo consensual generador de los

efectos entre las partes." (82)

El contrato de adhesión o contrato por adhesión ofrece - en la doctrina extranjera variantes en cuanto a su naturaleza.

Como se ha visto el Español Jose Ignacio Monedero Gil lo considera un contrato autonomo en su clasificación jurídica - de los contratos del Estado.

Para el Argentino Héctor Jorge Escola, considera a este contrato como una especie del contrato administrativo, al decir:

"Finalmente, y en lo relativo a los llamados "Contratos de adhesión", debemos destacar que, a nuestro juicio, la adhesión, más que tipificar una clase de contratos, constituye - más bien un modo -de los más importante, por cierto- de formación del consentimiento en los contratos administrativos, - la mayoría de los cuales se constituye por formas de adhesión, ya que es la administración, como gestora del interes público, la que redacta e impone una fórmula que ha sido preparada de antemano y que los posibles cocontratantes no pueden discutir ni modificar, debiendo limitarse a aceptarla o rechazarla." (83)

Y añade el autor argentino:

"Esa posición privilegiada es la que le permite a la administración pública, entre otras cosas, fijar los términos, condiciones y cláusulas de la contratación administrativa en forma unilateral, de modo que el cocontratante particular, - justamente por su situación de subordinación, no puede entrar a discutir tales términos, sino que ante la oferta de la administración sólo puede aceptarla, adhiriéndose a ella, o rechazarla íntegramente, excluyendo así la celebración del contrato. El hecho de que existan casos en que esa situación de subordinación no se da, no aminora la exactitud de esa conclusión, ya que tales casos son, en verdad, excepcionales." (84)

El argentino Miguel Angel Bercaitz dice:

"La generalización de determinada clase de contratos y - la ruptura de la igualdad de las partes como consecuencia de

82. IBIDEM. ob. cit., P. 292.

83. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. 1. P. 238.

84. IBIDEM. ob. cit., vol. 1. P. 302-303.

la diferencia de potencialidad económica producida por la acumulación de grandes riquezas en manos de una sola persona o de una empresa, trajo como consecuencia la elaboración de un tipo especial de contrato cuya cláusula redactaba exclusivamente uno de los contratantes y aceptaba in totum el otro, sin que fuera posible ninguna discusión o deliberación.

Pertenece a SALEILLES su bautismo: -contrato de adhesión-, aun cuando algunos lo han llamado -contratos automatizados-. Su particularidad consiste únicamente en la forma de su concertación. En todo lo demás son exactamente iguales a los contratos de derecho privado." (85)

Anteriormente el contrato de adhesión no se le consideraba como a un contrato, para el propio Saleilles, simplemente lo concebía -una ley particular- al igual que Duguit.

"Sin embargo, lo cierto es que a partir de DEMOGUE se - aceptó que en la adhesión se formaliza un verdadero contrato.

En primer término, es evidente que en el contrato de adhesión existen dos intereses diferentes, que convergen a formularlo: el del contratante que formula la pauta del contrato y el del adherente, que la acepta por convenir de algún modo a su propio patrimonio.

Es cierto que en el contrato de adhesión existe una declaración de voluntad común, pero no lo es menos que ese acuerdo de voluntades no resulta de la libre discusión entre las partes, sino que se origina en un acto de aceptación de una - de ellas hacia una pauta o conjunto de disposiciones que ha - sido establecido unilateralmente por la otra." (86)

Para el Dr. Néstor De Buen Lozano encuentra una expresión más adecuada al decir:

"El contrato por adhesión, expresión que estimamos más - adecuada que la de contrato de adhesión, en cuanto que la primera trata de implicar un modo de contratar, y la segunda, - una clase especial de contrato, responde a la velocidad y certeza que las transacciones modernas exigen. Pero al mismo tiempo, esto quizá lo más importante de esta figura, constituye un reflejo directo de una tutela estatal sobre las activida-

85. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P. 21.

86. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. 1. P. 93.

des de los particulares, producto seguramente de un afán proteccionista que tiende a impedir que en la prestación de satisfactores indispensables para la vida moderna, el libre juego de las voluntades inclina las ventajas en favor del más poderoso y en perjuicio del más débil.

Los más importantes son:

- 1º El suministro de energía eléctrica.
- 2º El de servicio telefónico.
- 3º El de transporte terrestre, aéreo y marítimo.
- 4º El contrato ley, en materia laboral." (87)

En el estudio elaborado por el maestro Manuel Borja Soriano encuentra las características del contrato de adhesión al igual que el profesor Salle.

"... se puede distinguir en los autores seis particularidades del contrato de adhesión:

- La oferta se hace a una colectividad;
 - el convenio es obra exclusiva de una de las partes;
 - la reglamentación del contrato es compleja;
 - la situación del que ofrece es preponderante;
 - la oferta no puede ser discutida;
 - el contrato oculta un servicio privado de utilidad pública.
- (Salle, L' evolución Technique du contrat, núm. 15, págs. 48-49)." (88)

El Dr. Jose Ignacio Monedero Gil señala los requisitos del contrato público:

"La estructura-tipo interna de estos negocios coincide ordinariamente en los siguientes puntos:

- Prexistencia de una normatividad reguladora de los derechos y obligaciones de la Administración y del administrado en cuanto a una situación o relación bilateral voluntaria determinada.
- Manifestación espontánea de voluntad de un particular interesado en adquirir la situación jurídica definida por la norma mediante el reconocimiento de la misma por un acto especial de la Administración.
- Generación de un complejo recíproco de derechos y obligaciones económicas entre las partes, una vez constituida la si-

87. De Buen Lozano, Néstor. "La decadencia del Contrato. ..." P. 286-287.

88. Borja Soriano, Manuel. ob. cit., P. 131.

tuación jurídica, que encuentra esencialmente amparo en el Derecho Administrativo, razón por la cual puede ser modificada e incluso suprimida por una normativa ulterior con posible pérdida de derechos adquiridos o con modificación de las mismas.

Lo típico del contrato público es que el mutuo consentimiento versa en torno a la creación de una situación jurídica reglamentaria, de efectos recíprocos Administración-administrados que carece de firmeza o cristalización. El entremado -obligacional puede ser modificado e incluso revocado en los términos autorizados por las leyes y con las consecuencias - que éstas determinen. ...". (89)

En el contrato administrativo al igual que en el contrato público, existe intereses contrapuestos entre las partes, pero su radical diferencia es que el contrato público existe una dependencia hacia la Administración Pública, en cambio, - en los contratos administrativos existe una colaboración voluntaria por parte de los particulares.

Me adhiero a la tesis del Dr. Jose Ignacio Monedero Gil en considerar a los contratos por adhesión, un contrato autónomo.

La terminología correcta de los contratos de adhesión - es: "Contrato por adhesión", ya que implica un modo de contratar, tal como lo menciona el Dr. Néstor De Buen Lozano.

El Dr. Néstor De Buen Lozano, al señalar los más importantes contratos de adhesión, merece un especial comentario - al Contrato Ley, es menester tener presente:

I. El concepto de contrato ley, lo tenemos en la propia Ley - Federal de Trabajo.

Art. 404.- Contrato-ley es el convenio celebrado entre - uno o varios sindicatos de trabajadores y varios patrones, o uno o varios sindicatos de patrones, con efecto - de establecer las condiciones según las cuales debe prestarse el trabajo en una rama determinada de la industria, y declarado obligatorio en una o varias Entidades Federativas, en una o varias zonas económicas que abarquen una o más de dichas Entidades o en todo el territorio nacional.

2. El Dr. Néstor De Buen Lozano al analizar su naturaleza jurídica, considera:

"... Para nosotros se trata, simplemente, de un acto jurídico, en este caso, en lo esencial, de un acto debido de finalidad normativa, que por intervención del Poder Público se convierte en acto solemne, semejante al matrimonio y al testamento público. La solemnidad, que constituye un elemento de esencia de algunos negocios jurídicos es, por sí misma, un acto administrativo, ya que consiste en la participación constitutiva en el acto de un funcionario público.

La declaración de obligatoriedad, a cargo del titular del Poder Ejecutivo, es por otra parte, un acto análogo a la promulgación de las leyes, pero esta analogía no puede conducir a confundir al proceso de creación del contrato-ley, con un acto legislativo. La misma consideración cabe hacer respecto de la publicación en el Diario Oficial de la Federación o en algún periódico oficial de los Estados.

En estos instrumentos de publicidad no solamente tiene acogida los actos legislativos.

En virtud de lo expuesto afirmamos que la creación del contrato-ley se integra en un acto de derecho social de realización obligatoria para los patrones, que por lo mismo tiene el carácter de "acto debido", con una definida finalidad normativa, y perfeccionado por un acto administrativo del Poder Ejecutivo que le atribuye el carácter de solemne. Conjuga, entonces, un acto de derecho social con un acto de derecho público. En definitiva: un acto social debido, normativo y solemne." (90)

Como se ha manifestado anteriormente, el Derecho Administrativo, al igual que otras disciplinas jurídicas, tal es el caso del Derecho del Trabajo, se esfuerzan por elaborar sus propios principios, por tal motivo, en el derecho del trabajo, se agrega otra categoría de los actos jurídicos, y es precisamente el acto debido.

90. De Buen Lozano, Néstor. "Derecho del Trabajo". Tomo segundo. Sexta edición. México D.F. Editorial Porrúa. S.A. - 1985. P. 805.

Por acto debido se debe entender:

"...

D) Acto debido. Es toda manifestación de voluntad que resulta del cumplimiento de una norma legal o de un pacto celebrado, a su vez, en cumplimiento de una norma legal." (91)

"... La única diferencia que guardan respecto de los negocios jurídicos radica en que su celebración constituye una obligación para alguno de los destinatarios de la norma." (92)

3. Estamos de acuerdo con el Dr. Néstor De Buen en considerar al contrato-ley en un acto jurídico dentro de la categoría de los "actos debidos", y no como a un contrato.

4. Compartimos la tesis del Dr. Néstor De Buen al considerar que la relación de trabajo no nace de un contrato.

"... la exclusión del contrato como presupuesto necesario para el nacimiento de la relación de trabajo." (93)

Por tal motivo al contrato=ley no se le debe de considerar a un contrato propiamente dicho.

91. IBIDEM. "Derecho Del Trabajo". T. I. P. 486.

92. IBIDEM. ob. cit., T. I. P. 489.

93. IBIDEM. ob. cit., T. I. P. 517.

2.3. Clasificación de los contratos administrativos.

2.3.1. Diferentes clasificaciones doctrinales.

En este punto la doctrina extranjera ofrece discrepancias en cuanto no hay unanimidad, es saber cuantos contratos administrativos forman el universo de esta categoría.

Julio Alberto D'avis al igual que el Dr. Andres Serra - Rojas considera que la relación de empleo público no puede - considerarse un contrato administrativo, criterio doctrinal - que considero ser el adecuado.

Julio Alberto D'avis menciona que:

"No existe acuerdo en la doctrina no sólo a la clasificación, sino también a la simple enumeración de los contratos administrativos. En efecto, ellos han sido catalogados desde ángulos contrapuestos, lo que determina su variable agrupación científica. Por otra parte, algunos autores consideran como contratos administrativos ciertos actos que, para otras - corrientes, no tienen ese carácter; así por ejemplo, algunos administrativistas, inspirados en la teoría contractual de la relación jurídica entre el funcionario y el Estado -que nosotros no hemos aceptado- consideran que tal relación, emergente de la Función Pública, constituye un contrato administrativo sui-géneris, que se perfecciona entre el Estado y el agente o empleado público, mientras otras escuelas niegan rotundamente ese pretendido contractualismo." (94)

Al igual que el Dr. Antonio Lancis Y Sánchez consideran que:

"... no puede hablarse propiamente de una clasificación de los contratos administrativos, ya que lo que comunmente - suele hacerse de los mismos, es una enumeración. ... con frecuencia acude el Estado y los demás organismos públicos para la satisfacción de ciertas necesidades." (95)

Es el Dr. Cesar Tinoco Richter, el que ofrece diferentes tipos de contratos administrativos. Los contratos administrativos públicos se pueden enumerar en los siguientes tipos:

94. Alberto D'avis, Julio "Curso de Derecho Administrativo". 1er. edición. La paz-Bolivia. Editorial letras, 1960. P. 379.

95. Lancis Y Sánchez, Antonio. ob. cit., P. 425-426.

1. Contrato de suministro;
2. Contrato de obras y servicios públicos;
3. Contrato de empréstito;
4. Contrato de transportes;
5. Concesiones. .". (96)

El Dr. Andres Serra Rojas no considera dentro de la clasificación de los contratos administrativos al empréstito y a la concesión, en cuanto al empréstito como ya se vio al principio de su obra señala que el empréstito es un contrato admnistrativo y más adelante él mismo ya no lo considera como a un contrato administrativo, creemos que debe prevalecer la tesis en considerar al EMPRESTITO como a una especie del CONTRATO ADMINISTRATIVO.

En cuanto a las concesiones, la mayoría de nuestros autores no lo consideran como a un contrato administrativo.

Héctor Jorge Escola analiza diferentes clasificaciones, para enumerar su propia clasificación al concluir de analizar a diferentes autores y señala:

"... que las principales y más comunes contratos administrativos son -en concreto- las que a continuación se indican:

- a) concesión de servicios públicos;
- b) contrato de obra pública;
- c) contrato de función o empleo público;
- d) contrato de suministro;
- e) contrato de empréstito o deuda pública; y
- f) concesión de ocupación y uso de bienes del dominio público." (97)

Como lo he manifestado anteriormente, compartimos la tesis del Dr. Andres Serra Rojas y de Julio Alberto D'avis en - considerar que el contrato de función o empleo público no forma parte de los Contratos Administrativos.

Héctor Jorge Escola plantea:

"... la cuestión de determinar si es posible la existencia de contratos administrativos innominados.

96. Tinoco Richter, Cesar. ob. cit., P. 89.

97. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 243.

... Ninguna norma puede exigir que la administración pública celebre sólo contratos nominados y, por ello, estando conferida la atribución de contratar, el órgano que tenga esa atribución puede celebrar contratos de todo tipo, nominados o innominados, excepto que la ley, expresa y directamente, le haya vedado celebrar alguna clase de contrato especificado. Pero la atribución de formalizar contratos innominados subsistirá con toda la amplitud que ella implica." (98)

El Dr. Jose Ignacio Monedero Gil con acertado criterio jurídico dice:

"Desde el punto de vista de ese régimen jurídico, los contratos administrativos se pueden dividir en dos grupos:

--Legales.

--Convencionales.

Legales. Son aquellos que están tipificados como administrativos.

Convencionales. Comprende este grupo a todos aquellos contratos que, careciendo de tipificación jurídica, son calificados por vía de cláusula en el pliego como administrativos por el órgano de contratación competente, en base a su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o a revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela de interés público para el desarrollo del contrato.

La diferencia entre uno y otro grupo estriba en que así como los contratos administrativos legales reciben esta calificación por imperio de la norma y, por ende, no puede ser discutida su naturaleza por el órgano o por la parte privada contratante, los contratos administrativos convencionales implican un juicio discrecional de la Administración.

... Todas las figuras del Derecho civil y mercantil, típicas o atípicas, pueden quedar convertidas en contratos administrativos, habida cuenta de la índole de su conexión con el interés o los servicios públicos de la Administración. Siempre que después de la celebración del contrato quede en pie un interés público móvil dependiendo su realización del

cumplimiento de lo pactado para cuya defensa sea insuficiente el mecanismo del Derecho Civil, debiera la Administración (administrativizar) el contrato y prorrogar al máximo el ejercicio de sus prerrogativas o poder jurídico." (99)

Como se puede ver de lo transcrito el Dr. Jose Ignacio Monedero Gil al igual que Héctor Jorge Escola estan consientes en que la Administración puede hacer uso de los contratos innominados.

A continuación, en los incisos siguientes se analizara algunos de los contratos administrativos, ya que resulta imposible saber cuantos contratos administrativos forman esta categoria.

Como se puede apreciar en los diferentes tipos de contratos administrativos que menciona el Dr. Cesar Tinoco Richter, al mencionar a los contratos de transportes induce a un error

El contrato de transporte, cuando la relación es del transportista al pasajero, se le debe de considerar, como a un contrato público.

En nuestro estudio, diferimos que la concesión sea una especie del contrato administrativo.

Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se ha referido que el transporte de correos, de las comunicaciones telegraficas y ferrocarriles. Son actividades que corresponden a las areas estrategicas [Art. 28 Constitucional] y es realizado por los organismos descentralizados.

Fuera de estos casos, se viene realizando a traves de concesiones.

Podemos mencionar como corolario que el Código de Comercio regula el transporte terrestre y fluvial en los articulos 576 al 604.

El transporte maritimo en la Ley de Navegación y Comercio Maritimos.

Y el transporte aereo en la Ley de Vias Generales de Comunicación.

99. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 281.

2.3.2. El empréstito.

Noción conceptual:

Héctor Jorge Escola.

"En ciertas ocasiones, se ha llegado a utilizar como sinónimo erróneamente, las expresiones "empréstito público", y "deuda pública", no obstante que se refiere a conceptos que, a pesar de estar vinculados, son muy diferentes entre sí.

La expresión "Credito", tomada aisladamente significa - tanto como creencia, apoyo o confianza en algo o en alguien, cuyas condiciones y méritos son los que generan creencia o - confianza.

En cambio, por "credito público" puede entenderse la aptitud política, económica, jurídica e incluso moral de un Estado para lograr la obtención de dinero o de bienes en préstamo, basado en la confianza que inspira a quienes suministran ese dinero o esos bienes, sobre la base de sus recursos, de su patrimonio y de su conducta anterior, y que es lo que - permite alcanzar la disposición de capitales ajenos libres y voluntariamente entregados.

El "empréstito público", es, en sentido general, la operación o el procedimiento mediante el cual el Estado logra de los particulares los capitales que le son necesarios, obligándose por su parte a pagarles determinados intereses y a reembolsarles el capital facilitando dentro de un plazo o al vencimiento de un término dado.

La idea de "deuda pública", por su parte, está referida al mismo objeto especificado en el concepto anterior, pero - contemplado desde un punto de vista distinto, es, justamente, el aspecto pasivo del empréstito.

Por nuestra parte, preferimos afirmar la noción conceptual del empréstito público diciendo que es el procedimiento, sujeto a normas de derecho público, mediante el cual el Estado obtiene de los particulares un préstamo de dinero, para - aplicarlo a urgencias imprevistas que no pueden atenderse de otro modo, o para solventar empresas de utilidad nacional, - obligándose a pagar un interés y a reembolsarlo y cancelarlo dentro de las condiciones que hayan sido fijadas de antemano.

.. (100)

100. Jorge Escola, Héctor. "Tratado Integral de los Contratos Administrativos". Volumen II. 1er edición. Buenos Aires-Argentina. Ediciones de Palma, 1977. P. 558.

Dr. Andres Serra Rojas.

"En terminos generales el empréstito es un contrato, público o privado, por el cual se recurre a un crédito a corto, mediano o largo plazo, en condiciones previamente determinadas. La palabra empréstito se emplea con frecuencia para designar los actos de crédito público.

El empréstito es un contrato administrativo, o contrato público, que tiene por objeto un crédito o interés fijo, a largo plazo, que precisa la forma del servicio, de intereses o del reembolso del capital, destinado a cubrir un déficit, - financiar gastos extraordinarios, atender una situación crítica o para apoyar el sistema monetario nacional." (101)

Denominación.

"La denominación "emprestito" deriva de la italiana "imprestito", la cual a su vez se formó por una concentración de las voces "in prestito", es decir, en préstamo. Sin embargo, esta etimología ha sido discutida, ya que existen quienes la remontan a las voces "in praestito" o "in praestitum", utilizadas en el latín medieval.

Se ha señalado que la primera mención al "imprestito" se encuentra en un estatuto Veneciano de 1242 y en otro documento de Dalmecio de 1388, refiriéndose su concepto al de préstamo obligado que debían hacer los ciudadanos de la ciudad." (102)

Al igual que el Dr. Andres Serra Rojas, ambos tratadistas coinciden en su estudio, al decir el primero de ellos:

"La palabra empréstito viene del latín in praestitus, de praestare, prestar. En su sentido restringido que es al mismo tiempo el usual, se refiere al préstamo que toma el Estado y las demás instituciones públicas o privadas. Empréstito designa los préstamos públicos o que contratan los gobiernos a fin de atender las necesidades del Estado." (103)

Naturaleza jurídica.

"La determinación de la naturaleza jurídica del empréstito público ha suscitado opiniones divergentes en la doctrina

101. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P.261.

102. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. II. P. 559.

103. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 135.

na, que en sus términos generales pueden ser reducidas a tres. Una parte de los autores se ha inclinado a sostener que el empréstito público aparece como un acto de soberanía del Estado, siendo una obligación unilateral de derecho público, que tiene valor por si misma, que pueda ser utilizada de distintas maneras y destinadas a finalidades diversas.

El expositor más destacado de esta teoría ha sido, sin duda, el Dr. Luis Maria Drago, creador en 1902 de la doctrina que lleva su nombre, en el cual preconizó el respeto a la soberanía del Estado que ha contraído un empréstito, sosteniendo que el reconocimiento de la deuda, la liquidación de su importe y su pago pueden y deben ser hechas por la Nación sin menoscabo alguno de sus derechos primordiales como entidad soberana, carácter este último que es conocida desde un principio por el acreedor del empréstito y queda como resultado que no puedan iniciarse ni cumplirse procedimientos ejecutivos contra el Estado deudor.

Otra parte de la doctrina, ha explicado la naturaleza jurídica del empréstito público sosteniendo que éste no es sino un acto de soberanía legislativa, en el cual, no obstante, es necesario distinguir entre los empréstitos internos y los internacionales. En los primeros, en efecto, el prestamista quedaría sometido sin restricciones a la soberanía legislativa del Estado prestatario; en los segundos, en cambio, la soberanía estatal no alcanza para modificar unilateralmente el contrato, como tampoco puede hacerlo en el caso de un tratado, lo que ha permitido afirmar que el prestamista goza de la protección del derecho internacional.

Una última parte de la doctrina, que es en verdad predominante, sostiene que el empréstito público no es, en cuanto a su naturaleza jurídica, sino un acto bilateral, un acto contractual, en el que existe un verdadero consentimiento en virtud del cual se establecen obligaciones recíprocas entre las partes y cuyo cumplimiento podría ser exigido mediante la intervención de las autoridades jurisdiccionales." (104)

En cuanto a la naturaleza jurídica de los contratos de -

emprestito como se ha señalado anteriormente se considera una especie del contrato administrativo, siguiendo a nuestra clasificación de los Contratos del Estado, analizado anteriormente, sin embargo para el Dr. Antonio Lancis Y Sánchez, él lo considera a un contrato público y para el tratadista el Dr. - Andres Serra Rojas como se puede apreciar, el utiliza como - sinonimo a contrato público y contrato administrativo.

En páginas posteriores el Dr. Antonio Lancis Y Sánchez, al igual que nuestro maestro el Dr. Andres Serra Rojas, también utiliza como sinonimo al contrato público y al contrato administrativo.

El Dr. Antonio Lancis Y Sánchez encuentra la naturaleza del contrato de empréstito su carácter contractual, especie - de los contratos administrativos, criterio que considero ser el adecuado.

División de los contratos de empréstito público.

El Dr. Andres Serra Rojas y el Argentino Héctor Jorge Escola coincide en la división doctrinal de los empréstitos públicos.

El primero de los autores citados menciona:

"El empréstito puede ser interno o externo, ya que en unos casos el Estado recurre al crédito interno del país o al exterior, emitiendo títulos de la deuda pública, que se cubren en determinados plazos y devengan ciertos intereses." (105)

El segundo de los autores citados menciona:

"Así, es muy común la clasificación de los empréstitos - en dos categorías netamente separadas, como son la de los empréstitos públicos internos, por un lado, y la de los empréstitos públicos externos, por el otro." (106)

Es en realidad una necesidad que tiene el Estado de recurrir al empréstito para:

"... mantener los servicios públicos, el Estado está muchas veces obligado a recurrir a ciertos medios extraordinarios

105. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 133.

106. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. II. P. 583.

rios de ingreso, además de los impuestos y tasas que constituyen las fuentes ordinarias de la renta pública.

... Agrega contenido público a los contratos de empréstitos el hecho de que, para celebrarlos, se requiere de la aprobación del órgano Legislativo, mediante ley formal, en la generalidad de las legislaciones constitucionales." (107)

Es por esto que el maestro Recaredo Fernandez de Velasco manifiesta que:

"La relación normal y constante que se produce en el Estado entre ingresos y gastos se revela y formula en el presupuesto, expresión financiera y jurídica de su situación económica.

Si surge la desproporción, porque el servicio exige medios económicos que exceden de los presupuestados, el Estado los solicita y se le prestan voluntariamente por los capitalistas. Entonces se produce el empréstito: cantidades entregadas voluntariamente al Estado bajo diversas condiciones de reciprocidad." (108)

Es importante detenernos un instante para analizar cuidadosamente diversas opiniones doctrinales referidas al Presupuesto.

Definición de Presupuesto.

Roberto Rios Elizondo.

"Existe unanimidad en el criterio de los tratadistas de Administración Pública y de Finanzas Estatales, de que un presupuesto constituye un programa de trabajo de la corporación política durante un lapso determinado expresado su costo en cifras o términos monetarios, el cual es formulado aplicado y controlado por el Poder Ejecutivo, y autorizado por el Poder legislativo. Atendiendo a un aspecto puramente objetivo, podemos decir que el Presupuesto es el documento -legal y contable- en que el gobierno prevé, en cantidades de dinero, los gastos que habrá de hacer en cierto periodo, y los ingresos que serán necesarios para cubrir aquéllos." (109)

107. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 133.

108. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. II. P. 583.

109. Alberto D'avis, Julio. ob. cit., P. 383.

Dr. Andres Serra Rojas.

"El presupuesto en su sentido tradicional es el conjunto de previsiones financieras de un ente público, en virtud de los cuales se precisan los gastos calculados que ha de realizar durante un periodo de un año y evaluar los ingresos probables, con lo que se cubran aquellos gastos, provenientes de los particulares y de sus propios recursos." (110)

Es importante mencionar algunas fracciones correspondientes a nuestra Ley Organica de la Administración Pública Federal en el cual dicho ordenamiento jurídico establece la competencia en materia de Contabilidad pública.

Art. 32.- A la Secretaría de Programación y Presupuesto corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

- VI. Formular el programa del Gasto Público Federal y el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación y presentarlos, junto con el Departamento del Distrito Federal, a la consideración del Presidente de la República;
- VII. Autorizar los programas de inversión pública de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal;
- VIII. Llevar a cabo las tramitaciones y registros que requiera la vigilancia y evaluación del ejercicio del Gasto Público Federal y de los presupuestos de egresos;
- XIII. Emitir o autorizar, en consulta con la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, los catálogos de cuentas para la contabilidad del gasto público federal; consolidar los estados financieros que emanen de las contabilidades de las entidades comprendidas en el Presupuesto de Egresos de la Federación, así como formular la Cuenta Anual de la Hacienda Pública Federal; ...

Nuestra CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS se refiere a nuestra Ley de ingresos y egresos en sus artículos.

ART. 73.- El Congreso tiene facultad: ...

- VII. Para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el incremento.

ART. 74.- Son facultades exclusivas de la Cámara de Diputados. ...

- IV. Examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación y el del Departamento del Distrito Federal, discutiendo primero las contri-

buciones que, a su juicio, deben decretarse para cubrirlos; así como revisar la Cuenta Pública del año anterior.

El Ejecutivo Federal hará llegar a la Cámara las correspondientes iniciativas de leyes de ingresos y los proyectos de presupuesto a más tardar el día 15 del mes de noviembre o hasta el día 15 de diciembre cuando inicie su encargo en la fecha prevista por el artículo 83, debiendo comparecer el Secretario del Despacho correspondiente a dar cuentas de los mismos.

No podrá haber otras partidas secretas, fuera de las que consideren necesarias, con ese carácter en el mismo presupuesto; las que emplearán los secretarios por acuerdo escrito del Presidente de la República.

La revisión de la Cuenta Pública tendrá por objeto conocer los resultados de la gestión financiera, comprobar si se ha ajustado a los criterios señalados por el presupuesto y el cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas.

Si del examen que realice la Contaduría Mayor de Hacienda aparecieren discrepancias entre las cantidades gastadas y las partidas respectivas del presupuesto o no existiera exactitud o justificación en los gastos hechos, se determinarán las responsabilidades de acuerdo con la ley.

La Cuenta Pública del año anterior deberá ser presentada a la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión dentro de los diez primeros días del mes de junio.

Sólo se podrá ampliar el plazo de presentación de las iniciativas de leyes de ingreso y de los proyectos de presupuesto de egresos, así como de la Cuenta Pública cuando medie solicitud del Ejecutivo suficientemente justificada a juicio de la Cámara o de la Comisión Permanente, debiendo comparecer en todo caso el Secretario del Despacho correspondiente a informar de las razones que lo motiven. ...

Como se puede apreciar en nuestra CONSTITUCION, señala con precisión que la discusión y aprobación de la ley de ingreso corresponde al H. Congreso de la Unión a diferencia de lo que ocurre tratándose del presupuesto de egresos, cuya aprobación es exclusiva de la Cámara de Diputados.

También se puede apreciar que el Ejecutivo tiene la facultad de iniciar la ley de ingreso y los proyectos de presupuesto.

Es así como la LEY DEL PRESUPUESTO, CONTABILIDAD Y GASTO PUBLICO en su artículo 15 señala:

"El Presupuesto de Egresos de la Federación será el que contenga el decreto que apruebe la Cámara de Diputados, a iniciativa del Ejecutivo, para expensar, durante el -

periodo de un año a partir del 1^o de enero, las actividades, las obras y los servicios públicos previstos en los programas a cargo de las entidades que en el propio presupuesto se señalen."

En este mismo orden de ideas el Dr. Andres Serra Rojas - explica que:

"El gasto público esta constituido por el conjunto de los egresos del Estado empleados en los servicios públicos, obras públicas, etc., y en la realización de una política económica de desarrollo y justicia social. El documento que contiene la enumeración de esos egresos se denomina: -Presupuesto de Egresos de la Federación-." (111)

"De una manera general, el presupuesto de egresos se forma con las previsiones financieras anuales en las que se calculan y analizan los gastos necesarios que el Estado debe hacer. El desorden en materia presupuestal es combatido por la Constitución al disponer el art. 136 que "no podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el presupuesto o determinado por ley posterior".

El Presupuesto de Egresos de la Federación es un documento elaborado por la Secretaria de Programación y Presupuesto que el Ejecutivo Federal envía a la Cámara de Diputados para su revisión y aprobación." (112)

El maestro Roberto Rios Elizondo nos menciona el antecedente del artículo 126 de la Constitución al decir:

"... en el artículo 126 de la Constitución de 1917 se establece que -no podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el Presupuesto o determinado por ley posterior-, disposición esta que corresponde a la contenida en el artículo 119 de la Constitución de 1857 que decía: "Ningun pago podrá hacerse que no esté comprendido en el presupuesto o determinado por ley posterior." (113)

El Dr. Andres Serra Rojas da los principios actuales de la técnica presupuestal:

"Las reglas técnicas de la ley presupuestal son:

1. Universalidad.

111. IBIDEM. ob. cit., T. II. P. 105.

112. IBIDEM. ob. cit., T. II. P. 107.

113. Rios Elizondo, Roberto. ob. cit., P. 281.

- II. Unidad, gastos y recursos del Estado en un documento único,
- III. Especialidad o especificación de fondos,
- IV. Anualidad,
- V. Equilibrio presupuestario,
- VI. Principio de no afectación de recursos,
- VII. Publicidad." (114)

En este mismo orden de ideas el Dr. Gabino Fraga Magaña enseña que:

"Se han señalado como reglas fundamentales que presiden la estructura del presupuesto las siguientes:

- a) universalidad;
- b) unidad;
- c) especialidad; y
- d) anualidad.

a) la universalidad del presupuesto consiste en que todas las erogaciones y gastos públicos deben ser considerados en él. El precepto legal que establece es el artículo 126 constitucional, al que hemos hecho alusión y que, como se recordará previene que no puede hacerse ningún gasto que no esté autorizado en el presupuesto.

b) La unidad implica que haya un solo presupuesto y no varios, siendo dicha unidad exigible por ser la forma que permite apreciar con mayor exactitud las obligaciones del Poder Público, lo cual constituye una garantía de orden en el cumplimiento de ellas.

Esta regla no es, sin embargo, absoluta, pues el mismo artículo 126 constitucional previene que un gasto no sólo en el presupuesto puede aprobarse, sino también en una ley posterior. Parese dudoso constitucionalmente que la ley autorice al Ejecutivo para asignar los recursos que se obtengan en exceso de lo previsto en el presupuesto, a los programas que considere convenientes (art. 25 de la Ley - Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público), pues de esta manera no se cumple el mandato de dicho artículo 126.

c) La especialidad significa que las autorizaciones presupues-
tales no deben darse por partidas globales, sino detallan-

do para cada caso el monto del crédito autorizado. La finalidad de esta regla es no sólo establecer orden en la administración de los fondos públicos sino también dar la base para que el Poder Legislativo pueda controlar eficazmente las erogaciones.

Difícilmente podría ejercerse esta facultad si el presupuesto se limitara a dar autorizaciones globales, sin precisar los objetivos en que concreta y detalladamente pudieran utilizarse. La única excepción que la Constitución admite es la que consigna el tercer párrafo de la fracción - IV del artículo 74 constitucional, en estos términos: "no podrá haber otras partidas secretas fuera de las que se - consideren necesarias con ese carácter en el mismo presupuesto, las que emplearán los Secretarios por acuerdo escrito del Presidente de la República".

... Una consecuencia de la regla de la especialidad del - presupuesto es la prohibición de hacer transferencia de - partidas, es decir, de la aplicación de un crédito señalado para objeto especial a otro que no quepa dentro del que se ha consignado expresamente. Sin embargo el artículo 25 de la Ley autoriza al Ejecutivo para hacer los trasposos - de partidas cuando sea procedente.

- d) La regla de anualidad del presupuesto está fijado por la - Constitución, en la fracción IV del artículo 74 Constitucional. ". (115)

El Dr. Gabino Fraga Magaña también nos da los efectos de la Ley de Presupuesto que son los siguientes:

"...

- a) El presupuesto constituye la autorización indispensable - para que el Poder Ejecutivo efectúe la inversión de los - fondos públicos (Const. Fed., art. 126)
- b) El presupuesto constituye la base para la rendición de cuentas que el Poder Ejecutivo debe rendir al Legislativo. - (Const. Fed., art. 74 frac. IV).
- c) El presupuesto, consecuentemente, produce el efecto de des cargar de responsabilidad al Ejecutivo, como todo maneja-

dor de fondos se descarga cuando obra dentro de las autorizaciones que le otorga quien tiene poder para disponer de esos fondos.

- d) A su vez, el presupuesto es la base y medida para determinar una responsabilidad, cuando el Ejecutivo obra fuera de las autorizaciones que contiene. (arts. 7 y 17 de la Ley - Org. de la Contaduría Mayor de Hacienda).". (116)

Como se desprende existe un control, en el presupuesto y es:

Un control administrativo que realiza la Secretaría de Programación y Presupuesto.

Un control legislativo por las Cámaras a través de la Contaduría Mayor de Hacienda.

En nuestra doctrina administrativa los tratadistas Gabino Fraga Magaña y Andrés Serra Rojas coincide en el origen de la Ley de Ingreso y Egreso desde el punto de vista formal y material al decir el primero de ellos:

"... la ley de ingreso tiene jurídicamente los caracteres de un acto legislativo, no sólo desde el punto de vista formal, sino también desde el punto de vista material.

Por lo que hace al Presupuesto de Egresos, es evidente que formalmente constituye un acto legislativo, por tener su origen en uno de los órganos del Poder encargado de dictar las leyes, y que ese carácter lo conserva aun admitiendo que es un acto en el cual existe una colaboración forzosa de parte del Ejecutivo, pues en tal hipótesis, el acto de aprobación, que es el que le da fuerza legal, es exclusivo de la Cámara de Diputados.

No puede, por tanto, decirse que la Cámara, por medio del presupuesto, dé nacimiento a una situación jurídica general, condición indispensable para que haya acto legislativo, en tanto que sí debe afirmarse que, como determina la aplicación de una regla general a un caso especial en cuanto al concepto, al monto y al tiempo, está realizando un acto administrativo. ...

A pesar de lo anterior no es extraño que en el presupuesto además de las partidas de gastos que autoriza, se contengan disposiciones de carácter general para su aplicación, en cuyo caso, tales disposiciones si tendrían el carácter de actos legislativos materiales aunque por razón de su contenido sigan siendo de la competencia de la Cámara de Diputados." (117)

El Dr. Andres Serra Rojas señala:

"Determinada la competencia formal del Poder Legislativo para expedir la ley de ingresos por el Congreso de la Unión y aprobar el presupuesto de egresos por la Camara de Diputados del propio Congreso, debemos estimarla en sentido material. En este sentido hemos dicho es una ley, es decir, acto regla, creador de situaciones jurídicas generales con los atributos asignados a toda norma jurídica." (118)

Es preciso en aclarar que ambos tratadistas coincide en la Ley de Ingreso en considerarla tanto desde el punto de vista formal como material a un acto legislativo.

Como se puede apreciar de lo ya transcrito, la Ley de Egresos ambos tratadistas coincide en que formalmente es un acto legislativo, pero materialmente, el Dr. Andres Serra Rojas lo concidera un acto legislativo.

Mientras el Dr. Gabino Fraga Magaña que hace un mejor estudio establece que materialmente esta realizando un acto administrativo, y si contiene disposiciones legislativas, materialmente sera legislativa.

Hay autores como Roberto Rios Elizondo que lo considera desde el punto de vista material a un acto administrativo, al decir:

"Así pues, llegamos a la conclusión de que el Presupuesto es un acto materialmente administrativo y formalmente legislativo que, por ende, resulta de la colaboración funcional entre ambos Poderes, que en este caso se motiva por razones históricas y de carácter democrático." (119)

117. IBIDEM. ob. cit., P. 333-335.

118. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P.28.

119. Rios Elizondo, Roberto. ob. cit., P. 284.

Y volviendo con nuestro tema: EL EMPRESTITO, analizaremos en seguida algunas particularidades en cuanto a su formación.

De Juan Angel Re expone:

"... las contrataciones de mucha importancia deben ser analizadas y resueltas por autoridades y organismos superiores de la Administración, aduciendo que tales contrataciones pueden tener incidencia en la política económica seguida por el gobierno; en el uso de divisas; en aspectos de orden interno y aún en las relaciones con otros países." (120)

"En México, los créditos extranjeros se consideran un complemento de los recursos fiscales, y se destinan a fines de fomento económico a través de inversión en bienes de capital que se traducen en obras de infraestructuras." (121)

Es tal la importancia del Empréstito que el Dr. Ignacio Burgoa manifiesta que en las facultades del H. Congreso de la Unión, en la fracción VIII se tiene:

"... No es ocioso recordar que las facultades previstas en la disposición constitucional citada traducen el control económico de dicho órgano debe ejercer sobre el Presidente de la República en los supuestos señalados, control que, a su vez, debe tener como finalidad vigilar que los empréstitos se celebren -para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósitos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29." (122)

Como se desprende de nuestra Constitución, es indispensable que en todo contrato de empréstito público haya sido dispuesto expresamente por el Poder Legislativo mediante la sanción de una ley, mediante la cual se manifiesta la decisión autoritativa de este Poder de que se celebre dicho contrato.

120. Angel Re, De Juan. La aprobación de las contrataciones en la ley de contabilidad. Revista de Ciencias Económicas. No. 14. Serie IV. Año. XLIX. Abril a junio 1961. Buenos Aires=Argentina. P. 179.

121. Ríos Elizondo, Roberto. ob. cit., P. 267.

122. Burgoa Orihuela, Ignacio. ob. cit., P. 490.

En los contratos de empréstitos no tiene cabida la potestad de dirección y control, al igual que la mutabilidad y rescisión.

En efecto, en el empréstito no hay nada que dirigir y controlar. La obligación del cocontratante se cumple en la mayoría de las ocasiones entregando la cantidad de dinero ya sea en una o en varias emisiones.

Sobre el aspecto del control, se advierte en relación con algunos aspectos financieros y legales, aunque esa potestad exista, se encuentra reducida a límites muy estrictos.

Sobre la mutabilidad que se traduce en que la Administración Pública tiene la potestad de variar unilateralmente lo que haya establecido en los contratos administrativos que celebra, es en el empréstito donde tiene poco marco de acción - esta Potestad.

En cuanto a la Potestad rescisoria, la Administración pública no puede disponer, en forma unilateral, la revocación de un contrato de empréstito público por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, y que hagan al interés público, en virtud de que habiéndose concertado expresamente en una ley, autoriza al empréstito, sería menester que en la misma ley se reservara esta facultad o se emitiera otra, y esto da como resultado la terminación anormal del empréstito.

En cuanto al término rescisión en nuestro derecho se utiliza como sinónimo a la palabra resolución ya que el maestro Manuel Borja Soriano dispone que:

"Las palabras resolución y rescisión son sinónimas. Así están empleadas generalmente en nuestros códigos. ... Impropiamente, la palabra rescisión se ha empleado para designar ciertas nulidades como son las provenientes de la lesión y de la acción pauliana."⁽¹²³⁾

El Lic. Ernesto Gutierrez Y Gonzalez nos dice acerca de la revocación:

"Doy en particular esta definición de ella: La Revocación es un acto jurídico unilateral o bilateral, por medio del cual se pone fin a otro acto jurídico anterior, unilateral o

bilateral, plenamente válido por razones de conveniencia y - oportunidad catalogadas subjetivamente por una sola parte, o bien apreciado en forma objetiva por ambas, según sea el caso." (124)

El Dr. Andres Serra Rojas explica el origen de la revocación:

"Debemos aclarar que esta institución de la revocación - tiene su origen en el derecho privado, en donde la encontramos en materia de testamentos, legados, donaciones y otras - instituciones. En el derecho administrativo consideramos la revocación con otra significación." (125)

Por lo tanto, el concepto de revocación administrativa:

"... es una manifestación de voluntad de la administración pública, unilateral, constitutiva y extintiva de la vida jurídica, en forma parcial o total, de actos administrativos anteriores constituidos legalmente, fundada en motivos de mera oportunidad, técnicos, de interés público o legalidad." (126)

Miguel Acosta Romero enseña:

"La revocación administrativa es el acto por medio del - cual el órgano administrativo deja sin efecto, en forma total o parcial, un acto previo perfectamente válido, por razones - de oportunidad, técnicas, de interés público, o de legalidad.

... La revocación administrativa constituye un nuevo acto administrativo, también perfectamente valido, que deja sin efectos el acto anterior, pero exclusivamente a partir del - nuevo acto, no modificando los efectos que ya se produjeron - en el pasado." (127)

Al igual que Luis Humberto Delgadillo Gutierrez, señala:

"Es la declaración unilateral de la autoridad que extingue un acto administrativo valido y eficaz por motivos de oportunidad. A diferencia de la nulidad, en la que el acto se - anula por vicios de origen, con carácter declarativo y efectos retroactivos, en la revocación la extinción procede por -

124. Gutierrez y Gonzalez, Ernesto. ob. cit., P. 564.

125. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. I. P. 333.

126. IBIDEM. ob. cit., P. 331.

127. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 438-439.

motivos de oportunidad que se generan después que el acto nació; su naturaleza es constitutiva y los efectos se producen hacia el futuro.

La facultad de revocación no se otorga en forma absoluta y discrecional a la autoridad, que con ella se lesionan los derechos de los gobernados, por lo que para su procedencia es indispensable que éste expresamente autorizada la prevalencia del interés público sobre el privado.

El principio general establece la definitividad del acto administrativo en virtud del cual la resolución que lo produjo no puede ser modificada por la propia autoridad administrativa, en particular cuando el acto ha producido derechos en favor de los gobernados, puesto que el principio de seguridad jurídica dejaría de existir.

En algunos casos, la ley, además de no autorizar la revocación, la prohíbe en forma expresa, como sucede en materia fiscal, con lo establecido por el artículo 36 del Código Fiscal de la Federación."(128)

El Dr. Andres Serra Rojas ofrece diferencias entre la revocación y la nulidad al decir:

"Entre las figuras jurídicas del derecho administrativo, la más cercana a la idea de Revocación es la nulidad.

Ayudados en sus respectivas legislaciones administrativas, la doctrina administrativa ofrece varias opiniones de diferenciación entre la anulación y la revocación.

En primer término se parte del órgano que dictó la resolución: en la anulación es el mismo órgano el que la declara; en la revocación es el órgano superior jerárquico.

En segundo término se afirma: que la anulación se funda en los vicios iniciales del acto administrativo; en tanto que en la revocación se basa en la ilegalidad que ha sobrevenido o en motivos de oportunidad.

Y finalmente en tercer término: La anulación tiene efectos declarativos obedece a razones de ilegalidad y la revocación es constitutiva y obedece a motivos de oportunidad sus efectos se producen a partir del acto revocatorio.

Es indudable que entre esas dos instituciones administrativas existen diferencias fundamentales, que podemos resumir en estos términos:

- a) En la revocación, el primer acto administrativo se realizó válidamente y se apoyo en razones de oportunidad. El acto fue perfecto por haber cumplido con todos los requisitos legales. Hay que establecer una relación entre el primer acto administrativo y el segundo acto que se van a juzgar de interés general. Son las razones derivadas de este último las que determina la revocación de dicho acto. La revocación por razones de mérito se funda en la conveniencia presente con el interés público.
- b) La nulidad que opera retroactivamente, en los casos de nulidad absoluta y hacia el futuro en los casos de nulidad relativa dejandolos sin efectos, se declara por razones de legalidad, sobre actos inválidos, o sea examinar la conformidad del acto con la ley. Desde su origen el acto administrativo trae consigo los vicios de su ilegalidad. En los actos administrativos la condición y el término resolutorio son motivos que se prevén. Por lo que se refiere a la caducidad, la ley se encarga de señalar anticipadamente cuáles son esas causas de caducidad.
- c) La revocación opera hacia el futuro y al producir sus efectos es la autoridad administrativa la que elimina el acto válido anterior. En la nulidad esta facultad de eliminación corresponde a las autoridades administrativas o a las judiciales de acuerdo con la ley, con efectos y propósitos diferentes.

La teoría y la legislación mexicana se orienta en un sistema mixto." (129)

El mismo autor considera a los siguientes actos administrativos no susceptible de revocación:

"No son susceptible de revocación administrativo los actos siguientes:

- a) Actos que producen efectos instantaneos;
- b) Actos obligatorios o vinculados;
- c) Cuando una resolución administrativa ha generado de-

rechos, aquellos que la doctrina denomina derechos - adquiridos.

La naturaleza de los derechos adquiridos está subordinada a la ley y ésta puede establecer la facultad de revocación de un acto administrativo o facultad discrecional. Todo lo - cual quiere decir que el derecho nació al amparo y bajo las - circunstancias que la ley determina. Nadie puede esgrimir mejores derechos, que los que sirvieron para regular el acto - inicial." (130)

En cuanto a los derechos adquiridos el maestro Gabino - Fraga Magaña dice que:

"Para que pueda hablarse de un derecho adquirido es necesario que el particular tenga la facultad de exigir que su situación sea respetada y que la Administración tenga la obligación de respetarla; pero si la Administración no está obligada, bien porque expresamente se autorice la revocación, - bien porque se le conceda facultad discrecional para mantener o no el acto, no podrá hablarse de un derecho adquirido." (131)

Hemos analizado esporádicamente a la Revocación, ya que anteriormente se ha dicho que:

Rescisión y resolución son sinonimas y además cuando se dijo: "... la Potestad rescisoria, la Administración Pública no puede disponer, en forma unilateral, la revocación de un - contrato de empréstito público por-razones de oportunidad, - merito o conveniencia."

Algunos tratadistas extranjeros también utiliza como sinonimo a la rescisión como a la revocación, siendo figuras - jurídicas con contenido diferente, tal es el caso del Argentino Héctor Jorge Escola.

Como se puede notar una de las formas de terminación de los contratos administrativos es la Revocación, esto sirve de aclaración que la Administración Pública tiene la Potestad de revocación, que expresa con un mejor lenguaje jurídico, que - decir Potestad Rescisoria.

La potestad rescisoria también la tiene la Administración Pública y esta consiste en: la facultad que tiene las par-

130. IBIDEM. ob. cit., T.I. P.340.

131. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 310.

tes en un contrato de resolver o dar por terminadas sus obligaciones, en el caso de incumplimiento de la otra parte.

Hemos mencionado al principio: Potestad rescisoria, que el de Potestad revocatoria, por la siguiente razón, en nuestro derecho positivo en el artículo 2163 del Código Civil se encuentra plasmado la acción pauliana, al decir:

"Los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor pueden anularse, a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción es anterior a ellos."

En nuestra doctrina el maestro Manuel Borja Soriano dice:

"Cuando un deudor celebra un contrato, o en general un acto del que resulta su insolvencia perjudicando a su acreedor, éste puede pedir la rescisión o anulación de ese acto.

El ejercicio de este derecho constituye la acción conocida con el nombre de pauliana, porque el Pretor Paulo fue quien la introdujo en el Derecho Romano. La misma acción se llama también revocatoria, porque, según en el Digesto, deben revocarse las enajenaciones que son en fraude los acreedores."
" (132)

Como se puede notar, en nuestro derecho tanto la rescisión, como la revocación son figuras distintas.

Lo correcto, es que desde un principio hubieramos hablado de Potestad revocatoria.

Héctor Jorge Escola incurre en el error al decir:

"Potestad rescisoria. La administración pública no pueda disponer, en forma unilateral, la rescisión de un contrato de empréstito público, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia."
" (133)

En nuestra doctrina también se incurre en el mismo error, de utilizar como sinonimo la rescisión, de la revocación. Al decir el Dr. Andres Serra Rojas:

"De una manera general, la rescisión es la anulación o invalidación de algún contrato, obligación o testamento. Una

132. Borja Soriano, Manuel. ob. cit., P. 529-530.

133. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. II. P. 596.

cláusula rescisoria es aquella en que las partes pueden dejar sin efecto las obligaciones que emanen de los actos jurídicos.

En derecho administrativo, la rescisión sólo puede ser unilateral, es decir, hecha por el Estado cuando así lo han acordado las partes, pero en su defecto ésta sólo puede hacerse por mandato de autoridad judicial Federal." (134)

Al decir el maestro Andres Serra Rojas que el testamento se rescinde es incurrir en el mismo error.

Es importante señalar que solamente en los contratos, o en las obligaciones recíprocas es aplicable la rescisión o resolución por incumplimiento de las partes.

Pero al hablar del testamento, no es posible que se rescinda, el testamento no se rescinda, se revoca. Nuestro Código Civil en su artículo 1494 señala:

"El testamento anterior queda revocado de pleno derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte."

La doctrina y nuestra legislación establece que la revocación puede ser unilateral o bilateral.

Seguiremos analizando la forma de conclusión de este contrato, aclarando que al final de este trabajo se analizarán las diferentes formas de terminación de los contratos administrativos.

En la obra del maestro Héctor Jorge Escola establece dos formas o modos de conclusión del contrato de empréstito:

- a) Modos normales de conclusión del contrato.
- b) Modos anormales de conclusión del contrato.

En el inciso a nos dice:

"La forma normal como concluyen los empréstitos públicos es el que se conoce bajo la denominación de "amortización", - la cual -como su nombre lo indica- no es sino el reembolso o reintegro del capital facilitado por cada prestamista, quien a su vez debe de entregar los títulos o valores que habían si

do emitidos y que había adquirido." (135)

En el inciso b se hace una subdivisión:

1. La conversión del empréstito público.

La conversión es una forma de conclusión de los empréstitos públicos que consiste, en concreto, en la emisión de un nuevo empréstito, que viene a reemplazar al anterior, - que queda extinguido, y cuyo objeto es, por lo común, la fijación de nuevas condiciones, distintas de las establecidas al emitirse un empréstito originario, entre ellas la reducción del tipo de interes.

2. Consolidación del empréstito público.

La consolidación de un empréstito público tiene lugar cuando se transforma una o varias deudas flotantes a corto plazo en una deuda a largo plazo o a plazo incierto, mediante la emisión de un nuevo empréstito en esas condiciones." (136)

Por último mencionaremos algunos aspectos jurídicos en nuestro derecho.

Nuestra LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL ordena:

- Art. 31.-A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público - corresponde el despacho de los siguientes asuntos: ...
- IX. Realizar o autorizar todas las operaciones en que se haga uso del crédito público;
 - X. Mapejar la deuda pública de la Federación y del Departamento del Distrito Federal;
 - XI. Dirigir la política monetaria y crediticia; ...

En la LEY GENERAL DE DEUDA PUBLICA dispone:

Art. 1. Para los fines de esta ley, la deuda pública está constituida por las obligaciones de pasivo, directas o contingentes derivadas de financiamientos y a cargo de las siguientes entidades:

- I. El Ejecutivo Federal y sus dependencias.
- II. El Departamento del Distrito Federal.
- III. Los organismos descentralizados.
- IV. Las empresas de participación estatal mayoritarias.
- V. Las instituciones que presten el servicio público de banca y crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de se-

135. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. II. P. 602.

136. IBIDEM. ob. cit., vol. II. P. 603.

- gueros y las de fianzas, y
- VI. Los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal o alguna de las entidades mencionadas en las fracciones II al V.

Art. 2.-Para los efectos de esta ley se entiende por financiamentos la contratación dentro o fuera del país, - de créditos, empréstitos o préstamos derivados de:

- I. La suscripción o emisión de títulos de credito o cualquier otro documento pagadero a plazo.
- II. La adquisición de bienes, así como la contratación - de obras o servicios cuyo pago se pacte a plazos.
- III. Los pasivos contingentes relacionados con los actos mencionados, y
- IV. La celebración de actos jurídicos análogos a los anteriores.

Art. 3.-La Secretaria de Hacienda y Credito Público, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 31 de la - Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, es la dependencia del Ejecutivo Federal encargada de la aplicación de la presente ley, así como de interpretarla administrativamente y expedir las disposiciones necesarias para su debido cumplimiento.

Se ha mencionado desde el principio algunos preceptos de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México.

Por tal motivo, existe en el Estado de México la "LEY DE DEUDA PUBLICA DEL ESTADO DE MEXICO" y la "LEY DE DEUDA PUBLICA MUNICIPAL DEL ESTADO DE MEXICO".

Estos dos ordenamientos jurídicos no contraviene el artículo 117 fracción VIII de nuestra Constitución Política de - los Estados Unidos Mexicanos, por permitir a las Entidades - Federativas y a los Municipios la celebración de estos contratos de empréstitos solamente cuando se destine a inversiones públicas productivas.

En base a estas consideraciones, la Ley de Deuda Pública del Estado de México, dispone:

- Art. 1. Es materia de esta ley, el establecimiento de - bases para la concertación y contratación de empréstitos y créditos; su registro y control; así como la regulación del manejo de las operaciones de Deuda Pública en el Estado.

- Art. 2. La Deuda Pública está constituida por las obligaciones directas y contingentes derivadas de empréstito o créditos a cargo de las siguientes - Entidades Públicas:
- I. El Estado.
 - II. Los Municipios.
 - III. Los Organismos Descentralizados Estatales o Municipales.
 - IV. Las Empresas de Participación Estatal o Municipal mayoritaria.
 - V. Los Fideicomisos en que el Fideicomitente sea alguna de las entidades señaladas en las fracciones anteriores.

Es menester una modificación en el artículo segundo, - fracción primera. Se ha mencionado con antelación que el término Estado se confunde con "Estados Unidos Mexicanos" y lo apropiado es el de "Entidad Federativa".

Es en el artículo tercero, en donde se encuentra la esencia de los contratos de empréstito del Estado de México.

- Art. 3. Se entiende por Deuda Pública Estatal la que contraiga el Gobierno como responsable directo y como avalista o deudor solidario de sus Organismos Descentralizados, Empresas de Participación Mayoritaria y sus respectivos Fideicomisos o Municipios, y las que contraigan en forma directa alguna de las Entidades señaladas en el artículo anterior, siempre que no estén dentro de las prohibiciones previstas en la fracción VIII del artículo 117 de la Constitución General de la República, entendiéndose para este efecto, que un empréstito produce directamente un incremento en los Ingresos del Estado o en alguna de las mencionadas Entidades, cuando las inversiones sean recuperables y productivas. ...

En la Ley de Deuda Pública Municipal del Estado de México, se dispone:

- Art. 1. Es materia de esta ley, el establecimiento de bases para la concertación y contratación de empréstitos y créditos; su registro y control; así como la regulación del manejo de las operaciones financieras que en su conjunto constituyen la Deuda Pública Municipal del Estado de México.
- Art. 2. La Deuda Pública Municipal está constituida por las obligaciones directas, indirectas y contingentes derivadas de empréstito a créditos a cargo de las siguientes Entidades Públicas.
- I. Los Municipios

- II. Los Organismos Descentralizados Municipales.
- III. Los Fideicomisos en que sea Fideicomitente alguno de los Municipios del Estado.
- IV. Las Empresas de participación Municipal Mayoritaria.

Merece especial atención el artículo septimo de este ordenamiento jurídico, por disponer que se entiende por inversión pública productiva:

- Art. 7. Las obligaciones de deuda pública municipal estarán invariablemente destinada a inversiones públicas productivas, entendiéndose como tales:
- I. Las que se destinen a la realización de Obras Públicas efectuadas mediante el sistema de aportación para mejoras.
 - II. La adquisición de bienes inmuebles destinados a la integración de áreas de reserva urbana a que se refieren la Ley Organica Municipal y la Ley de Asentamientos Humanos; siempre que existan planes y programas de desarrollo aprobados para la ejecución de proyectos determinados.
 - III. La construcción de mercados, centrales de abastos, rastros y otros proyectos cuyos planes de operación garanticen su carácter autorrecuperable.
 - IV. Las destinadas a la instalación, ampliación o mejoramiento de los servicios públicos que produzcan un ingreso municipal.

2.3.3. El suministro.

Definiciones del contrato de suministro.

Dr. Andres Serra Rojas.

"El contrato administrativo de suministro es un acto jurídico realizado por la Administración y una o varias personas, o una empresa o institución, por el cual ésta se compromete, a cambio del precio o de servicios, a prestaciones muebles, es decir, a la provisión de los artículos necesarios para la atención de los servicios públicos, tales como los - cuerpo de tropa, los hospitales, las escuelas, las cárceles, los tribunales de menores y otros análogos." (137)

Dr. Antonio Lancis Y Sánchez.

"El contrato de suministro es el medio por el cual el - Estado y los demás organismos públicos adquieren los objetos muebles necesarios para el funcionamiento de un servicio público a su cargo, o para la ejecución de una obra pública realizada por administración." (138)

Dr. Cesar Tinoco Richter.

"Si una entidad administrativa celebra un contrato mediante el cual la otra parte se compromete a suministrar periódicamente bienes muebles a la entidad pública para el funcionamiento de un servicio público, estamos en presencia de un - contrato de suministro.

En él lo fundamental son las obligaciones periódicas, de tracto sucesivo para el mantenimiento del mencionado servicio." (139)

Héctor Jorge Escola.

"Sobre esta base, podemos expresar que el contrato de suministro es aquel contrato administrativo por el cual la administración pública obtiene la provisión de cosas muebles, - mediante el pago de una remuneración en dinero.

La administración pública busca obtener una provisión, - es decir, trata de prevenirse y tener disponibles, en un momento dado, determinadas cosas que habrá de aplicar a un fin

137. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 563.

138. Lancis Y Sánchez, Antonio. ob. cit., P. 434.

139. Tinoco Richter, Cesar. ob. cit., P. 94.

prestablecido." (140)

Hemos mencionado anteriormente, que el contrato administrativo es el genero, y como tal tiene varias especies, en el cual se encuentra el contrato de suministro.

El Dr. Andres Serra Rojas menciona que en nuestro ordenamiento juridico tiene bastante relevancia el Acuerdo que fija los lineamientos para la integración y funcionamiento de los Comites de compras y de las Comisiones consultivas mixtas de abastecimiento de la Administración Pública Federal - publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de octubre de 1980.

También es menester decir que nuestro Código de Comercio, en su artículo 75 fracción V señala:

Art. 75. La ley reputa actos de comercio: ...
V. Las empresas de abastecimiento y suministros; ...

De la definición citada por el maestro Andres Serra Rojas, al decir que el contrato de suministro es un acto juridico, confunde el acto juridico con el contrato administrativo, ambas instituciones tienen un contenido diferente.

Se ha mencionado con antelación, que el acto juridico es el genero y por lo tanto podra tener varias especies: acto administrativo, contrato administrativo, reglamento administrativo, etc.

En un principio, hizimos incapie, en que no es posible de utilizar como sinonimo el contrato al convenio, ni al contrato del acto juridico.

Como lo ha mencionado precisamente el tratadista Luis - Humberto Delgadillo Gutierrez, que en base a la modificación de nuestro artículo 134 Constitucional se expidio la nueva - LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y PRESTACION DE SERVICIOS RELACIONADAS CON BIENES MUEBLES, publicada en el Diario - Oficial de la Federación el 8 de febrero de 1985.

CAPITULO TERCERO. LA TIPIFICACION DE LOS ACTOS DEL PODER PUBLICO CON ELEMENTOS CONTRACTUALES.

3.1. Elementos esenciales.

3.1.1. Sujeto.

La mayoría de los tratadistas del Derecho Administrativo coincide con nuestro primer punto, al señalar que uno de los sujetos del contrato administrativo, es la Administración Pública.

Por lo tanto el Estado, en su caracter de persona de Derecho Público, puede contratar con otra persona semejante, es decir, con otro Estado y, también, con otros sujetos públicos o privados.

Cuando el Estado contrata con otro Estado, nos encontramos ante una especie del contrato administrativo, y nos hallamos precisamente ante los TRATADOS.

Es importante en dar un marco de información, acerca del tratado, por lo tanto, es imprescindible el tener, su concepto, su clasificación doctrinaria y sus principios.

Para su analisis, seguiremos a Modesto Seara Vasquez que menciona:

"... Concepto de tratado. Tratado es todo acuerdo concluido entre dos o más sujetos de Derecho Internacional. Hablemos de sujetos y no de Estados, con el fin de incluir a las organizaciones internacionales. ...

... Pero la doctrina y la práctica actual reservan el nombre de tratados para aquellos acuerdos entre sujetos de Derecho Internacional (Estados, organismos internacionales, o sujetos de otra naturaleza), en cuya conclusión participa el órgano provisto del poder de concluir tratados (Cuya determinación queda para el derecho interno del sujeto de que se trate) y estan contenidos en un instrumento formal único. Se necesita, entonces, para que haya tratado, que el acuerdo sea celebrado, en primer lugar, entre sujetos de derecho internacional.

Clasificación de los tratados. ...sólo dos criterios nos interesan, una relativa al fondo, y otra al número de partici

pantes.

La más importante es la primera, según la cual pueden distinguirse dos clases de tratados.

- a) Los tratados-contratos, de finalidad limitada a crear una obligación jurídica que se extingue con el cumplimiento del tratado; por ejemplo, si dos Estados celebran un tratado para fijar su frontera común, una vez que este objetivo haya sido conseguido se agota el contenido del tratado.
- b) Los tratados-leyes, destinados a crear una reglamentación jurídica permanentemente obligatoria, como en el caso de la convención firmada en Viena en abril de 1961, sobre privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos; en este caso se trata de crear una reglamentación permanente.

Por el número de participantes.

Según las partes que interviene en un tratado, se puede hablar de tratados bilaterales o bipartitos cuando sólo hay dos partes, o de tratados multilaterales, plurilaterales o multipartitos, cuando participen más de dos Estados.

Los principios del derecho de los tratados.

- 1.- El principio "pacta sunt servanda" o ("Los acuerdos deben ser respetados). ... afirma la obligatoriedad de los tratados, respecto de las partes, añadiendo, además la necesidad de su cumplimiento de acuerdo con la buena fe.
- 2.- El principio de que los tratados sólo crean obligaciones entre las partes, o "res inter alias acta". Un tratado no puede, en principio, obligar a los sujetos que no han participado en él, puesto que, naturalmente, no han podido dar su consentimiento. Pero tampoco puede enunciarse este principio de un modo absoluto, y en algunos casos, un tratado crea derechos y obligaciones respecto a terceros. Por ejemplo, en el asunto de la desmilitarización de las islas Aland. (decidida en un tratado firmado entre Rusia y otros países). ...
- 3.- El principio de que el consentimiento es la base de la obligación jurídica, "ex consensu advenit vinculum" o ("La obligación nace del consentimiento"), es resultado de la estructura de la sociedad internacional, principal-

mente firmados por Estados, formalmente considerados iguales.

... En la convención de Viena de 1969, se especifican varios casos de invalidez de los tratados debido a vicios del consentimiento: error, fraude, corrupción del representante de un Estado, coacción sobre el representante de un Estado mediante el uso o amenaza de la fuerza.

- 4.- El principio de respeto a las normas del "jus cogens", (Derecho cogente; coercitivo).- Sumamente discutido fue el principio incorporado en el artículo 53 de la Convención de Viena, según el cual un tratado sería nulo cuando fuera contrario a una norma imperativa del Derecho Internacional.

... Por otro lado, si un Estado concluye un tratado sabiendo que va contra el "jus cogens" sería premiar la mala fe si se le da luego la oportunidad de invocar su invalidez." (1)

Nuestra CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS en los siguientes artículos se refiere a los tratados:

Art. 76.- Son facultades exclusivas del Senado.

1. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal, con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso; además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión. ...

Art. 89.- Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes: ...

X. Dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados con las potencias extranjeras, sometiénolos a la ratificación del Congreso Federal.

En cuanto al artículo 89 fracción X, el tratadista Gabino Fraga Magaña menciona:

"... Puede ser legislativa en el caso de que los tratados que se celebren contenga normas generales, o simplemente administrativas, cuando sólo se refieren a la resolución de un caso concreto." (2)

1. Seará Vasquez, Modesto. "Derecho Internacional Público". Decima edición. México D.F. Editorial Porrúa. S.A. 1984. P. 63-68.

2. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 78.

Continuando con nuestra CONSTITUCION.

Art. 117.- Los Estados no pueden, en ningún caso:

1. Celebrar alianza, tratado, o coalición con otro Estado ni con las potencias extranjeras; ...

Art. 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Como se puede apreciar, en nuestra Constitución se hace incapie, dentro de las facultades correspondientes al Presidente de la República, dirigir las negociaciones diplomáticas y celebrar tratados.

Sin embargo, no siempre es el Ejecutivo el que representa al Estado, sino que puede tener lugar, cuando son los Agentes Diplomáticos los que representan al Estado, que son por lo regular, funcionarios de la Secretaria de Relaciones Exteriores.

En este mismo orden de ideas, Modesto Scara Vasquez menciona:

"Para considerar que una persona representa al Estado en la adopción de un tratado, la autenticación del texto de ese tratado o la manifestación del consentimiento del Estado para aceptar las obligaciones derivadas de ese tratado, se requiere que:

- a) presente plenos poderes otorgados por los órganos competentes de su Estado, o
- b) quede clara la intención del Estado de dar a las personas en cuestión las funciones de representación sin el otorgamiento de los plenos poderes. Como criterios para conocer la voluntad del Estado puede recurrirse a su práctica anterior, o a cualesquiera "otra circunstancia".

Hay casos en los que la representación va implícita en los cargos de las personas:

- a) caso de los Jefes de Estado, o de gobiernos o de los Ministros de Relaciones Exteriores.

- b) los jefes de misión diplomática tiene representación para los tratados entre su Estado y el Estado receptor;
- c) los representantes de los Estados ante una organización internacional o en una conferencia internacional pueden comprometer a su Estado para los tratados que se concluyan en esa organización o resulten de esa conferencia. (Art. 7 de la Conv. de Viena).

Para proteger los intereses de los Estados, no estarán obligados por tratados concluidos por personas que no reúnan los requisitos antes mencionados, si no hay una confirmación posterior por el Estado. (Art. 8. de la Conv. de Viena).

Lo que son plenos poderes lo explica la Convención de Viena de 1969, en su artículo 2, párrafo c: "Se entiende por 'plenos poderes' un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado." (3)

Es importante en mencionar, como sinopsis histórica, que el 23 de mayo de 1969 se firmó en Viena la llamada Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que entró en vigor el 27 de enero de 1980.

Trabajo emprendido por la Comisión Internacional de las Naciones Unidas.

Nuestra CONSTITUCION establece en su artículo 39:

"La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene, en todo tiempo, el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno."

Por lo tanto se desprende que la personalidad del Estado es única, como anteriormente se ha dicho.

Nuestra doctrina coincide al decir:

Miguel Acosta Romero.

"... Consideramos que la personalidad jurídica del Estado es una, así como su voluntad, aunque ésta se expresa a través de diversos órganos de representación del ente colectivo."⁽⁴⁾

Luis Humberto Delgadillo Gutierrez.

"El Estado Mexicano, como persona jurídica sometida al derecho, sólo tiene una personalidad jurídica, por lo tanto, lo que se diga en contrario no deja de ser una cuestión meta-jurídica."⁽⁵⁾

Luis Recasens Siches.

"... Así pues, Kelsen explica que la personificación es un procedimiento técnico auxiliar de que se vale el conocimiento jurídico para hacer patente la unidad de un sistema de normas; en suma, es la expresión unitaria y abreviada de los contenidos de esas normas. Nos hallamos ante ese proceso de personificación, siempre y cuando el Derecho imputa un acto no al sujeto físico que lo ha ejecutado, sino a un sujeto idealmente construido, que simboliza la unidad de un conjunto de normas (que es lo que constituye la persona): ...

Cuando este proceso de personificación se aplica no a un orden parcial o conjunto limitado de normas jurídicas, sino a la totalidad de las mismas, concebidas unitariamente, tenemos entonces lo que se ha llamado persona del Estado, que no es más que la totalidad del ordenamiento positivo vigente, convertido en sujeto ideal y común de imputación de todos los mandatos contenidos en el Derecho, los cuales son realizados por aquellos hombres a los que las normas jurídicas invisten del carácter de órganos estatales o jurídicos."⁽⁶⁾

"Por otra parte, adviértase, además, que cuando se habla de voluntad del Estado no nos referimos a ningún fenómeno real de voluntad psicológica de unos hombres, sino a una construcción jurídica formal, a saber: a la personalidad del Estado

4. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 43.

5. Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. ob. cit., P. 75.

6. Recasens Siches, Luis. "Tratado General de Filosofía del Derecho". Novena edición. México D.F. Editorial Porrúa. S. A. 1986. P. 268.

do como centro común de imputación de todos los mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico." (7)

Por último, mencionare una cita, en lo referente a la soberanía, siguiendo al mismo autor:

"... La soberanía queda reducida a una cualidad lógica del orden jurídico como totalidad, a saber: esta cualidad de soberanía consiste en que se trata de un orden jurídico supremo y total, cuya validez positiva no es derivable de ningún otro orden normativo superior. Designar a un sistema jurídico como soberano significa precisamente que se le quiera valer como un orden total. ...". (8)

La doctrina extranjera se manifiesta igualmente:

"... el Estado tiene una personalidad única, no podemos hablar de una doble personalidad (pública o privada), sino de una sola personalidad pública, aunque su actividad pueda en algunas oportunidades estar reguladas por el derecho privado." (9)

Se ha mencionado nuevamente la personalidad del Estado, diversos autores ha coincidido en que solamente es una.

En el capítulo segundo se ha sostenido que la Administración Pública personifica al Poder del Estado.

Esta cualidad es la que hace posible que los Estados puedan contratar con otros Estados, llevando a cabo importantes contratos administrativos tales como el empréstito.

En el campo del Derecho Internacional Público es conveniente utilizar el término de sujetos de Derecho Internacional que la de Estado, por las razones ya dichas.

En cuanto al control de los tratados, como se ha podido apreciar de los artículos transcritos de la Constitución, es el Senado el que tiene la facultad de aprobar los tratados y las convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión.

En este mismo orden de ideas, el maestro Antonio Carrillo Flores señala:

7. IBIDEM. ob. cit., P. 283.

8. IBIDEM. ob. cit., P. 347.

9. Roberto Dromi, Jose. ob. cit., No. 4485. P. 7.

"Quedo desde entonces definida un áres de la mayor trascendencia para el país, como que tiene que ver con la independencia, la integridad y el honor nacionales, en que la vigilancia de los limites que la Constitución fija al Presidente de la República para concertar tratados, cualesquiera que ellos sean, tema que no abordo porque me desviaria por completo, no está confiada al Poder Judicial sino al Congreso (Desde 1875 sólo el Senado de la República, pues la Camara de Diputados no interviene en la aprobación de los tratados).

Me ha detenido en esta área tan importante de la actividad estatal, la concertación de tratados, para mostrar cómo - el control de la constitucionalidad fundamentalmente no está confiada en alla a la autoridad judicial sino al Senado de la República. Ello, independientemente de los controles jurídicos y que podría llevar al Senado, por presión u oposición de la opinión pública, a no aprobar un tratado, o inclusive al Ejecutivo a no ratificar un tratado ya aprobado." (10)

Es importante en tener presente que en los contratos administrativos, el Estado actúa como tal, es decir, como poder público con todos los privilegios que son inherentes a esa calidad y que no pueden obdicar o renunciar en forma tacita ni expresa.

Por este motivo nuestra JURISPRUDENCIA ha establecido:

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Cuando la materia del mismo contrato es algo que no ésta dentro del comercio, en virtud de que se estipulen actos propios del ejercicio de la soberanía de la autoridad, - debe reputarse que ese contrato no puede producir obligaciones ni derechos. Así, si un ayuntamiento contrata - en su calidad de autoridad y no de persona moral, no puede abdicar su soberanía, transmitiendo al contratista el derecho de cobrar impuestos municipales, ni conceder facultades de recaudación, bajo el sistema de que el contratante habrá de cobrar tales derechos. Estos actos son típicos de soberanía y, por tanto, no pueden ser materia de contratación.

Quinta Epoca: Tomo XXVIII, Pág. 1527. Uscanga Teóduo R. (Jurisprudencia. 1917-1985. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Tercera Parte. Segunda sala.).

En base a esta Jurisprudencia, podemos sostener que en los "Estados Unidos Mexicanos" jamás podrá contratar actos propios de soberanía, al igual que las Entidades Federativas.

Simplemente por el principio de analogía (UBI AEDEM RATIO, EADEM DISPOSITIO, DONDE EXISTE LA MISMA RAZON, DEBE DE HABER LA MISMA DISPOSICION.).

Es importante en recalcar, que un sector de la doctrina considera al tratado, como una especie del contrato administrativo.

3.1.2. Competencia y capacidad.

Competencia es la calidad de persona jurídica sometida al derecho y que trae como consecuencia que la persona tenga derechos y obligaciones y producir consecuencias de derecho.

En la obra del maestro Miguel Angel Bercaitz, se expresa con bastante claridad:

"Para que exista contrato administrativo, los dos sujetos ...deben poseer aptitud legal para obligarse.

Esa aptitud se llama competencia, tratándose de organismos administrativos y capacidad tratándose de personas físicas o jurídicas. ...

La competencia, por lo tanto, equivale a la capacidad de derecho en el orden civil, pero se diferencia fundamentalmente de ésta en su amplitud. La capacidad civil es la regla, - las incapacidades la excepción: deben hallarse consignadas - entonces en forma expresa. ...

En el orden administrativo ocurre lo contrario: un organismo administrativo, un funcionario administrativo no pueden hacer sino lo que expresamente están facultados para hacer.

Puede decirse entonces que la competencia se determina - en forma positiva, y la capacidad en forma negativa. En la - primera se establece lo que se puede hacer; en la segunda, lo que no se puede hacer." (11)

Luis Humberto Delgadillo Gutierrez manifiesta:

"El termino capacidad normalmente se emplea cuando se - refiere a las facultades de los particulares, pero tratándose de funcionarios u órganos del Estado, tal atribución recibe - el nombre de "competencia". El que un órgano tenga competencia, significa que se encuentra facultado para realizar los - actos que el ordenamiento jurídico le confiere." (12)

Y más adelante agrega:

"La diferencia entre la capacidad y la competencia se - manifiesta en que la capacidad es la regla, puesto que los - particulares pueden hacer todo lo que deseen, en tanto no haya una norma que la prohíba; en tanto que en el Derecho Públi

11. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P. 220=221.

12. Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. ob. cit., P. 75.

co, la competencia es la excepción, ya que ésta no se presume, sino que es menester que el orden jurídico la atribuya expresamente a los órganos administrativos. Es decir. Los particulares pueden hacer todo lo que no esté prohibido y las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les autoriza." (13)

La competencia puede tener su origen:

"De acuerdo con nuestro sistema jurídico, la competencia de los órganos de la Administración Pública Federal tiene su origen a nivel constitucional, legal, reglamentario y por delegación." (14)

El Dr. Andres Serra Rojas señala:

"La competencia es la aptitud de un funcionario o empleado para otorgar actos jurídicos, o en otros términos es la posibilidad de hacer actos jurídicos. El concepto se opone a la realización de actos materiales.

En un sentido restringido, que es usual, la competencia se relaciona únicamente con el autor del acuerdo o del trámite administrativo. En términos generales la competencia se relaciona a la totalidad de los elementos del acto jurídico.

La competencia es una aptitud, en el cual su titular la ejerce personalmente, para realizar ciertos actos jurídicos. En estos casos toman el nombre de autoridades porque deciden y ejecutan; en otros casos son meros auxiliares que colaboran en la preparación del acto jurídico, más no en su decisión." (15)

Como lo ha señalado acertadamente el tratadista Miguel - Angel Bercaitz, en los contratos administrativos, el funcionario debe de estar facultado por el ordenamiento jurídico, para poder celebrar el contrato administrativo.

Como se recordara, de acuerdo con lo establecido por el artículo 27 del Código Civil para el Distrito Federal establece que las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que la representan.

13. IBIDEM. ob. cit., P. 80

14. IBIDEM. ob. cit., P. 80.

15. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 687.

El tratadista Luis Humberto Delgadillo Gutierrez ha afirmado correctamente, que el Estado como persona moral (juridico colectiva) actúa a travez de los órganos que la Constitución y las leyes que de ella emanen.

Añadiendo:

"Por nuestra parte, consideramos que el órgano es la conjunción de los dos elementos señalados: un complejo de atribuciones cuya realización se confía a las personas que integran el elemento subjetivo, asi como a las propias personas físicas a las que se confiere la competencia." (16)

Un sector de la doctrina coincide en señalar que la competencia subjetiva no alude al órgano, sino al titular, o sea a las personas físicas encargadas del desenvolvimiento de las funciones del órgano.

En tanto que la competencia objetiva se confiere al órgano.

Es importante en tener presente, que de acuerdo con nuestra Constitución la ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL será centralizada y paraestatal, y por lo tanto, se desprende, que en los contratos administrativos celebrados por esta debe de estar facultados por el ordenamiento juridico positivo, y es de esta manera en que el Estado utiliza de la técnica contractual para el cumplimiento de sus fines, contrae obligaciones y adquiere derechos frente a una persona privada o ante un ente público.

El Dr. Gabino Fraga Magaña dice:

"En contra de los principios adoptados por la teoria de la delegación, la teoria del origen legal de la competencia - sostiene que sólo por virtud de una ley se puede hacer la distribución de facultades entre los órganos de la Administración.

Sin embargo de que en un principio es exacta la aseveración que hacemos sobre el origen legal de la competencia, nuestro sistema legal admite la teoria de la delegación." (17)

16. Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. ob. cit., P. 76.
17. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 124-125.

En cuanto a la teoría de la delegación, nuestros tratadistas, cita como ejemplo lo contenido por el artículo 16 de nuestra Ley Organica de la Administración Pública Federal.

ARTICULO 16. Corresponde originalmente a los titulares - de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos el trámite y resolución de los asuntos de su competencia, pero para la mejor organización del trabajo - podrán delegar en los funcionarios a que se refieran los artículos 14 y 15, cualesquiera de sus facultades, excepto aquellas que por disposición de la ley o del reglamento interior respectivo, deben ser ejercidas precisamente por dichos titulares. ...

Continúa el maestro Gabino Fraga Magaña al señalar la división de la competencia:

"La división de la competencia se hace por lo regular - siguiendo estos tres criterios: por razón de territorio, por razón de materia y por razón de grado." (18)

En este mismo orden de ideas el Dr. Andres Serra Rojas - señala estos mismos criterios, pero con mayor precisión al - decir:

"La competencia territorial hace referencia al territorio dentro del cual la ley precisa se realicen, es decir, las autoridades administrativas son competentes para un territorio determinado.

La competencia por materia llamada también competencia - absoluta hace referencia a los asuntos que se encomienden a - determinados órganos. Como en el caso de la ley de administración pública que hace una distribución -que debe ser logica-, de las materias que corresponden a dichos órganos administrativos.

La competencia por razón del grado distribuye las materias administrativas, colocados en los diversos grados o jerarquías de la Administración." (19)

Nuestra doctrina citan como base, una tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el cual se ha establecido:

"Las autoridades sólo pueden hacer lo que la Ley les permite."

Tesis jurisprudencial núm 47. Pág. 106, del tomo corres-

18. IBIDEM. ob. cit., P. 127.

19. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 687.

pondiente a la Sexta Parte de la Jurisprudencia de la -
Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 1917 a 1965.
Jurisprudencia común al Pleno y a las Salas.

Como lo hemos señalado al principio de este trabajo, el Estado, actúa como tal, es decir, como poder público con todos los privilegios que son inherentes a esa calidad.

Por lo tanto, los funcionarios en el "... ejercicio de -
la serie de actos que integran su potestad administrativa no se desenvuelve ni manifiesta en forma de derechos subjetivos, sino de facultades, es decir, de poderes que son deberes al -
propio tiempo. La idea de competencia se integra para estos -
funcionarios por las dos nociones de poder y de deber, de den
de resulta que no es para ellos potestativos el ejercicio de
sus facultades, sino preceptivo, bien que, en cambio, solamen
te a ellos correspondan." (20)

En cuanto a la potestad, citaremos unas notas de Jose -
Villar Palasi, que elaboro un estudio minucioso de las Potes-
tades.

"... En lo que se refiere a la Administración, la supre-
macia general alude a que la fuente jurídica de la potestad -
es directa e inmediatamente la ley, no mediatamente a través
de una relación jurídica anterior.

La supremacía no queda, sin embargo, definida por la ex-
istencia de una serie de privilegios a favor de la Administra-
ción en las relaciones nacidas con los administrados, sino -
que, cabalmente es de la relación de supremacía de donde es-
tos privilegios arrancan con relación de causa a efecto, sin
que puedan confundirse con los mismos. La subordinación del -
interés propiamente administrativo nace de la situación de -
supremacía que es atribuida a la Administración y de la situ-
ación subordinada en que se incerta el administrado.

... La supremacía general apunta a algo más, concretamen-
te a que la propia relación surge sobre la base de una orden
administrativa para la cual la Administración está legitima-
da por una potestad directamente creada por la Ley. La subor-
dinación es, así, doble, no sólo en cuanto al contenido, sino

también en cuanto a la forma de nacimiento de la relación. La potestad queda tipificada como una posibilidad de actuar atribuido a la Administración y una imposibilidad de oponerse válidamente que atañe al administrado. Es una genérica clasificación de situaciones jurídicas (superioridad, inferioridad e independencia) la supremacía es una situación de superioridad, y es en virtud de la misma como se fundamenta la potestad administrativa a través de la cual la Administración influye directa e inmediatamente en la esfera jurídica del administrado.

Aparte de la supremacía general, la Administración puede ser titular de una potestad ordenatoria basada en supremacía especial. En ésta la relación no es entre Administración y súbdito, siendo, por tanto, el sujeto de la potestad el conjunto de los nacionales, sino que, por el contrario, se concreta en una relación de persona a persona. Tampoco es la Ley quien directamente atribuye la potestad a la Administración. Por el contrario, esta potestad descansa en una previa relación entre Administración-administrado, en la que este último entro espontáneamente y por propia voluntad.

La potestad de conformación jurídica implica, respecto del administrado, una sujeción --"pati debere"-- de tal modo que el interés administrativo actuado a través del mismo tiene un cumplimiento necesitado, siendo la conducta del administrado, más que una conducta obligatoria, un comportamiento irrelevante, sin intervención de la voluntad del mismo, a pesar de que es su centro de intereses sobre el que directa e inmediatamente recae la innovación jurídica producida por el ejercicio de la potestad de conformación. La sujeción constituye por ello el grado más intenso del sacrificio del interés pasivo y es la más clara expresión de la desventaja en que ésta puede encontrarse. Es un puro sometimiento a la voluntad del sujeto activo, a la actuación de la posición jurídica activa. El sacrificio del interés sometido y, al mismo tiempo, la tutela del interés preeminente se actúan no a través de una conducta positiva, sino simplemente por medio de una posición negativa de inercia, una sumisión a la actividad ajena, sin posibilidad de determinar autónomamente la propia conducta. Es, como he dicho gráficamente Santoro-Pasarelli, un

--non potere non rispettare-- , un no poder dejar de acatar la actuación ajena.

En la potestad ordenatoria se trata de un supuesto distinto: en su ejercicio, la Administración no prescinde de la voluntad del administrado, sino que vincula la voluntad del mismo, obligándolo al cumplimiento de la orden. Aquí, la norma impone el sacrificio al interés del sujeto pasivo no a través de una mera sujeción, sino imponiéndole una determinada conducta, positiva o negativa, dando lugar al concepto de obligación o deber en sentido estricto: el sacrificio no se produce por una imposibilidad jurídica de actuación, sino por la necesidad de actuar o de conducirse de un determinado modo, en el modo concreto que la norma considera más apropiado y conforme a la tutela de la posición activa.

Naturaleza de la Potestad Ordenatoria.

Caracter también fundamental de la potestad ordenatoria, es su naturaleza abstracta, que permite diferenciar la potestad del mero ejercicio de un derecho. El derecho subjetivo, en efecto, se agota normalmente con su ejercicio, la potestad, por el contrario, es inagotable, en el sentido de que el ejercicio de la misma no implica su consumación y en el de que por muchas que sean las órdenes emanadas en virtud de la potestad, ésta no queda en absoluto disminuida ni en contenido ni en naturaleza.

La potestad ordenatoria. ...puede ser ejercida, bien por la propia Administración --supuesto normal--, bien a través de sujetos no administrativos. La relación entre quien ejerce entonces la potestad y la Administración, titular de la propia potestad ordinaria, queda definida como una relación de delegación.

Una primera distinción es fundamental: la Administración puede delegar situaciones de derecho o puede, por el contrario, delegar el ejercicio de la propia potestad.

El Derecho intermedio planteó, sin embargo, la posibilidad de una --translatio potestatis--, en cuanto, posibilidad de que los privilegios de la Administración fuesen atribuidos a un particular como ajenos o accesorios del ejercicio por el propio particular de la potestad administrativa.

Elementos:

- a) La delegación confiere una potestad. Entre el acto de delegación y la potestad delegada existe una relación de causa a efecto, siendo la fuente jurídica de la potestad delegada la voluntad del delegante y no la Ley.
- b) La delegación de potestad no transfiere la potestad misma, sino simplemente su ejercicio. Vgr. Teoría de la sucesión constitutiva, de la transferencia del Derecho, poder.
- c) El poder delegante transfiere al delegado un poder propio, una competencia propia, siendo este carácter de competencia propia el presupuesto de los límites del delegado. ... (21)

En cuanto a las prerrogativas administrativas inmersas en las potestades del órgano, encontramos una clasificación hecha por el Dr. Jose Ignacio Monedero Gil.

"Son las prerrogativas administrativas, inmersas en las potestades del órgano contratante, las que presionan sobre el vínculo para modelarlo y adaptarlo al interés público.

Las potestades tienen un triple alcance:

- Potestad de interpretar, vigilar y dirigir ejecutivamente el cumplimiento del contrato.
- Potestad de modificar, dentro de ciertos límites, la prestación inicialmente convenida.
- Potestad de resolver unilateralmente el contrato celebrado, caso de incumplimiento por parte del colaborador.

Las funciones específicas de cada una de estas potestades se pueden resumir diciendo que pretenden asegurar el cumplimiento de la prestación contractual y que la misma se adapte en el tiempo al interés público." (22)

En este mismo orden de ideas, el tratadista español POR. G. ARIÑO, aclara que el *ius variandi* debería ser la "potestas variandi" al decir:

"La doctrina viene designando a este poder de modifica-

21. Villar Palasí, Jose Luis. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo I. Primera edición. Madrid-España. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. 1972. P. 206-213.

22. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 291.

ción con el nombre de *ius variandi*. Aunque la cuestión terminológica sea en ocasiones convencional, conviene precisar los nombres, pues a veces a través de ellos se incurre en errores de fondo. Así, no se trata aquí realmente de un *ius* (un derecho subjetivo de la administración en el seno de un particular y concreta relación jurídica: el contrato), sino más bien de una potestad (poder según el cual se desenvuelve la capacidad jurídica de un modo genérico) administrativa, de la cual el órgano se encuentra investido, no por la relación jurídica del contrato sino por la ley, si bien con efectos sobre aquella en razón de los fines que tiene atribuidos como competencia específica. La diferencia entre uno y otro es fundamental: el derecho subjetivo se agota normalmente con su ejercicio; la potestad, en cambio, es inagotable en el sentido de que el ejercicio de ella no la consume ni la disminuye." (23)

Dentro de nuestra doctrina y volviendo con el tema de la delegación el tratadista Miguel Acosta Romero establece algunas excepciones al principio de la competencia, al decir:

"La competencia puede ser delegada en aquellos casos que lo permita la ley. Según la teoría, pueden delegarse facultades vinculadas o reglamentarias, más no así las discrecionales; sin embargo, nuestra legislación permite que se deleguen en ciertos casos estas últimas. Se llama avocación cuando el funcionario superior asume las funciones que normalmente corresponde al inferior. La avocación y la delegación, en nuestra opinión, son excepcionales al principio de que la competencia no se prorrogue." (24)

Con una mayor claridad Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez, se expresa diciendo en su obra:

"La delegación de competencia consiste en la transmisión del ejercicio de facultades que un órgano hace en favor de otro inferior, ya sea en forma total o parcial. Esta transmisión no implica que el superior pierda el derecho de actuar en las materias que ha delegado, puesto que al transmitir la competencia, el delegante sigue siendo el responsable de su ejercicio, por lo que, en razón de los poderes de vigilancia

23. POR. G. ARIÑO. El contrato de la relación contractual: - Sus principios informadores. Documentación Administrativa. No. 121. Enero-febrero 1968. Madrid-España. P. 51.

24. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 419.

y de revisión que le otorge su jerarquía, debe mantener el control del ejercicio de las facultades delegadas.

... Para que la delegación pueda darse es necesario:

- a) Que el delegante esté autorizado expresamente por la ley.
- b) Que no se trate de facultades exclusivas.
- c) Que el acuerdo delegatorio se publique." (25)

Gabino Praga Magaña señala en que consiste una facultad discrecional, al decir:

"En realidad, el poder discrecional debe definirse tomando la situación de la Administración frente a la Ley y no frente a los particulares." (26)

Como se ha podido apreciar, en los contratos administrativos, se encuentra una Potestad ordenatoria de la Administración Pública hacia el cocontratante.

25. Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. ob. cit., P. 83-84.
26. Praga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 412.

3.1.3. Consentimiento.

De lo expuesto en el Capítulo primero, solo agregaríamos lo siguiente: El consentimiento es el alma del contrato, como se ha dicho anteriormente, el contrato es la unión de varias voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones. - con el fin de satisfacer intereses contrapuestos y no congruentes entre sí.

Donde no hay consentimiento, nunca existirá el contrato. Pero donde hay consentimiento expresado por dos voluntades opuestas, existe el contrato, ya sea de derecho privado o público, ya que el derecho administrativo es una de las ramas del derecho público.

La manifestación de la Administración Pública, siempre debiera expresarse en forma clara, precisa e inequívoca, por conducto del órgano que legalmente corresponde.

Es importante precisar que sin consentimiento y sin objeto, no se daría a luz, el contrato administrativo, ambos deben concurrir, ya que la idea en sí del consentimiento presupone a los sujetos.

La finalidad del consentimiento es establecer entre las partes, vínculos jurídicos, siendo, por lo tanto, el substratum mismo del contrato.

Hemos señalado que la voluntad administrativa, antes de surgir, tiene una serie de actos preparatorios, mismos que tiene por finalidad esencial, el otorgamiento del contrato administrativo.

La Administración Pública al otorgar su consentimiento con el cocontratante implica la creación o transmisión de obligaciones y derechos.

Pero cuando en la etapa de formación y expresión de la voluntad administrativa surge trasgresiones, entonces surge los vicios que afectan al contrato administrativo.

Entre los vicios que pueden afectar la voluntad administrativa, el tratadista Argentino Héctor Jorge Escola señala:

"... los vicios que pueden afectar a la voluntad administrativa, y a semejanza de lo que ocurre en el derecho privado

se menciona el error, el dolo y la violencia." (27)

Nuestro ordenamiento jurídico, en el Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia Federal. En sus artículos 1812 al 1823 con el subtítulo denominado "Vicios del consentimiento" a simple vista, y por estar comprendidos en el subtítulo, son: el error, el dolo, la mala fe, y la violencia."

"... la doctrina ha estimado que sólo tiene ese carácter el error, la violencia o intimidación y la lesión (tratada como tal vicio en el Título sexto de la Primera Parte del Libro Cuarto, en los arts. 2228 y 2230) y atribuye al dolo y a la mala fe la categoría de medios determinantes del error." (28)

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia Federal, 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.

Art. 2230.- La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz.

Manuel Borja Soriano y Ernesto Gutierrez Y Gonzalez son los que se manifiesta que el dolo y la mala fe, son categorías determinantes del error.

Para el primero de los autores citados se manifiesta:

"Según el artículo 1297 del Código de 1884, "Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplea para inducir a error o mantener en él a alguno de los contrayentes y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contrayentes, una vez conocido". El artículo 1815 del Código de 1928, es una reproducción del anterior, con sólo las siguientes modificaciones de palabra y no de esencia: La palabra "emplea" se ha sustituido por "emplee" y -

27. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 189.

28. De Buen Lozano, Néstor. "La decadencia del contrato. ..." P. 189.

la palabra "contrayentes" por contratantes.

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 (Dias Ferreira, T. II, pág. 13 y Código de 1884, art. 1296, fracciones III y IV) que sé 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 su efecto y el Derecho Civil no tiene que preocuparse por él" (Planiol, T. I, núm. 283; Ripert y Boulanger, T. I, núm. 285)". (29)

El Dr. Néstor De Buen Lozano, en cuanto a los vicios del consentimiento señala, que solamente constituye como vicio - el error al decir:

"A nuestro modo de ver las cosas no es suficiente esa - limitación doctrinal y creemos que sólo constituye vicio, en rigor, el error. La suma ignorancia y notoria inexperiencia - que en el art. 17 se invocan como determinantes de la lesión, son también, a su manera, estados mentales productores del - error.

Nosotros estimamos que por vicio de la voluntad debe entenderse aquel elemento que lleva a aceptar una situación de la que no se tiene conciencia suficiente en cuanto a sus alcances. El sujeto que expresa erróneamente su voluntad, lo - hace porque quiere lo que se propone. Por el contrario, aquel que expresa en determinado sentido su voluntad aparente como resultado de la violencia que sufre o como consecuencia de su extrema miseria, en realidad no quiere lo que dice. Su voluntad es perfectamente consciente de las consecuencias del acto y no está viciado. Lo que ocurre es que se obtiene --gracias a la violencia-- una declaración contradictoria. Aquí, habrá, en todo, caso, discrepancia entre la voluntad declarada y la real, pero en modo alguno vicio en la voluntad real.

Establecido que la ignorancia y la inexperiencia son estados subjetivos que provocan el error, sin culpa de la otra parte y que el dolo y la mala fe llevan al error o mantienen

29. Borja Soriano, Manuel. ob. cit., p. 220.

en él por causas imputables a tercero, se llega a la conclusión de que respecto de la voluntad real, sólo constituye vicio el error." (30)

El error tiene diferentes especies, que pueden ser:

- a) El error en la persona.
- b) El error en el objeto.
- c) El error en la naturaleza, (error in negotio).
- d) El error en cuanto a la identidad de la cosa objeto de él (error in corpore).
- e) El error de derecho.

Estas cinco especies de error son las más citadas en la doctrina administrativa.

En cuanto a la violencia, es importante en transcribir - el criterio de Héctor Jorge Escola al decir:

"En cuanto a la violencia, como vicio de la voluntad administrativa, el primer problema que se presenta es el de determinar si es posible, o no, hablar con propiedad de la existencia de tal violencia, ya que no se comprende cómo la administración pública puede ser objeto de ella, cuando es precisamente la administración la que ostenta una posición prevalente, contando incluso con medios de coerción legal.

Más lógico resulta hablar, por ello, de violencia, fuerza o intimidación ejercida contra el funcionario o contra quienes integran el órgano administrativo que debe adoptar la decisión." (31)

Estamos de acuerdo con el estudio elaborado por el Dr. Néstor De Buen Lozano al afirmar que solamente constituye vicio del consentimiento el error, por las razones ya espuestas por él.

30. De Buen Lozano, Néstor. ob. cit., P. 189-190.

31. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 190.

3.1.4. Forma.

Se ha dicho anteriormente, que toda la actividad de la Administración Pública es formal, y con más razón cuando la Administración Pública utiliza la técnica contractual elaborando junto con el cocontratante el contrato administrativo.

En este mismo orden de ideas, Miguel Angel Bercaitz señala:

"Agregamos a esto, que las formas en derecho público tienen por fin principal documentar la actuación administrativa, actuación que se cumple mediante funcionarios y agentes que expresan o ejecutan o contribuyen a expresar o ejecutar la voluntad de la Administración pública. Existe, pues, un fin instrumentar en su estricto respeto, a la vez que de garantía sobre la juridicidad del obrar administrativo.

... la decisión administrativa debe documentarse forzosamente para que pueda tener vida y consecuencias jurídicas en actos o en contratos. La voluntad de la Administración se forma mediante una serie de actos de distintas personas que la expresan o contribuyan a expresarlo. Para su concatenación es indispensable entonces documentar, instrumentar, formalizar todas y cada una de esas manifestaciones de voluntad que al fundirse en un haz constituyan la voluntad del Estado.

La forma escrita es, pues, esencial para la existencia de todo contrato administrativo, ...". (32)

El Dr. Andres Serra Rojas diferencia entre la formalidad y la forma al decir:

"Se ha distinguido entre formalidad y forma en derecho administrativo. Las formalidades son los requisitos legales para que el acto se manifieste en cambio, la forma, que es parte de la formalidad, se refiere estrictamente modo como debe acreditarse la voluntad administrativa que origina el acto.". (33)

André de Laubadere destaca la importancia del formalismo en la contratación administrativa, al exponer:

32. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P. 225-226.

33. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. I. P. 248.

"... aqui se destaca el formalismo de la contratación - administrativa por contraposición al consensualismo de la contratación de derecho privado, la manifestación de la voluntad de la Administración en la conclusión del contrato debe ser - expresa por lo que no puede concebirse una manifestación de - la voluntad administrativa en forma taxita por el silencio - administrativo." (34)

Es decir, toda la formalidad de la Administración Pública debe de ser escrita, para otorgar mayor seguridad jurídica a los contratantes.

34. André de Laubadere. cit. pos. Randolph-Brewer, Allan, La formación de la voluntad de la administración pública nacional en los contratos administrativos. Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Central. No. 28. Marzo - 1964. Caracas-Venezuela. P. 96.

3.1.5. Objeto.

En cuanto al objeto Héctor Jorge Escola considera:

"Tiene especial trascendencia, en cambio, el hecho de que el objeto de los contratos administrativos puede ser, sin lugar a dudas, una cosa que esté fuera del comercio, al revés de lo que ocurre en el contrato de derecho privado, cuyo objeto debe ser siempre y necesariamente una cosa que esté en el comercio." (35)

En este mismo sentido, se expresa Miguel Angel Bercaitz, al llamar "modalidades de los objetos":

"Las cosas que están fuera del comercio no pueden ser objeto de los contratos de derecho privado. En cambio, si pueden serlo de los contratos administrativos, como ocurre con el dominio público.

Se ha pretendido objetar la existencia de los contratos administrativos alegando que la res extra commercium no pueden ser objeto de los contratos, y a ello se ha contestado acertadamente que no pueden serlo de los contratos de derecho privado, pero nada impide que lo sean de los administrativos. Si existiere identidad absoluta entre los contratos de derecho privado y los administrativos, si todo lo que ocurre en los primeros debiera suceder en los segundos, entonces no habría contratos de derecho privado y contratos administrativos, sino única y exclusivamente contratos de derecho privado o simplemente contratos.

De igual manera, el objeto no es inmutable en el contrato administrativo y sí lo es en el derecho privado." (36)

Como se puede apreciar, es en los contratos administrativos, en donde el objeto recae en cosas res extra commercium. Vgr. Bienes del dominio público, siendo una característica particular de estos contratos.

Por tal motivo nuestra Constitución señala:

ART. 27. Párrafo VI.

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible.

35. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 196.

36. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P. 227-229.

tible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de - los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y - condiciones que establezcan las leyes.

En cuanto a los bienes de dominio público, nuestra LEY - GENERAL DE BIENES NACIONALES, en su artículo 16 se señala las características más importantes y son:

Art. 16.- Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles y no estarán sujetos, mientras no varíe su situación jurídica, a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional. Los particulares y - las instituciones públicas sólo podrán adquirir sobre el uso, aprovechamiento y explotación de estos bienes, los derechos regulados en esta ley y en las demás que dicte el Congreso de la Unión.

Se regirán sin embargo, por el derecho común, los aprovechamientos accidentales o accesorios compatibles con - la naturaleza de estos bienes, como la venta de frutos, materiales o desperdicios, o la autorización de los usos a que alude el artículo 42.

Ninguna servidumbre pasiva puede imponerse, en los términos del derecho común, sobre los bienes de dominio público. Los derechos de tránsito, de vista, de luz, de - derrames y otros semejantes sobre dichos bienes se rigen exclusivamente por las leyes y reglamentos administrativos.

En este mismo orden de ideas, nuestra doctrina manifiesta:

Rafael Rojina Villegas.

"Es necesario distinguir estas cosas que están fuera del comercio y que hacen imposible el contrato cuando recaiga sobre ellas, de las cosas inalienables. Toda cosa que está fuera del comercio es inalienable; pero no toda cosa inalienable está fuera del comercio. Cuando la cosa está fuera del comercio, esta circunstancia necesariamente la hace inalienable, - porque no puede entrar al patrimonio de los particulares.

En cambio, hay cosas que son inalienables, pero que están en el comercio y han sido objeto de propiedad particular. En estos casos la inalienabilidad sólo se decreta para proteger determinados intereses, pero no atendiendo a la circunstancia de ser cosas fuera del comercio. Por ejemplo: el patrimonio de familia es inalienable, pero es objeto de propiedad particular y, por consiguiente, está en el patrimonio y en el

comercio." (37)

Ernesto Gutierrez Y Gonzalez.

"Cosa extracomercium, o incomerciable o no comerciable.

Es la que por mandato de la ley o por su naturaleza, no puede ser objeto de propiedad particular.

Lo incomerciable se refiere a las cosas que no pueden ser objeto de propiedad particular.

Lo inalienable significa que una cosa que sí puede ser de propiedad particular, o que inclusive es ya de propiedad particular, no puede ser objeto de un contrato traslativo de dominio, aunque si pueda ser objeto de otro tipo de contratos." (38)

Continuando con el mismo autor, nos señala como ejemplo lo contenido en nuestro Código Civil para el Distrito Federal en materia comun y para toda la república en materia Federal, en sus siguientes artículos:

Art. 833.- El gobierno federal podrá expropiar las cosas que pertenezcan a los particulares y que se consideren como notables y características manifestaciones de nuestra cultura nacional, de acuerdo con la ley especial correspondiente.

Art. 834.- Quienes actualmente sean propietarios de las cosas mencionadas en el artículo anterior, no podrán enajenarlas o gravarlas, ni alterarlas en forma que pierdan sus características, sin autorización del C. Presidente de la República, concedida por conducto de la Secretaría de Educación Pública y Bellas Artes.

37. Rojina Villegas, Rafael. ob. cit., v. III. P. 63.

38. Gutierrez Y Gonzalez, Ernesto. ob. cit., P. 134.

3.1.6. Causa.

Héctor Jorge Escola, dice al respecto:

"...no debe perderse de vista que la teoría de la causa, en su aplicación a los contratos administrativos, presenta - otra singularidad, y es la que se deriva del principio de que si en los contratos de derecho privado sólo se requiere que - la causa haya existido en el momento de celebrarse el contrato, sin que su posterior desaparición afecte la validez y vigencia del contrato efectuado, en los contratos administrativos, al contrario, para que se mantenga su existencia y no - caigan, es preciso que la causa subsista con la misma plenitud, ya que si la causa desaparece, el contrato administrativo se extingue." (39)

El Dr. Luis Henrique Farias Mata al igual que Allan Randolph Brewer C. ambos tratadistas, citan una sentencia de la Corte Federal de 12-11-1954, (Gaceta Forense, Segunda etapa. No. 6. vol. I. 1954. pág. 191.), en el cual se señala:

"En tales contrataciones o contratos de derecho público la causa inmediata de las prestaciones de la Administración - la constituyen las contraprestaciones del particular, y la - causa o motivo determinante, es el interés público que con - esas prestaciones se persigue." (40)

Volviendo al estudio realizado por Héctor Jorge Escola, establece una diferencia entre el papel de la causa en los - contratos de derecho privado y en los contratos administrativos:

"... Una diferencia existe entre el papel de la causa en los contratos administrativos y en los de derecho privado: en los primeros, la causa es permanente, debe subsistir durante toda la vida del contrato, con la misma plenitud; en los segundos, en cambio, basta con que la causa haya existido en el momento de celebrarse el contrato, no importando que luego de saparezca." (41)

Es importante en tener presente que dentro de nuestro -

39. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 208.

40. Farias Mata, Luis Henrique. ob. cit., P. 158.

Brewer C. Allan Randolph. ob. cit., No. 26. P. 140.

41. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 182.

ordenamiento jurídico, la "causa", se sustituye por el "fin".

Dentro de la doctrina extranjera, sobre todo en países - de latinoamérica, tiene la causa un papel importante en sus - ordenamientos jurídicos.

En cuanto a la causa se han elaborado diversas teorías, en las que se encuentra:

La causa clásica en el contrato.

"Se ha desarrollado, entonces para los contratos, una - teoría distinta. La causa de las obligaciones contraídas por una de las partes en el contrato sinalagmático, es decir, en los contratos que dan origen a derechos y obligaciones recíprocos para las dos partes, es la obligación contraída por la contraria." (42)

El Neocausalismo.

"La teoría clásica de la "causa" o "causa final" o "causa conmutativa", resultaba insuficiente para solucionar los - problemas generados por la causa ilícita o inmoral.

Aparece entonces el "neocausalismo", que mira, no cómo - se ha creado la obligación, sino para qué, es decir el motivo, el móvil determinante concreto de la voluntad de los que se obligan, para establecer entonces si la "causa subjetiva" en cuanto pueda arrancarse del "yo" de cada una de ellas y - adquirir relevancia jurídica, es lícita o no.

Los motivos determinantes del acto, que para la doctrina clásica de la "causa" eran descartados, ocupan en el "neocausalismo" el lugar que les corresponde como móviles concretos de la conducta humana, para establecer si existe o no la "causa" de un contrato y averiguar si es lícita o ilícita, moral o inmoral.

... de manera que aun siendo subjetivos y distintos en - cada caso, aparecen exteriorizados, manifestados en él en forma expresa o tácita como determinantes o integrantes de la - voluntad de las partes, vale decir, de su consentimiento para la concertación del vínculo y de las obligaciones asumidas.

En la forma que acabamos de exponer, la causa o motivo - o móvil determinante concreto, llena una doble función:

42. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P. 230-236.

- a) constituye una garantía para las partes en cuanto al fin - querido por ellas al celebrar el vínculo y contraer su obligación ha de satisfacerse;
- b) constituye una garantía para el imperio de la ley y de la moral." (43)

Y termina, al igual que Héctor Jorge Escola, en sostener que en los contratos administrativos, la causa debe de ser - permanente, durante toda la vida del contrato.

Y con un criterio visionista Miguel Angel Bercaitz añade:

"Y sostenemos que no todos los contratos administrativos presuponen el interés público, porque existen contratos administrativos que son tales por simple determinación omnipotente del legislador y hay contratos que son administrativos, no porque la causa o motivo presupuesto en ellos sea el interés público, sino porque su ejecución pueda afectar una necesidad pública." (44)

Nuestra doctrina nacional, como es señalada en la obra - del maestro Rafael Rojina Villegas, con gran claridad dice:

"Según Bonnetcase, la jurisprudencia francesa, al considerar la causa como el motivo determinante y único de la voluntad de las partes en el acto jurídico, substituyó el concepto de causa por el de fin determinante de la voluntad. Prefiere este autor, con Leon Duguit, ya no usar el termino "causa", - sino la expresión "fin determinante de la voluntad".

Nuestro Código vigente, siguiendo a la jurisprudencia - francesa, a las ideas de Bonnetcase y Duguit, abandona por impropio y por ser fuente de confusiones, el término "causa" y prefiere usar como elemento del contrato la palabra "fin" o - "motivo determinante de la voluntad".

Los artículos que el Código en vigor consagran esta modificación, y que nos permiten clasificar como un sistema en que se abandonan la noción de causa para introducir la noción de fin son: 1795, 1813, 1830, 1831 y 2225." (45)

43. IBIDEM. ob. cit., P. 230-236.

44. IBIDEM. ob. cit., P. 245-247.

45. Rojina Villegas, Rafael. ob. cit., v. III. P. 88-90.

Por tal motivo, el tratadista Miguel Acosta Romero, dice que son modalidades del acto administrativo: El motivo y la finalidad.

"... estudiaremos el motivo y la finalidad, no como elementos del acto administrativo, sino como requisitos, modalidades o circunstancias del mismo. Utilizamos estas tres expresiones porque nuestra legislación administrativa, desde luego, no reconoce estos conceptos como elementos del acto administrativo, sin embargo, algunas veces los regula como requisitos, otras como circunstancias y en ocasiones como modalidades." (46)

Al referirse al motivo, lo define:

"Es el conjunto de circunstancias de hecho y de derecho que precede al acto administrativo. Si se refiere al acto, es el conjunto de circunstancias de hecho o de derecho que preceden al acto administrativo y que deben existir, objetivamente; por ejemplo: para otorgar una concesión de explotación de bienes del Estado, el solicitante debe reunir una serie de requisitos previos, que son el motivo para su otorgamiento.

La motivación volitiva será la apreciación de esos requisitos y, además, de la conveniencia que para el interés público represente su realización, para la voluntad del titular del órgano que emite el acto." (47)

En cuanto a la finalidad, señala:

"Fin es la meta que se pretende alcanzar con una actividad o con una conducta. La finalidad del acto administrativo ha sido considerada en forma unánime por los autores en el sentido de que debe perseguir el interés general o el bien común, de acuerdo con las finalidades que a su vez tenga el Estado. Es conveniente precisar que la finalidad no coincide con lo que hemos estimado como objeto mediato del acto, pues este último es el cumplimiento de una potestad que, en si, es distinta a la finalidad perseguida con ello." (48)

En en el Derecho Administrativo, en especial cuando el -

46. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 423.

47. IBIDEM. ob. cit., P. 423-424.

48. IBIDEM. ob. cit., P. 424.

tratadista Miguel Acosta Romero se refiere a los requisitos, modalidades o circunstancias del acto administrativo es pertinente en hacer las siguientes aclaraciones:

- 1.- El acto jurídico es el genero, el acto administrativo es la especie.
- 2.- Nuestra doctrina no considera a la concesión como a un contrato administrativo.
- 3.- Cuando se refiere a las modalidades del acto administrativo, señalamos al efecto: al motivo y la finalidad. A las modalidades, requisitos o circunstancias del acto administrativo es posible trasladarlos a los CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, pudiendo llamarlos: MODALIDADES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO:

a) MOTIVO.

b) FINALIDAD.

La razón de ello obedece: a la equidad.

"La equidad, ... constituye un instrumento de quien debe de aplicar la ley. En cierto modo es un facultamiento para crear normas especiales. En sí, por lo tanto, no es una norma, en el sentido tradicional de "fuente formal", sino un criterio de creación de normas especiales."⁽⁴⁵⁾ Es decir, a situaciones iguales soluciones iguales, a situaciones desiguales soluciones desiguales.

- 4.- Los requisitos, circunstancias o modalidades del acto administrativos, y del contrato administrativo no se debe de confundir con las modalidades de los elementos accidentales del contrato que son: El termino y la condición.

3.1.7. Regimen juridico especial.

Es conveniente repetir una cita del Dr. Andres Serra Rojas, ya que demuestra una realidad en nuestro Derecho Positivo.

"El contrato administrativo tiene por fin el funcionamiento de un servicio público, o el cumplimiento de funciones - de orden público, ambos regulados por el interes general, y - sometidos como tales a la competencia de los tribunales administrativos en los países que tienen este régimen o a la jurisdicción de los tribunales federales en países como el nuestro." (50)

Este es el sentir de nuestra doctrina nacional, al opinar sobre el mismo tema, el Dr. Gabino Fraga Magaña:

"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 civiles y mercantiles y que estos últimos queden sujetos a un régimen legal diverso del que se aplica a los primeros, así los contratos que el Estado celebra con fines especiales, distintos de lo que persiguen los particulares en sus relaciones - civiles o mercantiles, exigen por la misma razón, un regimen juridico especial." (51)

En este mismo orden de ideas, el tratadista Luis Humberto Delgadillo Gutierrez, señala:

"La necesidad de contratación, por parte del Estado, ha originado una serie de adaptaciones a la legislación común, - y ha creado una regulación especial en el cual ha introducido cláusulas exorbitantes al Derecho Privado en favor de la Administración, dotando de facultades especiales a los tribunales administrativos para que puedan resolver las controversias que al respecto se generen." (52)

Dentro de nuestros diferentes ordenamientos juridicos se señalan como lo afirma en diferentes partes de la obra el - Dr. Andres Serra Rojas, que son de la JURISDICCION FEDERAL, y

50. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 563.

51. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 399.

52. Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. ob. cit., P. 194.

cita como ejemplo el art. 50 de la Ley de Obras Públicas.

Art. 50.- Los contratos que con base en la presente ley, celebren las dependencias y entidades, se conciderarán - de derecho público.

Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de esta ley o de los contratos celebrados, serán resueltas por los tribunales federales.

Al corresponder a los Tribunales Federales, la solución del litigio o controversia, se esta haciendo incapie a la Jurisdicción administrativa material.

El Dr. Andres Serra Rojas señala las diferentes formas - de manifestación del contencioso administrativo.

"En nuestra legislación el contencioso administrativo se manifiesta:

- a) En las controversias ante el Tribunal Fiscal de la Federación en procedimientos de anulación, a través de los procedimientos tributarios.
- b) Ante el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los servidores públicos.
- c) El Contencioso Administrativo del Distrito Federal.
- d) El contencioso administrativo material del cual conocen los Tribunales Judiciales Federales en las controversias entre los particulares y la Administración en relación con el artículo 104, fracción I de la Constitución, el Código Federal de Procedimientos Civiles y la Ley Organica del Poder Judicial de la Federación." (53)

La doctrina extranjera manifiesta al respecto, que el regimen juridico es especial ya que surge situaciones como estas: El regimen de interpretación es diferentes a los contratos privados.

En cuanto a la interpretación de los contratos administrativos, se ha señalado que con gran criterio juridico nuestra Jurisprudencia acepta la teoria de la voluntad declarada.

Es en sí la esencia del regimen juridico especial, las siguientes:

- 1.- Modificación unilateral del contrato en cuanto a su rea-

lización.

- 2.- Ejecución directa por parte del Estado.
- 3.- Rescisión directa y unilateral por parte de la Administración Pública.

Estas son las tres reglas fundamentales, mencionadas por la doctrina extranjera.

En cuanto al punto tercero, nuestra JURISPRUDENCIA, señala:

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

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

Quinta Epoca: Tomo XXVIII, Pág. 1187, Riande Rogelio. Jurisprudencia 1917-1985. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Tercera parte. Segunda Sala.

Por último, señalaremos una crítica, en cuanto a los Terminos: Caducidad, Rescisión y Revocación.

En diversos ordenamientos jurídicos, sobre todo en la rama del derecho administrativo, al igual que su doctrina utiliza como sinónimo el término caducidad al de rescisión, o revocación, siendo tres figuras jurídicas con contenido diferente.

Es importante en tener una definición de "caducidad", por lo que ha continuación, citare una definición, que consideramos ser la correcta:

Lic. Ernesto Gutierrez Y Gonzalez.

"... Defino a la caducidad como la sanción que se pacta, o se impone por la ley, a la persona que dentro de un plazo -

convencional o legal, no realiza voluntaria y consientemente la conducta positiva pactada o que determine la ley, para hacer que nazca o para que se mantenga vivo, un derecho sustantivo o procesal, según sea el caso." (54)

La revocación, como se recordara es:

"... el acto por medio del cual el órgano administrativo deja sin efectos, en forma total o parcial, un acto previo - perfectamente valido, por razones de oportunidad, técnicas, - de interes público, o de legalidad." (55)

La rescisión, es como lo manifiesta Miguel Acosta Romero:

"Consiste en la facultad que tiene las partes en un contrato de resolver o dar por terminadas sus obligaciones, en el caso de incumplimiento de la otra parte." (56)

Es importante en señalar que en la rescisión, tanto los tratadistas del derecho civil, como del derecho administrati- vo citan el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito - Federal, en materia común, y para toda la República en mate- ria Federal.

Art. 1949.- La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de - que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimien- to o la resolución de la obligación, con el resarcimien- to de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá - pedir la resolución aun después de haber optado por el - cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

54. Gutierrez Y Gonzalez, Ernesto. ob. cit., P. 616.

55. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 438.

56. IBIDEM. ob. cit., P. 440.

3.2. Elementos no esenciales.

3.2.1. Plazo.

En cuanto al plazo, podrá estar determinado o ser indeterminado.

Cuando el plazo es determinado, a su llegada, es una forma normal de extinción de los contratos administrativos.

Miguel Angel Bercaitz señala una característica y es:

"Podemos decir entonces que los plazos en los contratos administrativos actúan como plazos máximos de duración, pero no como plazos mínimos. Esta última función la sustituye actuando como uno de los factores determinantes de la indemnización que en tal hipótesis debe pagarse al cocontratante, según las particularidades de cada caso." (57)

Esta especie de los contratos administrativos, en el cual no se tiene en cuenta un determinado resultado, sino más bien el mantenimiento o prestación de un servicio público durante un plazo determinado.

Por tal motivo, en nuestra Ley de Obras Públicas, dispone:

Art. 16.- En la programación de la obra pública, las dependencias y entidades preverán la realización de los estudios y proyectos arquitectónicos y de ingeniería que se requieran y las normas y especificaciones de ejecución aplicables.

El programa de la obra pública indicará las fechas previstas de iniciación y terminación de todas sus fases, considerando las acciones previas a su iniciación y las características ambientales, climáticas y geográficas de la región donde deba realizarse.

Como se aprecia, esta regla debe de imperar en la Administración Pública, o sea, que debe de señalar el plazo antes de la concertación del contrato administrativo.

Al vencimiento del plazo, es una forma normal de extinción de los contratos administrativos, cuando el cocontratante y la Administración Pública han cumplido sus obligaciones, y como se desprende libera las obligaciones contraídas por las partes.

57. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P. 257.

3.2.2. Conmutabilidad.

En la obra del maestro Miguel Angel Bercaitz señala con gran criterio visionista, que:

"... la naturaleza de los contratos administrativos su carácter conmutativo. El álea no existe ya en ellos. Su ámbito ha quedado reducido a un campo tan limitado que casi no cuenta." (58)

Como se recordara, de la clasificación dada por el maestro mexicano Manuel Borja Soriano, señala con precisión que son conmutativas las prestaciones ciertas y pueden ser objeto de apreciación inmediata.

En cambio son aleatorios aquellos contratos en los cuales las ventajas o perdidas resulten de un acontecimiento incierto, ya sea para ambas partes o al menos para una de ellas

El tratadista Héctor Jorge Escola, es el único autor que sostiene que la Administración Pública celebra contratos administrativos aleatorios.

Al respecto señala:

"Dentro de los contratos administrativos aleatorios se suele incluir los de juegos explotados directamente por el Estado: Loterías, ruletas, quinielas, pronósticos deportivos, etc. En estos contratos, si bien la prestación del particular es cierta y determinable (la apuesta o valor de participación en el juego de que se trate), la prestación del Estado, tanto en su existencia como en su monto o medida para cada caso, depende de acontecimientos inciertos, del azar." (59)

Como se aprecia en la obra de Héctor Jorge Escola, llega a sostener equivocadamente que los juegos explotados por el Estado, forman parte de los contratos administrativos.

Continuando con la obra del maestro Argentino, mantiene su postura en considerar que los juegos explotados por el Estado forman parte de los contratos administrativos y al efecto señala un parangón entre los juegos explotados por el Estado y los contratos administrativos.

"...

1) Son verdaderos contratos, ya que participan de la noción -

58. IBIDEM. ob. cit., P. 258.

59. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 230-239.

esencial de contrato.

- 2) Son celebrados por la Administración Pública, única regentadora de esos juegos.
- 3) Su finalidad es el interés público, puesto que no es exacto que estén escindidos de los fines públicos del Estado, actuando como meros medios instrumentales, ya que la misma administración sostiene y mantiene, incluso en normas legales vigentes, que esos juegos, o por lo menos algunos de ellos, se celebran no con un propósito general de allegar fondos al erario público, sino con la intención de poder cumplir, por su intermedio y con su concurso, planes concretos y específicos del Estado, en diversas áreas sociales, a los cuales está expresamente afectado su producto. O sea que esos juegos no se organizan para obtener un lucro oficial, sino para participar, directa e inmediatamente, en fines de interés público. Con lo cual, además, se intenta justificar, desde el punto de vista moral, su explotación.
- 4) La administración pública actúa, en su organización y desarrollo con prerrogativas especiales, e incluso determinando cláusulas exorbitantes del derecho privado." (60)

De lo expuesto en el Capítulo segundo, y como se ha señalado anteriormente, el tratadista Héctor Jorge Escola se encuentra en un error fundamental, por la sencilla razón de considerar al contrato público en una especie del contrato administrativo.

Por esta razón Héctor Jorge Escola, considera a los juegos de apuesta como verdaderos contratos administrativos.

En los juegos de apuesta no existe colaboración por parte del particular, sino que solamente se adhiere a la reglamentación ya existente.

La tesis que debe de prevalecer es la del Dr. Jose Ignacio Monedero Gil, que considera a los contratos públicos su autonomía.

60. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 230-239.

3.2.3. Intransferibilidad.

Los derechos y obligaciones derivados del contrato administrativo, es en lo general, personalísimo e intransferible. Por lo tanto, las leyes administrativas deben precisar a los beneficiarios de estos contratos, para no contrariar al interés público.

En cuanto a las cesiones, la doctrina extranjera se manifiesta diciendo:

"Por --cesión de un contrato-- se entiende la transmisión total que de su situación jurídica, una de las partes (Cedente), con el consentimiento de la otra (cedido) y antes de llevar a cabo íntegramente su prestación, hace en favor de una tercera persona (cesionario)".⁽⁶¹⁾

Como se aprecia en nuestras leyes, al igual que en otros ordenamientos jurídicos, se puede llevar a cabo la transmisión de los contratos administrativos, previa autorización del órgano correspondiente.

A falta de dicha autorización, la transmisión o cesión no producirá efecto legal alguno, como se desprende de nuestros diversos textos legales, ya que el acto es nulo de pleno derecho.

Merece especial estudio lo establecido por nuestra Ley de Obras Públicas, y en la Ley de adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios relacionados con bienes muebles, este último dispone:

Art. 40. Párrafo III.

Los derechos y obligaciones que se deriven de los pedidos y contratos una vez adjudicados no podrán cederse en forma parcial ni total en favor de cualquiera otra persona física y moral.

Como se puede apreciar, en la Ley de adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios relacionados con bienes muebles dispone categóricamente la prohibición de la cesión para estos contratos administrativos.

En la Ley de Obras Públicas, se encuentra una variación, en cuanto a la transmisión de las obligaciones, al referirse

61. Por P. de M. ob. cit., P. 102.

a la subrogación:

Art. 38. Párrafo III.

El contratista a quien se adjudique el contrato, no podrá hacer ejecutar la obra por otro; pero, con autorización previa de la dependencia o entidad respectiva, podrá hacerlo respecto de partes de la obra o cuando adquiera materiales o equipos que incluyan su instalación en la obra. En estos casos, el contratista seguirá siendo responsable de la ejecución de la obra ante la dependencia o entidad y el subcontratista no quedará subrogado en ninguno de los derechos del primero.

Esta variación, como ya se puede apreciar, destaca la - diferencia fundamental, en que en el Derecho Administrativo, se encuentra el principio latente: "EL ACREEDOR NUNCA SUBROGA EN SU PERJUICIO", a diferencia del Derecho Privado.

3.2.4. Licitación y pliego de condiciones.

Como se ha dicho anteriormente, es necesario que exista acuerdo de voluntades opuestas para que exista el contrato, - habiendo por lo tanto intereses contrapuestos y no congruentes entre si.

En la formación de la voluntad de la administración pública, se da por lo regular por la pre existencia de hechos - sociales que debe de atender y gestionar, ya que el interes - público lo exige.

"... antes de comenzar la etapa de formación de la contratación administrativa, la administración pública debe precisar qué es lo que desea hacer, como quiere hacerlo y para - que quiere hacerlo y para qué quiere realizarlo, y sólo cuando esté en posesión en todos esos elementos, concretados en - una decisión final de voluntad administrativa, podrá cumplirse el procedimiento que lleve a la conclusión de la relación contractual que deba establecerse." (62)

Los tratadistas del Derecho Administrativo coincide en - señalar, que anteriormente la Administración Pública, era por principio general el de la libre elección, se seleccionaba - en forma directa y de manera discrecional, sin tener que cumplir con ningún requisito especial.

Es verdad, que aun esta en pie este principio, pero se - han establecido restricciones, restricciones que atenta en - contra del Principio de la Autonomía de la Voluntad, pero - que es necesario, ya que los beneficios que reporta en estos contratos es para el bien de la comunidad.

En cuanto a los sistemas de restricción, se señalan:

- a) Licitación en sus dos especies:
 - 1. Licitación pública.
 - 2. Licitación directa.
- b) Contratación directa.
- c) Remate público.
- d) Concurso.

En este mismo orden de ideas, Jose Roberto Dromi afirma:
 "... podemos afirmar que la selección del cocontratante por cualquier procedimiento (licitación pública, licitación privada, contratación directa, remate público, concurso, etc.), no se agota en un acto administrativo único, sino que es el resultado de varios actos, hechos, reglamentos y simples actos de la Administración que reciben concurrencia y colaboración de los particulares a través de actos y hechos jurídicos privados, siempre que el oferente fuere una persona privada." (63)

Es un sentir de la doctrina administrativa que la licitación, es la base para evitar favoritismo, negociaciones oscuras, en la Administración Pública.

Con acertado criterio jurídico, en la obra del maestro Miguel Angel Bercaitz señala que el procedimiento de licitación se descompone en un pliego de condiciones.

Es en el pliego de condiciones, en donde se destaca el objeto del contrato administrativo que a de celebrarse.

En el estudio del Dr. Antonio Moles Caubet predetermina la base, de todos los contratos administrativos, al decir:

"El pliego de condiciones predetermina, por un acto vinculante de la Administración, las bases del contrato en un triple aspecto:

- a) Las condiciones generales. ... aplicables a todos los contratos.
- b) Las condiciones comunes. ... que afectan a contratos del mismo genero.
- c) Las condiciones especiales. ... referidas a las particularidades del contrato individualizado." (64)

Esta clasificación tripartita coincide con la del Dr. Horacio Baque al dividirlo, en las siguientes tres partes:

"...

- 1) Condiciones generales.

63. Roberto Dromi, Jose. ob. cit., No. 4622, P. 4.

64. Moles Caubet, Antonio. El arbitraje en la contratación administrativa. Revista de la Facultad de Derecho. No. 20 Junio 1960. Caracas-Venezuela. P. 19-20.

- 2) Condiciones particulares, o sea las condiciones técnicas o especiales a cada proyecto; y
 - 3) La memoria descriptiva, o condiciones comunes a toda obra.
- .. (65)

En nuestros días, el procedimiento de licitación constituye una regla básica de todo el Derecho para evitar negociaciones oscuras.

La licitación se descompone en el "pliego de condiciones" que constituye la base, para que el cocontratante pueda observar si reúne los requisitos mencionados en éste.

Como se podrá apreciar en los capítulos subsecuentes, la licitación es una fase primordial para la concertación del contrato administrativo.

3.2.5. Garantías.

Como se ha señalado desde el principio, la Administración Pública puede contratar, ya sea con personas físicas, morales, sujetos de derecho internacional.

La Administración Pública puede contratar con otro órgano administrativo, configurándose los llamados "contratos interadministrativos", en estos los sujetos intervinientes son órganos o entes administrativos.

Cuando la vinculación se establece entre entes administrativos, las reglas para la determinación del cocontratante sufre variaciones.

"Por esta misma razón, tampoco se exigen en la contratación interadministrativa los depósitos de garantía que son corrientes en los casos en que la relación contractual se establece con los particulares. En los contratos interadministrativos, así mismo, no es frecuente que se establezcan cláusulas penales u otros medios coactivos que se emplean para constreñir a los particulares a cumplir debidamente sus obligaciones contractuales, ya que los entes administrativos pueden hechar mano de otros arbitrios, incluso más eficaces, para lograr ese cumplimiento, y que atañe a la seriedad y corrección que es dable exigir a todo órgano de la administración." (66)

El Dr. Andres Serra Rojas se manifiesta en este sentido:

"Toda garantía que debe exigirse para asegurar el interés fiscal, el cumplimiento de disposiciones legales, de contratos administrativos, permisos, autorizaciones, concesiones y multas, cualquiera que sea la dependencia del gobierno federal que intervenga será otorgada ante la Tesorería de la Federación y puesta a disposición de la misma, o bien ante o a favor de organismos subalternos, cuando éstos sean los que requieran su otorgamiento. En todo caso la propia Tesorería - bajo su responsabilidad, podrá disponer de las garantías cuando se tratara de pagos bajo protesta o de depósitos en dinero. Quedan exceptuadas las garantías que se otorguen ante autoridades judiciales." (67)

66. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 311-312.

67. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 92.

- 2) Condiciones particulares, o sea las condiciones técnicas o especiales a cada proyecto; y
 - 3) La memoria descriptiva, o condiciones comunes a toda obra.
- „ (65)

En nuestros días, el procedimiento de licitación constituye una regla básica de todo el Derecho para evitar negociaciones oscuras.

La licitación se descompone en el "pliego de condiciones" que constituye la base, para que el cocontratante pueda observar si reúne los requisitos mencionados en éste.

Como se podrá apreciar en los capítulos subsecuentes, la licitación es una fase primordial para la concertación del contrato administrativo.

En diferentes ordenamientos jurídicos, se exige que el cocontratante deberá otorgar una garantía a la Administración Pública.

Con un mayor razonamiento jurídico es lo establecido por nuestra LEY DE OBRAS PUBLICAS, al contener:

Art. 34.- Las personas físicas o morales que participen en las licitaciones y ejecuten obra pública o presten servicios relacionados con la misma, deberán garantizar:

- I. La seriedad de las proposiciones en los procedimientos de adjudicación.

- II. La correcta inversión de los anticipos que, en su caso, reciban, y

- III. El cumplimiento de los contratos.

Art. 35.- Las garantías que deben otorgar los contratistas de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas, se constituirán en favor de:

- I. La Tesorería de la Federación, por actos o contratos que celebren con las dependencias a que se refieren las fracciones I a III del artículo 1^o de esta ley;

- II. La Tesorería del Distrito Federal, en los actos o contratos que celebren con el propio Departamento.

- III. Las entidades, cuando los actos o contratos se celebren con ellas, y

- IV. Las tesorerías de los Estados y Municipios, en los casos de las obras a que se refiere el artículo 7^o de esta ley.

Como la afirma el tratadista Miguel Angel Bercaitz, la garantía que se le pida al cocontratante sirve para el "... exacto cumplimiento de las obligaciones asumidas por el cocontratante, la Administración Pública establece en sus contratos un sistema de garantías que responde por las sanciones - que aplica el primero, en caso de mora o inejecución parcial o total del convenio." (68)

Con igual sentido analogico, al igual que en la Ley de - Obras Públicas, en la Ley de adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios relacionados con bienes muebles, existe idéntico precepto en sus artículos 32 y 33.

68. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P. 271.

3.2.6. Sanciones.

Las sanciones establecidas por la Administración Pública, es una POTESTAD de la misma.

Sobre este mismo tema, los tratadistas explican:

Miguel Angel Bercaitz.

"La sanción es consecuencia de los poderes superiores - que posee la Administración Pública en la ejecución del contrato y tiene por objeto actuar en forma compulsiva sobre el contratante para constreñirlo al más exacto cumplimiento de sus obligaciones." (69)

Héctor Jorge Escola.

"Este poder de la Administración pública, siendo como es un verdadera potestad, presenta la necesaria particularidad - de que pueda ser ejercida en forma directa y unilateral por ella, considerando cada caso por sí mismo e imponiendo las - sanciones que a su juicio corresponden para mantener el cumplimiento del contrato, sin que deba recurrir en ningún caso a la intervención de la jurisdicción judicial, salvo cuando - para el cumplimiento de la sanción debe actuarse sobre el patrimonio del cocontratante, como ocurre en el caso en que im- puesta una sanción pecuniaria y no existiendo sumas sobre las que pueda hacerse efectiva, deba demandarse. ...". (70)

Las sanciones pueden ser:

- a) Pecuniarias,
- b) Coercitivas, y
- c) Rescisorias.

En cuanto a las sanciones pecuniarias podrán ser:

1. Sanciones fijas y predeterminadas.
2. Indemnización de daños y perjuicios.

En las sanciones pecuniarias fijas y predeterminadas, es en especial el estudio elaborado por Héctor Jorge Escola, al decir:

69. IBIDEM. ob. cit., P. 272.

70. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 409.

"... pueden aparecer bajo la forma de una cláusula penal o de simples multas, son aquellas establecidas por las partes en el contrato o en los documentos que lo complementan o por las normas generales que son aplicables a la contratación administrativa, en las cuales se dispone el pago de una determinada suma para el caso de que se incurra en faltas en la ejecución de las prestaciones previstas para el cocontratante particular.

... presenta la particularidad de que para su imposición la administración no debe probar que haya sufrido algún perjuicio, sino que sólo es necesario que se halla demostrado la existencia de una falta al contrato. Por ello, estas sanciones no tienen en cuenta la reparación de un daño efectivo, - sino la presencia de una conducta que significa una trasgresión a lo estipulado contractualmente, al extremo de que igualmente preceden aun en el caso de que la falta contractual no - haya significado ningún perjuicio, en esa órbita, para la administración." (71)

Al igual, lo que sucede en el derecho administrativo, en el derecho civil se tiene "La responsabilidad civil", o conocida doctrinalmente como la cláusula penal o pena convencional.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia Federal, en el Capítulo primero, titulado "Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones", en un artículo relativo contiene:

Art. 2117.- La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa.
Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario.

Y es precisamente en el artículo 1840, en el cual se dispone:

"Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla - o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios."

71. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 413.

Es importante en señalar, que del artículo se desprende que la pena convencional sustituye a la indemnización de los daños y perjuicios.

El Código Civil, en sus artículos subsecuentes señala:

Art. 1846.- El acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación o el pago de la pena, pero no ambos, a menos que aparezca haber estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación o porque ésta no se preste de la manera convenida.

En cuanto a la cláusula de no responsabilidad.

En cuanto al dolo se dispone:

Art. 2106.- La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula.

En la obra del maestro Manuel Borja Soriano, señala en cuanto a la culpa:

"Caso de culpa. Puede pactarse que la falta de cumplimiento de un contrato cuando el deudor obre tan sólo con culpa no dará derecho al acreedor para exigirle indemnización de daños y perjuicios? Nuestros Códigos no han prohibido en este caso la renuncia, como lo han hecho tratándose de dolo, por lo que podemos suponer que no es ilícita la renuncia a la indemnización." (72)

Es importante, que el maestro Manuel Borja Soriano, esta en lo cierto, cuando manifiesta que "la culpa", en las relaciones entre particulares puede ser objeto de renuncia.

Pero en el campo del Derecho Administrativo, no puede ser trasplantado este principio, sino que, al igual que el "dolo", donde la renuncia es declarada nula, por analogía, se debe de aplicar a "la culpa".

Ya que es precisamente en donde el interes de la colectividad esta en juego, y por lo tanto, es el interes general el que debe de prevalecer sobre el interes privado.

Continuando con el punto número dos, en lo relativo a la "indemnización de daños y perjuicios", recordaremos que "Indemnización viene del verbo indemnizar, y éste se forma de -

dos vocablos latinos que son "in" y "damnum". "In" significa "sin" y "Damnum" "daño", por lo cual indemnizar significa "dejar sin daño". (73)

En este mismo orden de ideas, continua el maestro Héctor Jorge Escola, "Los daños y perjuicios, por su parte, constituyen una forma de reparación pecuniaria que es aplicable en los casos en que no se ha previsto la punición de las faltas contractuales mediante la imposición de sanciones pecuniarias fijas y predeterminadas.

La teoría de los daños y perjuicios en los contratos administrativos, que no son sino una consecuencia de la responsabilidad contractual del cocontratante particular, se halla más próxima a la que rige en los contratos de derecho privado, diferenciándose ambas, especialmente, en lo que atañe a la forma como se establecen y fijan." (74)

Nuestro ordenamiento jurídico, da la definición de daño y perjuicio, estableciendo:

Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia Federal.

Art. 2108.- Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

Art. 2109.- Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación. Esto, debe ser por lo tanto de una relación de causalidad.

Art. 2110.- Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sean que se haya causado o que necesariamente deban causarse.

Continuando con las SANCIONES COERCITIVAS, la doctrina extranjera utiliza este término como sinonimo a las SANCIONES SUSTITUTIVAS, y consiste:

"Las sanciones coercitivas son aquellas que teniendo como finalidad, ya no alcanzan, de algún modo, cierta reparación de los perjuicios causados por las faltas contractuales o la punición económica del cocontratante como medio de llevarlo al cumplimiento regular del contrato, sino lograr el -

73. Gutierrez Y Gonzalez, Ernesto. ob. cit., P. 278.

74. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 414.

inmediato y efectivo cumplimiento de las prestaciones asumidas por aquél, dan lugar a que la administración pública se sustituya al cocontratante particular, llevando a cabo por sí misma el cumplimiento de tales prestaciones o haciéndolas cumplir por un tercero. Por eso, estas sanciones también pueden llamarse "sustitutivas".

Las sanciones coercitivas sólo proceden, dada la trascendencia de sus efectos, ante la comisión de faltas graves por parte del cocontratante, que casi siempre se traducirán en una suspensión o abandono de la ejecución del contrato de una índole tal que perjudique la prestación de los servicios o el cumplimiento de las obligaciones correspondientes." (75)

Por último, analizaremos las SANCIONES RESCISORIAS.

Las sanciones rescisorias son las más graves en que pueda incurrir tanto la Administración pública como el cocontratante.

Cuando la Administración Pública no cumple determinado contrato, no obra como Autoridad, sino como persona moral.

La rescisión de un contrato administrativo, la puede pedir tanto el cocontratante como la Administración Pública.

Como se recordara, la rescisión es una facultad reconocida por el legislador por el incumplimiento de los contratantes, en el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

En el Derecho civil, el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación, o la terminación del vínculo obligacional, ambos con el resarcimiento de daños y perjuicios.

En el campo del derecho administrativo, más de los daños y perjuicios van acompañadas de otras sanciones, como ejemplo: Suspensión o cancelación del registro en el Padrón de Contratistas de Obras Públicas.

La doctrina coincide, en que la Administración, jamás podrá poner sanciones penales en el contrato administrativo, por la sencilla razón de corresponder en nuestro Derecho al Poder Legislativo.

75. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 415.

A continuación, mencionare algunas JURISPRUDENCIAS, en relación, con el tema que nos aborda.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Los actos de las autoridades negándose a cumplir los contratos administrativos que hayan celebrado, no constituyen propiamente actos de autoridad, sino de una persona moral que se niega a cumplir con una obligación; y contra tales actos, no procede dar entrada al amparo, que sólo cabe contra actos de autoridad.

Quinta Epoca: Tomo XVII. Pág. 274. Eduardo Pallares.

CONTRATOS CELEBRADOS POR AUTORIDAD ADMINISTRATIVA COMO PERSONA MORAL DE DERECHO PRIVADO. AMPARO IMPROCEDENTE CONTRA ACTOS QUE SON CONSECUENCIA DE ELLOS.

Si los actos que reclaman los quejosos como atentatorios de posesión comunal son consecuencia de un contrato, que objetan, celebrado con las autoridades responsables como personas morales sujetos de derechos y obligaciones (artículo 25, fracción I, del Código Civil), y no como entidades soberanas dotadas de imperio, las posibles consecuencias de dicho contrato no son reclamables en juicio de garantías por no constituir actos de autoridad, motivo por el cual resulta operante la causal de improcedencia prevista en la fracción XVIII del artículo 73, en relación con la fracción I del artículo 1^o (a contrario sensu), de la Ley de Amparo.

Séptima Epoca: Tercera Parte: vol. 66. Pág. 28. A.R. - 4618/73.

Bienes Comunales de Santa Cruz Xococotlán, Distrito del Centro, Oax. Unanimidad de 4 votos. Vols. 139-144, Pág. 46. A.R. 144/78.

Caudencio Machuca Sánchez y otros. 5 votos.

CONTRATOS CELEBRADOS POR EL GOBIERNO FEDERAL, IMPROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA EL INCUMPLIMIENTO DE LOS, POR PARTE DEL GOBIERNO.

El incumplimiento de los contratos en que interviene el gobierno federal como parte no puede considerarse como acto de autoridad que pueda ser reclamado en el juicio de garantías, el que no fue instituido como un medio legal idóneo para exigir el exacto cumplimiento de aquellos contratos.

Quinta Epoca: Tomo LXIX, Pág. 3984. "Asociación Local Agrícola de Productores de Yucatán.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Las autoridades contratantes no pueden violarlos por medio de acuerdos gubernativos, pues esto importa una violación a los artículos 14 y 16 constitucionales.

Quinta Epoca: Tomo XIV. Pág. 1085. Compañía de tranvías, Luz y Fuerza de Monterrey.

Jurisprudencia 1917-1985

Apendice al Semanario Judicial de la Federación. Tercera Parte. Segunda Sala.

El contrato administrativo no es un acto administrativo, pero la orden de revocación de la autoridad facultada por el ordenamiento jurídico constituye un acto administrativo, y - por tal motivo, es menester en tener presente esta JURISPRUDENCIA.

ACTOS ADMINISTRATIVOS, ORDEN Y REVOCACION DE GARANTIAS - DE AUDIENCIA, FUNDAMENTACION Y MOTIVACION.

Dentro de nuestro sistema constitucional no basta que - una autoridad tenga atribuciones para dictar alguna determinación, para que ésta se considere legal e imperiosamente abedecible maxime cuando tal determinación es - revocatoria de otra anterior otorgada en favor de algún individuo. Los artículos 14 y 16 de la Constitución General de la República impone a todas las autoridades del país la obligación de oír en defensa a los posibles afectados con tales determinaciones, así como la de que éstas, al pronunciarse, se encuentre debidamente fundadas y motivadas.

Sexta Epoca, Tercera Parte:

Vol. XV, Pág. 33 A.R. 7225/57. Benjamin Romero Villa. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XIX. Pág. 47. A.R. 5501/58. "Laboratorios Doctomex" S.A. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXIII. Pág. 9. A.R. 5723/58. Laboratorios Liomont, S.A. 5 votos.

Vol. XXXII. Pág. 35. A.R. 2888/59. "Mead Johnson de México" S.A. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXXIII. Pág. 21. A.R. 2125/59. Antonio Garcia Michel. 4 votos.

Como corolario debemos tener presente que en nuestro ordenamiento jurídico, esta latente el principio: "NADIE PUEDE SER CONDENADO SIN QUE LE OIGAN SUS DEFENZAS" (neque enim inaudita causa quem quam damnari aequitatis ratio patitur).

Por tal motivo, nuestro Legislador, para no trasgredir a nuestra Constitución, ha establecido diversos recursos, en diferentes ordenamientos jurídicos, que constituye un medio de impugnación que cuenta el administrado. Vgr. Recurso de revocación, recurso de inconformidad, apelación, queja. etc.

CAPITULO CUARTO. LOS DIFERENTES MODOS DE CELEBRACION DE LOS -
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

4.1. La celebración del contrato administrativo.

4.1.1. El procedimiento de generación.

El procedimiento de generación comprende la formación de la manifestación de la voluntad administrativa.

La Administración debe seguir las formalidades establecidas en la ley, de lo contrario, no puede decirse que hay manifestación legítima de voluntad.

El procedimiento interno de la Administración Pública canaliza sus propositos, intereses en juego, ya que al coordinar las voluntades de ésta llevaran al nacimiento, del contrato administrativo.

La función coordinadora del procedimiento de generación comprende:

- La Administración Pública se convierte en impulsor, con la finalidad de configurar al contrato administrativo.
- La situación jurídica que regirá las relaciones de los contratantes, será el resultado del procedimiento de generación.
- La Administración Pública vigilará el cumplimiento de normas en esta etapa precontractual.

El Dr. Jose Ignacio Monedero Gil ha señalado los principios del procedimiento de generación:

"...

A) Uniformidad.

El procedimiento de generación debe ser uniforme en cada tipo de contrato para todos los órganos de la Administración, requisito que debe cuidarse particularmente en aquellos negocios de intensa utilización. Esta uniformidad debe conseguirse por medio de la normativa jurídica, o a través de practicas administrativas consolidadas y aceptadas generalmente por las autoridades administrativas, ...

B) Flexibilidad.

El principio de la uniformidad debe moderarse con la regla

de la flexibilidad. No pueden olvidarse las peculiaridades que en muchas ocasiones ostentan algunos contratos, secuela de las necesidades específicas de los servicios públicos, y la autoridad responsable debe estar facultada para adoptar las resoluciones singulares adecuadas.

Tales supuestos deben merecer, no obstante, la calificación de excepcionales y la normativa aplicable preverlos en lo posible.

C) Búsqueda del óptimo contractual.

Esta búsqueda en solitario de --lo justo contractual-- que realiza la Administración, típica actuación del contrato - del Estado, rompe con el mecanismo consensual privado basado en el dialogo y también con esa triple faceta de manifestación de la autonomía de la voluntad (autodecisión, autorregulación y acto obligación). ...

D) Defensa del interés público.

Es un concepto relativo, por tanto. No bastará que la autoridad administrativa tenga presente el triunvirato precio-plazo-calidad, sino que debiera atisbar los riesgos de incumplimiento y los posibles cambios futuros de los intereses públicos relacionados con el compromiso contractual.

E) Selección del cocontratante idóneo.

El planteamiento del contrato debe estar meditado, de forma que propicie y consiga un esquema contractual óptimo para la Administración y el administrado.

Otra meta del procedimiento es la de procurar que los contratos del Estado lleguen a celebrarse con las personas o empresas más adecuadas al tipo de prestación apetecida por la Administración.

Las consideraciones subjetivas de idoneidad y solvencia - deben estar también presentes al tiempo de elaborar el esquema contractual óptimo; ...

F) Virtualidad jurídica.

El procedimiento de generación del contrato por último, no debe ser mero conjunto de trámites internos de la Administración, cuyo incumplimiento carezca de trascendencia y no pueda, consecuentemente, ser denunciado por los particulares interesados.

Por el contrario, los defectos del expediente deben constituir vicio de consentimiento administrativo con el mismo significado que el Derecho civil concede a este supuesto. Las leyes administrativas deberán fijar qué actuaciones preparatorias tienen caracteres esenciales y su incumplimiento conlleva fatalmente la nulidad del contrato, y cuales otras pueden ser subsanadas sin afectar a la validez del negocio celebrado o constituyen meras irregularidades sólo imputables al funcionario negligente."⁽¹⁾

Estamos de acuerdo con la afirmación de Héctor Jorge Escola cuando manifiesta:

"... los contratos administrativos pueden ser celebrados tanto por órganos de la administración centralizada como de la administración descentralizada, ...".⁽²⁾

Como se ha visto en nuestro estudio, también las Entidades Federativas al igual que los Municipios llegan a celebrar contratos administrativos.

Al referirse Héctor Jorge Escola a la administración descentralizada limita al contrato administrativo.

Creemos que al hablar solamente de administración descentralizada, en nuestro derecho, quita un gran campo de utilización al contrato administrativo, por eso al hablar de Administración Pública se comprende tanto a la Administración centralizada como a la Paraestatal.

Lo expuesto hasta por el momento, salta a la vista que no debe confundirse con lo que es la formación de la voluntad administrativa, con la formación del contrato administrativo, que llevara finalmente a la declaración de voluntad de las partes para constituir el contrato administrativo.

La voluntad administrativa tiene su origen en la preexistencia de finalidades determinadas de interés público, en el cual la administración pública debe de atender y gestionar.

"El proceso de formación de la voluntad administrativa -

1. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 311-315.
2. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 197.

presenta la particularidad de ser un procedimiento regulado - jurídicamente por normas de distinto nivel, que no sólo especifican cuáles son los organismos administrativos que necesariamente deben intervenir, sino que además fija los límites - de su intervención y participación y el carácter decisivo o de asesoramiento de cada uno de ellos.

En el curso de ese proceso de formación no hay un único acto de decisión, sino distintos actos de ese tipo, que en - niveles diferentes van integrándose hasta configurar la voluntad administrativa final o completa, que tiene en mira la realización de un contrato determinado y que habrá de encontrar su expresión en dicho contrato."⁽³⁾

La administración pública se moviliza hacia un horizonte de realidades definidas, pero cuando se trata de gestionar - los servicios públicos sufre variaciones a este principio.

Cuando se gestiona los servicios públicos, estos se movilizan a un gran campo de realidades indefinidas, por la sencilla razón, de que actúa en un marco de competencias, estas atribuciones se encuentra enumeradas con terminos intencionalmente amplios. Vgr. Fomentar, dirigir, impulsar, promover, - etc.

Esta labor que se traduce en satisfacer a las necesidades públicas, en el cual corresponde al Estado en orden a sus atribuciones y de no llevarse a cabo crearía una situación de malestar social.

Se verifica a través de planes y programas, por lo regular a largo plazo.

Por tal motivo, antes de llamar a la colaboración del co contratante, debe la administración pública tener un estudio definido que contemple la realización de las obras que realizara el cocontratante.

Es importante en volver a mencionar que la administración de los fondos públicos deben estar comprendidas en el presupuesto o en ley posterior, el contrato administrativo que - ha de celebrarse debe enlazarla con las posibilidades financieras.

3. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 293.

4.1.2. Características del procedimiento precontractual.

La doctrina administrativa señala estas notas al procedimiento precontractual.

1. Unilateral.

En esta etapa, el cocontratante carece de derechos y obligaciones, que puede solicitar a la Administración Pública. Esta es una fase preparatoria, el cocontratante no puede interponer ningún recurso en las actuaciones preliminares, hasta en tanto no se publique.

La publicación en materia administrativa hace las veces de notificación a las personas físicas o morales interesadas en el asunto.

2. Jurídica.

La Administración Pública debe sujetarse en el derecho en este esquema de gestación, al igual que el contenido intrínseco de la relación jurídica, o sea, en el contrato administrativo.

3. Definir apriorísticamente el vínculo obligacional.

Por último, en esta etapa precontractual, es fijar los derechos y las obligaciones primordiales que han de regir la vida del contrato administrativo.

Del cúmulo de estudios ya realizados por la administración, parece hasta por el momento en que el cocontratante se va a encontrar en una posición de subordinación, la realidad no es así.

El cocontratante puede variar en el momento de formación del contrato administrativo.

Estas variaciones que sufre el contrato administrativo, ya sea total o parcial, es la ejecución de varias voluntades, que tienden, por una parte: a la más rápida y mejor prestación, o aprovechamiento, o construcción; por la sencilla razón de que los intereses, es de provecho para toda la colectividad.

Tiene especial importancia el Pliego de Condiciones, ya que predetermina, como se ha dicho anteriormente "un acto vinculante de la Administración".

Es en el Pliego de Condiciones, en el cual los administrados conocen algunas potestades o prerrogativas que la Administración, llegado el caso, podrá ejercitar.

La doctrina ha señalado puntos inspiradores para el pliego de condiciones, y son:

a) Uniformidad.

Es aconsejable que la administración pública utiliza normas contractuales de tipo general, esto conlleva a la simplificación.

Esto favorece en gran medida a la agilidad del procedimiento de generación.

b) Legalidad en las estipulaciones.

Existe en favor del administrado, un principio que es el de la seguridad jurídica. Esto es, el proyecto debe de estar revisado por un asesor jurídico.

Miguel Acosta Romero, establece la integración de el derecho a la legalidad, coincidente de lo ya señalado por Gabino Fraga, en algunos puntos, más no en todos.

Gabino Fraga descompone el derecho a la legalidad en:

"... una serie de derechos, como son el derecho a la competencia, el derecho a la forma, el derecho al motivo, el derecho al objeto, y el derecho al fin prescrito por la ley."⁽⁴⁾

Miguel Acosta Romero establece:

"Además de lo anterior, consideramos que el derecho a la legalidad de los actos de la Administración Pública del que deben de gozar los administrados se integra por una serie de derechos que son:

1. El derecho a la competencia.
2. El derecho a la forma.
3. El derecho al motivo.
4. El derecho a la legalidad (Fundamentación)."⁽⁵⁾

c) Defensa del interés público.

En los contratos administrativos, el interés público juega un papel importante, ya que se encuentra involucrado en estos negocios.

La Administración Pública goza de una serie de potestades, que van desde la modificación hasta la terminación anticipada de la vida del contrato administrativo.

d) Ajustarse a las realidades del mercado.

Es exactamente en el pliego de condiciones en el cual la

4. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 434.
5. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 460.

Administración Pública se ve obligada a ajustarse a las -
realidades del mercado.

Tenemos por una parte, que el objeto que ha de realizarse
debe acoplarse tanto a practicas mercantiles, al ramo in-
dustrial existente, etc.

Las características mencionadas con antelación, al cum-
plirse eficazmente y al reflejarse en el Pliego de Condicio-
nes dara como resultado un buen llamado a los futuros cocon-
tratantes.

4.2. Los procedimientos para la selección del cocontratante.

4.2.1. Diferentes formas de selección del cocontratante.

La doctrina administrativa, señala la mayor parte de sus exponentes, que dentro del procedimiento para la elección del cocontratante es conveniente que este sujeta a un adecuado - regimen de publicidad, para facilitar un adecuado control de la opinión pública.

El tratadista Héctor Jorge Escola ha mencionado que el - procedimiento de selección del cocontratante particular se - encuentra.

1. Sistema de libre elección, directa y discrecional, que constituye el principio general que rige esta materia;
2. Sistema de restricción, que constituye excepciones al anterior y que como tales sólo son de cumplimiento obligatorio en los casos para los cuales están previstos, y que - comprenden:
 - a) Licitación: Pública; y
Privada.
 - b) Contratación directa;
 - c) Remate público; y
 - d) Concurso.

4.2.2. El sistema de libre elección.

El sistema de libre elección del cocontratante particular es aquel que se otorga a la Administración, para que elija de manera directa y en forma discrecional, al cocontratante que cree en tener mayor capacidad tanto en el aspecto económico, técnico y jurídico.

En nuestro ordenamiento jurídico, como se ha podido apreciar con el nacimiento del artículo 134 Constitucional, desde un principio negó rotundamente el sistema de libre elección, en los contratos para la ejecución de obras públicas.

Esta disposición, como lo pone de relieve Luis Humberto Delgado Gutierrez dejó al capricho de los funcionarios celebrar en forma libre los contratos de suministros.

El texto original del artículo 134 Constitucional decía:

"Todos los contratos que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas serán adjudicadas en subasta, mediante convocatoria y para que se presente - proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública."

Es importante en hacer una aclaración en cuanto al texto original de nuestro artículo 134 Constitucional.

El término "subasta" es lo que en distintos países se designa a la licitación.

Nuestro actual artículo 134, reformado el 28 de diciembre de 1982 utiliza el término "Licitación".

En la actualidad, todavía nuestro derecho permite la contratación libre, sobre todo en la Administración Paraestatal.

Esta forma de contratación tiene efectos ambivalentes, - de las más importantes están: La administración pública no se sujeta a ningún procedimiento o requisitos predeterminados.

El cocontratante tiene a su arbitrio la realización de - la obra.

El sistema de libre elección tiene como forma, la utilización de la "convocatoria pública".

Existe una amplia publicidad que tiene por efecto el control de la opinión pública, con el fin de hacer insospechable

el proceder de los funcionarios públicos.

Definición doctrinal de "convocatoria pública":

"Es el llamamiento público que se formula a efecto de que, la necesidad administrativa que pretende satisfacer, llegue a conocimiento de los interesados." (6)

Diversas formas de la convocatoria.

"La convocatoria pública significa una llamada genérica y notoria a todos los administrados, lo que lleva implícita la aceptación de una metodología o procedimiento para perfeccionar el contrato en régimen de concurrencia;

La convocatoria privada, por el contrario, que es la táctica normal en el sector privado, implica la realización de una gama de gestiones y actuaciones, reservadas y esporádicas, por el órgano de contratación, en búsqueda del administrado más idóneo para el objeto del contrato." (7)

Naturaleza del acto de convocatoria pública.

"Es obvio que el acto de convocatoria no es normalmente una efectiva oferta, sino un acto administrativo dirigido a provocar la presentación de una pluralidad de ofertas privadas.

Se trata de demostrar que la iniciativa del administrado no tiene el significado de aceptación contractual y que, como regla general, la aceptación o aprobación es competencia genuina del órgano competente. Ni el acto de convocatoria es oferta de contrato, sino mera invitación a presentar ofertas, ni la proposición de la empresa puede ser aceptación definitiva porque el contrato no nace de esta actuación privada sino de la aprobación de la Administración. ...

El acto de convocatoria vincula, en principio, a la Administración a mantener su voluntad declarada en los términos en que la pública y todo ello porque tiene el implícito deber de mantenerla y de continuar el procedimiento. Si razones de interés público aconsejan la revocación de este acto preparatorio del contrato podrá en efecto, realizarse, pero si se han manifestado interesados directos, por la vía de presentación de ofertas, entendemos que el particular perjudicado es-

6. Alberto D'avis, Julio. ob. cit., P. 376.

7. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 326-327.

taria legitimado para ejercer una acción de daños y perjuicios extracontractual contra la administración.

... exceptuase el caso de que en el propio esquema contractual anunciado o en la legislación que le sirve de soporte esta prevista la facultad del órgano para suspender o anular la convocatoria correspondiente." (8)

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es aplicable el Código Civil en lo relativo a la declaración unilateral de voluntad, tiene especial importancia el artículo 1861, 1862 y demás artículos de la misma.

Art. 1861.- El que por anuncios u ofrecimientos hechos - al público se comprometa a alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la obligación de cumplir lo prometido.

Art. 1862.- El que en términos del artículo anterior ejecutare el servicio o llenare la condición señalada, podrá exigir el pago o la recompensa ofrecida.

Es importante, en hacer una aclaración, en cuanto al artículo 1862, en el derecho administrativo sufre modificaciones.

De lo transcrito, se desprende si el cocontratante, ha llenado las condiciones referentes al pliego de condiciones, no por ese solo hecho esta vinculado con la administración pública, por la sencilla razón, en que es la Administración Pública la encargada de comparar las diferentes propuestas y escoger la más apta, es decir, aquellas que ofrece mayor calidad, de los proyectos o muestras ofrecidas por el cocontratante, de lo resultante de la comparación, la Administración Pública dictara un fallo eligiendo al cocontratante más idoneo.

En esta forma de selección del cocontratante, tiene como principio fundamental la Publicidad.

Se ha señalado anteriormente que este principio trae como consecuencia un control por parte de los administrados, las leyes administrativas deben proveer los recursos, ya que dado el caso, el cocontratante manifieste su inconformidad, por creer él, en haber un vicio en el procedimiento de generación.

Es ya una costumbre administrativa, al salir publicada - la "convocatoria", el tener insertada en el mismo el "pliego de condiciones", por lo tanto, en esta se debe de tener reglas formuladas de manera impersonal y mantener la igualdad de - los futuros cocontratantes, en esta forma de generación del - contrato administrativo.

Si bien es cierto, que uno de los puntos inspiradores - del "pliego de condiciones" debe ser: Ajustarse a las realidades del mercado.

La Administración Pública debe ante todo, buscar y obtener las mejores condiciones del mercado ya existentes.

Por tal motivo esta forma de generación del contrato administrativo se critica, en que la Administración Pública debe de tener, por lo menos un estudio particularizado del cocontratante, y no contratar sin previo estudio y dejar al capricho la realización del contrato al cocontratante.

4.2.3. Sistema de restricción.

La doctrina administrativa ofrece con unanimidad a las siguientes:

- a) Licitación pública.
- b) Licitación privada.
- c) Contratación directa.
- d) Remate público, y
- e) Concurso.

A continuación analizaremos al primero: LA LICITACION - PUBLICA.

Héctor Jorge Escola en su obra establece diferentes términos, en cuanto a la designación que se conoce en distintos países. En España se llama a la "Licitación pública" o "subasta": en Francia "adjudicación ouverte"; en Italia "asta pubblica".

El principio fundamental que informa a la licitación es el de la moralidad administrativa, impidiendo el favoritismo y el negociado.

La licitación es un procedimiento para la selección del cocontratante de la administración, sobre la base de una previa justificación de idoneidad técnica, financiera y moral, - determinará a la persona que ofrece las condiciones más ventajosas que culminaran con la formalización del contrato administrativo.

Dentro de la licitación pública, la doctrina administrativa señala como una especie, a la Licitación Restringida.

"La licitación restringida es aquella licitación en la - cual sólo pueden intervenir personas físicas • jurídicas, que reúnan determinadas condiciones, fijadas por la administración pública de antemano, como determinada idoneidad especial, capacidad productiva mínima, la posesión de determinadas maquinarias o procesos de producción, u otras condiciones similares." (9)

La licitación restringida se diferencia de la pública, - en la licitación pública no se especifica determinados bienes

9. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. 1. P. 360.

y capacidad productiva.

"La doctrina generalmente distingue tres fases en el procedimiento de la Licitación:

- a) Preparatoria;
- b) Esencial; y
- c) Integrativa." (10)

Para nuestro estudio seguiremos las etapas que menciona con gran precisión el maestro Miguel Angel Bercaitz.

"El procedimiento de la licitación se descompone en:

- a) Un pliego de condiciones o bases formuladas unilateralmente por la Administración pública, que detalla en forma circunstanciada y precisa el objeto del contrato a celebrar, su regulación jurídica y los derechos y obligaciones que ha de asumir el cocontratante de la Administración. Todo pliego debe de contener un elemento variable cuya determinación se deja librada a los proponentes. Generalmente es el precio que ha de pagar o cobrar el cocontratante, pero puede ser cualquier otro que permita establecer el cotejo de las distintas propuestas que se formulen. ...
- b) Una invitación que se hace para la conclusión de un contrato, a quienes tenga interés en ello, sujetándose al pliego de condiciones o bases elaborado para la licitación. Los interesados deben formular sus propuestas con sujeción estricta a ese pliego, estableciendo el contenido o elemento variable que ha de servir para el cotejo de las ofertas. La invitación a participar en el acto puede hacerse en forma pública o privada --licitación pública o licitación privada--, es decir, de manera general e indeterminada por avisos que se publican en boletines o diarios, o de modo personal y directo a un reducido número de personas. La ley es la que establece en cada caso el procedimiento que debe seguirse, según sea la clase de contrato a celebrar, su importancia, su urgencia, etc.
- c) Un acto rodeado de formalidades especiales que se celebra en el lugar, día y hora señalados en la invitación y en el cual se abren los sobres que contienen las propuestas he-

chas si han debido presentarse por escrito, o se formulan, si ellas deben hacerse de viva voz, de todo lo cual se deja formal constancia escrita como condición de validez del acto.

- d) Una adjudicación que efectúa la Administración Pública, - previa estudio de las ofertas hechas, a la que se estime - más conveniente, adjudicación que debe notificarse al adjudicatario." (11)

De las etapas que menciona el tratadista Miguel Angel - Bercaitz en especial el inciso c, al referirse que las propuestas pueden ser en forma escrita o verbal, nuestro ordenamiento jurídico, desde el origen del artículo 134 Constitucional establecía que las proposiciones debiera presentarse en forma escrita, para la ejecución de obras públicas.

El actual artículo 134 en el parrafo segundo se dispone:

"Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de - todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones - públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presente proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes."

En base a esta reforma Constitucional (28 de diciembre - de 1982), se emitió la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles, pública en el Diario Oficial de la Federación el 8 de febrero de 1985.

Al igual que en el texto Constitucional, en el artículo 26 dispone:

"Las adquisiciones, arrendamientos y servicios se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública, para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, - que será abierto públicamente a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, de acuerdo a lo que establece la presente ley. ...

11. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P. 261-264.

En este mismo orden de ideas, el artículo 30 de la Ley - de Obras Públicas dispone:

"Los contratos de obra pública se adjudicarán o llevarán a cabo, a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores - condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, de acuerdo a lo que establece la presente ley. . . ."

Para el tratadista Miguel Angel Bercaitz, la licitación va desde el proyecto del Pliego de condiciones hasta la Adjudicación.

Sin embargo, para el Dr. Antonio Lancis Y Sánchez la licitación nada más comprende la etapa del inciso c, de lo señalado por el tratadista Miguel Angel Bercaitz.

El Dr. Antonio Lancis Y Sánchez manifiesta:

"La licitación comprende el acto de presentación de las proposiciones. ...". (12)

Lo que sucede es que el Dr. Antonio Lancis Y Sánchez da un significado diferente a la subasta y a la licitación.

En nuestro ordenamiento jurídico, la licitación o subasta comprende como lo señala la Constitución desde el proyecto de la convocatoria hasta la adjudicación.

Naturaleza jurídica de la licitación.

"Un cierto grupo de autores ha insistido en el sentido de que la licitación concierne a la "competencia" de los órganos administrativos, concurriendo a fijarla o determinarla." (13)

Otro sector de la doctrina manifiesta:

"La competencia como es sabido, no es sino, el conjunto de facultades que un órgano administrativo puede legítimamente realizar, o dicho de otro modo, el conjunto de potestades administrativas que un órgano pueda ejercer validamente, con arreglo a la ley.

12. Lancis Y Sánchez, Antonio. ob. cit., P. 421.

13. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 331.

La competencia, por tanto, atañe a la fijación del ámbito preciso del accionar administrativo, y permite concretar -qué- es lo que un órgano administrativo puede hacer, y en nuestro caso especial, si ese órgano puede celebrar contratos, en qué casos, por que montos máximos, etc.

La licitación, en cambio, aun en los casos en que está expresamente establecida por el ordenamiento jurídico, no concurre a fijar la aptitud del órgano administrativo, no contribuye en modo alguno a establecer su competencia, puesto que no fija -qué- puede hacer ese órgano, sino simplemente "como debe hacerlo, conforme a qué reglas, las cuales no hacen sino establecer una secuencia de actos prefijados, o más concretamente, un procedimiento, una -forma-". (14)

De estas dos teorías que busca la naturaleza de la licitación, la que debe de prevalecer es la última, la que la considera como una formalidad.

Con gran criterio jurídico, añade el tratadista Héctor - Jorge Escola:

"Prueba de lo expuesto, y al mismo tiempo consecuencia de lo dicho, es que un contrato administrativo que debió celebrarse mediante una licitación que en realidad no se cumplió; es nulo -lo que demuestra la gravedad del vicio- no por defecto en la competencia, sino por violación de la -forma- prescrita.

La competencia está intacta; se ha trasgredido la -forma-, al no adoptarse el procedimiento obligatoriamente prescrito.

La licitación no sólo no es una oferta, sino que al contrario es un llamado, un pedido, para que los particulares formulen sus ofertas para la contratación administrativa, llamado que se efectúa en forma impersonal, y que no es sino una "invitatio ad offerendum". La administración no hace propuestas, en esta etapa, sino que las requiere". (15)

En nuestro ordenamiento jurídico, si el procedimiento de la licitación no se cumplió con las formalidades señalados por el legislador, es nulo de pleno derecho, este es el sen-

14. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 331.

15. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 332-333.

tir de nuestra Ley de Obras Públicas.

Art. 72.- Los actos, convenios, contratos y negocios jurídicos que las dependencias y entidades realicen en contravención a lo dispuesto por esta ley, serán nulos de pleno derecho.

La doctrina administrativa señala los siguientes principios a la licitación:

- a) Concurrencia de futuros cocontratantes.
- b) Igualdad entre las partes.
- c) Publicidad en el proceso licitatorio.

La licitación pública se considera dentro del sistema de restricción, ya que para seleccionar al futuro cocontratante, desde su inicio hasta su culminación con el contrato administrativo se encuentra, una gama de formalidades impuesta por el ordenamiento jurídico.

Este procedimiento es el que más garantía ofrece a la Administración Pública, por la trascendencia de sus principios.

El tratadista Miguel Ángel Bercaitz como ya se ha señalado, la licitación comprende desde el proyecto del pliego de condiciones hasta la adjudicación, al igual que nuestro texto Constitucional.

Sin embargo, para Héctor Jorge Escola, comprende desde el proyecto del pliego de condiciones hasta la culminación del contrato administrativo.

La tesis del tratadista Héctor Jorge Escola, no concuerda con nuestro ordenamiento jurídico, ya que el procedimiento licitatorio abarca desde el proyecto del pliego de condiciones hasta la adjudicación.

Ya realizada la adjudicación, trae como consecuencia la elaboración del contrato administrativo.

Ejemplo de esto, es lo establecido en la Ley de Adquisiciones, Arrendamiento y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, en el artículo 34 y subsecuentes.

Art. 34.- La dependencia o entidad convocante, con base en el análisis comparativo de las proposiciones admitidas y en su propio presupuesto, emitirá un dictamen que servirá como fundamento para el fallo, mediante el cual se adjudicará el pedido o contrato a la persona que entre los proponentes reúna las condiciones legales, téc-

nicas y económicas requeridas por la convocante y garantizar satisfactoriamente el cumplimiento de las obligaciones respectivas.

Si resultare que dos o más proposiciones satisfacen los requerimientos de la convocante, el pedido o contrato se adjudicará a quien presente la postura más baja.

El fallo de la licitación se hará saber a cada uno de los participantes en el acto de apertura de ofertas y, salvo que esto no fuere factible, dentro de un término que no podrá exceder de treinta días hábiles contados a partir de la fecha de celebración del acto de apertura de ofertas.

La dependencia o entidad convocante levantará acta circunstanciada del acto de apertura de ofertas, que firmarán las personas que en él hayan intervenido, y en la que se hará constar el fallo de la licitación, cuando este se produzca en el acto de apertura de ofertas. Se asentarán asimismo, las observaciones que, en su caso, hubiesen manifestado los participantes.

Contra la resolución que contenga el fallo no procederá recurso alguno; pero los interesados podrán inconformarse ante la Contraloría en los términos del artículo 46 de esta ley.

La resolución que contenga el fallo, dictada en contravención de los requisitos establecidos en este precepto, será nula de pleno derecho.

Las dependencias y entidades no adjudicaran el pedido o contrato cuando las posturas presentadas no fueren aceptables y procederán a expedir una nueva convocatoria.

Art. 40.- Los pedidos o contratos que deban formalizarse como resultado de su adjudicación deberán suscribirse en un término no mayor de veinte días hábiles contados a partir de la fecha en que se hubiese notificado al proveedor el fallo o decidido la adjudicación de aquéllos, salvo que las dependencias y entidades consideren indispensables la celebración de contratos preparatorios para garantizar la operación; en cuyo caso la formalización del contrato definitivo deberá llevarse a cabo en un plazo no mayor de treinta días hábiles, contados a partir de la misma fecha a que se refiere este artículo.

El proveedor a quien se hubiere adjudicado el pedido o contrato como resultado de una licitación, perderá en favor de la convocante la garantía que hubiere otorgado si por causas imputables a él la operación no se formaliza dentro de los plazos a que se refiere este artículo, pudiendo la dependencia o entidad, en este supuesto adjudicar el contrato o pedido al participante siguiente en los términos del artículo 34 de esta ley.

Los derechos y obligaciones que se deriven de los pedidos y contratos una vez adjudicados no podrán cederse en forma parcial ni total en favor de cualesquiera otra persona física o moral.

Con igual sentido analogico, en la Ley de Obras Públicas, existe esta disposición en sus artículos 36 y 38.

En cuanto al término jurídico "Adjudicación", agregamos la siguiente crítica:

En la definición del Lic. Ernesto Gutierrez Y Gonzalez, señala:

"Es el acto jurídico de esencia administrativa, en virtud del cual se atribuye la propiedad u otro derecho real, - por la autoridad judicial o administrativa, a favor de persona diversa a la que se ostentaba como titular." (16)

Es importante en considerar, que se debe de entender por Derecho real, y para nuestro estudio se debe de considerar:

"El concepto que considera adecuado de Derecho real es - este: Es el poder jurídico que se ejerce, directa e inmediatamente sobre una cosa, para obtener de ella el grado de aprovechamiento que autoriza el título legal, y es oponible - erga omnes." (17)

Y agrega:

"Derecho real civil y Derecho real del Estado o Administrativo.

Esta clasificación responde a la persona que es titular del derecho real. Si el titular es un particular, se habla de un derecho real civil, pero si ese derecho recae sobre una - cosa cuya titularidad corresponde al Estado o a un Ente del - Sector Paraestatal entonces es un derecho real del Estado o - Administrativo." (18)

Como se desprende del artículo 20 de la Ley General de - Bienes Nacionales, "Las concesiones sobre bienes del dominio público no crean derechos reales; ...".

El Lic. Ernesto Gutierrez Y Gonzalez al definir a la adjudicación, como se ha podido apreciar señala:

"... se atribuye la propiedad u otro derecho real, ...".

Lo que sucede es que el Lic. Ernesto Gutierrez Y Gonzalez confunde los efectos de la Adjudicación cuando se da entre particulares, y cuando se da entre el Estado y los particulares.

El término adjudicación tiene un significado diferente -

16. Gutierrez Y Gonzalez, Ernesto. ob. cit., P. 449.

17. IBIDEM. ob. cit., P. 194.

18. IBIDEM. ob. cit., P. 200.

al Derecho Privado.

La adjudicación en materia administrativa no se atribuye ningún derecho real.

Como se ha podido apreciar en los artículos transcritos, ya realizada la adjudicación, se procede a la elaboración del contrato.

En este mismo orden de ideas, la doctrina extranjera manifiesta:

"La perfección del contrato del Estado.

Pues bien, este fin público, el fin del procedimiento de generación del contrato, cristalizado, en suma, en la producción de un acto administrativo del cual dimanarán los reciprocos derechos y obligaciones entre las partes; en otras palabras, la situación jurídico-administrativo de naturaleza contractual que anuda el vínculo Administración-administrado. El acto de invitación o convocatoria, acerca del esquema contractual óptimo elaborado por la Administración, y la oferta firme formulada por los candidatos, constituyen los actos preparatorios de la resolución que aprueba al fin el entremado obligatorio.

La aprobación del contrato denominada frecuentemente adjudicación en la terminología positiva de los contratos administrativos y de otras variadas formas en los demás contratos, implica la reciproca atribución de un bloque activo-pasivo de facultades y deberes entre las partes.

La aprobación del contrato, según el Derecho administrativo, es sinonimo de la perfección o celebración del mismo - según el Derecho civil.

El verdadero contrato, afirman los civilistas, sólo surge cuando el acuerdo de voluntades se produce mediante un consenso negociado entre dos individuos dotados de la misma libertad y poder.

El acto de aprobación que perfecciona el contrato es el fruto no del concurso de la oferta y de la aceptación al igual que en el Derecho civil, ni de los poderes que reciprocamente se conceden dos sujetos entre si: la perfección en nuestro ámbito es la conjunción de la potestad de la ley junto con la potestad que el administrado interesado atribuye al -

órgano competente de su oferta vinculante." (19)

Héctor Jorge Escola, menciona:

"La licitación tiene por objeto la elección de un contratante, sobre la base de que éste sea aquel que ha afectado la mejor oferta, y esta consideración y decisión de la administración es la que tiene lugar en la adjudicación." (20)

Y al buscar la naturaleza de la adjudicación encuentra:

"Para algunos autores parecería revestir un doble carácter, ya que siendo un procedimiento cuyo fin es celebrar el contrato, al mismo tiempo se le asigna, por su unilateralidad, el carácter de acto administrativo, sujeto a todos los requisitos de éstos.

Para otros, en cambio, la adjudicación no es sino una declaración de voluntad administrativa que cierra el vínculo jurídico con el oferente, y que no es más que la "aceptación" que la administración pública hace formalmente de la oferta más conveniente, perfeccionado el contrato." (21)

Termina diciendo:

"... se considera que el contrato se perfecciona con el otorgamiento de ese documento, es decir, a partir de la firma del contrato, el cual servirá, además, como elemento eficiente para la prueba de la contratación que de otro modo se hará por la constancia del acto de adjudicación y su notificación y los documentos anexos a aquél." (22)

Es importante en recalcar, que la Adjudicación Administrativa, no se atribuye ningún derecho real.

A pesar de que en el libro del Lic. Ernesto Gutierrez Y Gonzalez, es una obra del Derecho civil, manifestamos la siguiente crítica, ya que en su obra, analiza algunas materias que son propias del Derecho Administrativo.

Esto ha llevado a que nuestros legisladores establecen en el artículo 28 de la LEY GENERAL DE BIENES NACIONALES lo conducente a:

19. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 348-350.

20. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 352.

21. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 352.

22. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 356.

"Los bienes de dominio público que lo sean por disposición de la autoridad, podrán ser enajenados, previo decreto de desincorporación, cuando dejen de ser útiles para la prestación de servicios públicos. Para proceder a la desincorporación de un bien del dominio público previamente deberán cumplirse las condiciones y seguirse el procedimiento establecido en esta ley y en sus disposiciones reglamentarias."

Y así encontramos:

Art. 71.- Los bienes de dominio privado pueden ser objeto de todos los contratos que regula el derecho común. Se exceptúan solamente los de comodato y las donaciones no autorizadas en esta ley.

b) LICITACION PRIVADA.

Definiciones doctrinales:

Héctor Jorge Escola.

"La Licitación privada es aquella licitación que se caracteriza por el hecho de que el número de los oferentes está restringido por la circunstancia de que sólo pueden formular ofertas en ella aquellas personas, físicas o jurídicas, que hayan sido invitadas al efecto por la administración pública."
.. (23)

Miguel Angel Bercaitz.

"Licitación privada. ...de modo personal y directo a un reducido número de personas." (24)

Como se puede apreciar en estas definiciones, es un procedimiento cerrado, por la sencilla razón de existir una restricción en los futuros cocontratantes, y ser por lo tanto una invitación que va dirigida a un determinado grupo de personas determinadas.

Restricciones a los principios fundamentales de la licitación privada:

"Los principios fundamentales que rigen todo proceso licitatorio sufren, en la licitación privada, algunas naturales restricciones que deben ser tenidas en cuenta.

En primer lugar, el principio de oposición o concurrencia no procede de igual manera que en la licitación pública,

23. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 356.

24. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P. 263.

puesta que como sólo pueden hacer ofertas las personas invitadas, la oposición sólo puede producirse entre ellas, cada una de las cuales tiene el derecho de concurrir y ofertar.

Pero, sin embargo, tal oposición o concurrencia debe existir, y por ello mismo no sería admisible la licitación privada a la que se ha invitado a un único oferente, o a la que concurre sólo un licitante.

El principio de igualdad, en cambio, tiene plena aplicación, ya que todos los invitados a una licitación privada deben hallarse, durante todo el proceso, en idénticas condiciones, de modo que ninguno de ellos pueda tener ventajas, de cualquier forma, sobre los demás, ya sea frente a la administración pública, ya sea frente a los demás oferentes.

El principio de publicidad, por último, tiene también total vigencia, puesto que si bien no hay un llamado público de oferentes, todo el proceso de la licitación privada debe estar cubierto por una adecuada publicidad, que lo haga insospechado y correcto, y mantenga la oposición e igualdad de los participantes. La licitación es privada sólo en cuanto al número de los oferentes, pero nada más."⁽²⁵⁾

Es en la licitación privada, en donde tiene una relevancia importante: El Padrón de proveedores y el padrón de contratistas.

"Sin perjuicio de lo que dispongan las normas legales aplicables a este tipo de licitación, la administración pública debe invitar a las licitaciones privadas a las personas, físicas o jurídicas, que reconocidamente sean consideradas como las más aptas para prestar el servicio, cumplir la provisión o realizar la obra de que se trate. La licitación privada no debe ser una oposición entre personas sin aptitud o competencia, sino entre quienes reúnan esa condición, para que entre ellas se elija la mejor oferta.

Disentimos de la opinión de que es posible llamar a una licitación privada a personas que no esten inscritos en los registros de proveedores o contratistas establecidas por el Estado."⁽²⁶⁾

25. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 357.

26. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 358.

En nuestro ordenamiento jurídico, en la LEY DE OBRAS PÚBLICAS dispone:

Art. 19.- La Secretaría llevará el Padrón de Contratistas de Obras Públicas y fijará los criterios y procedimientos para clasificar a las personas inscritas en él, de acuerdo con su especialidad, capacidad técnica y económica, y su ubicación en el país.
 La Secretaría hará del conocimiento de las dependencias y entidades y del público en general, las personas registradas en el Padrón.
 Las dependencias y entidades sólo podrán celebrar contratos de obra pública o de servicios relacionados con la misma, con las personas inscritas en el Padrón.
 Las dependencias y entidades sólo podrán celebrar contratos de obra pública o de servicios relacionados con la misma, con las personas inscritas en el padrón.
 La clasificación a que se refiere este artículo deberá ser considerada por las dependencias y entidades en la convocatoria y contratación de las obras públicas.

Al igual que en el artículo 19 de la Ley de Obras Públicas, para nuestro contrato administrativo de suministro, se encuentra establecido en el artículo 20.

En la licitación privada que realiza la Administración Pública es aplicable la fase del procedimiento de la adjudicación hasta la formalización del contrato administrativo. Vgr. Lo señalado por el artículo 38 de la Ley de Obras Públicas, al igual, que el artículo 40 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles.

c) CONTRATACION DIRECTA.

Definición doctrinal:

Dr. Jose Ignacio Monedero Gil.

"Se llama contratación directa, este método porque entre la Administración y el contratante privado no se interpone un procedimiento de selección; la captación de la oferta privada es mero fruto de esa --conciencia central-- de la Administración, ... o sea, que en este caso no entre en juego el protagonismo del expediente, sino la voluntad del órgano.

La libertad contractual del órgano en estos casos queda frenada, además, en el cuadro de condiciones económico-administrativas que ha de regir la operación. El contrato se apo-

ya en normas jurídicas intangibles, debidamente publicadas y conocidas, por ende, por los interesados." (27)

Héctor Jorge Escola.

"La contratación directa es lo que la administración pública realiza con determinada persona, física o jurídica, que ella ha seleccionado discrecionalmente; y con la cual procurará llegar a un acuerdo conveniente, sobre las bases de la contratación a realizarse." (28)

Como se puede apreciar de las definiciones mencionadas, sobresale que es la voluntad de la administración, reflejada en el funcionario, al que le toca en decidir, con cual cocontratante ha de celebrar el contrato administrativo.

Como característica primordial de este tipo de contratación es:

1. La contratación directa es específica.
2. Su utilización se da en la mayor parte de las ocasiones, - ante el fracaso de las licitaciones, o ante un estado de - emergencia.

En nuestro ordenamiento jurídico, se permite la contratación directa, esto se desprende de nuestro artículo 134 - Constitucional, párrafo III, IV y V, al plasmar:

"Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado. El manejo de recursos económicos federales se sujetará a las bases de este artículo. Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del título Cuarto de esta Constitución.

Por tal motivo, nuestra Ley de adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, dispone:

Art. 35.- En los supuestos y con sujeción a las formalidades que prevén los artículos 36, 37 o 38, las dependencias y entidades podrán optar por fincar pedidos o celebrar contratos respecto de las adquisiciones, arrendamiento o servicio que en las propias disposiciones se señ

27. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 334-341.

28. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 361.

lan, sin llevar a cabo las licitaciones que establece el artículo 26 de esta ley.

La opción que las dependencias y entidades ejerzan en los términos del párrafo anterior deberá fundarse, según las circunstancias que concúrran en cada caso, en criterios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad, y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado. En el dictamen a que se refiere el artículo 34, deberán acreditar que la adquisición, el arrendamiento o el servicio de que se trata se encuadra en alguno de los supuestos previstos en los artículos 36, 37 o 38, expresando, de entre los criterios mencionados, aquéllos en que se funda el ejercicio de la opción.

Art. 36.- El Presidente de la República autorizará el financiamiento de pedidos o la contratación de adquisiciones, arrendamientos y servicios así como el gasto correspondiente y establecerá los medios de control que estime pertinentes, cuando se realicen con fines exclusivamente militares o para la Armada, o sean necesarios para salvaguardar la integridad, la independencia y la soberanía de la Nación y garantizar su seguridad interior.

Art. 37.- Las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán fincar pedidos o celebrar contratos, sin llevar a cabo las licitaciones que establece el artículo 26 de esta ley, en los supuestos que a continuación se señalan:

I. Cuando se trate de adquisiciones de bienes perecederos, granos y productos alimenticios básicos o semiperecedados y, bienes usados. Tratándose de estos últimos, el precio de adquisición no podrá ser mayor al que se determine mediante avalúo que practicarán las instituciones de banca y crédito u otros terceros capacitados para ello conforme a las disposiciones aplicables.

II. (Derogada).

III. Cuando peligre o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país, como consecuencia de desastres producidos por fenómenos naturales; por casos fortuitos o de fuerza mayor, o cuando existan circunstancias que pueden provocar trastornos graves, pérdidas o costos adicionales importantes;

IV. Cuando no existan por lo menos tres proveedores idóneos, previa investigación del mercado que al efecto se hubiere realizado;

V. Cuando se trate de servicios de mantenimiento, conservación, restauración y reparación de bienes en los que no sea posible precisar su alcance, establecer el catálogo de conceptos y cantidades de trabajo o determinar las especificaciones correspondientes;

VI. Cuando se hubiere rescindido el contrato o pedido respectivo.

En estos casos la dependencia o entidad verificará previamente, conforme al criterio de adjudicación que establece el segundo párrafo del artículo 40, si existe otra proposición que resulte aceptable; en cuyo caso, el pedido o contrato se fincará o celebrará con el proveedor respectivo;

VII. Cuando se trate de la adquisición de bienes mediante operaciones no comunes de comercio, y

VIII. Cuando se trate de adquisiciones, arrendamientos o servicios cuya contratación se realice con campesinos o grupos urbanos marginados y que la dependencia o entidad contrate directamente con los mismos o con las personas constituidas por ellos.

Para los casos previstos en las fracciones anteriores - se convocará a la o a las personas que cuenten con la capacidad de respuesta inmediata y los recursos que sean necesarios.

El titular de la dependencia o entidad o, si éste lo autoriza, el comité a que se refiere el artículo 15 de esta ley, en un plazo que no excederá de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha en que se hubieren autorizado la operación, lo hará del conocimiento de la Contraloría, de la Secretaría y del órgano de gobierno tratándose de entidades, acompañado la documentación que justifique la autorización, en los términos establecidos en el artículo 35 de esta ley.

El artículo 38, tiene gran relevancia jurídica las fracciones I y III.

En la fracción primera se dispone:

"Determinarán los bienes o líneas de bienes que por sus características o especificaciones no se sujetarán al procedimiento de licitación previsto por el artículo 26 de esta ley."

En la fracción tercera:

"Si los bienes o líneas de bienes fueren de aquéllos en cuya adquisición no se aplique el procedimiento de licitación previsto en el artículo 26, la dependencia o entidad, con excepción de las adquisiciones de bienes a que se refiere la fracción I del artículo 37, deberá obtener previamente a la adjudicación del pedido o contrato las cotizaciones que le permite elegir aquella que ofrezca mejores condiciones.

Salvo lo dispuesto por las fracciones I, II, III, VII y VIII del artículo 37 y I del artículo 39 las dependencias y entidades exigirán de los proveedores que éstos se encuentren inscritos en el Padrón de Proveedores de la Administración Pública Federal."

De lo transcrito, hasta por el momento, en cuanto a la fracción III del artículo 38, es importante en hacer varias aclaraciones.

- 1.- Se señala la fracción II del artículo 37. Este reenvío que hace el Legislador es en incurrir en un error, por la sencilla razón, como se ha podido apreciar, la fracción II del artículo 37 se encuentra derogada.
- 2.- En este mismo párrafo segundo de la fracción III, del artículo 38 se señala: La fracción III del artículo 37 y la

fracción I del artículo 39, se exige que se este inscrito en el Padrón de Proveedores de la Administración Pública Federal.

Cuando en el mismo ordenamiento jurídico, en el artículo 22 fracción III y IV ordena:

Art. 22.- Quedan exceptuados de la obligación de registro en el Padrón de Proveedores: ...

III. Quienes provean bienes o presten servicios a las dependencias y entidades en las situaciones previstas en la fracción III del artículo 37, y

IV. Aquellos que, exclusivamente, lleven a cabo operaciones con las dependencias y entidades, en las condiciones que señalan las fracciones I y III del artículo 39.

En cuanto al artículo 22 fracción III y IV es importante aclarar:

- 1.- En el artículo 22 fracción III, señala que lo dispuesto por el artículo 37 fracción III, queda exceptuada de la obligación del cocontratante de inscribirse en el Padrón de Proveedores de la Administración Pública Federal.

Cuando en el artículo 38 fracción III, párrafo segundo, señala que lo dispuesto por el artículo 37 fracción III, la obligación del cocontratante el estar inscrito en el Padrón de Proveedores de la Administración Pública Federal.

Como se puede apreciar, en el reenvío que hace los artículos 22 fracción III y el artículo 38 fracción III párrafo segundo, existe una profunda contradicción.

- 2.- En el artículo 22 fracción IV, señala que lo dispuesto por el artículo 39 fracción I y II queda exceptuada de la obligación de inscribirse en el Padrón de Proveedores de la Administración Pública Federal.

En el artículo 38 fracción III párrafo segundo, señala que el artículo 39 fracción I, impone la obligación del cocontratante de estar inscrito en el Padrón de Proveedores de la Administración Pública Federal.

Como se puede apreciar, en cuanto al reenvío que hace los artículos 22 fracción IV y 38 fracción III párrafo segundo, existe una profunda contradicción.

En el artículo 39 establece:

"Cuando por razón del monto de la adquisición, arrendamiento o servicio, resulte inconveniente llevar a cabo el procedimiento a que se refiere el artículo 26 por el costo que esté represente, las dependencias y entidades podrán fincar pedidos o celebrar contratos sin ajustarse a dicho procedimiento, siempre que el monto de la operación no exceda de los límites a que se refiere este artículo y se satisfagan los requisitos que el mismo señala.

Para los efectos del párrafo anterior en los Presupuestos de Egresos de la Federación y del Departamento del Distrito Federal, se establecerán:

1. Los montos máximos de las operaciones que las dependencias y entidades podrán adjudicar en forma directa; .."

Como se desprende de lo transcrito hasta por el momento, es preciso una derogación parcial al artículo 38, eliminando la fracción III, por la sencilla razón de lo establecido en las diversas fracciones del artículo 22. Constituyendo una excepción a lo establecido por el artículo 20 párrafo IV al establecer:

"Las dependencias y entidades sólo podrán fincar pedidos o celebrar contratos con las personas inscritas en el Padrón. ...".

Dentro de la contratación directa, permitida por nuestro ordenamiento jurídico, tiene gran relevancia en la práctica administrativa lo señalado en el artículo 26 párrafo segundo de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles:

"Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior, los casos en que el pedido o contrato sólo puede fincar-se o celebrarse con una determinada persona, por ser ésta la titular de la o las patentes de los bienes o servicios de que se trate. ...".

En este mismo orden de ideas, en cuanto al Padrón de Contratistas de Obras Públicas, encontramos deficiencias en sus reenvíos.

Art. 20 bis.- Quedan exceptuados de la obligación de registro en el Padrón de contratistas de Obras Públicas:

I. Las personas con quienes se contrate la realización de trabajos en los supuestos previstos por la fracción II del artículo 56 de esta ley.

II. Quienes contraten con las dependencias y entidades la realización de trabajos en los términos de la fracción VI del artículo 56 de esta ley, y ...".

En cuanto a la fracción I del artículo 20 bis encontramos:

1.- Un reenvío a la fracción II del artículo 56.

El artículo 56 señala:

"Las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, - podrán realizar, o contratar en los términos del artículo 33, las obras que requieran en los supuestos que a continuación se señalan. ...

II. Cuando la dependencia o entidad hubiera rescindido el contrato respectivo. En estos casos la dependencia o entidad verificará previamente, conforme al criterio de adjudicación que establece el segundo párrafo del artículo 38, si existe otra proposición que resulte aceptable; en cuyo caso el contrato se celebrará con el contratista respectivo."

Como se desprende de lo transcrito por el artículo 20 bis, dispone la excepción al registro en el Padrón de Contratistas de Obras Públicas y señala en su fracción primera un envío al artículo 56 fracción II. Cabe decir de antemano que existe una profunda contradicción:

- a) La fracción I del artículo 20 bis, no puede eximir esta obligación, ya que la licitación (pública o privada) ya se realizó, de acuerdo con el artículo 38, y rompería con el principio de igualdad.
 - b) Lo señalado por la fracción segunda del artículo 56, es en lo referente, cuando la Administración Pública rescinda el contrato administrativo, podrá esta última elegir a otro cocontratante que hubiese acudido al proceso licitatorio.
 - c) La fracción II del artículo 56, hace un envío al artículo 38 párrafo segundo. Este envío se da por economía procesal, para no tener que volver a publicar otra licitación.
 - d) Esta razón de incongruencia, se explica por el error - que incurre nuestros legisladores, por no saber concordar nuestros artículos correspondientes.
- Nuestra Ley de Obras Públicas, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 30 de diciembre de 1980, ha sufrido modificaciones, en aquel tiempo, el artículo 20 bis fracción I, era concordante con la fracción II - del artículo 56, ya que este último disponía:

Artículo 56 fracción II.

"Cuando peligre o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región, como consecuencia de desastres producidos por fenómenos naturales o de fuerza mayor. En estos casos las dependencias y entidades se coordinarán, según proceda, con las dependencias competentes."

Por tal motivo, debiera decir nuestro actual artículo - 20 bis, en su fracción I.: "LAS PERSONAS CON QUIENES SE CONTRATE LA REALIZACION DE TRABAJOS EN LOS SUPUESTOS - PREVISTOS POR LA FRACCION I DEL ARTICULO 56 DE ESTA - LEY."

2.- En cuanto a la fracción II del artículo 20 bis, encontramos otra vez, el mismo error que incurre nuestros Legisladores, y es, precisamente, en no hacer una debida concordia con los artículos, en los reenvios que presenta el ordenamiento jurídico.

La realidad: El artículo 56 fracción VI que es el señalado, por el artículo 20 bis fracción II, no existe la fracción VI, del artículo 56, de nuestro actual ordenamiento jurídico.

Al derogarse la fracción I del artículo 56, trajo como consecuencia inmediata, el recorrido de las fracciones, en estas fracciones que se recorrieron, no sufrieron ninguna modificación, por tal motivo, en la fracción II del artículo 20 bis, debiera decir:

"QUIENES CONTRATEN CON LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES LA REALIZACION DE TRABAJOS EN LOS TERMINOS DE LA FRACCION V DEL ARTICULO 56 DE ESTA LEY."

Como se ha podido apreciar, en los reenvios incorrectos que establece nuestra Ley de Obras Públicas, crea una gran confusión a los cocontratantes, por tal motivo, es preciso en hacerla concordante en los reenvios correspondientes.

En la contratación directa, nuestra Ley de Obras Públicas, en este aspecto, sobresale los artículos 33, 55, 56, y en especial el artículo 30 parrafo segundo.

Art. 33.- En los supuestos y con sujeción a las formalidades que prevén los artículos 55 o 56, las dependencias y entidades podrán optar por contratar las obras que en -

las propias disposiciones se señalan, sin llevar a cabo las licitaciones que establece el artículo 30 de esta ley.

La opción que las dependencias y entidades ejerzan en los términos del párrafo anterior, deberá fundarse, según las circunstancias que concurren en cada caso, en criterios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado. En el dictamen a que se refiera el artículo 36, deberá acreditar que la obra de que se trata se encuadra en alguno de los supuestos previstos en los artículos 55 o 56, expresando, de entre los criterios mencionados, aquéllos en que se funda el ejercicio de la opción.

Art. 55.- El Presidente de la República acordará la ejecución de obras, así como el gasto correspondiente, y establecerá los medios de control que estime pertinentes cuando éstas se realicen con fines exclusivamente militares o para la Armada, o sean necesarias para salvaguardar la integridad, la independencia y la soberanía de la Nación y garantizar su seguridad interior.

Art. 56.- Las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán realizar, o contratar en los términos del artículo 33, las obras que se requieran en los supuestos que a continuación se señalan.

I. Cuando peligre o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país, como consecuencia de desastres producidos por fenómenos naturales, o por casos fortuitos o de fuerza mayor. En estos casos la dependencia y entidades se coordinarán, según proceda, con las dependencias competentes;

II. Cuando la dependencia o entidad hubiere rescindido el contrato respectivo. En estos casos la dependencia o entidad verificará previamente, conforme al criterio de adjudicación que establece el segundo párrafo del artículo 38, si existe otra proposición que resulte aceptable; en cuyo caso el contrato se celebrará con el contratista respectivo;

III. Cuando se trate de trabajos cuya ejecución requiera de la aplicación de sistema y procedimiento de tecnología avanzada;

IV. Cuando se trate de trabajos de conservación, mantenimiento, restauración, reparación y demolición, en los que no sea posible precisar su alcance, establecer el catálogo de conceptos y cantidades de trabajo, determinar las especificaciones correspondientes o elaborar el programa de ejecución, y

V. Cuando se trate de trabajos que requieran, fundamentalmente, de mano de obra campesina o urbana marginada y, que la dependencia o entidad contrate directamente con los habitantes beneficiarios de la localidad o del lugar donde deba ejecutarse la obra, o con las personas morales o agrupaciones legalmente establecidas y constituidas por los propios habitantes beneficiarios.

Para los casos previstos en las fracciones anteriores, se convocará a la o las personas que cuentan con la capacidad de respuesta inmediata y los recursos técnicos, fi

nancieros y demás que sean necesarios.

El Titular de la dependencia, en un plazo que no excederá de diez días hábiles contados a partir de la fecha de iniciación de los trabajos deberá informar de estos hechos a la secretaria y a la contraloría; las entidades, además, harán del conocimiento tales hechos, en el mismo plazo, a sus órganos de gobierno.

Artículo 30, párrafo segundo:

"Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior, aquellos casos en que el contrato sólo pueda celebrarse con una determinada persona, por ser el titular de la o las patentes necesarias para realizar la obra."

En la CONTRATACION DIRECTA que realiza la Administración Pública, es aplicable el procedimiento de la adjudicación hasta la formalización del contrato administrativo.

Vgr. Lo señalado en el artículo 38 de la Ley de Obras Públicas, al igual, que el artículo 40 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados - con Bienes Muebles.

En la contratación directa, tiene gran importancia la excepción al Padrón de Proveedores, al igual que el Padrón de Contratistas de Obras Públicas.

Las situaciones consideradas por el Legislador, en estos ordenamientos jurídicos tiene gran trascendencia para la colectividad.

Por tal motivo, urge una actualización a estos ordenamientos, ya que como se ha podido apreciar, los efectos pueden ser perjudiciales para la colectividad.

d) REMATE PUBLICO.

Definición doctrinal.

Héctor Jorge Escola.

"El concepto de remate es propio del derecho comercial, en el cual se define el remate o subasta como la adjudicación de bienes ajenos en público y al mejor postor, hecha por personas que hacen de ello su profesión." (29)

Al terminar esta parte, el tratadista Héctor Jorge Escola, señala:

29. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 364.

"La administración pública puede actuar, en un remate público, ya sea como vendedora, subastando bienes que sea de su propiedad, ya sea como compradora, concurriendo a adquirir los en una subasta que ha ordenado un tercero, dueño de los bienes que por ese procedimiento se ponen en subasta." (30)

También la Administración Pública, puede actuar en un Remate, dentro del procedimiento judicial como compradora, este es el sentir, de nuestro actual CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, en sus artículos:

Art. 4.- Las instituciones, servicios y dependencias de la administración pública de la Federación y de las entidades federativas tendrán, dentro del procedimiento judicial, en cualquier forma que intervengan, la misma situación que otra parte cualquiera; pero nunca podrá dictarse, en su contra, mandamiento de ejecución ni providencia de embargo, y estarán exentos de prestar las garantías que este Código exija de las partes.

Las resoluciones dictadas en su contra serán cumplimentadas por las autoridades correspondientes, dentro de los límites de sus atribuciones.

La intervención que, en diversos casos, ordena la ley - que se dé al Ministerio Público, no tendrá lugar cuando en el procedimiento intervenga ya el Procurador General de la República o uno de sus agentes, con cualquier carácter o representación.

En el título quinto titulado "Ejecución", en el capítulo VII versa en cuanto a los remates, en los artículos 469 al 503.

Art. 469.- Todo remate de bienes inmuebles, semovientes y créditos será público y deberá efectuarse en el local del tribunal competente para la ejecución, dentro de los veinte días siguientes a haberlo mandado anunciar; pero en ningún caso mediarán menos de cinco días entre la publicación del último edicto y la almoneda.

Cuando los bienes estuvieren ubicados fuera de la jurisdicción del tribunal, se ampliarán dichos términos por razón de la distancia, atendiendo a la mayor, cuando fueren varias.

Es importante en señalar, el artículo 482 señala que se garantizaran con hipoteca o prenda, y como se desprende del artículo 4 estara exenta, la Administración Pública.

e) EL CONCURSO.

Definición doctrinal.

Héctor Jorge Escola.

"El concurso es el procedimiento de oposición que se lleva a cabo para elegir el contratante de la administración pública atendiendo principalmente a la capacidad científica, técnica, cultural o artística de las personas que se presenten a él, a fin de seleccionar a aquella que tenga la mayor capacidad." (31)

El Dr. Jose Ignacio Monedero Gil menciona:

"Las distintas modalidades de concurso (concurso-subasta, concurso-oposición, concurso-libre, concurso-restringido, etc.), respetan los principios de publicidad y concurrencia, pero corrigen, sin embargo, al automatismo de la subasta, permitiendo una relativa libertad al órgano responsable de apreciación global de la oferta privada, sin tener que ajustarse exclusivamente al factor precio. La Administración tiene, eso sí, la obligación de celebrar el contrato --cara al público-- con la oferta más ventajosa o meritoria, pero manejando un abanico de criterios objetivos de valoración no estrictamente económicos, sino también, técnicos, científicos, de seguridad, de plazo, etc." (32)

Como característica primordial en este tipo de contratación es:

1. La oposición que se da en los futuros contratantes, sirve para elegir al que ofrezca mejores condiciones para la Administración Pública.

En el concurso tiene aplicación los principios:

1. Concurrencia de los futuros opositores.
2. El principio de igualdad.
3. El principio de publicidad.

El concurso es también un procedimiento de restricción, por la sencilla razón, de que su cumplimiento solo es obligatorio, cuando en el ordenamiento jurídico se encuentre previsto.

31. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 365-366.

32. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 340.

CAPITULO QUINTO. LA ESTRUCTURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

5.1. Las cláusulas administrativas.

5.1.1. Clasificación de las cláusulas administrativas.

En el capítulo segundo, se ha hecho incapie en que las cláusulas administrativas, puede establecer una situación de privilegio o de desventaja hacia el cocontratante, pudiendo ser estas expresas o implícitas.

Por lo que ha resultado impreciso en establecer un concepto, ya que como se ha visto el contenido de la cláusula es variable.

Al estudiar con detenimiento las cláusulas del contrato administrativo encontramos que estos encuentra una diferencia importante en el Derecho Privado y es, lo señalado en el estudio del tratadista Miguel Angel Bercaitz.

"Por ello, nosotros clasificaríamos las cláusulas de que se trata en dos grandes grupos:

- a) aquellas por las cuales la Administración pública se atribuye sobre su cocontratante, derechos que un particular no podría atribuírse en ningún contrato, porque las leyes y los reglamentos no lo autorizan para hacerlo;
- b) aquellas por las cuales la Administración Pública otorga a su cocontratante poderes respecto a terceros, que un particular no podría en ningún contrato, porque las leyes en vigor lo invalidarían."⁽¹⁾

Lo señalado por Miguel Angel Bercaitz, todavía se encuentra viva esta clasificación, y señalamos como ejemplo de la primera: Medios de control que ejerce la Administración Pública Federal.

En cuanto al primer aspecto, sobresale, en nuestros ordenamientos legales los actos de adquisición, administración, transmisión de dominio, inspección y vigilancia, desde el surgimiento hasta la terminación del contrato administrativo.

En cuanto al segundo aspecto, puede el cocontratante pedir a la Administración Pública, para que esta decrete o acupre provisionalmente un bien inmueble, para la más rápida ter-

1. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P. 169-189.

minación del contrato.

Esta situación jamás se daría en las relaciones entre -
particulares.

5.2. Derechos y obligaciones de las partes.

5.2.1. El deber jurídico.

Concepto de Deber Jurídico.

"El deber jurídico se funda única y exclusivamente en la existencia de una norma de Derecho positivo que lo impone: es una entidad perteneciente estrictamente al mundo de lo jurídico. Además de esto, los hombres tienen la obligación moral (y también la obligación de decoro) de cumplir lo que ordenan las normas del Derecho positivo; pero este es un deber moral cuyo contenido viene determinado en el derecho, y no es el deber específico creado por la norma jurídica." (2)

En páginas anteriores hemos mencionado que la Administración, en los actos que realiza esta misma, no puede contravenir el ordenamiento jurídico, ya que es una transgresión de los intereses de los particulares, además de estar latente el postulado esencial de todo derecho, que el desconocimiento de la norma no exime de su cumplimiento.

Como se ha mencionado con antelación: Lo que es ilícito para los particulares también es ilícito para la Administración.

Hemos afirmado categóricamente que el contrato administrativo se trata de un verdadero contrato y no de un acto administrativo.

Es un verdadero contrato porque en ellos es posible reconocer la existencia de un acuerdo de voluntades, destinados a regir los derechos y obligaciones a las partes que interviene en su celebración.

Como se ha analizado anteriormente, cuando la administración pública acude a la celebración de un contrato administrativo esta jamás se desprende de Potestades que son inatas a su persona.

Esto ha traído como consecuencia, en un principio, la doctrina administrativa sostenía: El Estado en unos casos actuara solamente como autoridad, y, en otros como persona de Derecho Privado.

Esta teoría ha sido abandonada totalmente, y como se ha

visto, por la unanimidad de los tratadistas, en considerar a la personalidad del Estado en una, pero sujetandose en sus relaciones tanto al derecho privado y al derecho público.

En la obra del tratadista Héctor Jorge Escola, al que seguiremos en esta parte, menciona:

"Derechos y obligaciones de la Administración Pública:

A exigir que la administración pública cumpla sus obligaciones.

A exigir la ejecución en termino.

Derechos y obligaciones del cocontratante particular:

A exigir que la administración pública cumpla sus obligaciones;

A percibir el precio correspondiente;

A suspender la ejecución del contrato;

A requerir la rescisión del contrato administrativo;

A ser resarcido por la extinción del contrato;

Al mantenimiento de la ecuación económica-financiera del contrato." (3)

5.2.2. Derechos y obligaciones de la administración pública.

Se menciona como principal derecho a exigir la debida - ejecución del contrato administrativo.

"La Administración Pública tiene el derecho de exigir a su cocontratante el debido y regular cumplimiento de todas - las obligaciones impuestas a éste por el contrato y por los - documentos complementarios que lo integran."⁽⁴⁾

La Administración Pública acude al contrato administrati vo, ya sea por no tener la capacidad técnica, o porque las - labores que realiza no le permite realizarlas por motivos sub jetivos, tales, por ejemplo: tiempo, trabajo que entorpecería a la circulación del actuar administrativo.

Nuestro ordenamiento jurídico a establecido una regla - importante en este sentido, y es lo señalado, por la Ley de - Obras Públicas.

Art. 27.- No quedan comprendidos dentro de los servicios a que se refiere el artículo anterior los que tengan como fin la ejecución de la obra por cuenta y orden de las dependencias o entidades, por lo que no podrán celebrar-se contratos de servicio para tal efecto.

Si la Administración Pública llega a la celebración del contrato administrativo, de lo convenido en este, la administración se preocupa para que se ejecute, de la manera en que lo han acordado las partes, ya que el interés público esta en juego, y es el interés público el que se debe de satisfacer, ya que el resultado del contrato administrativo es de beneficio para toda la colectividad.

El cumplimiento del contrato administrativo da lugar, - como se ha dicho anteriormente, a la ejecución correcta por - parte del cocontratante particular.

El deber de cumplimiento de la Administración se resuelve en el ejercicio de un derecho de crédito convencional reconocida a su cocontratante frente a la Administración que - ésta debe de satisfacer por imperio y realización del derecho.

Como se recordara, del plazo que establece nuestra legis

4. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 422.

lación que abarca desde la adjudicación hasta la formalización del contrato administrativo, el cocontratante adquiere derechos a su favor.

En la formalización del contrato administrativo surge el vínculo obligacional, y aparece un recíproco deber de cumplimiento de lo expresamente pactado.

El contrato, al igual que el contrato administrativo es fuente de obligaciones y los derechos que de él se deriven, debe de estar protegidas por el ordenamiento jurídico.

Ejemplo de esto, lo tenemos en el correcto criterio de nuestra JURISPRUDENCIA.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Las autoridades contratantes no pueden violarlos por medio de acuerdos gubernativos, pues esto importa una violación a los artículos 14 y 16 Constitucionales.

Quinta Epoca: Tomo XIV, Pág. 1085. Compañía de tranvías, Luz y Fuerza de Monterrey.

La Administración Pública jamás se desprendera de sus Potestades, el cual utilizara, estos privilegios cuando por causa de utilidad pública, los derechos del cocontratante entre en conflicto con el interés general.

Esto trae como consecuencia el rompimiento del principio establecido en los contratos de derecho privado, conocido como "pacta sum servanda".

"Las excepciones más señaladas al principio del "pacta sum servanda" son las siguientes:

- a) El control administrativo del cumplimiento del contrato.
- b) La potestad de modificación y extinción del contrato.
- c) La interpretación ejecutiva del contrato." (5)

Por último señalaremos:

"La debida ejecución del contrato administrativo da lugar, por otra parte, a una restricción que se da en este tipo de contratos: el cocontratante debe ejecutar personalmente sus obligaciones, no pudiendo ceder o transferir el contrato, colocando a otro en su lugar, ni puede tampoco subcontratar, requiriendo por sí mismo la colaboración de un tercero en la

ejecución de sus prestaciones." (6)

En nuestras Ley de Obras Públicas.

Artículo 38 parrafo III.

"El contratista a quien se adjudique el contrato, no podrá hacer ejecutar la obra por otro; pero, con autorización previa de la dependencia o entidad respectiva, podrá hacerlo respecto de partes de la obra o cuando adquiera materiales o equipos que incluyan su instalación en la obra. En estos casos, el contratista seguirá siendo responsable de la ejecución de la obra ante la dependencia o entidad y el subcontratista no quedará subrogado en ninguno de los derechos del primero."

Como se puede apreciar, al intervenir terceras personas, en parte de la obra o cuando adquiera materiales o equipos - que incluyan su instalación en la obra, estas solamente coadyubarán para su realización, pero no significa en modo alguno una cesión parcial de la misma.

Como se ha señalado en el capítulo tercero, la Administración Pública no subroga en su perjuicio.

Continuando con el tratadista Héctor Jorge Escola, menciona que la Administración Pública tiene el derecho de exigir la ejecución en termino.

Como se desprende de lo ya manifestado, la administración pública le corresponde exigir la debida ejecución del contrato administrativo, y que esa ejecución sea cumplida dentro de los plazos señalados por el contrato administrativo, si es to es cumplido por el cocontratante, el contrato administrativo se ha cumplido debidamente.

"Si el contrato ha fijado el término en que deba ser ejecutado, ese plazo debe respetarse y es obligatorio tanto para el contratante como para la administración pública, que no puede alterarlo unilateralmente, a menos que el mismo contrato le haya otorgado esa posibilidad.

Pero puede ocurrir que el contrato administrativo no haya fijado ningún término para su cumplimiento. Tal situación no significa que el cocontratante esté liberado de todo plazo de ejecución y que pueda cumplir sus prestaciones a su arbi-

6. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 423.

trio, cuando mejor le parezca, o cuando lo estime oportuno, - puesto que ese resultado sería realmente contrario al interés público y a la regularidad de los servicios.

Se ha aceptado, por ello, que en ausencia de un plazo - contractual existe para cada contrato un término -normal- de ejecución, dentro del cual debe ser cumplido, y que deberá - ser fijado atendiendo a la naturaleza de las prestaciones, la capacidad del cocontratante para realizarlas, la complejidad y dificultad de las obligaciones, etc.

Este plazo "normal" de ejecución, que puede ser exigido por la administración pública ante la falta de un plazo convencional, le es impuesto igualmente a ésta, en cuanto la administración no puede establecer que un contrato habrá de durar más o también menos de lo que es razonable, de lo que es común." (7)

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en los contratos administrativos, se ha establecido la regla, en poner, un plazo en el contrato con fecha determinada.

Es importante aclarar que todos los contratos que celebra la Administración Pública, en algunos es imposible en precisar cual es la fecha exacta del vencimiento del contrato - administrativo.

Tal es lo señalado en el Reglamento de la Ley de Obras - Públicas.

Art. 30.- La información y documentación mínima que las dependencias y entidades proporcionarán a los interesados para preparar su proposición será: ...

IV. Fecha de inicio de los trabajos y fecha estimada de terminación.

Continuando con el estudio del tratadista Héctor Jorge - Escola, señala que:

"... el incumplimiento de los plazos de ejecución y la - exoneración de las responsabilidades emergentes para el cocontratante particular tendrá lugar cuando resulte:

- 1) de disposiciones legislativas o de la administración que - suspendan o prolongan los términos establecidos.
- 2) de disposiciones convencionales contenidas o que resulten

de los contratos administrativos o de la voluntad común de de las partes.

- 3) de hechos o circunstancias que jurídicamente justifiquen - el incumplimiento." (8)

"Las causas que eximen de la responsabilidad del cocontratante particular por el incumplimiento de los plazos de ejecución de las prestaciones establecidas en los contratos administrativos son:

- 1) La fuerza mayor;
- 2) El hecho de la administración." (9)

En nuestro ordenamiento jurídico, el hecho de la administración, se compara a la fuerza mayor, y algunos tratadistas la utilizan como sinónimo.

El tratadista Rafael Rojina Villegas, distingue perfectamente el caso fortuito de la fuerza mayor, diciendo:

"Se discute en la doctrina cuál es el concepto de caso fortuito y de fuerza mayor. Por el primero entendemos el acontecimiento natural inevitable, previsible o imprevisible, que impide en forma absoluta el cumplimiento de la obligación. Se trata, por consiguiente, de hechos naturales inevitables que pueden ser previstos o no por el deudor, pero a pesar de que los haya previsto, no los puede evitar, y que impide en forma absoluta el cumplimiento de la deuda, es decir, constituyen una imposibilidad física insuperable.

En cuanto a la fuerza mayor, entendemos el hecho del hombre, previsible o imprevisible, pero inevitable, que impide también en forma absoluta el cumplimiento de la obligación." (10)

El Dr. Andres Serra Rojas manifiesta al respecto:

"La fuerza mayor es un acontecimiento exterior, independiente de la voluntad de los contratantes que impide la ejecución del contrato. Cuando tal acontecimiento se produce tiene por efecto liberar al contratante de su obligación, si se realizan estas condiciones:

8. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 429-430.

9. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 430.

10. Rojina Villegas, Rafael. ob. cit., v. III. P. 379.

- a) Absolutamente independiente de la voluntad del cocontratante;
- b) Imprevisto o imprevisible;
- c) El acontecimiento debe hacer imposible la ejecución del contrato." (11)

Héctor Jorge Escola, menciona sobre la fuerza mayor:

"Se define tradicionalmente la fuerza mayor diciendo que es un acontecimiento independiente de la voluntad de los contratantes, imprevisible o inevitable, que impide la ejecución de las obligaciones contractuales o el cumplimiento del contrato.

Cuatro elementos concurren a configurar la fuerza mayor y sirven para distinguir cuándo realmente se ha producido una situación que debe ser considerada como tal. Esos elementos son los siguientes:

1) Exterioridad.

El hecho o circunstancia constitutiva de fuerza mayor debe ser totalmente exterior a los contratantes, es decir, independiente de su voluntad, de modo que aquéllos no hayan tenido ninguna intervención en él.

2) Imprevisibilidad.

El hecho o circunstancia constitutivo de fuerza mayor debe haber sido, además, imprevisto e imprevisible, sin que sea preciso que esa imprevisibilidad deba ser absoluta, sino bastando con que su posibilidad no haya podido ser razonablemente prevista, teniendo en cuenta las condiciones y el tiempo de la contratación.

3) Irresistibilidad.

Es preciso que el hecho o la circunstancia que da lugar a la fuerza mayor no haya podido ser evitado por el cocontratante y que asimismo le haya impedido realmente ejecutar, las obligaciones a su cargo.

No basta con que tornen más gravoso o dificultoso el cumplimiento del contrato; se necesita que haya creado una imposibilidad absoluta de cumplimiento. ...

4) Actualidad.

Finalmente, se exige que el hecho o la circunstancia cons-

titutivos de fuerza mayor debe ser actual y no tratarse de un evento posible, o de un peligro, por grave que sea, o de una contingencia. Debe tener existencia presente, como tal." (12)

De lo señalado con antelación el tratadista Rafael Rojina Villegas señala con precisión, la diferencia entre el caso fortuito de la fuerza mayor.

Sin embargo, para el tratadista Héctor Jorge Escola, la fuerza mayor comprende el caso fortuito, al decir:

"Los hechos o acontecimientos que dan lugar a la fuerza mayor pueden ser o bien hechos de la naturaleza, o bien responder a acciones del hombre. De ahí que se los clasifique en -hechos del hombre- y -hechos naturales-." (13)

Como se ha señalado anteriormente, el hecho de la administración se compara a la fuerza mayor.

Se le compara por la siguiente razón:

"... para que pueda ser considerada como tal, es menester que se reúna los cuatro elementos que hemos considerado al tratar de la fuerza mayor, es decir, exterioridad, imprevisibilidad, irresistibilidad y actualidad, ya que si así no fuera, la conducta de la administración pública podrá dar lugar a que se genere el derecho a una indemnización, cuando ha existido perjuicio, para no excusar el cumplimiento de las obligaciones contractuales." (14)

El hecho de la administración debe ser una conducta de la Administración pública, en nuestra doctrina es conocida como el hecho del príncipe.

Dr. Andres Serra Rojas.

"En un sentido amplio se llama al hecho del príncipe a toda medida dictada por los poderes públicos que tiene por consecuencia la de hacer más difícil y onerosa la ejecución del contrato por el co-contratante.

Podemos pensar en nuevas medidas fiscales que graven en particular el contrato administrativo, o nuevos reglamentos -

12. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 430-432.

13. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 432.

14. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 434.

que establezcan cargas onerosas para el cocontratante, que le dificulten y graven la ejecución del contrato. El problema es complejo porque pueden presentarse numerosas variaciones que pueden o no quedar comprendidas en el hecho del príncipe, pero la doctrina administrativa ha sido precisa en la determinación de este concepto.

El principio general es que la Administración debe indemnizar al co-contratante de estas nuevas cargas, que incluso - lo pueden llevar a la propia rescisión del contrato." (15)

En este mismo orden de ideas, la doctrina extranjera manifiesta:

"...

- 1.- El hecho del príncipe no es la decisión de modificación - unilateral del contrato, que tiene por objeto modificar - la naturaleza o amplitud de las obligaciones del cocontra- tante aunque esta decisión y la que constituye un hecho - de príncipe emanan del mismo organismo.
- 2.- Es una decisión, sea individual, sea reglamentaria tomada en nombre de un organismo administrativo que por lo demás es parte al contrato, pero en el ejercicio de sus compe- tencias generales; podemos relevar tres tipos de decisio- nes que constituyen un hecho del príncipe.
 - decisión individual que no concierne directamente al - cocontratante pero que tiene una incidencia en la situa- ción de este último.
 - Decisión individual que concierne directamente al cocon- tratante de la Administración pero que lo alcanza no en su cualidad de cocontratante, sino en el administrado.
 - decisión reglamentaria que concierne al conjunto de los administrados y entre ellos al cocontratante de la Ad- ministración, y que de manera indirecta tiene por efec- to volver la ejecución del contrato más defícil.

La jurisprudencia decidió también que podía ser un "he- cho del príncipe" una operación material del organismo admi- nistrativo que es parte al contrato y que aunque no tenga re- lación directa con éste, tiene por efecto hacer más defícil la situación del cocontratante." (16)

15. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 534.

16. Autor Anonimo. ob. cit., P. 113-114.

La realidad del hecho del príncipe, tiene en la practica un valor de gran importancia, y es el de respetar a su colaborador, o sea, al cocontratante.

"El hecho de la administración dará efecto a la paralización o suspensión de la ejecución del contrato, cuando produzca un resultado que sea de tipo transitorio, o dará derecho al cocontratante a solicitar la rescisión, cuando origine un resultado permanente o un trastocamiento definitivo del equilibrio del contrato administrativo." (17)

En esta parte, debe estudiarse una cuestión que la doctrina administrativa a hecho pocos estudios, y es en lo relativo al principio "exceptio non adimpleti contractus", que tiene vigencia en nuestro Derecho positivo.

La exceptio non adimpleti contractus, tiene su origen en el Derecho Romano, y consistia, cuando se demandaba la ejecución de un contrato, se rechazaba la demanda alegando hacia el actor, el incumplimiento, por medio de una exceptio doli.

Los comentaristas de la época, terminaron por nombrarla la "exceptio non adimpleti contractus".

El tratadista Argentino, Héctor Jorge Escola, manifiesta que el principio "exceptio non adimpleti contractus" no puede trasladarse, ni aplicarse a los contratos administrativos, señalando las siguientes circunstancias: "...

- 1) El contrato administrativo persigue un fin de interés público, lo que origina que en él se reconozcan principios y potestades exorbitantes del derecho privado, entre ellos - el principio de la continuidad en la ejecución.
- 2) El cocontratante particular no es un simple cocontratante, sino que adquiere en el contrato administrativo el papel de un verdadero colaborador de la administración pública - en el logro de aquel fin, por lo que debe hacer todo lo - que esté de su parte para alcanzarlo.
- 3) La exceptio que nos ocupa encuentra su razón de ser en principios y fundamentos que no se concilian con los que dan - basamento al derecho administrativo, con los cuales se halla, incluso, en contradicción. Además siempre el contra

tante particular tendrá la posibilidad de reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que le haya ocasionado el incumplimiento administrativo y, eventualmente, de solicitar las demás medidas que sean conducentes a la defensa de sus derechos." (18)

Manuel Borja Soriano señala en su estudio, que la excepción consiste:

"La dependencia que existe entre las obligaciones respectivas de un contrato sinalagmatico permite a uno de los contratantes no cumplir su obligación si el otro rehusa cumplir la suya. Es equitativo decirlo. La excepción non adimpleti contractus (del contrato no cumplido) es un medio de defensa: da la facultad de no ejecutar en tanto que el otro no lo ha hecho." (19)

Y añade el tratadista, al referirse en concreto a nuestro derecho positivo:

"El Código de 1928. En este Código, a semejanza del francés, del italiano y del español, no hay texto que formule el principio de la excepción de contrato no cumplido. Sin embargo, el principio existe ciertamente en nuestro derecho vigente, como lo sostiene los autores franceses, italianos, y españoles. ... Hemos expuesto en qué consiste la excepción de que tratamos y entre las razones aducidas en pro de nuestra afirmación nos concretamos a invocar las siguientes:

- a) El argumento a fortiori del artículo 1949 de nuestro código de 1928 que establece el derecho de resolución. ...
- b) Los artículos 2286, 2287 y 2299 del código de 1928, relativos al contrato de compraventa. ...". (20)

Por tal motivo, discrepamos de la opinión de Héctor Jorge Escola, y el principio de la "exceptio non adimpleti contractus", puede ser trasplantada al derecho administrativo.

Por tal motivo, nuestro Reglamento de la Ley de Obras Públicas, en su artículo 52 dispone:

"Cuando la dependencia o entidad determine la suspensión de la obra o la rescisión del contrato, por causa no imputable al contratista, pagará a éste la parte de la obra o servicio ejecutados y los gastos no recuperables, -

18. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 437-438.

19. Borja Soriano, Manuel. ob. cit. P. 494.

20. IBIDEM. ob. cit., P. 495.

previo estudio que haga la contratante de la justificación de dichos gastos, según convenio que se celebre entre las partes, dando cuenta a la Secretaría, a la Contraloría y, en su caso, a la dependencia coordinadora de sector, dentro de los diez días hábiles siguientes a la firma del convenio."

Art. 53.- En todos los casos de rescisión de contrato la dependencia o entidad contratante deberá levantar un acta circunstanciada de recepción de los trabajos en el estado que se encuentren, informando a la Secretaría, a la Contraloría y, en su caso a la dependencia coordinadora de sector, en los términos de la ley.

Como se desprende de lo transcrito el hecho del principio, libera al contratante de sanciones que de otro modo, le hubieran correspondido.

Por último, analizaremos en esta parte, la teoría de la imprevisión.

Diversas definiciones doctrinales:

Alcides Greca.

"Se refiere a la prestación del servicio a que se obliga el concesionario, cuando determinados sucesos provoca en la economía de un contrato -siempre antes que éste se resuelva- un cambio fundamental e imprevisible en el momento de ser con-certado, pudiendo quien resultare perjudicado reclamar una -compensación." (21)

Dr. Carlos H. Pareja.

"En los contratos administrativos y concesiones de servicios públicos, que impliquen obligaciones de ejecución sucesivo o a plazo, cualquiera de los contratantes podrá exigir del otro una modificación del contrato o de la concesión si a causa de acontecimientos ajenos a las partes, anormales e imprevisibles cuando se celebró el contrato o se otorgo la concesión, el equilibrio financiero de éstos sufre trastornos que -hagan de su cumplimiento excepcionalmente oneroso para cualquiera de las partes." (22)

Por G. Ariño.

"Cuando en un contrato oneroso conmutativo, con presta-

21. Greca, Alcides. Teoría de la imprevisión en los contratos administrativos. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales. No. 39. Año VIII. Santa fe-República de Argentina. 1943. P. 110-111..

22. H. Pareja, Carlos. cit. pos. Valdarrama A, Alfonso. ob. cit., p. 267.

ciones sucesivas o de ejecución diferida, un acontecimiento - en absoluto independiente de las partes, que excede y es ajeno a la acción u omisión de ambas, no hace imposible la ejecución del contrato, pero torna sumamente oneroso el cumplimiento de una de las prestaciones, alterando profundamente la economía del contrato por encima de lo que las partes han podido razonablemente prever, entonces la Administración debe acudir en ayuda del contratista, soportando una parte de las consecuencias onerosas de la situación de la fuerza mayor que se ha originado, mediante la concesión a éste de una indemnización o subvención extraordinaria." (23)

Miguel Angel Bercaitz.

"Cuando esa utilidad calculada no se produce en razón de circunstancias totalmente ajenas al cocontratante, provenientes de hechos extraordinarios que no pudieron razonablemente preverse, y que tornan excesivamente más oneroso el cumplimiento de sus obligaciones, el cocontratante tiene derecho, en buenos principios, el reajuste de las tarifas o del precio - pactado, o al pago en su defecto de una indemnización que cubra su quebranto en todo cuanto pueda exceder del álea ajejo y previsible en todo convenio de trato sucesivo." (24)

Podemos señalar hasta por el momento, en las definiciones transcritas, las siguientes críticas:

Alcides Greca, se refiere únicamente a la concesión, se ha demostrado que la concesión administrativa para nuestra doctrina no se le considera un contrato administrativo.

Sin embargo, la doctrina extranjera ha señalado que la concesión es una especie del contrato administrativo. Por tal motivo al referirse solamente a la concesión limita la teoría de la imprevisión a otros contratos.

El Dr. Carlos H. Pareje, coincide con nuestra doctrina - en no considerar a la concesión como una especie del contrato administrativo.

23. Por G. Ariño. ob. cit., P. 50.

24. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P. 324.

El tratadista Por G. Ariño, no explica el contenido de la Fuerza Mayor, por lo tanto ignoramos el alcance de este significado, es decir, no sabemos si lo utiliza como sinonimo de: Fuerza Mayor a Acto de la Administración -Hecho del príncipe- a Caso Fortuito, o bien, como se ha demostrado, cada una tiene características propias que la hacen distinguir de otras.

Por estas razones, la definición del tratadista Miguel Angel Bercaitz, es la correcta, ya que la teoría de la imprevisión puede ser utilizada en el Derecho Privado al igual que en el Derecho Público.

En la búsqueda de la teoría de la imprevisión, no coincide lo señalado por la doctrina extranjera, a nuestros tratadistas:

El Dr. Jose Ignacio Monedero Gil al igual que Miguel Angel Bercaitz, señala que este derecho fue consagrado por el Consejo de Estado en el celebre fallo 30 de marzo de 1916.

"La jurisprudencia opto por una solución diferente con una sentencia muy famosa. C.E. 30-3-1916. Compañía General de Alumbrado Bordeaux (Conocido con el nombre de arret del gas de Bordeaux). Según esta decisión si circunstancias imprevisibles en el momento de la conclusión del contrato, e independiente de la voluntad de los cocontratantes, transtornan la economía de este contrato, el cocontratante de la Administración no puede ser obligado, en las condiciones anteriores a ejecutar sus obligaciones -mientras perdure esta situación anormal creada por tales circunstancias-." (25)

Nuestros tratadistas del derecho civil, manifiesta:
Rafael Rojina Villegas.

"Se han invocado distintos fundamentos a esta excepción, agrupándolos bajo el nombre de Teoría de la imprevisión, fue en el derecho canonico en donde tuvo su nacimiento invocándose fundamentalmente la equidad y la buena fe. Se considera que los contratantes pacten tomando en cuenta situaciones normales, que en atención a esas situaciones adquieren determinados compromisos, que cuando cambia notoriamente las condi

ciones que se tuvieron en cuenta por causas generalmente imposible de prever y que afecten a toda la economía de una colectividad, como sucede con las crisis económicas o con las guerras, etc., es de justicia que ya el principio de obligatoriedad no funcione, sino que se modifique en razón de la equidad, porque de cumplirse estrictamente originaría la ruina del deudor. Puede darse el caso de una imposibilidad absoluta de cumplimiento, pero en este caso el deudor queda liberado, porque a lo imposible nadie esta obligado; ...podemos aceptar en México la Teoría de la Imprevisión." (26)

Manuel Borja Soriano.

"El problema llamado de la imprevisión, como cualquier otro problema jurídico, puede considerarse desde dos ángulos que no siempre coinciden: desde el punto de vista del Derecho ideal y desde el punto de vista del Derecho Positivo.

Según el Derecho ideal, la fuerza obligatoria del contrato debe templarse por la consideración de lo justo. Pero no se llega a esta solución dando al juez el poder de revisar los contratos. Esta facultad debe quedar reservadas al Legislador para que la ejerza en circunstancias excepcionales.

En cuanto a nuestro Derecho civil positivo, hay que recordar que el Código de 1884, en su artículo 1419, previno: "Los contratos legalmente celebrados serán puntualmente cumplidos", y que la idea contenida en este artículo se encuentre también en el artículo 1796 del Código de 1928, que dice: "Los contratos ...obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado. ...".

... salvo lo relativo al término de gracia aceptado por el artículo 404 del Código de Procedimientos Civiles." (27)

El Dr. Andres Serra Rojas, señala al respecto, en sede administrativa:

"La teoría de la imprevisión surge como consecuencia de acontecimientos económicos imprevisibles, por las cuales un contratante de la administración sufre pérdidas tales que el equilibrio del contrato en proceso de ejecución, se modifica notablemente. La administración después de comprobar técnica-

26. Rojina Villegas, Rafael. ob. cit., v. III. P. 170-171; - 178.

27. Borja Soriano, Manuel. ob. cit., P. 286-287.

mente la ausencia de culpa, le otorga una indemnización parcialmente compensadora de la pérdida sufrida durante este periodo que se denomina extracontractual.

Los elementos de la teoría de la imprevisión son:

- a) Un contrato celebrado entre la administración y un particular, en la categoría de contratos que hemos denominado - contratos administrativos.
- b) Un pliego de condiciones en el que se fijan las prestaciones del contrato, a cargo de las partes.
- c) En el curso de la ejecución del contrato, un acontecimiento independiente de la voluntad del co-contratante, anormal e imprevisible que viene a hacer imposible la ejecución, o a lo menos aumentar en proporciones masivas las cargas del co-contratante y perturbar profundamente la economía del contrato; aumento considerable debido a fluctuaciones económicas, de las materias primas utilizadas por aquél (laubadere).
- d) La administración debe venir en ayuda del perjudicado, con la disminución de las cargas provocadas por el acontecimiento anormal e imprevisible, mediante un arreglo amistoso o apreciado por el juez del contrato, en caso de desavenencia.

Las consecuencias jurídicas del estado de imprevisión se pueden estimar en las siguientes: el co-contratante tiene la obligación de ejecutar el contrato, pero abre a su provecho, al sobrevenir el suceso anormal, una compensación pecuniaria. La última consecuencia jurídica es que el estado de imprevisión no puede ser más que temporal, ya que la teoría jurídica de la imprevisión es un modus vivendi provisional, que le permite salir de una situación grave para retornar más tarde a una situación contractual normal." (28)

Como lo ha señalado correctamente el tratadista Rafael - Rojina Villegas, en nuestro Derecho esta en pie la Teoría de la imprevisión.

Sin embargo, es en el Derecho Público al igual que en su doctrina en donde ha sido más detallado ésta Teoría.

28. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 534-535.

Las consecuencias que tiene el Estado de imprevisión, señalada por la doctrina extranjera, es aplicable a nuestro derecho:

"...

- el cocontratante de la Administración no está dispuesto a ejecutar sus obligaciones. (diferencia entre la imprevisión y la fuerza mayor).
- la Administración tiene que partir con su cocontratante las obligaciones excepcionales nacidas de la imprevisión. En este caso hay reparto, de tal manera que la indemnización que la Administración tendrá que dar, no compensará la integridad del perjuicio de su cocontratante (diferencia con el hecho del principio), pero únicamente la parte del déficit anormal e imprevisible.
- la imprevisión, en algunos casos, da al cocontratante un derecho a la revisión de las cláusulas financieras de su contrato." (29)

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, podemos contemplar la teoría de la imprevisión, en los siguientes ordenamientos:

Ley de Vías Generales de Comunicación.

Art. 20.- En las concesiones se fijarán las bases a que deben sujetarse los prestadores de servicio de vías generales de comunicación, para establecer las tarifas de los servicios que prestan los servicios al público. Con sujeción a dichas bases, la Secretaría de Comunicaciones y transportes podrá modificar las tarifas cuando el interés público lo exija, oyendo previamente a los prestadores del servicio afectados, siempre que al hacerlo no se comprometa la costeabilidad misma de la explotación. Cuando los prestadores de los servicios lo soliciten, y siempre que justifique ampliamente la necesidad de la medida, la propia Secretaría podrá modificar las tarifas.

Ley de Obras Públicas.

Art. 46.- Cuando durante la vigencia de un contrato de obras ocurran circunstancias de orden económico no previstas en el contrato, pero que de hecho y sin dolo, culpa, negligencia o ineptitud de cualquiera de las partes, determinen un aumento o reducción en un cinco por ciento o más de los costos de los trabajos aún no ejecutados, dichos costos podrán ser revisados. Las dependencias o entidades emitirán la resolución que acuerde el aumento o reducción correspondiente.

Como se puede apreciar en estos artículos transcritos, - la teoría de la imprevisión, es útil para el cocontratante, - como para la Administración Pública.

En la obra del Dr. Jose Ignacio Monedero Gil establece:

"La teoría de la revisión de los contratos por alteración de las circunstancias, que se resume en las famosa máxima --cláusula rebus sic stantibus-- constituye ante todo una señaladísima excepción a esa otra regla fundamental --pacta sum servanda-- que es donde se asienta toda la institución: si - acontecimientos ulteriores e imprevisibles al tiempo de la celebración determinan que el cumplimiento de la prestación resulte excesivamente oneroso para una de las partes, la perjudicada podrá pedir a la contraria, en base a esta cláusula - que se presume implícita en todos los contratos continuistas, la modificación del compromiso e incluso la resolución del mismo.

... El fundamento de la revisión es, por tanto, para el Derecho civil, subjetivo: ausencia de un consentimiento válido y jurídico de la parte perjudicada respecto a los hechos - posteriores a la celebración, más allá del calculo humano y - culpables de la ruptura. Pero también objetivo, la necesidad de que el cumplimiento de la --lex contractuz-- no dé lugar a quiebras de los mandatos de la justicia y de la equidad que - deben triunfar, en todas las relaciones humanas y sobre todo en las economicas.". (30)

El Dr. Jose Ignacio Monedero Gil establece algunas diferencias entre la cláusula --rebus sic stantibus-- y el --jus variandi--.

Es importante en aclarar, que el término --jus variandi-, debería de ser la Potestas variandi, por las razones ya señaladas.

"La doctrina de la cláusula --rebus sic stantibus-- admite implícitamente, al menos en el terreno de la justicia y de la equidad, que las prestaciones contractuales deben adaptarse a las circunstancias futuras, cambiantes e imprevisibles; algo semejante a la idea que late en la potestad de modificación o --jus variandi--.

- a) El --jus variandi-- no se fundamenta en razones de equidad o de humanización del contrato, sino en la necesidad de dar satisfacción permanente al interés público involucrado en el contrato.
- b) Tampoco parece adecuado construir esta facultad sobre razones subjetivas o de interpretación del consentimiento contractual de la Administración. En realidad, el --jus variandi--, no es una posibilidad jurídica comprensible en el seno del contrato, sino ajeno a su problemática natural, pero incorporando al mismo por razones pragmáticas y objetivas de interés público.
- c) Del mismo modo, no cabe hablar de una cláusula sobreentendida y de interpretación restrictiva por el Poder Judicial. El --jus variandi-- es una facultad administrativa reglada que actúa con un marco delimitado por las normas o por el propio contrato.
- d) Por último, el --jus variandi-- no persigue primordialmente la resolución del contrato, aun cuando este efecto puede llegar a producirse, sino el acopleamiento del pago de prestaciones a las necesidades cambiantes del interés general sin perjuicio económico del contratante privado.

El --jus variandi-- en definitiva, es una potestad reglada por la norma o por cláusula específicas que ejerce la Administración en el contrato del Estado.

El acto administrativo contractual es, en principio, fijo en cuanto a sus efectos pero el --jus variandi-- constituye la solución jurídica que permite acoplar sus efectos a las circunstancias sobrevinientes."⁽³¹⁾

La teoría de la imprevisión, reconocida en nuestros ordenamientos administrativos, es un valioso derecho, que ha luchado con el problema inflacionista.

"La filosofía de la evolución legislativa en este tema, durante el presente siglo, podría resumirse afirmando que arranca desde una rotunda posición negativa a la revisión de precios, basada en los axiomas civilistas del precio justo y del riesgo y ventura a cargo del empresario, a soluciones cada vez más amplias y racionales ante el hecho de las fluctuacio-

31. IBIDEM. ob. cit., P. 389-391.

nes monetarias." (32)

De lo mencionado por el Dr. Jose Ignacio Monedero Gil, - como se puede apreciar, incurre en un gravísimo error, cuando manifiesta: "El acto administrativo contractual ...".

Se ha podido apreciar en el Capítulo primero de este tra bajo, que el tratadista español prefiere utilizar la expresión "Actos de la Administración" para precisar que los contratos del Estado no son actos administrativos.

32. IBIDEM. ob. cit., P. 410.

5.2.3. Derechos y obligaciones del cocontratante particular.

Continuando con los derechos y obligaciones del cocontratante particular, podemos mencionar a las siguientes:

- a) A exigir que la Administración pública cumpla sus obligaciones;
- b) A percibir el precio correspondiente;
- c) A suspender la ejecución del contrato;
- d) A requerir la rescisión del contrato administrativo;
- e) A ser resarcido por la extención del contrato administrativo;
- f) Al mantenimiento de la ecuación-financiera del contrato.

El cocontratante particular debe actuar con un máximo de seriedad, diligencia en los actos que realiza, y en este caso debiera sacrificar sus intereses personales, en algunos casos, por el interés público, que se encuentra en juego, debiendo prevalecer este, sobre sus intereses particulares.

- a) A exigir que la Administración Pública cumpla sus obligaciones.

En el ámbito de las relaciones contractuales, las partes que intervinieron en el contrato administrativo, deben cumplir con las estipulaciones inscritas en el documento.

Como se ha señalado anteriormente por nuestra Jurisprudencia, cuando la Administración Pública, no cumple en un contrato administrativo, no está realizando ningún acto de autoridad.

Los efectos que se desprenden del contrato administrativo son:

"... Consisten en la constitución de una situación jurídica Administración-administrado, cuyo contenido está integrado por un entremado de derecho y obligaciones recíprocas.

- A) Fuerza obligatoria del contrato del Estado.

... Esto es, que la Administración pública no puede ampararse en la ilegalidad del contrato o de alguna de sus cláusulas, ordinariamente imputables a los órganos de la Administración, para incumplir el texto del contrato." (33)

b) A percibir el precio correspondiente.

"Otro de los derechos que asiste al cocontratante particular es el de percibir el precio que haya sido establecido en el contrato administrativo, en la forma allí fijada, como remuneración de las prestaciones que aquél debe ejecutar." (34)

Esto es, la Administración Pública tiene la obligación de pagar, por los servicios ejecutados por el cocontratante. Definición doctrinal de pago:

Lic. Ernesto Gutierrez Y Gonzalez.

"Las posibles conductas que una persona se obliga a realizar frente a otra persona, pueden ser como se aprecia, de tres diferentes tipos: de dar, de hacer y de no hacer. Y en estos casos, el pago de la prestación a favor de otra persona se cumplirá haciendo, dando o no haciendo, según se haya prometido." (35)

Rafael Rojina Villegas.

"El pago es un acto jurídico consensual consistente en el cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, que se ejecuta con la intención de extinguir una deuda preexistente. El artículo 2062 del Código Civil vigente dice así: "Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido." (36)

En este mismo orden de ideas, el Dr. Jose Ignacio Monedero Gil, señala:

"...

B) Compromiso económico del Estado.

El compromiso de gasto que incluye la perfección del contrato de pasivo constituye un acto de ejecución del presupuesto y en este sentido implica una congelación de fondos públicos que quedan indisponibles para otras atenciones al objeto de ir atendiendo las obligaciones de pago que se derivan de este contrato en el futuro; nos referimos, naturalmente, a la figura de los contratos de tracto sucesivo o administrativos, ya que en los patrimoniales el pago y la consumación suelen tener carácter prácticamente instán-

34. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 444.

35. Gutierrez Y Gonzalez, Ernesto. ob. cit., P. 63.

36. Rojina Villegas, Rafael. ob. cit., v. III. P. 330.

taneo." (37)

"También es posible distinguir en el precio dos modalidades distintas, según sea la persona que resulte obligada a su pago.

A veces, y éstos son los casos más frecuentes, la remuneración debida, según lo establecido en el contrato, debe ser pagado por la misma administración pública, que retribuye así las prestaciones que se le deben, apareciendo vinculadas, a este efecto, las dos partes que han celebrado el contrato administrativo. Es el supuesto, por ejemplo, que se da en el contrato de suministro." (38)

En nuestro ordenamiento jurídico, podemos citar como ejemplo, lo señalado por el artículo 4 fracción VI y VII, de la Ley General de Deuda Pública.

Art. 4.-Corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público: ...

VI. Vigilar que la capacidad de pago de las entidades que contraten financiamientos sea suficiente para cubrir puntualmente los compromisos que contraigan. Para tal efecto deberá supervisar en forma permanente el desarrollo de los programas de financiamiento aprobados, así como la adecuada estructura financiera de las entidades acreditadas.

VII. Vigilar que se hagan oportunamente los pagos de capital e intereses en los créditos contratados por las entidades.

Continuando con Héctor Jorge Escola, menciona:

"... Pero puede ocurrir que el precio no sea pagado por la Administración sino por otras personas que no han sido parte en la relación contractual, sino que lo deben por el hecho de ser usuarios de un servicio o de una prestación con la cual se han beneficiado y que justamente han sido el objeto del contrato administrativo, el cual además es el que fija las bases o tarifas que servirán para determinar ese precio. Es lo que sucede, por ejemplo, en los contratos de concesión de servicios públicos." (39)

En cuanto al régimen de las tarifas, el Dr. Andres Serra Rojas señala:

"Tarifa es la tabla o catálogo de precios, derechos o impuestos que se deben pagar por alguna cosa o trabajo. ...

37. Monedero Gil, Jose Ignacio. ob. cit., P. 361-365.

38. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 445.

39. IBIDEM. ob. cit., vol. I. P. 445.

Las tarifas están sujetas a un régimen estricto de derecho público y no forman parte de las cláusulas contractuales - de la concesión.

Es a través de ellos como se realiza la protección de una sociedad contra la voracidad de los inversionistas, que - consideran no tener límites a su interés.

Considero aplicables las siguientes conclusiones de la Cuarta Conferencia Nacional de Abogados de Tucuman, en 1936, acerca de las Tarifas:

- a) La tarifa debe ser modificada según las necesidades económicas, sociales y políticas;
- b) Es inalienable el poder la autoridad pública para adoptar la tarifa a las necesidades de los servicios públicos;
- c) La intervención del concesionario en la preparación o modificación de la tarifa no debe ser considerado como una participación en el acto jurídico de la tarifa, en realidad de coautor;
- d) La ley debe prescribir el procedimiento para establecer la tarifa y determinar qué autoridad es la competente - para su homologación;
- e) La administración pública tiene el poder de reducir de oficio la tarifa sin el consentimiento del concesionario y aun contra su voluntad sobre las bases de la concesión.

En el caso de que la reducción de oficio de la tarifa originara para el concesionario una pérdida, disminución de - beneficios normal, la Administración Pública está obligada a indemnizarlo." (40)

Y concluye el tratadista:

"Es necesario concluir de estas consideraciones sobre las tarifas, que estamos en presencia de un problema complejo, con implicaciones políticas, económicas y sociales. Si la tarifa es un precio público, ella corresponde a varios aspectos de la vida económica, por una parte a las inversiones de los particulares que ven en las tarifas el incentivo de su actividad, es decir, realizan un acto de naturale

za mercantil, tal es el caso de Telefonos de México, S. A. y otros más; por otra parte, las tarifas son las bases de recuperación económica de las empresas del Estado, que aunque no tienen propósitos deliberadamente mercantiles, deben apoyarse en un régimen de esa naturaleza pero sin llegar a los excesos especulativos de la libre empresa." (41)

Ejemplo de este último, lo encontramos en el ya citado artículo 20 de la Ley de Vías Generales de Comunicación.

c) A suspender la ejecución del contrato.

"El cocontratante particular tiene el derecho de suspender o paralizar, en casos determinados, el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, ante el incumplimiento de la administración. Pero en el sistema que proponemos, el fundamento de ese derecho reposa en una concepción propia del derecho administrativo, acorde con sus principios y exigencias y con los que son inherentes a la contratación administrativa." (42)

Por esta razón, nuestra Ley de Obras Públicas dispone:

Art. 68.- No se impondrán sanciones cuando se haya incurrido en la infracción por causa de fuerza mayor o de caso fortuito o cuando se observe en forma espontánea el precepto que se hubiere dejado de cumplir. No se considerará que el cumplimiento es espontáneo cuando la omisión sea descubierta por las autoridades o medie requerimiento, visita, excitativa o cualquiera otra gestión efectuada por las mismas.

d) A requerir la rescisión del contrato administrativo.

Lo establecido por el artículo 1949 de nuestro Código Civil, señala:

Art. 1949.- La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

En el análisis de su antecesor, encontramos:

"El Código de 1884 tiene una regla que ya no reproduce el

41. IBIDEM. ob. cit., T. II. P. 293-294.

42. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 449.

vigente, decía: Todo perjudicado en un contrato tendrá acción para exigir el cumplimiento o la rescisión, más el pago de daños y perjuicios.

El precepto era general para todo contrato, unilateral o bilateral, oneroso o gratuito. En cambio, el Código vigente reproduce la misma regla, pero referida a los contratos bilaterales. ...". (43)

En la obra de Rafael Rojina Villegas, encontramos una contradicción, ya que en un principio se refiere en cuanto al ámbito de aplicación a los contratos bilaterales, pero al agregar:

"Evidentemente que esta limitación no significa que sólo en los contratos bilaterales el perjudicado tenga la acción de cumplimiento o de rescisión, con pago de daños y perjuicios, en ambos casos. ...". (44)

Para el maestro Manuel Borja Soriano señala:

"Como el artículo 1949 del Código de 1928 se refiere al caso de obligaciones recíprocas, debe concluirse que sólo a los contratos bilaterales es aplicable la resolución por incumplimiento de una de las partes.". (45)

En este mismo orden de ideas, Héctor Jorge Escola, menciona:

"El cocontratante particular tiene, asimismo, el derecho a solicitar la rescisión del contrato administrativo, en los casos en que le otorguen tal facultad las convenciones estipuladas en él, las disposiciones legales que le sean aplicables, o los principios generales del derecho administrativo.

Como toda rescisión, la que pronuncia a pedido del cocontratante particular en las condiciones examinadas, habrá de producir la extinción del contrato de que se trate y dará lugar, cuando así corresponda en las situaciones corrientes, al pago de los daños y perjuicios sufridos por aquél, los que incluirán tanto el *damnum emergens* como el *lucrum sessans*.". (46)

En nuestro Derecho civil, así opera la resolución:

43. Rojina Villegas, Rafael. ob. cit., v. III. P. 44.

44. IBIDEM. ob. cit., v. III. P. 45.

45. Borja Soriano, Manuel. ob. cit., P. 486.

46. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., Vol. I. P. 450-451.

"La resolución, en principio, debe ser demandada judicialmente.

Así se desprende de la palabra exigir contenida en los artículos 1330 del código de 1884 y 1949 del código de 1928 y se precisa claramente en el artículo 1421 del primero de estos códigos. ...

(No bastaría, pues, que la parte respecto de la cual la obligación no se ha cumplido, manifestara a la otra por acto extrajudicial su voluntad de resolver el contrato. -Baudry-Lacantinerie et Berde-).

Esta resolución hay necesidad de pedirla.

Resolución convencional. Pero puede suceder que el contratante que ha faltado al cumplimiento de su obligación así lo reconozca y de acuerdo con el otro contratante consienta en la resolución. Esta resolución convencional producirá los mismos efectos que si una de las partes hubiera demandado judicialmente la resolución a la otra parte y que ésta hubiera confesado la demanda, por lo que el Juez hubiera pronunciado sentencia declarando la resolución. No hay razón para obligar a los interesados a seguir un litigio cuando en realidad no existe controversia alguna entre ellos. ...". (47)

Es importante aclarar:

- a) Lo plasmado por el artículo 1949, es solamente a los contratos bilaterales.
 - b) El cocontratante particular, puede declarar rescindido el contrato administrativo, previa demanda ante los tribunales federales, en la mayoría de los contratos administrativos, se señala a la jurisdicción de los tribunales Federales.
 - c) Se puede señalar una diferencia entre la Potestad rescisoria, de la rescisión solicitada por el cocontratante. La Administración Pública puede rescindir unilateralmente el contrato administrativo, sin autorización de ningún tribunal.
- El cocontratante, en cambio debe solicitarla ante los tribunales.

- e) A ser resarcido por la extinción del contrato administrativo..

Se ha señalado anteriormente, que en los casos de revocación por causa de utilidad pública, declaratoria de rescate, debe recibir el cocontratante la indemnización correspondiente.

En estos casos su situación jurídica se ve afectada por un acto de la Administración Pública, en que debe prevalecer el interés público, Este resarcimiento comprendera tanto el daño emergente como el lucro cesante, pues ha sido el ajeño a las consecuencias.

La legislación administrativa, debe señalar el procedimiento para la indemnización del cocontratante. Ejemplo: Es lo establecido por el artículo 27 fracción IX de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal.

- f) Al mantenimiento de la ecuación económica-financiera del contrato.

Es importante en recordar:

"... la biología de la obligación contractual dineraria - deben distinguirse tres facetas:

- A) Contracción de la obligación. La obligación contractual nace obviamente del contrato y el contrato nace al amparo de la Ley administrativa que autoriza a los órganos de la Administración a celebrarlos de una determinada manera para que resulte obligado el Estado. La contracción de la obligación es una operación jurídica en su forma y en su fondo. Una vez más surge la idea de que en el campo público, bien por los dictados del Derecho Financiero, bien por el aparato normativo del Derecho administrativo, los órganos y administradores públicos, no pueden realizar otros actos ni contraer otras obligaciones económicas que las autorizadas por las leyes y sujetándose precisamente a lo que éstas indican. Razón por la cual no cabe contraer otras obligaciones contractuales que las que se adapten íntegramente, incluida también la voluntad privada acreedora, al mandato legal.

B) Reconocimiento de la obligación de pago. El particular contratante tiene derecho, cumplidas correctamente sus obligaciones, a que el Estado cumpla las suyas, o sea, que le pague los bienes o servicios prestados en los - contratos de pasivo.

Antes del pago se produce un segundo acto administrativo procedente también de la administración gestora, en virtud del cual, de acuerdo con lo establecido en el - contrato y con sujeción a la Ley de Presupuesto se fija económicamente la obligación de pago.

Este nuevo acto no es declarativo de derechos sino de - reconocimiento de un derecho que dimana del propio contrato. Su finalidad es precisar el alcance económico y la legalidad de la obligación de pago antes de realizar el mismo. ...

En la práctica se suele denominar esta operación --liquidación de la obligación-- y se traduce en la realización de cuentas en función de lo estipulado en el contrato.

C) Ordenación de Pago. El reconocimiento de la obligación de pago desemboca, al fin, en la realización de éste - por el Tesoro.

La obligación económica del Estado con un particular envuelve, en definitiva, una relación objetiva de intereses - entre el patrimonio público y un patrimonio privado que, - con sujeción a las leyes, la Administración establece y - ejecuta." (48)

"Sin embargo, ese equilibrio económico-financiero puede - resultar afectado por causas imputables a la administración pública o por causas no imputables a esta, sobrevinientes, imprevisibles, y por lo tanto no tenidas en cuenta al celebrarse el contrato, lo que se traducirá para el cocontratante, casi siempre en una disminución del beneficio - calculado.

La ecuación económica-financiera del contrato puede verse afectada, según se sostiene comúnmente, por tres causas - fundamentales:

- 1) por causas imputables a la Administración Pública, cuando ésta no cumple en la forma debida las obligaciones - que el contrato puso a su cargo o cuando introduce modificaciones que las afectan.

Estamos frente a supuestos que generan responsabilidad para la administración.

- 2) por causas imputables al Estado, incluida, como es obvio, la misma administración pública, y cuyos efectos - inciden o pueden incidir en el contrato administrativo. Estos supuestos son tratados, por lo general, dentro de la llamada teoría del hecho del principe.
- 3) por causas no imputables al Estado, que son externas al contrato y que sin embargo alteran su economía general, por incidir en él.

Estos supuestos son tratados dentro de la teoría de la imprevisión." (49)

Por último señalaremos unas notas del Dr. Allan-Randolph Brewer C. al señalar:

"La Administración tiene la obligación de no alterar el equilibrio financiero del contrato, de lo contrario surge en manos del cocontratante, un derecho a indemnización. Cuando las modificaciones unilaterales al contrato han modificado sustancialmente la ecuación financiera del mismo, el cocontratante tiene derecho a que la administración lo indemnice para restablecer el equilibrio roto." (50)

La mayoría de los tratadistas del derecho administrativo, al igual que el derecho civil, la indemnización que recibirá el cocontratante debe comprender tanto los daños y perjuicios.

49. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 452-454.

50. Brewer C, Allan Randolph. ob. cit., No. 26. P. 143; 144.

CAPITULO SEXTO. FORMAS DE TERMINACION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

6.1. Diferentes modos de terminación de los contratos administrativos.

6.1.1. Diversas causas de extinción.

Los contratos administrativos, como cualquier otro contrato celebrado por el Estado, están destinados a llegar en diferentes formas, a su terminación en la vida jurídica.

La doctrina administrativa coincide en que algunos casos existe una verdadera similitud a las formas de terminación de la relación contractual, que se presenta en el Derecho Privado.

"En algunos aspectos, existe verdadera identidad entre una y otra teoría, pero el régimen propio de la contratación administrativa impone, por la presencia en ella de la administración pública y el juego de las potestades exorbitantes que ésta tiene, modos de conclusión de los contratos que son exclusivos y especiales del derecho administrativo, como ocurre, por ejemplo, con la rescisión unilateral de los contratos administrativos. ...

Un análisis de los modos como concluyen los contratos administrativos pone de manifiesto, inmediatamente, que existen casos en que la finalización del contrato se produce en virtud de que se ha agotado su cumplimiento, mientras que en otros la extinción de la relación contractual se lleva a cabo sin que se haya concretado ese agotamiento del contrato.

Pueden distinguirse, en consecuencia, dos modos distintos de conclusión de los contratos administrativos, que agrupan situaciones diferentes, que hemos de considerar en detalle:

- a) Normal; y
- b) Anormal." (1)

En este mismo orden de ideas, la extinción de los contratos administrativos, resulta aplicable lo señalado por nues-

1. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 469-470, 471.

tra doctrina en cuanto a la extinción de los actos administrativos.

6.1.2. Modos normales de extinción del contrato administrativo.

a) Cumplimiento del objeto del contrato administrativo.

En algunos contratos administrativos, su celebración se hace precisamente para el logro de un objeto específicamente determinado. Vgr. La realización de una obra pública, el suministro determinado de cierto producto, etc.

Una vez que se haya cumplido el objeto indirecto del contrato administrativo:

"... ya no hay razón alguna para que se mantenga un vínculo establecido en mira de un resultado que ya se ha obtenido. Pagado el precio contractual, el contrato queda finiquitado, desaparece del mundo jurídico y cesa de existir."⁽²⁾

b) Expiración del término de duración del contrato administrativo.

Es en estos contratos administrativos, en el cual se tiene en cuenta la prestación de un servicio público durante un plazo determinado por el ordenamiento jurídico.

Adquiere gran relevancia el plazo de su duración, y como se ha manifestado anteriormente, la importancia en señalar un plazo determinado, para que al vencimiento de esta, se llegue a su extinción, ya que fue esta la voluntad de las partes al formalizarlo.

El cocontratante queda obligado ante la dependencia, en los dos supuestos señalados anteriormente, a responder de los vicios y defectos ocultos de los servicios, obras y bienes.

2. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 473.

6.1.3. Modos anormales de extinción del contrato administrativo.

Como modos anormales de extinción del contrato administrativo, se señala las siguientes:

1. Rescisión.
2. Revocación.
3. Caducidad.
4. Renuncia de derechos.
5. Quiebra.
6. Muerte del sujeto pasivo (Personas físicas).
7. Caso fortuito.
8. Fuerza Mayor.
9. Irregularidades o ineficacia del contrato administrativo.

De lo señalado, solamente analizaremos las siguientes - causas de extinción del contrato administrativo: [Renuncia - de derecho, quiebra, muerte del sujeto pasivo y irregularidades o ineficacia del contrato administrativo].

Las demás causas de extinción del contrato administrativo se han analizado en los capítulos segundo, tercero y quinto del presente trabajo, por lo que resulta innecesario su - repetición.

a) Renuncia de derechos.

Noción de la renuncia:

"Tanto en el lenguaje usual, como en la terminología jurídica, llámese renuncia al desistimiento, espontáneo o convencional, de un derecho adquirido o de una garantía o de una facultad o ventaja patrimonial o moral, hecha por el respectivo titular."⁽³⁾

Miguel Acosta Romero, señala al respecto:

"En Teoría General del Derecho se reconoce que el individuo tiene derecho a renunciar ciertos derechos, es decir, - que mediante una manifestación unilateral de voluntad, y a - partir de una fecha, deja de ejercitar, o de hacer valer, un determinado derecho que le es reconocido.

Circunstancias.

- A) Que se trate de un acto administrativo de trato sucesivo, o, cuando se trate de un acto de efectos inmediatos, que éstos no se hayan realizado aún.
- B) Que el régimen legal permita la posibilidad de la renuncia, es decir, que se trate de derechos en los cuales pueda darse ese acto, pues existen derechos y obligaciones que son irrenunciables.
- C) Que la renuncia se manifieste por escrito y se notifique a la autoridad competente para que ésta pueda resolver lo conducente respecto de los efectos de la renuncia." (4)

En sede administrativa, el tratadista Miguel Acosta Romero menciona que solamente existe la renuncia de derechos en los actos administrativos.

Es importante en recordar, que el contrato administrativo no es un acto administrativo.

Sin embargo, la renuncia de derechos puede ser trasplantado a los contratos administrativos, otorgando la posibilidad al cocontratante de dar por terminado la disolución de la relación contractual.

b) Quiebra.

En la obra del maestro Raúl Cervantes Ahumada, explica el origen de la expresión jurídica: Quiebra, al decir:

"Para expresar el estado de comerciante imposibilitado patrimonialmente para pagar sus deudas y el procedimiento judicial al cual se le somete, en español usamos las palabras quiebra o bancarrota, en frances faillite y banqueroute, en italiano fallimiento y bancarrota y en inglés bankruptcy. Las expresiones quiebra, bancarrota y sus equivalentes en otros idiomas, en su acepción jurídica, son una herencia de la época imperial española, ya que, como más adelante veremos, el derecho de quiebras español tuvo acentuada influencia en el derecho continental europeo, y aún en el derecho inglés. Escribiche anota que en las ferias españolas, principalmente en la muy famosa de Medina de Campo, acudían los comerciantes de

4. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 441.

toda las latitudes y ejercían su oficio los banqueros, que se llamaban así, porque como dice Joseph de la Vega, iban -de feria en feria con su mesa y silla y banca...-

Cuando un banquero sufría quebrantos y quedaba imposibilitado para pagar, los funcionarios de la feria hacían romper, publicamente y de manera infamante, su banca sobre la mesa, y quedaba el banquero imposibilitado legalmente para seguir actuando en la feria. De allí las expresiones de quiebra y bancarrota, que se extendieron a otros países europeos con la influencia del derecho español." (5)

Siguiendo con este tratadista, nos menciona el concepto jurídico de quiebra, al decir:

"La quiebra es un estado o situación jurídica constituida por sentencia judicial. No existirá quiebra si no existe una sentencia por medio de la cual se le constituya.

No debe confundirse, por tanto, el concepto jurídico de quiebra con el concepto económico de la misma. Económicamente, se dice que una persona está quebrada cuando no puede atender el pago de sus obligaciones, o sea cuando se encuentre insolvente, pero, por más profundamente insolvente que se encuentre una empresa mercantil, si no se le sujeta al procedimiento de quiebra y se constituye el estado jurídico correspondiente por medio de la sentencia respectiva, no habrá, jurídicamente, quiebra.

Se llama juicio de quiebra el procedimiento a que se somete a la empresa insolvente, para superar el estado de insolvencia de la misma, o para, si ello fuera imposible, liquidar su activo patrimonial y distribuir el importe de la liquidación a prorrata entre los acreedores." (6)

Por tal motivo, en nuestra Ley de Obras Públicas, dispone:

Art. 24.- La Secretaría esta facultada para cancelar el registro de los contratistas cuando: ...
III. Se declare su quiebra fraudulenta.

La quiebra es en las personas morales un modo anormal de terminación del contrato administrativo.

5. Cervantes Ahumada, Raúl. "Derecho de quiebras". Segunda edición. México D.F. Editorial Herrero, S.A. 1970. P. 18.
6. IBIDEM. ob. cit., P. 27.

Por este motivo, una vez concluido el Juicio de Quiebra, el órgano Jurisdiccional competente (Juzgados de lo Concursal en el Distrito Federal), si encuentra culpable a los sujetos en el juicio, podrá dictar de acuerdo con el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia del fuero Federal, lo establecido en el artículo 24 fracción XVI.

Art. 24.- Las penas y medidas de seguridad son: ...
16. Suspensión o disolución de sociedades.

c) Muerte del sujeto pasivo (Persona física).

La doctrina administrativa, señala con unanimidad que en los contratos administrativos, el cocontratante debe ejercer personalmente su obligación, de ahí que se hable de derechos personales e intransferibles, siendo en la mayor parte - Contratos Intuitu Personae, es decir, con el fallecimiento de la persona trae como consecuencia la terminación del contrato administrativo.

d) Irregularidades o ineficacia del contrato administrativo.

Nuestra doctrina del Derecho civil, señala al respecto:
Rafael Rojina Villegas.

"Ya en el código en vigor se ha considerado conveniente definir la inexistencia y establecer una clasificación correcta de los elementos esenciales y de validez.

Se declara que el acto jurídico puede ser inexistente - por falta de voluntad o de objeto que pueda ser materia de - él, y esto es una regla no sólo para los contratos, sino para todos los actos jurídicos, aplicable, por lo tanto, a los testamentos, al matrimonio, etc.

Después, tratándose de los contratos, se estatuye por - una parte los elementos esenciales: consentimiento y objeto - y, por otra, los elementos de validez: Capacidad, forma, finalidad lícita y ausencia de vicios.

En el artículo 2228 se habla de solemnidad, de manera - que cuando es establecida por la ley, y no se observa, ya no produce la nulidad relativa ni tampoco la absoluta, sino que se origina la inexistencia.".(7)

Rafael Rojina Villegas establece una clasificación de los actos existentes en nuestro derecho, al decir:

"... Clasificaremos, por consiguiente, los actos existentes en nuestro derecho, distinguiendo dos tipos de existencia:

- 1a.- Existencia perfecta, denominada validez;
- 2a.- Existencia imperfecta, denominada nulidad. Y en esta existencia imperfecta tenemos grados, diferentes formas de ineficacia del acto, desde la ineficacia absoluta en la nulidad de pleno derecho que opera por ministerio de la ley, que no requiere ser ejercitada por vía de acción o de excepción, que el Juez debe tomarla en cuenta de oficio, que cumplidos sus requisitos para declararla, el juez tiene siempre el deber de registrarla en su fallo, de establecerla, aun cuando no se haga valer por acción o por excepción; o la nulidad absoluta que requiere declaración judicial y que lógicamente debe ser hecha valer por acción o por excepción; o bien la nulidad relativa que siempre produce sus efectos provisionales y que solo serán destruidos cuando se pronuncie por el Juez la sentencia de nulidad."⁽⁸⁾

"Los actos jurídicos existentes pueden tener una existencia perfecta y entonces se denominan actos válidos. La validez, por consiguiente, la definimos como la existencia perfecta del acto, por reunir éste sus elementos esenciales y no tener ningún vicio interno o externo.

... la nulidad, por consiguiente, se define como la existencia imperfecta de los actos jurídicos por padecer éstos de algún vicio en su formación.

De este sencillo análisis concluimos que no puede confundirse la nulidad con la inexistencia. Sólo son nulos los actos que existen pero que padecen de un vicio. De manera que jamás un acto puede ser al propio tiempo nulo e inexistente, porque no puede ser existente e inexistente a la vez.

Por lo que en el derecho civil mexicano será un grave error confundir la nulidad con la inexistencia."⁽⁹⁾

8. IBIDEM ob. cit., v. I. P. 128.

9. IBIDEM. ob. cit., v. I. P. 131, 132.

En nuestra doctrina administrativa, se señala:

Miguel Acosta Romero.

"En Derecho Civil existe una doctrina muy definida sobre lo que se ha llamado nulidad del acto jurídico y no sólo acerca de la nulidad, sino con relación a su propia existencia. Así, se ha sostenido que hay elementos de existencia, que son: consentimiento y objeto; y elementos de validez, que son: la capacidad, la ausencia de vicios en la voluntad, la licitud en el objeto y la forma."⁽¹⁰⁾

Gabino Fraga Magaña.

"En vista de lo anterior sólo puede afirmarse que la teoría de las nulidades en derecho administrativo, fuera de los casos en que exista disposición expresa en la ley, sigue cauces diferentes de los que sigue la teoría en derecho privado y que en muchas ocasiones no basta comprobar una irregularidad para nulificar un acto, sino que de acuerdo con los intereses en juego el acto podría sostenerse originando tan sólo responsabilidad para su autor."⁽¹¹⁾

En la obra del Dr. Andres Serra Rojas, no menciona el régimen jurídico que habrá de sujetarse las nulidades en el contrato administrativo.

"La legislación administrativa reconoce, no sin notables incertidumbres, tres tipos de nulidades que son: La inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa. Nuestro punto de vista se apoya en que un acto administrativo es válido o es nulo según la ley. El acto es válido y produce sus efectos si nace perfecto y es nulo porque existe un vicio que lo destruye definitivamente o es susceptible de perfeccionarse."⁽¹²⁾

En un principio mencionamos que algunas características de la teoría del acto administrativo puede resultar compatible para la elaboración de una teoría adecuada de los contratos administrativos.

En el campo del contrato administrativo, la doctrina extranjera, ha señalado:

"Los contratos administrativos deben considerarse vicia-

10. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 441-442.

11. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 292.

12. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. I. P. 318.

dos o defectuosos cuando no han satisfecho los requisitos exigidos para su validez y eficacia.

Serán aplicables, en este caso, los principios que regula la teoría de las nulidades administrativas, los cuales, - siendo como son distintos de los que son propios de la del - derecho civil, le dan una singular caracterización." (13)

Miguel Acosta Romero y Andres Serra Rojas, ambos señalan que la inexistencia debe desaparecer en el derecho administrativo, al señalar:

Miguel Acosta Romero.

"Creemos que la teoría de las inexistencias y nulidades en Derecho Civil está matizada de formalismo, puesto que es ilógico el concepto de inexistencia, ya que si existe un elemento, consideramos que habrá acto jurídico, si se quiere mal conformado, o al que le faltará un elemento de estructura, - pero la expresión, acto inexistente, como ciertamente lo afirma Bielsa, establece, implica, una antinomia lógica, puesto que, independientemente de la apreciación objetiva de los efectos de un solo elemento, o bien que no se produzca éstos, creemos que es más propio hablar de irregularidad del acto - debido a su mala conformación.

... se debe buscar en el Derecho Administrativo una teoría propia que estudie las irregularidades o ineficacia del - acto administrativo, que traigan como consecuencia la declaración de su nulidad o invalidez y que corresponden al método propio del Derecho Administrativo." (14)

Y más adelante agrega:

"En principio, consideramos que en Derecho Administrativo, no debe hablarse de inexistencia del acto jurídico, más - que, precisamente, cuando se esté en presencia de la falta - absoluta de éste, o sea, cuando no existe ninguno de sus elementos.

Para nosotros, entonces, el concepto de inexistencia no es aplicable en el ámbito de la teoría administrativa.

Por lo que respecta a la nulidad absoluta, los actos administrativos rara vez podrán calificarse de ilícitos civiles, pues si son ilícitos tendrían que ser administrativos, -

13. Jorge Escola, Héctor. ob. cit., vol. I. P. 492-493.
14. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 446-447.

las sanciones podrán variar y no siempre la sanción a aplicar será la nulidad absoluta, que, por otra parte, no está definida en forma general por la legislación administrativa." (15)

Al igual, el maestro Luis Humberto Delgadillo Gutierrez, señala:

"Considerando que la inexistencia del acto es resultado de la falta de voluntad o de objeto, ésta solo puede producirse cuando el sujeto que actúa no representa la voluntad del órgano, por no tratarse de un sujeto de la administración, o que el objeto del acto sea manifiestamente ilícito o imposible; sin embargo, siempre será necesario que el afectado a quien tenga interés, demuestre la inexistencia del acto. La realidad es que las leyes administrativas no establecen esta figura." (16)

Con gran criterio, en nuestra Jurisprudencia, se ha podido avanzar, a formar una verdadera teoría en torno a los contratos administrativos, al establecer:

CONTRATOS CELEBRADOS POR LA NACION CON UN PARTICULAR. INEXISTENCIA DE LOS.

El Presidente de la República, obrando como autoridad, puede legalmente, por sí y ante sí, declarar la nulidad de un contrato celebrado por la Nación con un particular contra el texto expreso de un precepto constitucional que haga inexistente el contrato celebrado, toda vez que éste nunca ha existido jurídicamente, e, independiente de que los tribunales hayan o no declarado su inexistencia, no ha tenido vida legal, y, consecuentemente, no ha creado derecho alguno a favor del particular.

Quinta Epoca: Tomo XXXV. Pág. 588 Lilliendahl Frank A.

CONTRATOS INEXISTENTES.

Los contratos celebrados contra el tenor de los preceptos que son de derecho público son inexistentes, y no simplemente anulables.

El Ejecutivo Federal tiene facultades para declarar la nulidad de un contrato administrativo celebrado con violación de los preceptos de derecho público, puesto que tal declaración solamente constituye el reconocimiento de una inexistencia jure et de jure de un contrato que, en tal concepto, no pudo engendrar ni transmitir derechos de ninguna especie entre las partes, y por tanto, sin posibilidad jurídica, por su inexistencia, de ser violados con la declaración de nulidad.

15. IBIDEM. ob. cit., p. 448.

16. Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. ob. cit., p. 185.

Quinta Epoca: Tomo XXXII, Pág. 721. The Colorado River Sonora Land Co.
 Jurisprudencia 1917-1985.
 Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Tercera parte. Segunda Sala.

En cuanto a la nulidad relativa o anulabilidad en el derecho administrativo se menciona:

Dr. Andres Serra Rojas.

"El acto anulable tiene la apariencia de ser un acto administrativo normal y surte sus efectos jurídicos hasta la declaración de nulidad. Fundan esta nulidad: el libre arbitrio del afectado y la seguridad jurídica.

Los elementos que caracterizan a la nulidad relativa o anulabilidad apoyados en la legislación administrativa, son los siguientes:

a) Se violan leyes permisivas, supletorias y otras de la misma naturaleza.

En ocasiones la ilegalidad de un acto ni implica su inexistencia o ineficacia.

b) Los actos son realizados por autoridades competentes, pero la manifestación de voluntad se realiza en forma defectuosa o irregular.

c) El acto se convalida por confirmación.

d) El acto se perfecciona por prescripción.

e) La nulidad sólo pueden invocarla los interesados.

f) No son actos constitutivos de delitos.

g) Su contenido es posible y lícito.

h) La forma legal es imperfecta y puede perfeccionarse.

i) El error es enmendable.

j) La nulidad solo puede alegarse dentro de los plazos fijados por la ley."⁽¹⁷⁾

Es importante en mencionar la definición de Prescripción, para que con posterioridad, se haga una aclaración.

"Prescripción.

En efecto, la prescripción se debe entender y así lo define, como la facultad o el derecho que la ley establece a favor del deudor, para excepcionarse válidamente y sin responsabilidad, de cumplir con su prestación, o para exigir a la -

17. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. I. P. 323.

autoridad competente, la declaración de que ya no se le puede cobrar en forma coactiva la prestación, cuando ha transcurrido el plazo que otorga la ley al acreedor para hacer efectivo su derecho." (18)

Es importante en hacer las siguientes aclaraciones:

1. La prescripción es un modo de terminación de las obligaciones.
2. Tiene aplicación tanto en el ámbito del derecho privado, - al igual que en el derecho público. Ejemplo de este último, se encuentra establecido en el artículo 146 del Código Fiscal de la Federación.
3. Esta figura jurídica no debe tener aplicación en los contratos administrativos, por las siguientes razones:
 - a) En el régimen jurídico de los contratos administrativos, existe un exhaustivo control, que hace inoperante esta forma de extinción de las obligaciones.
 - b) Lo señalado por el artículo 48 de la Ley de Obras Públicas, podrá dar lugar a esta figura, que debe evitarse a toda costa, ya que la perjudicada sería la colectividad.

Con la nulidad, encontramos cierta discrepancia entre - nuestros tratadistas, debe de sobresalir lo expuesto por Luis Humberto Delgadillo Gutierrez, al decir:

"... el principio que rige en materia administrativa es el de la nulidad absoluta, posiblemente en razón al principio consignado en el artículo 80. del Código Civil, que establece que los actos que se realicen en contravención a las disposiciones de orden público serán nulos de pleno derecho.

Si el Código Civil dispone en su artículo 2225 que la - ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto, produce su nulidad, ya sea absoluta o relativa, de acuerdo a los intereses que regula el Derecho Administrativo, el acto - administrativo irregular sólo podrá ser nulo en forma absoluta, y será la ley administrativa en particular quien la establezca en cada caso, y en su defecto se debiera aplicar el Derecho común." (19)

18. Gutierrez Y Gonzalez, Ernesto. ob. cit., P. 489.

19. Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. ob. cit., P. 186.

Si bien es cierto que el contrato administrativo no se le debe de considerar un acto administrativo, en ocasiones resulta aplicable su teoría.

Continuando con el tratadista Luis Humberto Delgadillo - Gutierrez establece unas diferencias entre las nulidades en el derecho privado y en el derecho público, al señalar:

"... toda vez que nos hemos referido a la nulidad civil y administrativa, es posible concluir que ambas nulidades son diferentes en virtud de que:

1. La nulidad civil sólo puede ser declarada por el juez, la administrativa puede ser declarada por el juez o por la autoridad administrativa.
2. La nulidad civil se establece para proteger intereses particulares, la administración para proteger el interés público.
3. La nulidad civil puede solicitarla cualquier interesado, la administrativa sólo la puede pedir quien tenga un interés jurídico." (20)

Es importante en aclarar:

Lo expuesto por Luis Humberto Delgadillo en cuanto al punto número tres, referente a: "La nulidad civil puede solicitarla cualquier interesado ...", se esta refiriendo en general y olvida que el Derecho civil admite dos formas de nulidades:

- a) La nulidad absoluta: De lo establecido por el artículo 2226 puede pedirla todo aquel que resulte perjudicado, aun cuando no sea parte del acto jurídico.
- b) La nulidad relativa: De lo establecido por el artículo 2230, solamente los perjudicados pueden solicitarla.

6.2. La responsabilidad administrativa.

6.2.1. La Responsabilidad del Estado en México.

La responsabilidad del Estado consiste en que el ordenamiento jurídico admita a los gobernados ser indemnizados por la Administración Pública por los daños que ésta cauce, reservándose el derecho de repetir contra el funcionario negligente de manera subsidiaria.

Dentro de nuestra doctrina administrativa, se han hecho pocos estudios, prueba de esto, es lo señalado por el Dr. Andrés Serra Rojas y Antonio Carrillo Flores.

Antonio Carrillo Flores menciona:

"Pocos temas, como esté, presentan para los estudiosos - del derecho administrativo y pocos también, en que tan escasos hayan sido los avances en los últimos 35 años, concretamente desde que el presidente Avila Camacho, a propuesta de - su ministro de Hacienda, Eduardo Suárez, promulgo la Ley de - Depuración de Créditos a cargo del gobierno federal de 31 de diciembre de 1941, publicada en el Diario Oficial de la misma fecha que, modificando --como expondré despues-- el artículo 1928 del Código Civil, reconocio que los particulares tienen una acción directa y no subsidiaria para exigir que se les - indemnice cuando sean lesionados por "actos u omisiones que - impliquen una culpa en el funcionario de los servicios públicos". .". (21)

Es importante en aclarar que el 14 de enero de 1980 fue abrogada la Ley de Depuración de Credito, lo cual constituye un retroceso en nuestro derecho, este es el paracer de los - tratadistas del derecho administrativo.

Mencionare en esta parte, unas notas del maestro Antonio Carrillo Flores, por su trascendencia historica.

"... las diversas leyes que entre 1911 y 1920 reconocieron la responsabilidad del Estado por actos de la fuerzas revolucionarias y gubernamentales durante ese periodo violento de nuestra historia.

Ello explica que, riendose a realidades insuperables, - México haya indemnizado casi siempre a los extranjeros --por daños sufridos en nuestras guerras civiles, por expropiaciones agrarias o petroleras-- y que todavía no existe un sistema verdaderamente eficaz para indemnizar a los mexicanos.

Aclaro que estoy hablando --o voy a hablar, mejor dicho - de la responsabilidad extracontractual, pues los caminos - para exigir al Estado mexicano el cumplimiento de sus contratos o la indemnización por su incumplimiento siempre han estado abiertos a nacionales y a extranjeros.

El Estado mexicano a diferencia de lo que hasta hace pocos años ocurría en Estados Unidos, ha podido ser demandada - ante sus tribunales.

Entre nosotros nunca ha regido la teoría anglosajona de la inmunidad jurisdiccional del Estado. Nuestras constituciones han contemplado siempre la posibilidad de juicios en que la federación sea parte, esto es, actora, demandada o tercer opositor, si bien hasta las reformas de 1967, de las que surgió el nuevo artículo 106 constitucional, sustituto del 105 - aprobado en Queretaro, fue objeto de muy largas discusiones - --iniciadas desde el siglo pasado-- definir un concepto procesalmente tan sencillo. Pero esas dificultades derivan de - que era prácticamente imposible que conociera de todos esos - pleitos exclusivamente la Suprema Corte, no de que se disputase que la Federación pudiese ser demandada. Los Códigos Federales de Procedimiento de 1897, de 1908, de 1942, han concedido a la federación ciertos privilegios: no poder ser embargada o condenada en costas, ni estar obligada a entrar a - concursos y tal vez algunos más; pero salvo esos privilegios y otros que consigna la Ley General de Bienes Nacionales, la Federación, en su capacidad como persona moral susceptible de derechos y obligaciones regidos por la legislación civil o - mercantil, está colocada casi en situación de igualdad con - los particulares. El problema está, como ya intuí, en definir la otra responsabilidad, la que deriva de la acción administrativa del Estado, de los casos en que proceda como autoridad dictando órdenes, prestando servicios o ejecutando obras.

Desde luego no existe en la Constitución, a diferencia de lo que ocurre, para citar solamente una, en la italiana, o existía en la alemana de Weimar, una disposición que haga al Estado --Federación, entidades de ésta o municipios-- responsable cuando ejercitando su autoridad, su imperio como solía decirse, causa un daño individualizado a un particular, hombre o persona moral.

El amparo en juicio de nulidad a través del cual el quejoso busca que las cosas vuelvan a la situación en que se hallaban antes de dictar el acto de autoridad o la ley impugnados. Cuando el acto ha sido consumado de manera irreparable, el amparo no se admite o se sobresee; pero la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 establece, en su artículo 75, que "el sobreseimiento no prejuzga sobre la responsabilidad en que haya incurrido la autoridad responsable al ordenar o ejecutar el acto reclamado".

Cuando en 1932 se reformó el artículo 27 para suprimir el amparo en materia agraria, parcialmente restablecido en 1947, la Ley reformativa --que equivocadamente, como señaló don Luis Cabrera, se refirió al artículo 10. de la ley de 6 de enero de 1915-- aludió también a la responsabilidad en que incurrián las autoridades que afectasen con dotaciones la pequeña propiedad (Un texto similar figura todavía como fracción XV del artículo 27.).

Adviertase, sin embargo, que tanto la Ley de Amparo como el artículo 27, hablan de responsabilidad de las autoridades, no de la del Estado.

Claro como aquella no excluye a éste, como lo comprueba el artículo 1928 del Código Civil, que ya es urgente citar: "...". (22)

Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal.

Art. 1928.- El Estado tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que le estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria, y solo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado.

Este artículo es ampliado por nuestra doctrina:

Rafael Rojina Villegas.

"En el artículo 1928 se reconoce la responsabilidad subsidiaria del Estado por los actos de sus funcionarios y empleados; es decir, éste solo es responsable ante la insolvencia del funcionario o empleado, siempre y cuando hayan incurrido en culpa; la base de esa responsabilidad es una culpa in eligendo del Estado, por haber hecho una designación torpe respecto del funcionario o empleado." (23)

Al explicar el funcionamiento de la culpa, enseña:

"Funcionamiento de la culpa. Funciona, por consiguiente, la noción de culpa, por una presunción juris tantum, que admite prueba en contrario; si se demuestra que no hubo esa falta de vigilancia o de elección que se llama culpa in vigilando o culpa in eligendo (la primera para los padres o tutores; la segunda para la responsabilidad de los trabajadores en general) cesa la obligación de reparar los daños por el padre, tutor, patrón, etc., y la responsabilidad se atribuye directamente al causante de los mismos." (24)

Gabino Fraga Magaña.

"La responsabilidad civil tiene lugar en los casos en que la falta de cumplimiento de las obligaciones impuestas al titular del cargo produce un menoscabo en el patrimonio del Estado y es independiente de la imposición de las sanciones que establece la Ley de Responsabilidades de los Empleados y Funcionarios de la Federación." (25)

Aclaración:

Al mencionar el tratadista la Ley de Responsabilidades de los Empleados y Funcionarios de la Federación encontramos que en la actual Ley Federal de Responsabilidad de los Servidores Públicos, en su artículo primero transitorio, dispone:

"Artículo primero.- Esta ley aboga la Ley de Responsabilidad de los Funcionarios y Empleados de la Federación del Distrito Federal y de los Altos Funcionarios de los Estados, de fecha 27 de diciembre de 1979 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 1980, y se derogan todas aquellas disposiciones que se opongan a la presente ley.

23. Rojina Villegas, Rafael. ob. cit., v. III. P. 294.

24. IBIDEM. ob. cit., v. III. P. 292.

25. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 141.

Independientemente de las disposiciones que establece la presente ley, quedan preservados los derechos sindicales de los trabajadores."

El maestro Luis Humberto Delgadillo Gutierrez coincide - en los diversos puntos señalados por Andres Serra Rojas.

Dr. Andres Serra Rojas.

"El trabajador al servicio del Estado en el desempeño de su cargo puede incurrir en faltas o delitos, que deben ser - reprimidos para mantener una eficaz y justa administración. Esto provoca diversos tipos de responsabilidad como la administrativa, la política, la penal, la civil, que aseguren una eficaz actuación de los organismos públicos." (26)

El maestro Luis Humberto Delgadillo Gutierrez explica - con gran precisión la Responsabilidad de los servidores públicos al decir:

"La omisión al cumplimiento de las obligaciones que impone a los servidores públicos la función pública, puede dar lugar a cuatro tipos de responsabilidad: La penal, la civil, la política y la administrativa.

La responsabilidad penal que se prevé en el título X del Código Penal Federal, establece once delitos en los que puede incurrir los servidores públicos, y que son: ejercicio indebido de servicio público, abuso de autoridad, coalición de servidores públicos, uso indebido de atribuciones y facultades, concusión, intimidación, ejercicio abusivo de funciones, tráfico de influencia, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito. ...

La responsabilidad civil se prevé como el daño que causen los funcionarios a los particulares, cuando obren en el ejercicio de sus funciones. Este daño puede ser económico, y consistir en la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio; o bien, daño moral, entendiéndose por éste la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, - decoro, honor, reputación, configuración, vida privada y aspecto físico, o bien en la consideración de sí mismo tienen - los demás. La responsabilidad civil se exigirá de acuerdo con

lo dispuesto en los artículos 1916 y 1928 del Código Civil Federal.

También existe la responsabilidad de naturaleza civil para con el Estado, que es aquella en la que incurren los funcionarios y empleados, por sus actos u omisiones de los que resulte un daño o perjuicio, estimable en dinero, que afecte a la Hacienda Pública Federal, al Distrito Federal, o el patrimonio de los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria y de los fideicomisos públicos. Este tipo de responsabilidad tiene su base en la Ley sobre el Servicio de Vigilancia de Fondos y Valores de la Federación y su Reglamento, en la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, o bien en la Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda.

La responsabilidad política está prevista en los artículos 109, fracción I y 110 constitucionales, y en el título segundo de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y se deriva de las conductas que afectan los intereses públicos fundamentales y su buen despacho. Los sujetos de responsabilidad política, por integrar un poder público, por su jerarquía o bien por la trascendencia de sus funciones, son los senadores y diputados del Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte, los magistrados de Circuito y jueces de Distrito, los magistrados y jueces del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, los secretarios de Estado, los jefes de los departamentos administrativos, el Procurador General de la República, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los directores generales o sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.

También podrán ser sujeto de juicio político los gobernadores de los Estados, diputados locales y magistrados de los tribunales superiores de justicia locales, por violaciones graves a la Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales.

La responsabilidad administrativa se encuentra prevista en los artículos 109, fracción I y 113 Constitucionales, y en el título tercecero de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Este tipo de responsabilidad se establece para todos los servidores públicos, por actos u omisiones en los que incurran, y que afecten los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia.

El artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos establece un catálogo de obligaciones que sujeta a todo servidor público, con el fin de salvaguardar los principios antes señalados y cuyo incumplimiento dará lugar a la imposición de sanciones administrativas, las cuales pueden ser:

- I. Apercibimiento privado o público.
- II. Amonestación privada o pública.
- III. Suspensión.
- IV. Destitución del puesto.
- V. Sanción económica.
- VI. Inhabilitación temporal para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público." (27)

Es importante en detenernos un poco, para señalar una crítica que formula el Dr. Ignacio Burgoa.

"El párrafo cuarto del artículo 111 constitucional dispone que -Por lo que toca al Presidente de la República, sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110-- y que en este supuesto dicha Cámara resolvera con base en la legislación penal aplicable. Esta acusación puede versar sobre traición a la patria y delitos graves del orden común que dicho alto funcionario cometa durante el tiempo de su encargo, según lo dispone el párrafo segundo del actual artículo 108. En otras palabras el Presidente, mientras lo sea, no puede ser acusado por otros delitos diversos de los señalados, lo que implica un fuero-inmunidad, debiendo decirse que, tratándose de la responsabilidad penal por traición a la patria y delitos graves del orden común, es el Senado el que se erige en juez inapelable. Ahora bien, si la persona que haya fungido como Presidente hubiese cometido cualquier delito durante su encargo, sí puede ser sometido al

juicio penal que proceda ante el juez competente como ciudadano común y corriente, toda vez que dejó de tener la citada investidura, que es a la que se refiere la disposición constitucional invocada. Suponer que nunca, por ningún delito, - dicha persona puede ser responsable y que contra ella no pueda ejercitarse la acción punitiva por el Ministerio Público, implicaría declararla absolutamente inmune aunque haya dejado de ser presidente, proclamandose así una impunidad monstruosa por todos los delitos que durante su alto cargo hubiese perpetrado. Esta suposición, que pugna contra toda justicia social y que auspiciaría la corrupción incastigable de quien haya sido Presidente, equivaldría a permitir o tolerar que el sujeto que ocupe este alto cargo pueda cometer toda clase de delitos durante su desempeño sin que incurra en responsabilidad penal alguna, lo que se antoja absurdo e irracional." (28)

Tiene gran trascendencia práctica lo mencionado en el artículo segundo de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, por omitir al Presidente de la República.

Art. 2.- Son sujetos de esta ley, los servidores públicos mencionados en el párrafo primero y tercero del artículo 108 constitucional y todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales.

Continuando con la responsabilidad, al decir el tratadista Rafael Rojina Villegas que se trata de una culpa in eligendo, por ser el funcionario el que la cometió.

Luis Humberto Delgadillo cita el artículo 1916 del Código Civil Federal, ya que dispone de manera contundente, lo siguiente:

Art. 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación privada, configuración y aspecto físicos, o bien en la consideración de que si misma tienen los demás.

Cuando un hecho o omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo -

1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1928, ambas disposiciones del presente código. La acción de reparación no es transmisible a terceros - por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la - víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida. El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la - publicación de un extracto de la sentencia que refleje - adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que - haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Art. 1916 Bis.- No estará obligado a la reparación del - daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las - limitaciones de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República.

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del - demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.

"Después de la reforma de 29 de diciembre de 1982, el - Código Civil, de manera expresa, determina la obligación de - reparar el daño moral en los casos de responsabilidad contractual." (29)

Por lo que respecta al Dr. Andres Serra Rojas, señala:

"No existe en derecho administrativo la responsabilidad del Estado por el hecho personal, porque el Estado no es un - ser consiente, ni tiene voluntad, es un ente jurídico o centro de imputación de normas jurídicas, con finalidades legales que realizar y que encarga a personas físicas -funcionarios o empleados de la Administración-, realicen estos propósitos." (30)

En realidad el Dr. Andres Serra Rojas parte desde un - principio, en no admitir la responsabilidad del Estado, pero

29. Borja Soriano, Manuel. ob. cit., P. 459.

30. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 704.

al finalizar su obra, acepta que el principio de la soberanía, acepte la responsabilidad del Estado, al señalar:

"Aceptación del principio de responsabilidad.

La aceptación del principio de la responsabilidad del Estado, nos plantea diversos asuntos:

- a) El primero derivado de su propia naturaleza, como una persona moral que no tiene otra finalidad que la que le señale la ley inspirada en la utilidad pública, puede ser responsable;
- b) La segunda es saber hasta que limite el Estado puede ser obligado a responder por actos de otro, o por el uso de las mismas cosas." (31)

En realidad el primer problema, que se presenta es la manera de comprobación de esta culpa in eligento, en nuestra doctrina, da una solución asombroso el maestro Antonio Carrillo Flores al decir:

"La culpa no debe probarla el particular en forma estricta en que debe demostrar la culpa en una acción privada de responsabilidad civil, porque es tan complejo el mecanismo del Estado que si fuera a imponerse al particular la carga de la prueba de quién y cómo se cometio la culpa en el servicio, habría en muchas ocasiones imposibilidad absoluta para satisfacer esa carga y se impondría absolver a la Administración.

Por eso el Consejo de Estado en sus últimas ejecutorias sólo exige del particular que alegue y que pruebe el daño y es el mismo Consejo el que un procedimiento inquisitivo busca si existió la culpa, y si la encuentra demostrada, dicta la condenación. En otras palabras, en estos juicios de responsabilidad no rige el procedimiento acusatorio." (32)

El Código Civil en su artículo 1928, expresamente consagra la responsabilidad subsidiaria, este artículo debería modificarse y admitir la responsabilidad directa del Estado, pero reservándose el derecho de repetir contra el funcionario negligente de manera subsidiaria.

Actualmente esta acción prescribe en el término de dos años, de acuerdo con el artículo 1934 del Código Civil.

La Responsabilidad Directa del Estado debiera estar con-

31. IBIDEM. ob. cit., T. II. P. 706.

32. Carrillo Flores, Antonio. ob. cit., P. 15.

sagrada a nivel Constitucional, con una reglamentación adecuada a ésta.

6.2.2. El retroceso de la responsabilidad del Estado en nuestro Derecho.

El problema de la responsabilidad directa del Estado, ha suscitado múltiples opiniones.

La principal es la mencionada por el Dr. Andres Serra - Rojas.

"La teoría tradicional de la soberanía no aceptó el principio de la responsabilidad del Estado, por considerar que todo daño que éste ocasionara, deben de soportarlo los particulares. ("Lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación" -León Duguit-).

El concepto de soberanía ha evolucionado, y ya no resulta incompatible que el Estado acepte el principio de responsabilidad si éste se funda en justas causas sociales.

El Estado puede autodeterminar o autolimitarse y crear un régimen jurídico de responsabilidad, inspirado en las nuevas modalidades de la vida social.

Por último, la etapa final de este problema es precisamente la del Estado responsable, constituyendo una nueva garantía, que se viene a agregar el cuadro tradicional de los derechos humanos-sociales.

La admirable obra del Consejo de Estado en Francia a través de su jurisprudencia, señala una nueva época en esta materia. Es la sentencia Blanco del 8 de febrero de 1973, la que consagra el principio de la responsabilidad del Estado, aislando al mismo tiempo la aplicación de las normas del derecho común y somete la responsabilidad del Estado a los principios del derecho administrativo."⁽³³⁾

El maestro Antonio Carrillo Flores da un panorama histórico:

"... En el campo legislativo, fue el Código Civil promulgado por el presidente Plutarco Elias Calles en 1928, que entro en vigor el 10. de octubre de 1932, el que recogio en el capitulo relativo a actos ilicitos -artículo 1928- la responsabilidad estatal en términos similares a como lo había acogido la Constitución Alemana Weimer y la doctrina civilista -

francesa; a saber, como una responsabilidad subsidiaria que puede exigir el particular cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado. Conforme a los artículos 1910 y 1915, párrafo primero, esta responsabilidad supone que un funcionario, determinado y determinable, ha obrado ilícitamente; esto es, quebrantando la ley o las buenas costumbres y la reparación del daño, debe consistir en el restablecimiento de la situación anterior a él y, cuando ello fuera imposible, en el pago de daños y perjuicios. No habrá lugar a exigir esta responsabilidad si el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

... El 19 de noviembre de 1941 México celebró convenios internacionales con Estados Unidos para liquidar todas las reclamaciones entonces pendientes. El presidente Avila Camacho y su secretario de Hacienda Eduardo Suárez, consideraron que era injusto que se hubiesen liquidado las reclamaciones -extranjeras y que no se atendiese a las de los mexicanos: ese es el antecedente directo de la Ley de Depuración de Créditos de 31 de diciembre de 1941. Sólo que, y éste fue el gran avance de dicha ley, el gobierno consideró que no era suficiente, como se había hecho en el pasado, con -dejar limpia la pizarra- de reclamaciones que se habían venido acumulando desde el siglo pasado y especialmente desde el inicio de la revolución hasta la expropiación petrolera de marzo de 1938, decretada por el presidente Cardenas. Se pensó que era necesario -adoptar, por via experimental, un régimen que atendiese a los problemas del futuro, esto es, a indemnizar a los particulares por los actos que conforme a derechos lo ameritasen y que tuviesen lugar con posterioridad al 1o. de enero de 1942.

... La solución elegida, según el artículo 10 de la Ley de 31 de diciembre de 1941, fue la de derogar el sistema de responsabilidad subsidiaria adoptada por el artículo 1928 del Código Civil y consagrar el de la responsabilidad directa, -acogiendo la idea francesa de la "culpa del servicio público", a fin de facilitar la tarea del Tribunal Fiscal de la Federación, invitandolo a aprovechar, en cuanto fuera adopta-

ble a México la riquísima jurisprudencia del Consejo de Estado Francés." (34)

Al principio de este trabajo señale que la Ley de Depuración de Crédito fue abrogada el 14 de enero de 1988, por tal motivo el Dr. Andres Serra Rojas ha señalado.

"Hasta hoy se mantiene el criterio de la irresponsabilidad del Estado, con ciertas atenuaciones que van apareciendo en las leyes administrativas. El criterio de la soberanía del Estado ha sido uno de los factores que se han esgrimido para negar a los particulares el derecho de ser indemnizados por el Estado, por actos de la Administración Pública." (35)

Estamos de acuerdo con éste tratadista, cuando menciona:

"... Dos casos podemos considerar de irresponsabilidad del Estado-legislador:

- a) Cuando una ley constitucional afecta los intereses privados. El principio de soberanía, que gobierna al poder constituyente y al poder constituido, lo facultan para afectar como en el caso que prevé el párrafo tercero del artículo 27 constitucional que faculta la imposición de modalidades a la propiedad privada. No se establece una responsabilidad para responder de estos actos legislativos.
- b) Cuando una ley ordinaria afecta un interés privado, pero reglamentando alguno de los preceptos constitucionales antes mencionados. Estos actos son una consecuencia de los criterios por lo que el Estado no debe responder por esos actos legislativos." (36)

En esta parte mencione algunas notas del maestro Antonio Carrillo Flores y Andres Serra Rojas, por la sencilla razón, de que el contrato administrativo, podrá crear responsabilidad extracontractual, por tal motivo sugerimos algunas modificaciones:

1. Una adición a nuestra Constitución, admitiéndose la Responsabilidad directa del Estado.
2. Una modificación a nuestro artículo 27 fracción XV, extendiéndose la responsabilidad al Estado, y como se ha visto, es la Administración Pública la que personifica al Estado.

34. Carrillo Flores, Antonio. ob. cit., P. 20-21.

35. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 714.

36. IBIDEM. ob. cit., T. II. P. 717.

3. Establecer una adecuada reglamentación a la "Responsabilidad del Estado".
4. Una modificación a nuestro artículo 1928, extendiéndose la responsabilidad al Estado, al igual que nuestro artículo - 75 de nuestra Ley de amparo.

Debe de considerarse:

1. Si es comprobable la culpa del funcionario debe de seguir vigente el principio de "Responsabilidad subsidiaria", en cambio, cuando no resulte comprobable, debe de extenderse esta responsabilidad al Estado.
2. En la comprobación de la culpa debe de regir el principio inquisitivo, en oposición del principio acusatorio que se da en las relaciones entre particulares.
3. Al igual que nuestra Ley de Depuración de Creditos, hoy - abrogada, espero que en un futuro no muy lejano, nuestro - Estado admita la responsabilidad directa, y en su reglamentación, se señale, en cuanto a su aplicación que debe de - regir hacia el futuro, o sea, desde su fecha de publicación, constituyendo esto una excepción, a lo establecido por nuestro artículo 14, parrafo primero, Constitucional al establecer:

"A ninguna ley se dara efecto retroactivo en perjuicio - de persona alguna".

4. Admitiendose la responsabilidad directa al Estado, en nuestro Presupuesto de Egresos, estaria una partida, ya que de lo contrario, seria contrario a lo establecido por el artículo 126 Constitucional.

Admitiendo la Responsabilidad Directa del Estado, fortaleze a nuestra Soberania, e implica, un control de mayor - intensidad en los actos que realiza el Estado, y trae como - consecuencia el bienestar de la colectividad.

Admitiendo la Responsabilidad Directa en los ESTADOS UNI- DOS MEXICANOS, seremos un país con un equilibrio perfecto en las relaciones entre los gobernantes y los gobernados.

El Estado no debe de proteger a funcionarios negligentes, por esto debe de admitir y regular la Responsabilidad - Directa, defendiendo siempre los intereses de los gobernados.

6.3. El control de los contratos administrativos.

6.3.1. El contenido del control.

Se ha señalado anteriormente que en un Estado de Derecho, la Administración Pública debe sujetarse a las normas jurídicas, y las normas jurídicas debe proveer medios de defensa, cuando la Administración Pública no se ajusta al ordenamiento jurídico, por tal motivo, en todos los ordenamientos jurídicos se establecen recursos, y el gobernado recibe protección.

El interés público demanda que todos los órganos de la Administración Pública actúe debidamente con el ordenamiento jurídico señalado.

En el trabajo del Dr. Nemesio Rodriguez Moro, señala con precisión la dificultad que presenta la expresión: Control.

"La palabra control del que, en términos generales, abomino, se dice, y no sin razón, que hay en nuestro rico léxico una multitud de palabras con las cuales puede venirse a expresar, y con mayores matices, cualquiera de las muchas significaciones que se hallen encerradas en el vocablo control, tan general e inexpressivo y, por añadidura, ajeno a nuestro idioma. Pero, cabalmente, cuando se quiere adoptar un vocablo tan general que abarque las muchas formas de intervenir, fiscalizar, vigilar, etc. he aquí que, entonces, hace falta esa palabra, tan amplia y sin matices. Y por eso, adoptamos, en una significación técnico-jurídica, la palabra control."⁽³⁷⁾

La Administración Pública en su organización implica facultades y obligaciones de sus órganos, por tal motivo debe existir organos de control que tiene como fundamental tarea el comprobar la debida actuación de éstos.

En este orden de ideas, el Dr. Nemesio Rodriguez Moro señala:

"La determinación de las reciprocas facultades y obligaciones de los órganos de la Administración y de los titulares de los mismos, al actuar como funcionarios públicos, es necesaria, la competencia atribuida por el legislador a cada órga

37. Rodriguez Moro, Nemesio. La fiscalización de la actividad de la administración pública. Estudio especial de los controles administrativos. Estudios de Deusto. No. 9. Vol. V. Enero-junio. España. 1957. P. 89.

no, indica los límites operativos en que puede desenvolverse.

Pero como no está solo un órgano, sino que ha de integrarse en el complejo aparato administrativo, he aquí que las relaciones en que se encuentra con los demás órganos unas veces serán de supraordenación o de subordinación y otras de coordinación en un plano de igualdad.

Como principal manifestación de las figuras de supraordenación esta la jerarquía. Y en esta cabe distinguir un ordenamiento jerárquico y una relación jerárquica, los cuales van como inmersos en el principio fundamental de la jerarquía.

Distinta situación en la ordenación jerárquica y en la ordenación autárquica.

Si la organización administrativa es centralizada, la idea de ordenación jerárquica será la que impere. Si es descentralizada, sustituirá a dicha idea la de ordenación autárquica, en la que también existe un control administrativo.

En ambos casos, es fundamental la idea de coordinación para dar unidad de dirección, evitando estériles dispersiones de esfuerzo ya en acciones contrapuestas. Intimamente ligada va también la idea de competencia.

El principio jerárquico responde más bien a un criterio técnico y político ordenador de la Administración. Y en este principio se encierran los otros dos conceptos bien distintos: el ordenamiento y la relación jerárquica.

El ordenamiento jerárquico es un concepto netamente jurídico de distribución y vinculación de competencias. El ordenamiento presupone que algunos órganos, considerados órganos jerárquicos superiores, gozan de poderes y facultades que otros órganos, considerados jerárquicamente inferiores, ...

La relación jerárquica es aquella que se establece entre los titulares de los órganos.

Distinto es el ordenamiento autárquico, el cual significa que hay organismos que tienen facultades propias, independientes en su actuar; que no están subordinados a otros órganos en una relación jerárquica, aunque haya órganos que tengan unas facultades de control sobre los órganos autárquicos.

" (38)

Miguel Acosta Romero da el significado de la autonomía municipal, al compararlo con otros tratadistas:

"... han sustentado la tesis de que en un país de régimen federal, como el nuestro, no puede coexistir dos órganos con autonomía, o sea, las entidades federativas y el municipio, y consideran, en consecuencia, que los municipios son entidades autárquicas territoriales o descentralizadas por región; sin embargo, consideramos que nada impide la existencia de dos entidades autónomas previstas dentro de la Constitución, en países de sistema federal, pues la autonomía municipal se refiere exclusivamente al territorio del municipio y no será tan amplia como la de las entidades federativas, pero no por ello dejará de ser autonomía." (39)

Continuando con el Dr. Nemesio Rodríguez Moro establece:

"Puede así, establecerse una contraposición de ideas en orden a la organización de la Administración (que acaso pudiera ser más aceptable que las de la Administración directa e indirecta. Administración centralizada y descentralizada), y esta contraposición pudiera expresarse con las de Administración Jerárquica y autárquica.

La primera comprendería la Administración General del Estado y toda aquella actividad administrativa que, como agentes de la misma, lleven a cabo sus órganos locales; en la autarquía se comprendería toda la administración pública que realiza la múltiple variedad de personas públicas distintas del Estado, ya sea de carácter territorial ya institucional." (40)

De lo señalado con antelación, el Dr. Nemesio Rodríguez Moro, da el contenido del control al decir:

"El concepto de control es una de los más complejos y lleva consigo varias manifestaciones por parte del órgano público encargado de realizar el acto de control. En primer lugar, se precisa un conocimiento (que puede ser adquirido por los propios medios del órgano controlante o por medio de la acción de personas ajenas al mismo) de una actuación del órgano que está sometido a control. Una vez obtenido ese conocimiento

39. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 385.

40. Rodríguez Moro, Nemesio. ob. cit., P. 83-88.

ento, el órgano controlante forma el juicio pertinente de tal actuación del órgano a controlar, y, por fin, el primero pondrá en acción su voluntad y adoptará las medidas que juzgue - adecuadas para ejercer su facultad de control en el sentido y con la amplitud que lo estime oportuno, y dentro de los límites que le fije la ley.

El juicio del ente u órgano controlante está encaminado a confrontar si el acto del controlado se ajusta o no a una norma establecida de antemano o a una oportunidad en el actuar. Y en consecuencia, a poner en práctica las medidas precisas para evitar que la actividad del controlado pueda perturbar la ordenada marcha de la vida administrativa." (41)

El profesor Frank Moderne da una distinción al decir:

"... se separarán los controles externos y los controles internos.

Los controles externos tienen por finalidad esencial (pero no exclusiva) la de obligar a la administración a respetar la norma jurídica, y los controles internos aspiran a mejorar el funcionamiento del aparato administrativo." (42)

Lo señalado por el profesor Frank Moderne coincide con nuestro tratadista Miguel Acosta Romero al manifestar:

"El concepto de control externo e interno, referido a los procedimientos administrativos de gestión, evaluación, gasto público y cumplimiento de la legalidad, no parece precisado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos." (43)

En el trabajo elaborado por el Dr. Nemesio Rodríguez Moro establece que la autoridad supraordenada tiene respecto del inferior jerárquico los siguientes poderes:

"...

- a) De directiva e impulso.- Que consiste en marcar la dirección (política o administrativa) que le interese; o en exigir la puesta en práctica de determinada actividad; o de que se haga según el criterio que al efecto fije el superior.

41. IBIDEM. ob. cit., P. 91.

42. Moderne, Frank. El control del funcionamiento del aparato administrativo en Francia. Revista Vasca de Administración Pública. No. 3. vol. III. España. Mayo-Agosto 1982. P. 121.

43. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 322.

- b) De mando.- La autoridad superior puede dictar actos que implique una situación jurídica de sujeción, relativa o absoluta, de la autoridad inferior.
- c) De avocación y delegación.- Según estas facultades, o bien puede el superior traer a sí el conocimiento o la realización de determinado asunto; o bien puede delegar en la autoridad inferior el conocimiento o la ejecución de asuntos propios.
- d) De control, el cual puede realizarse en formas específicas, o no específicas.
- e) De reexamen o revisión, pudiendo someter a revisión los actos de autoridad subordinada, confirmándolos, reformándolos o anulándolos.
- f) De sustitución.- La autoridad superior puede intervenir y actuar en el caso de que la autoridad subordinada omita y no realice aquello que debió hacer."⁽⁴⁴⁾

La doctrina española señala diferentes clases de control:

"...

A. Según el carácter general de esta institución.

a) En ordinarios y extraordinarios.

Tal clasificación tiene más bien que un valor jurídico un valor político, porque en el fondo, es político el criterio en que se basa.

Y pueden considerarse ordinarios aquellos que van generalmente unidos a la manifestación normal de la actividad controlante sobre la Administración descentralizada de que se trata.

Y extraordinarios aquellos que se utilizan en circunstancias especiales y casos de mayor gravedad que los ordinarios y en los que se utilizan medios de control anormales.

B) Desde el punto de vista de los medios utilizados.

a) Sobre las personas y sobre los actos.

El primero se dirige directamente a los titulares de la función pública y procura hacer que su conducta como tal se acomode a normas dadas.

El segundo busca los actos concretos de la Administración e influye en la eficacia jurídica de tales actos.

b) Preventivos y represivos.

Los primeros son aquellos en que la autoridad controlante interviene en el proceso de la formación de voluntad del ente sometido a control.

Y tal control se consigna disponiendo que su voluntad no puede considerarse perfecta y jurídicamente eficaz, si tal intervención no ha tenido lugar y no se ha producido la de claración de voluntad de la autoridad de control en el sen tido de que es conforme la actuación a las normas y princi pios cuya observancia ha de procurar mediante el control. Este es el tipo de control más completo e idial.

Los represivos son los que actúan de una manera contraria a la dicha; es decir; que se ejercita sobre actos ya forma dos y jurídicamente perfectos y, en general, sobre la acti vidad ya desarrollada.

C) Desde el punto de vista de la naturaleza de las normas que han de procurar se observen:

a) Atendiendo a los efectos:

1. Confirmativos, si el juicio que se forma el órgano controlante es favorable al otorgamiento de su autorización o aprobación.
- 2: Impeditivos, si, por el contrario, entiende que no pueda concederlas.
3. Extintivos, cuando los actos se han puesto en marcha y han tenido eficacia y producido efectos, siendo así que no podrían haber sido autorizados o aprobados.
En tal situación, la autoridad controlante puede anular todos los efectos jurídicos producidos, o sólo en parte; o bien puede limitarse su acto de control a anular los efectos a producir por el acto en el futuro.
4. Reparadores, cuando no se limitan a dejar ineficaces los efectos jurídicos, sino que el acto de la autoridad contratante produce los mismos efectos jurídicos que el acto del controlado debía producir, si se hubiera adoptado como debía haberlo sido.
5. Sustitutivos, cuando el acto de control viene a sustituir la actividad omitida por el ente controlado.

b) Si se atiende al tiempo en que se ejerce el control res-

pecto de la actividad o acto controlado, el control puede ser preventivo, concomitante, y sucesivo al acto controlado.

- c) Por el ámbito de aplicación, sobre las personas y sobre los actos, de lo cual ya se ha tratado anteriormente.
- d) Por la eficacia, pueden catalogarse en provisionales o definitivos, ejecutivos o no ejecutivos, etc.
- e) Por la amplitud del control, en control de legalidad y de oportunidad." (45)

Se puede establecer una crítica a lo señalado por el tratadista español Nemesio Rodríguez Moro, en cuanto al punto A inciso a.

Menciona a la administración descentralizada, refiriéndose a la ordenación autárquica, pero olvida el control que ejerce de manera general la Administración Pública.

Como se ha podido apreciar la Administración Pública en nuestro derecho es Centralizada y Paraestatal.

Continuando con la obra del maestro, el Dr. Nemesio Rodríguez Moro, establece los criterios conforme a los cuales se ha de valorar la actividad sujeta a control, clasifica los controles en jurídicos y administrativos.

"Los jurídicos tienden a comprobar si los actos se han producido observando los requisitos establecidos por la ley y por los reglamentos, conforme al procedimiento por ellos establecidos, en la forma debida, y que el contenido no es contraria a ninguna norma jurídica obligatoria.

Los controles de esta naturaleza se les denomina de legitimidad y las funciones a que da lugar su ejercicio se suelen comprender bajo el término "vigilancia".

Los controles administrativos tienen la finalidad de comprobar que los actos son, además de legítimos, también oportunos y convenientes, especialmente en cuanto dicen relación al aspecto económico y de buena administración. ...

El control jurídico no es discrecional, puesto que ha de comprobar si el acto se ajusta a una norma ya de antemano dada, encambio, el control administrativo es siempre de apre-

ciación discrecional, porque utiliza criterios de conveniencia y oportunidad al momento, al lugar, etc., los cuales pueden ser constantemente variables.

El control jurídico es extrínseco al acto objeto de control y no disminuye la libertad de los sujetos, los cuales no vienen sujetos por tal control a otros deberes y a otras obligaciones sino aquéllos que se hayan establecido por las leyes. Por el contrario, el control administrativo implica una efectiva ingerencia de la autoridad que lo ejercita en la esfera de libertad del sujeto controlado.

... estas dos clases de control no se excluyen, pues más bien constituye una gradación; generalmente se admite que la facultad de ejercitar un control de oportunidad comprende implícitamente también la facultad de juzgar acerca de la legitimidad del acto. ...". (46)

Como se puede apreciar, en el Estado de Derecho todos los órganos públicos deben actuar de acuerdo con los diversos ordenamientos jurídicos, y es el control el medio que sirve para velar los intereses de la Administración Pública, ya que es en ésta donde esta latente la búsqueda del bienestar de la colectividad.

46. IBIDEM. ob. cit., P. 97-98.

6.3.2. La actividad del control.

El tratadista Luis Humberto Delgadillo Gutierrez, explica con bastante claridad, la actividad de control, al decir:

"La actividad de control que realiza la Administración Pública puede ser presupuestal, de legalidad y disciplinaria.

El control presupuestal consiste en vigilar que el presupuesto asignado a los órganos de la Administración sea debidamente ejercido, de acuerdo con los lineamientos, prioridades y requisitos que el régimen jurídico establece; el de legalidad tiene como fin garantizar a los particulares que no se emitan actos que violen sus derechos; y el control disciplinario procura evitar una indebida actuación de los servidores públicos, imponiendo en su caso, las sanciones a que haya lugar." (47)

En esta parte solamente analizaremos el control administrativo interno de la Administración Pública, de acuerdo con lo señalado por el tratadista Frank Moderne, entendemos:

"... por control administrativo interno aquel que es desarrollado en el interior de una administración dada por los agentes u órganos de ésta misma administración.

No se trata ya de controles que operan desde el exterior sino de mecanismos de autorregulación que la administración ha organizado para poner disciplina en su personal, mejorar sus rendimientos, asegurar una mejor coordinación de las operaciones, etc." (48)

Miguel Acosta Romero en su celebre obra habla:

"... de los once rubros que la administración pública controla de acuerdo con los sistemas, mecanismos y procedimientos que para ello prevé la actual legislación en la materia:

1. Bienes del Estado,
2. Ingreso,
3. Deuda Pública,
4. Egresos,
5. Inversiones,
6. Contratos,

47. Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. ob. cit., P. 79.

48. Moderne, Frank. ob. cit., P. 132.

7. Obra Pública,
8. Adquisiciones,
9. Paraestatales,
10. Sistema Bancario,
11. Servidores Públicos." (49)

En lo que respecta a estos tres últimos, el tratadista - Miguel Acosta Romero, establece:

Paraestatales.

"En el caso de la Administración Pública Paraestatal independientemente del control interno a que nos hemos venido - refiriendo y al control por el poder legislativo que establece el Art. 93 Constitucional, nos encontramos con la denominación sectorización, en que un órgano centralizado va a controlar a determinado número de paraestatales en cuanto a planes, resultados y acuerdos con el titular del poder ejecutivo. El control financiero de las entidades lo ejercerán las secretarías de la Contraloría General de la Federación y la de Programación y Presupuesto en los términos establecidos por la - Ley Orgánica de la Administración Pública Federal." (50)

De acuerdo con nuestra Ley Organica de la Administración Pública Federal encontramos en su artículo 1 párrafo tercero, lo conducente:

"Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y - los fideicomisos, componen la administración pública paraestatal."

Como se ha podido apreciar en el presente trabajo, tanto la administración centralizada como paraestatal, utilizan el contrato administrativo, en sus diferentes especies.

En cuanto al sistema bancario, agrega el tratadista Miguel Acosta Romero:

"Nos limitaremos a señalar que los sistemas de control, - independientemente de los estrictamente contables, que corren a cargo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a tra

49. Acosta Romero, Miguel. ob. cit., P. 339.

50. IBIDEM. ob. cit., P. 341.

vés de la Comisión Nacional Bancaria y en aspectos operativos de crédito del Banco de México, la Contraloría General de la Federación queda facultada, según la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, para sugerir normas en materia de control y fiscalización a la Comisión Nacional Bancaria y de seguros." (51)

Y por finalizar, los servidores públicos en los actos - que realicen no debe contravenir el ordenamiento jurídico. Siendo ésta, la base de la acción de la autoridad.

Continuando con el tratadista Miguel Acosta Romero sostiene:

"La legislación ya citada contempla el control previo y el posterior en esos once rubros en que hemos agrupado las - cuestiones objeto de la materia que venimos comentado; se per sigue evitar el gasto indebido, el gasto inútil, así como la falta de probidad administrativa tanto objetiva como subjetiva." (52)

En este mismo orden de ideas, el tratadista Frank Moderne llama modalidades al control previo y posterior dentro de los controles internos de la Administración.

"Por el contrario, parece que la distinción de controles apriori y de controles a posteriori tiene gran incidencia sobre la eficacia del control.

El control preventivo (a priori) tiene por finalidad el de prevenir los errores o las irregularidades. El controlador interviene en consecuencia en el término de la fase de preparación de la decisión o de la operación y dispone o bien de - un poder de bloqueo (veto), o bien de un poder de enmienda, o bien de un poder de recomendación.

En cuanto al control a posteriori se debe indicar que se sitúa al nivel de ejecución de las medidas, del cumplimiento de las operaciones, de la gestión de los servicios. La mayor parte de los órganos de control realizan este tipo de verificaciones." (53)

51. IBIDEM. ob. cit., P. 341.

52. IBIDEM. ob. cit., P. 339.

53. Moderne, Frank. ob. cit., P. 133-134.

Sin embargo, como se ha visto, el Dr. Nemesio Rodriguez Moro, con una mejor técnica jurídica, y, dentro de la clasificación que el impone, los agrupa en el tiempo que se ejerce - el control, pudiendo ser:

- a) Preventivo,
- b) Concomitante,
- c) Sucesivo.

6.3.3. El poder de control de los contratos administrativos.

Los tratadistas Héctor Jorge Escola, Miguel Angel Bercaitz y Manuel María Díez consideran el control, como una Potestad de la Administración Pública en los contratos administrativos, al señalar:

Héctor Jorge Escola.

"La potestad de dirección y control.

Esa posibilidad de la administración pública de dirigir y controlar la ejecución de los contratos administrativos no es, en realidad, un derecho del cual puede servirse, ni mucho menos un derecho que surge para ella de los términos de cada contrato. Al contrario, es una potestad que le es inherente, puesto que si la administración es verdaderamente tal, si debe regir y regular, si debe organizar y ejecutar, es preciso a esos fines que pueda imponer sus decisiones, dictar normas y disposiciones para el mejor desenvolvimiento de los servicios y posibilitar el control de los actos con ellos vinculados, para asegurar su eficacia y, además, su regularidad.

De tal modo, la existencia de esta prerrogativa de la administración pública, que es exorbitante del derecho privado pues va mucho más allá de las posibilidades que en el contrato de derecho común tienen las partes para vigilar el cumplimiento de las prestaciones que están a cargo de la otra, no depende de que haya sido prevista expresamente en las convenciones que constituyen los contratos administrativos, sino que existe, al contrario, con toda plenitud, aun en ausencia de cláusulas de este tipo, puesto que reviste el carácter de virtual, como lo designa Marienhoff, ya que mediante ella la administración ejerce su capacidad para actuar en el campo del derecho público." (54)

Miguel Angel Bercaitz.

"... produce un efecto especialísimo que consiste en un régimen particular del control y dirección sobre la forma en que el cocontratante cumple las obligaciones a su cargo.

Asume entonces en la ejecución del contrato, para salvaguardar el interés público comprometido, un papel activo, di-

namico, que se traduce en un poder, más que en un derecho, de contralor y dirección.

Decimos poder, más que derecho, porque desborda los límites dentro de los cuales, en el contrato privado, cada parte puede vigilar la forma en que la contraria cumple o ejecuta - las prestaciones a su cargo.

Aspectos que abarca.

El poder de contralor y dirección abarca cuatro aspectos de la gestión del cocontratante:

- a) un aspecto material: para determinar si cumple los actos o ejecuta los hechos que el contrato pone a su cargo;
- b) un aspecto técnico: para determinar si esos actos o hechos se cumplen conforme a las prescripciones especiales del - contrato;
- c) un aspecto financiero: para determinar si cumple las cláusulas relativas al pago de los subcontratistas, de los materiales, de la mano de obra, de los impuestos, de las contribuciones, etc., o referentemente a las tarifas autorizadas, a los elementos que inciden sobre ellas y las hacen - variar, a las inversiones que integran el capital, etc.;
- d) un aspecto legal: para determinar si cumple con las normas jurídicas que regulan el funcionamiento del servicio, la - ejecución de la obra, etc., contenidas en el contrato o - fuera de él, en cuanto pueden serle aplicables." (55)

Manuel María Díez.

"El Poder de Control abarca cuatro aspectos de la gestión del contratante:

- a) un aspecto material para determinar si cumple los actos o ejecuta los hechos que el contrato pone a su cargo.
- b) Un aspecto técnico para determinar si estos actos o hechos se cumplen conforme a las prescripciones especiales del - contrato.
- c) Un aspecto financiero para determinar si cumple las cláusulas relativas al pago de los contratistas, de los materiales, de la mano de obra, de los impuestos. ...
- d) Un aspecto legal para determinar si cumple las normas juridicas que regulen el funcionamiento del servicio, la ejecu

ción de la obra, etc., contenidas en el contrato, o fuere de él, en cuanto pueden serle aplicables." (56)

Como se puede apreciar Héctor Jorge Escola utiliza como sinonimo el convenio al contrato, esto es un error, ya que como ha quedado explicado en el capítulo primero, no es posible utilizar como sinonimo el contrato del acto jurídico, ni del convenio al contrato.

El contrato solamente crea o trasmite obligaciones y derechos.

Como se puede notar, lo señalado por el tratadista Miguel Angel Bercaitz en los cuatro aspectos del Poder de Control coincide con lo señalado por el maestro Manuel Maria Diez, este último autor, retoma exactamente el inciso d, del maestro Miguel Angel Bercaitz.

En nuestra doctrina, se hace referencia al contrato administrativo los siguientes autores:

Miguel Acosta Romero.

"El control de la Administración Pública ha de incluir, así lo consideran la doctrina y nuestra legislación, aquellos actos de los que se deriven obligaciones para el Estado o disposición de recursos públicos; de ahí la necesidad de que la actividad contractual del Poder Público, sea también materia de fiscalización. Existe en el presente todo un sistema, integrado con normas de diferente rango, para controlar la celebración y cumplimiento de los contratos administrativos, tal sistema conlleva la finalidad de terminar con la práctica del llamado Contratismo, siempre tratando de llegar a una óptima utilización de los recursos cuya administración tiene encomendada la federación." (57)

Luis Humberto Delgadillo Gutierrez.

"... las leyes que regulan lo relativo a los contratos establecen su característica de orden público e interés social, y señalan cuáles dependencias tendrán a su cargo el control.

En virtud de que la celebración y ejecución de contratos

administrativos afecta al Presupuesto de la Federación, la - Secretaria de Programación y Presupuesto tiene una intervención preponderante desde la planeación, programación, presupuestación, licitación, resolución, celebración y ejecución - de estos contratos, además de que tiene a su cargo los Padrones de Contratistas del Gobierno Federal de Proveedores de la Administración Pública Federal. Por su parte, la Secretaria - de Comercio y Fomento Industrial interviene en los contratos de adquisiciones, arrendamiento y prestación de servicios.

Tratándose de las entidades de la Administración Pública Federal, el control se realiza en forma directa por las dependencias coordinadoras del sector a que cada entidad se encuentre adscrita, puesto que éstas son el punto de contacto entre la administración Centralizada y la Paraestatal.

Por su parte, la Secretaria de la Contraloría General de la Federación, como dependencia globalizadora del control de toda la Administración Pública Federal, tiene a su cargo las visitas y auditorías para la revisión de todas las operaciones de los órganos administrativos, por lo que es un elemento clave en el control de la celebración de los contratos administrativos." (58)

En nuestra Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, se señala:

Artículo 32 Bis.- A la Secretaria de la Contraloría General de la Federación corresponde el despacho de los siguientes asuntos: ...

V. Comprobar el cumplimiento, por parte de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, de las obligaciones derivadas de las disposiciones en materia de planeación, presupuestación, ingresos, financiamiento, inversión, deuda, patrimonio y fondos y valores de la propiedad o al cuidado del Gobierno Federal:

VIII. Inspeccionar y vigilar directamente o a través de los órganos de control que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal cumplan con las normas y disposiciones en materia de: sistemas de registro y contabilidad, contratación y pago de personal, contratación de servicios, obra pública, adquisiciones, arrendamientos, conservación, uso, destino, afectación, enajenación y baja de bienes muebles e inmuebles, almacenes y demás activos y recursos materiales de la Administración Pública Federal;

IX. Opinar, previamente a su expedición, sobre los proyectos de normas de contabilidad y de control en mate

ria de programación, presupuestación, administración de recursos humanos, materiales y financieros que elabore la Secretaría de Programación y Presupuesto, así como sobre los proyectos de normas en materia de contratación de deuda y de manejo de fondos y valores - que formule la Secretaría de Hacienda y Crédito Público;

- XVI. Atender las quejas que presenten los particulares - con motivo de acuerdos, convenios o contratos que celebre con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, de acuerdo con las normas - que se emitan; ...

Es importante en transcribir algunos artículos de su Reglamento interior de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, publicado el lunes 16 de enero de 1989, en el Diario Oficial de la Federación.

ARTICULO 10.- La Secretaría de la Contraloría General de la Federación como dependencia del Poder Ejecutivo Federal, tiene a su cargo las funciones y el despacho de los asuntos que expresamente le encomiende la Ley Orgánica - de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y otras leyes, así como los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente de la República.

ARTICULO 50.- El Secretario tendrá las siguientes atribuciones no delegables: ...

- XVI. Opinar previamente a su expedición, sobre los proyectos de normas de contabilidad y control en materia - de programación, presupuestación, administración de recursos humanos, materiales y financieros que elabore la Secretaría de Programación y Presupuesto, así como sobre los proyectos de normas en materia de contratación de deuda y de manejo de fondos y valores que formule la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

ARTICULO 15.- La Dirección General de Responsabilidad y Situación Patrimonial, tendrá las siguientes atribuciones:

1. Recibir, tramitar y resolver las quejas, denuncias e inconformidades que se formulen con motivo de los acuerdos, convenios o contratos celebrados por particulares con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal;
- X. Imponer las sanciones que competan a la Secretaría - derivadas de las fracciones I, IV y VIII de este artículo e imponer las sanciones que igualmente sean de la - competencia de la Secretaría de acuerdo con la Ley Fed

ral de Responsabilidades de los Servidores Públicos y demás disposiciones aplicables;

ARTICULO 18.- La Dirección General de Control y Evaluación de la Gestión Pública, tendrá las siguientes atribuciones: ...

VI. Comprobar la observancia de las normas, políticas, procedimientos y programas que regulen el funcionamiento de los órganos internos de control y auditoría de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, expedidas por la propia Secretaría. Inspeccionar y vigilar que los órganos de control de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal cumplan con las normas y disposiciones legales a que se refiere la fracción VIII del artículo 32 Bis de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal;

ARTICULO 20.- La Dirección General de Auditoría Gubernamental tendrá las siguientes atribuciones:

I. Efectuar revisiones directas y selectivas, tendientes a:

a) Verificar que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal ajusten sus actos a las disposiciones legales aplicables en el despacho de los asuntos de sus respectivas competencias;

II. Preparar los elementos técnicos que permitan opinar a la Secretaría, previamente a su expedición, sobre los proyectos de normas en materia de contratación de deuda y de manejo de fondos y valores que formule la Secretaría de Hacienda y Crédito Público;

III. Establecer los sistemas de procedimientos a que deba sujetarse la vigilancia de fondos y valores del Gobierno Federal, así como evaluar sus resultados;

IV. Verificar el correcto funcionamiento de las oficinas de la Federación, respecto al manejo, custodia o administración de fondos y valores del Gobierno Federal;

V. Comprobar, mediante revisiones o inspecciones directas y selectivas, el cumplimiento por parte de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, de las disposiciones legales en las materias a que se refiere la fracción VIII del artículo 32 Bis de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal;

X. Supervisar la impresión, envío, custodia y destrucción de valores, así como la acuñación de moneda;

CAPITULO SEPTIMO. LA JURISDICCION ADMINISTRATIVA.

7.1. Justicia Administrativa.

7.1.1. Algunas acepciones de los vocablos "Justo" y "Justicia".

En un interesante trabajo realizado por Jesus Toral Moreno, analizando a diferentes tratadistas manifiesta:

"...

- a) Se llama justo a lo verdadero. Asi, es 'justo' el pensamiento que concuerda con la realidad y está adecuado a ella. ("A veces la justicia se denomina verdad" Santo Tomas de Aquino. ...).

En general, calificamos de justo lo que es correcto, o aquello que consideramos exacto y preciso.

- b) Así mismo se denomina justo lo que está suficientemente - adaptado a otra cosa (y, por tanto se 'ajusta' a ella).

En tales supuestos, no emplearíamos la palabra 'justicia', sino que preferíamos el término 'justeza' (El diccionario de la Academia Española consigna para estos casos el vocablo 'justedad').

- c) Justicia es legalidad, apego a la ley o, dicho con otro giro: es la correcta e imparcial interpretación y aplicación del derecho positivo."⁽¹⁾

En paginas posteriores de su obra, citando a Llamblas de Azevedo, quien es el que da una definición de justicia, reconociendole la mayoría de los tratadistas, como una definición tradicional.

Definición tradicional de Justicia.

"... y existe, además, una definición estoica en los siguientes términos: lo justo es "lo que corresponde y lo que - se le impone a cada uno conforme al valor de cada uno."⁽²⁾

Un dato interesante, es lo señalado en la obra del tratadista Jesus Toral Moreno, que manifiesta:

"No es nuestro propósito, en este trabajo, investigar mediante qué diversas formas se manifiesta la exigencia de la - igualdad en los diferentes tipos de relaciones interhumanas:

1. Toral Moreno, Jesus. ob. cit., P. 15.
2. IBIDEM. ob. cit., P. 37.

Por una parte, en la que se dan entre los individuos (tradicionalmente, se habla aquí de justicia "conmutativa");

por otra, en la que se establecen entre los particulares, como deudores, y la colectividad como acreedora (a esta especie lo conocían los escolásticos con el nombre de justicia 'legal' o 'general'; es quizás preferible llamarla contributiva, y calificar de intertributiva la del primer tipo);

en tercer lugar, en aquellas situaciones a propósito de las cuales está la comunidad obligada a aplicar un criterio -proporcional al repartir los bienes y prestar los servicios, al conferir los puestos públicos, y también al imponer las -cargas y las penas, todo ello de conformidad, según los diferentes casos, con los méritos y deméritos, la riqueza, la capacidad y las aptitudes de cada uno (esta especie suele designarse como justicia distributiva);

por fin, es preciso reconocer la existencia de un cuarto tipo de justicia, que en rigor es el primero, pues verdaderamente constituye la principal de las bases en que descansan -los restantes. Podemos aquí hablar de una justicia atributiva, por razón de la cual, tanto los particulares cuando la -comunidad (ésta, con más clara obligatoriedad y con mayor frecuencia) deben realizar servicios o prestar auxilio a las personas, simplemente en atención a las necesidades de las mismas y a su calidad de seres humanos."⁽³⁾

Repetimos esta cita, por razones metodológicas.

Miguel Angel Bercaitz, menciona sobre la justicia:

"Si bien es exacto que para defender la Justicia, debe -sacrificarse a veces la libertad individual, es preciso no -olvidar que la justicia existe para el hombre y no el hombre para la Justicia."⁽⁴⁾

3. IBIDEM. ob. cit., P. 50.

4. Angel Bercaitz, Miguel. ob. cit., P. 39-40.

7.1.2. Justicia administrativa.

Dr. Andres Serra Rojas.

"... Aplicada a la Administración Pública la idea de Justicia administrativa se ha concretado a la jurisdicción administrativa, o proceso administrativo, o como el resultado que se produce cuando se hace correcta aplicación de normas jurídicas. En términos generales la justicia administrativa hace referencia a la serie de actos que implica el ejercicio de la función jurisdiccional, referida al conjunto de órganos administrativos que realizan tal función. En cambio la función administrativa, formalmente alude a la actividad que el Estado realiza por conducto del Poder Ejecutivo, Federal o Local, según los casos, y materialmente también es una actividad encaminada a realizar la competencia encomendada al Estado, legalmente, para su ejecución práctica mediante actos jurídicos y operaciones materiales."⁽⁵⁾

Es importante en esta parte en precisar en que consiste el procedimiento contencioso administrativo:

Dr. Andres Serra Rojas.

"El procedimiento contencioso administrativo, es un procedimiento de tipo jurisdiccional, que implica la afectación de un interés particular y en ocasiones de un interés público como en el procedimiento de lesividad, y es la forma o manera de actuar o de conducirse en juicio, ante tribunales administrativos o ante tribunales judiciales, que conozcan de las controversias de los particulares por un acto de Administración que las agravia.

El contencioso administrativo en su verdadera naturaleza procesal, es una forma de control de los actos administrativos y constituye una revisión jurisdiccional o proceso de impugnación de los actos administrativos ineficaces.

Este procedimiento ha dado origen al moderno derecho procesal administrativo, y se apoya en los principios generales del derecho procesal o conjunto de normas que regulan el proceso administrativo."⁽⁶⁾

5. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 633.

6. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. I. P. 271.

Por tal motivo, en base a lo manifestado en el tomo primero de su obra, considera:

"El control jurisdiccional de estos actos son procedimientos adecuados y autoridad de cosa juzgada, es una garantía propicia para resolver toda controversia a que se suscite en las situaciones antes indicadas. Así surgió el contencioso administrativo." (7)

En nuestro derecho positivo, nos encontramos en que los tribunales de lo Contencioso Administrativo se ejerce una verdadera Justicia Delegada, al respecto nuestra doctrina dice:

Gabino Fraga Magaña.

"... la separación de la Administración activa y la contenciosa, y como consecuencia de su aplicación se ha pasado desde la separación mitigada en la que el tribunal administrativo se limita a proponer la decisión jurisdiccional a una autoridad administrativa que tiene así la "justicia retenida"; hasta la separación completa, en la que el tribunal tiene una "justicia delegada" y puede, por lo mismo, actuar con independencia de la Administración Activa." (8)

Andrés Serra Rojas.

"... Aquí se hace referencia a tribunales de justicia retenida y de justicia delegada.

Los tribunales de justicia retenida carecen de autonomía respecto de la administración. Su propósito es formular o elaborar proyectos que se someten a su aprobación. Los tribunales de justicia delegada poseen autonomía respecto de la administración y se encuentran facultados para dictar sentencia. Su carácter jurisdiccional e independiente lo caracterizan como un verdadero tribunal, lo cual no acontece con los tribunales de justicia retenida." (9)

La Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Definiciones:

Gabino Fraga Magaña.

"El contencioso administrativo puede definirse desde un punto de vista formal y desde el punto de vista material.

7. Serra Rojas, Andrés. ob. cit., T. II. P. 638.

8. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 447.

9. Serra Rojas, Andrés. ob. cit., T. II. P. 640.

Desde el punto de vista formal, el contencioso-administrativo se define en razón de los órganos competentes para conocer las controversias que provoca la actuación administrativa, cuando dichos órganos son tribunales especiales llamados tribunales administrativos.

Desde el punto de vista material, existe el contencioso-administrativo cuando hay una controversia entre un particular afectado en sus derechos y la Administración, con motivo de un acto de esta última.

Como es fácil apreciar, la primera definición parte fundamentalmente del órgano que decide la controversia, en tanto que la segunda sólo toma en cuenta la materia de dicha controversia. De tal modo que, desde este último punto de vista, puede llegar a hablarse de contención administrativa aun en el caso de que la contienda se someta por la ley al conocimiento del Poder Judicial ordinario.⁽¹⁰⁾

Andrés Serra Rojas.

"La jurisdicción contenciosa administrativa, como jurisdicción especial para unos o como función ordinaria para otros, puede estudiarse desde un punto de vista formal y desde un punto de vista material.

Formalmente el contencioso administrativo está constituido por el conjunto de los órganos que tienen competencia para resolver las controversias en los términos antes señalados.

Como indicamos, estos tribunales pueden ser judiciales o administrativos y se sitúan, los primeros en la competencia del Poder Judicial de la Federación, y los segundos en la del Poder Ejecutivo Federal. ...

Materialmente el contencioso-administrativo se caracteriza cuando se origina un litigio o controversia entre un particular agraviado en sus derechos y la administración que realiza el acto lesivo.⁽¹¹⁾

Es importante en volver a señalar, que el contencioso-administrativo se manifiesta:

"...

- a) En las controversias ante el Tribunal Fiscal de la Federación en procedimientos de anulación, a través de los proce

10. Fraga Magaña, Gabino. ob. cit., P. 443-444.

11. Serra Rojas, Andrés. ob. cit., T. II. P. 634-635.

dimientos tributarios.

- b) Ante el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los servidores públicos.
- c) El contencioso administrativo del Distrito Federal.
- d) El contencioso administrativo material del cual conocen los Tribunales Judiciales Federales en las controversias entre los particulares y la Administración en relación con el artículo 104, fracción I de la Constitución, el Código Federal de Procedimientos Civiles y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.⁽¹²⁾

Continuando con el Dr. Andres Serra Rojas, establece un cuadro en que trata lo referente a las controversias sometidas a tribunales federales.

"Las controversias en materia civil, criminal y administrativa, que se someten al conocimiento de los tribunales judiciales federales, son los siguientes:

I. Controversias en que la Federación fuese parte;

II. Controversias en que la Federación fuese parte interesada:

a) Controversias del orden civil:

- 1. De jurisdicción concurrente; local o federal.
- 2. De jurisdicción federal exclusiva.

b) Controversias del orden criminal.

c) Controversias del orden administrativo federal:

- 1. Recurso de revisión;
- 2. Remisiones de las leyes administrativas;
- 3. Controversias en materia agraria.

III. Controversias en que la autoridad federal figura como autoridad responsable:

- a) Por actos de autoridad que violen las garantías individuales.
- b) Por leyes que violen las garantías individuales.
- c) Por reglamentos que violen las garantías individuales.
- d) Casos en que la Federación vulnera o restringe la soberanía de los Estados y casos en que los Estados invadan la esfera de la autoridad federal.

12. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. I. P. 271.

IV. Controversias constitucionales.

V. Otras controversias exclusivas de los tribunales judiciales de la Federación." (13)

Es importante aclarar:

1. En los contratos de obras públicas se establece la jurisdicción de los tribunales federales.
2. Anteriormente los contratos de obra pública, fuerón de la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación, hasta el 21 de febrero de 1957, es en la actualidad la competencia a los tribunales federales.
3. Creemos en la necesidad, de que los contratos administrativos, sean del conocimiento de los tribunales de lo contencioso administrativo.
4. Anteriormente, la creación de los tribunales administrativos era una facultad reservada a los estados. (artículo - 124 Constitucional).
5. Con las reformas a nuestra Constitución en 1987, hoy es una facultad exclusiva del H. Congreso de la Unión.

Art. 73.- El Congreso tiene facultad: ...

XXIX-H. Para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal o del Distrito Federal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

6. Se reforma el artículo 104, adicionando la fracción I-B.

Art. 104.- Corresponde a los tribunales de la Federación conocer: ...

I-B. De los recursos de revisión que se interpongan contra las resoluciones definitivas de los tribunales de lo contencioso administrativo a que se refiere la fracción XXIX-H del artículo 73 de esta Constitución, sólo en los casos que señalen las leyes. Las revisiones, de las cuales conocerán los tribunales colegiados de circuito, se sujetarán a los trámites que la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución fija la revisión en amparo indirecto, y en contra de las resoluciones que en ellas dicten los tribunales colegiados de circuito no procederá juicio o recurso alguno.

7.2. El proceso administrativo en la Constitución Mexicana.

7.2.1. La organización de lo contencioso administrativo, de acuerdo con la Ley Lares.

María del Consuelo Villalobos O. señala:

"A partir del siglo pasado destacan como antecedente la conocida Ley Lares, en homenaje a su autor Teodosio Lares, formalmente denominada Ley para el arreglo de lo Contencioso Administrativo del 25 de mayo de 1953. Por virtud de ella, se creó, a semejanza del Consejo de Estado Francés, un tribunal con competencia para conocer de las controversias administrativas, llamado precisamente Consejo de Estado, órgano de justicia retenida, dentro de la estructura del Poder Ejecutivo y sin intervención alguna del Poder Judicial. Dicha ley, que sentó un precedente sin paralelo en el medio mexicano y por lo mismo sufrió ataques de los más distinguidos juristas de la época, entre ellos Ignacio Vallarta, por considerarse inconstitucional y violatoria de la división de poderes, fue efimera, de manera que se abrogó en 1855 como resultado de la revolución de Ayutla."⁽¹⁴⁾

El Dr. Andres Serras Rojas, señala este interesante dato:

"El decreto de gobierno número 3851, de 25 de mayo de 1853, se refirió a la ley para el arreglo de lo contencioso administrativo y el decreto número 3862, de 17 de junio siguiente, al reglamento de la Ley anterior.

Estas leyes señalan la aparición del Consejo de Estado como tribunal administrativo.

Art. I. No corresponde a la autoridad judicial el conocimiento de las cuestiones administrativas;

Art. 2. Son cuestiones de administración: las relativas:

I. A las obras públicas;

II. A los ajustes públicos y contratos celebrados por la Administración.

III. A las rentas nacionales;

IV. A los actos administrativos en las materias de policía, agricultura, comercio e industria que tengan por objeto el interés general de la sociedad;

¹⁴ Cuevas Figueroa, Pedro. ET Alii. "Justicia Administrativa". Primera edición. México D.F. Editorial Trillas 1986. P. 81.

V. A la inteligencia y aplicación de los actos administrativos.

VI. A su ejecución y cumplimiento." (15)

En este mismo orden de ideas el tratadista Luis Humberto Delgadillo Gutierrez manifiesta:

"Este planteamiento provocó muchas controversias puesto que la idea generalizada era una estricta división de las funciones, por lo que no se podía aceptar que el Ejecutivo realizara una función jurisdiccional en ningún sentido, y con esta idea se elaboró la Constitución de 1857, ya que en su artículo 97, se atribuye a los tribunales de la federación, dependientes del Poder Judicial, el conocimiento y resolución de todo tipo de controversias, por lo que se pronunciaron diferentes tesis, entre las que resaltan los de Vallarta y Pallares para combatir la existencia de tribunales administrativos, - por considerar que vulneraban el principio de la División de Poderes." (16)

"... la tesis fijada por la Suprema Corte de Justicia, - en el siglo pasado, a propuesta de Vallarta, sobre que la justicia administrativa no podía establecerse en México por ser contraria al artículo 50 de la Constitución de 1857, correspondiente al 49 de 1917, según el cual "no podrán reunirse - dos o más de estos poderes -el legislativo, el ejecutivo y el judicial- en una sola persona o corporación."

Afortunadamente, el secretario-Suárez coincidió con nosotros en que la vieja tesis de la Suprema Corte de Justicia, elaborada para negar validez a la Ley Laires de 1853, dictada durante el gobierno de Santa Anna, no era aplicable a los tribunales administrativos que se creasen de acuerdo con las modernas concepciones de derecho." (17)

Continuando con el estudio del tratadista Antonio Carrillo Flores, manifiesta:

"... la interpretación de la fracción I del art. 97 de la Constitución de 1857, antecedente de las varias veces re-

15. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 650.

16. Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. "Principios de Derecho Tributario". Segunda edición. México. D.F. Editorial Pac. 1986. P. 192-193.

17. Carrillo Flores, Antonio. ob. cit., P. 204.

formada fracción I del artículo 104 de la de 1917.

Los textos en la parte conducente son similares pero no idénticos. En efecto, la carta de 1857 dice que corresponde - a los tribunales de la Federación conocer todas las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de - las leyes federales; en tanto que la de 1917 señala que han - de ser controversias del orden civil o criminal." (18)

En base a esta consideración, la tratadista Maria del - Consuelo Villalobos O. dice:

"Posteriormente, la cuestión contenciosa administrativa sufrió un cambio diametral, en razón de que en las Constituciones de 1857 y 1917, y en seguimiento de un sistema judicialista, la competencia quedó a cargo del Poder Judicial Federal. En efecto, derivados del artículo 104 de la Carta Magna de 1917, se instauraron procedimientos federales llamados - juicios de oposición, sustanciados en primera y segunda instancia ante juzgados de distrito y tribunales unitarios de - circuito, respectivamente. Así mismo, se instauró el recurso de súplica, posterior a la segunda instancia y ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, procedimientos que desaparecieron a partir de 1933, atento a las consideraciones emitidas por la XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, al cuestionar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal de apelación, y la centralización de la justicia que - con dicho sistema se propiciaba. Así pues, de acuerdo con los ordenamientos mencionados, se mantuvo el criterio de la estricta intervención judicial para revisar los actos ilegales de la administración pública, hasta la creación del Tribunal Fiscal de la Federación, cuya naturaleza se reforzó en 1946, al reformarse el artículo 104, al cual se adicionó la fracción - I. Además se dio cabida a la creación de los tribunales administrativos detados de plena autonomía para dictar sus fallos.

Con esto quedó cercenado el monopolio del Poder Judicial Federal para conocer de dicha materia, lo cual redundó en proyectos relativos a la creación de un Tribunal Federal de Justicia Administrativa, ...". (19)

18. IBIDEM. ob. cit., P. 181.

19. Cuevas Figueroa, Pedro. et. alii. ob. cit., P. 81-82.

En orden, a esto, el tratadista Luis Humberto Delgadillo Gutierrez señala:

"La primera manifestación de un tribunal administrativo en el presente siglo, lo encontramos en el Jurado de Penas - Fiscales creado por la Ley para la calificación de las infracciones a las leyes fiscales, del 8 de abril de 1924 en que a petición de parte se revisaba la legalidad de las resoluciones en que se imponían las multas.

Así llegamos al 27 de agosto de 1936 en que se elaboró - la Ley de Justicia Fiscal que estableció el Tribunal Fiscal - de la Federación, como un organismo con autonomía para dictar sus fallos por delegación de facultades que la propia ley establece; es decir, como un tribunal administrativo de justicia delegada, el cual dió lugar a muchas controversias sobre su constitucionalidad, aspecto que fue resuelto por la Suprema Corte al considerar que la garantía de jurisdiccionalidad que consagra el artículo 14 Constitucional, no implica que el juicio se tenga que seguir ante un órgano judicial, y que mientras el Poder Judicial tuviese conocimiento de los asuntos contencioso-administrativo a través del amparo, la constitución no sería violada." (20)

Complementamos lo señalado por Luis Humberto Delgadillo Gutierrez, lo expuesto por Antonio Carrillo Flores:

"... fue la creación de los tribunales administrativos, hecha con audacia en una ley de 1936 y que alcanzaría rango - constitucional una década después.

La administración pública -es una convicción que deje registrado en un libro de juventud y que no he rectificado- reclame en un Estado democrático la búsqueda constante del equilibrio entre el propósito político, la exigencia científica o técnica y el cumplimiento de la ley que tutela las libertades de todos y promueve la justicia social para los más desvalidos." (21)

Continuando con Antonio Carrillo Flores:

"... en 1945 con buenos resultados, una reforma constitucional que facultase al legislador ordinario a establecer recursos ante la Suprema Corte contra las sentencias dictadas -

20. Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. ob. cit., P. 193.

21. Carrillo Flores, Antonio. ob. cit., P. 134.

por los tribunales federales en apelación en asuntos de interés público, o por los tribunales administrativos federales - que gozen de plena autonomía. De esta manera, en forma indirecta, pero indudable, se eliminó cualquier duda que pudiese quedar con respecto a la constitucionalidad del tribunal fiscal." (22)

Es importante en señalar, que el maestro Antonio Carrillo Flores, se esta refiriendo a nuestro artículo 104 de nuestra Constitución.

En su estudio hace referencia:

"A partir de la reforma constitucional de 16 de diciembre de 1946, publicado en el Diario Oficial del 30 del mismo mes, toda discusión acerca de la constitucionalidad de los tribunales administrativos en sentido orgánico, esto es, encuadrados en el marco del Poder Ejecutivo y no del Poder Judicial, aunque con plena autonomía decisoria, ya no tiene sino una significación histórica, supuesto que, tanto dicha reforma como la posterior de 16 de junio de 1967, se refieren en forma expresa a dichos tribunales. La segunda no puede ser más categórica.

Las leyes federales, dice, podrán instituir tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo, dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal o del Distrito y Territorios Federales, y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones." (23)

En este mismo orden de ideas, el tratadista José Francisco Ramirez, señala:

"En 1968 se reformo la fracción I del artículo 104 constitucional, al establecer al efecto:

Las leyes Federales podran instituir tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo derimir las controversias que se susciten entre la Administración -

22. IBIDEM. ob. cit., P. 211.

23. IBIDEM. ob. cit., P. 184-185.

Pública Federal o del Distrito Federal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

Esta disposición constituye la base constitucional de la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal por ley promulgada el 28 de enero de 1971 y reformado en 1973 y 1978." (24)

Como acertadamente, lo señala la mayor parte de los tratadistas del Derecho Administrativo, en especial, María del Consuelo Villalobos, en señalar:

"... La importancia de la Ley Lares es indiscutible, habida cuenta de que representa el único antecedente en México de un régimen de tribunales administrativos de tipo francés. En esa virtud, constituye una fuente directa que inspiró al legislador de 1936 a crear el Tribunal Fiscal de la Federación, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal de 1971, y los Tribunales Fiscales Locales, en Veracruz, Estado de México, Sinaloa, Queretaro, Sonora e Hidalgo."
". (25)

Es importante en señalar, que con las reformas a nuestro artículo 104 constitucional, con la adición de la fracción I-B, se deroga, lo señalado por los tratadistas Antonio Carrillo Flores y José Francisco Ramírez.

María del Consuelo Villalobos O., señala el control administrativo externo al decir:

"La anterior postura se concretiza cuando los actos del poder estatal son susceptibles de enjuiciamiento por parte de los gobernados, en quienes originariamente reside el poder, - el cual aquellos deleguen en los gobernantes, estos por detentar la autoridad pública se responsabilizan de ella frente al pueblo que se los otorgó. En tales condiciones, los gobernantes deben dar cuenta de sus actos, ya sea por medio de las estructuras políticas correspondientes o, en su contexto jurisdiccional, frente a órganos formal o intrínsecamente judi-

24. Cuevas Figueroa, Pedro. et. alii. ob. cit., P. 141.

25. IBIDEM. ob. cit., P. 81-82.

ciales que ejercen el control de la constitucionalidad o de la legalidad de los actos públicos. Así, en estos últimos se incluyen los tribunales de lo contencioso administrativo.

De lo antes expuesto se puede concluir validamente que - ambos aspectos de control (el político y el jurisdiccional) - no deben oponerse, sino complementarse y enriquecerse." (26)

"... habremos de dar la preferencia al postulado de la - igualdad esencial de todo los hombres, siempre que, para satisfacer de modo pleno el principio del respeto a la dignidad humana, resulte imprescindible no tomar en consideración las desigualdades que se manifiesten concretamente en determinadas situaciones.

Como repetidamente lo hemos observado, la justicia reclama apego a la realidad. Es preciso tener una visión adecuada y completa de lo que es el hombre: cuál es su naturaleza; cuáles son sus capacidades, deficiencias y necesidades; cuáles, sus ideales, sus aspiraciones y, fundamentalmente su destino; después, conocer la realidad referente al tipo de relaciones sobre las que han de recaer las normas; finalmente, captar, - en su existencia concreta, las particularidades de la situación individual a la que deban aplicarse aquellas normas.

La justicia implica que los deberes se asuman y se cumplan y que los derechos se adquieran, se ejerciten y se reclamen, de conformidad con los postulados de buena fe, y así mismo, que se tenga en cuenta los requerimientos del bien común. ". (27)

Por tal, motivo, en la mayor parte, de la doctrina administrativa, se pide:

"El derecho administrativo del futuro requiere un cambio de estructuras administrativas y jurisdiccionales." (28)

26. IBIDEM. ob. cit., P. 83.

27. Toral Moreno, Jesus. ob. cit., P. 131, 133.

28. Serra Rojas, Andres. ob. cit., T. II. P. 645.

Conclusiones:

- I. El contrato tiene su más amplia evolución a partir del Derecho Romano.

Es en los textos del DIGESTO en donde el contrato se le consideraba capaz de obligar y estaba sancionado por el derecho civil Romano por medio de acciones.

- II. El primer contrato administrativo, es el contrato de obra pública (lex locationi o lex operis locandi).

- III. El contrato es una especie del Acto Jurídico, por tal motivo, no es posible de utilizar como sinonimo el contrato del acto juridico, ni del convenio al contrato.

En el Derecho Romano no toda convención es un contrato, pero si todo contrato es una convención, además en el contrato siempre existia intereses contrapuestos y no congruentes entre si.

- IV. El contrato es la unión de varias voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones pero con el fin de satisfacer intereses contrapuestos y no congruentes entre si.

- V. La tesis de la voluntad declarada o teoria de la declaración de voluntad rige en la interpretación de los contratos administrativos y en los contratos públicos en oposición a la tesis de la interpretación real o interna, conocida como la "La teoria de la autonomia de la voluntad", que rige en la interpretación de los contratos de Derecho Privado.

- VI. El contrato administrativo es una función administrativa, es decir, una actividad propiamente administrativa.

Nuestra doctrina ha señalado que la actividad del Estado se atribuye a diferentes órganos, y estos de acuerdo con sus facultades debe de estar plasmado en un ordenamiento juridico, para llevar el tipo de función que tenga encomendada.

- VII. En el Decreto Constitucional para la libertad de America Mexicana sancionada en Apatzingan, el 22 de octubre de 1814, se establecia la posibilidad de celebrar los contratos de empréstito público.

Antecedente primario de los contratos administrativos en -

México.

- VIII. El contrato de empréstito público es una especie del -
Contrato Administrativo.
- IX. El contrato de empréstito público es utilizado por la Fe-
deración a través de la Administración Pública, también -
las Entidades Federativas y los Municipios, pero estos dos
últimos cuando se destine a inversiones públicas producti-
vas, para no contravenir el artículo 117 Constitucional en
su fracción VIII.
- X. El contrato de obra pública aparece en la Constitución de
5 de febrero de 1917.
- XI. La Ley de Obras Públicas y la Ley de Adquisiciones, Arren-
damiento y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes
Muebles, es posible su unificación en una sola Ley. Ley -
que será reglamentaria del artículo 134 Constitucional.
- XII. El contrato administrativo debe de pertenecer a la Juris
dicción Contenciosa Administrativa y no ser de la Competen
cia de los Tribunales Judiciales de la Federación, ya que
la Jurisdicción Administrativa se ejerce una verdadera Jus
ticia Delegada.
- XIII. Un sector de la doctrina considera al Tratado como una
especie del contrato administrativo, pero solamente cuando
se esta refiriendo a un Contrato de Empréstito Público.
- XIV. De acuerdo con nuestra Constitución, la ADMINISTRACION -
PUBLICA FEDERAL será centralizada y paraestatal, y por lo
tanto, se desprende, que en los contratos administrativos
celebrados por esta debe de estar facultado por el ordena-
miento jurídico positivo, y es de esta manera en que el -
Estado utiliza de la técnica contractual para el cumpli-
miento de sus fines, contrae obligaciones y adquiere dere-
chos frente a una persona privada o ante un ente público.
- XV. En los contratos administrativos, el objeto puede recaer
en cosas "res extra commercium", o sea, que su inalienabi-
lidad consiste en que no puede ser objeto de un contrato -
traslativo de dominio, pudiendo ser otro tipo de contrato.
- XVI. Nuestra doctrina se refiere a las modalidades del acto -
administrativo, comprendiendo al motivo y la finalidad.
A las modalidades, requisitos o circunstancias del acto -
administrativo es posible trasladarlos a los CONTRATOS AD-

MINISTRATIVOS, pudiendo llamarlos: MODALIDADES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: a) Motivo.

b) Finalidad.

Los requisitos, modalidades o circunstancias del acto administrativo, y del contrato administrativo no se debe de confundir con las modalidades de los elementos accidentales del contrato que son: El termino y la condición.

XVII. En el Derecho Administrativo se encuentra el principio latente: "El acreedor nunca subroga en su perjuicio", a diferencia del Derecho Privado. Vgr. Art. 38 párrafo III de la Ley de Obras Públicas.

XVIII. En la Ley de Adquisición, Arrendamiento y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, se debe de derogar parcialmente el artículo 38 en su fracción III, por las siguientes razones:

En el artículo 38 fracción III:

1. Se señala la fracción II del artículo 37. Este reenvío que hace el legislador es en incurrir en un error, por la sencilla razón, en que la fracción II del artículo 37 se encuentra derogada.
2. En el segundo párrafo de la fracción III del artículo 38 se señala: La fracción III del artículo 37 y la fracción I del artículo 39, se exige que se este inscrito en el Padrón de Proveedores de la Administración Pública Federal.

Cuando en el mismo ordenamiento jurídico, en el artículo 22 fracción III y IV dispone de manera excepcional la obligación de registro en el Padrón de Proveedores.

Como se puede apreciar, en el reenvío que hace los artículos 22 fracción III y el artículo 38 fracción III párrafo segundo, existe una profunda contradicción.

En el artículo 22 fracción IV, señala que lo dispuesto por el artículo 39 fracción I y II queda exceptuada de la obligación de inscribirse en el Padrón de Proveedores de la Administración Pública Federal.

En el artículo 38 fracción III párrafo segundo, señala

que el artículo 39 fracción I, impone la obligación del cocontratante de estar inscrito en el Padrón de Proveedores de la Administración Pública Federal.

Como se puede apreciar, en cuanto al reenvío que hace - los artículos 22 fracción IV y 38 fracción III párrafo segundo, existe una profunda contradicción.

Como se desprende de lo transcrito en este trabajo, es preciso una derogación parcial al artículo 38, eliminando la fracción III, por la sencilla razón de lo establecido en las diversas fracciones del artículo 22 y 39 - fracción I. Constituyendo una excepción a lo establecido por el artículo 20 párrafo IV.

XIX. En este mismo orden de ideas, en cuanto al Padrón de Contratistas de Obras Públicas, existe una deficiencia terrible en cuanto a sus reenvíos.

Como se desprende de lo transcrito por el artículo 20 bis, dispone la excepción al registro en el Padrón de Contratistas de Obras Públicas y señala en su fracción I un envío - al artículo 56 fracción II. Cabe decir de antemano que - existe una profunda contradicción.

1. La fracción I del artículo 20 bis, no puede eximir esta obligación, ya que la licitación (pública o privada) ya se realiza, de acuerdo con el artículo 38 del mismo ordenamiento y rompería con el principio de igualdad.
 2. Lo señalado por la fracción II del artículo 56, es en lo referente, cuando la Administración Pública rescinda el contrato administrativo, podrá esta última elegir a otro cocontratante que hubiese acudido al proceso licitatorio.
 3. La fracción II del artículo 56, hace un envío al artículo 38 párrafo II. Este envío se da por economía procesal, para no tener que volver a publicar otra licitación.
 4. Esta razón de incongruencia, se explica por el error - que incurre nuestros Legisladores, por no saber concordar nuestros artículos correspondientes.
- Nuestra Ley de Obras Públicas, publicada en el Diario -

Oficial de la Federación, el 30 de diciembre de 1980, - ha sufrido modificaciones, en aquel tiempo, el artículo 20 bis fracción I, era concordante con la fracción II - del artículo 56.

Posteriormente se derogo la fracción I del artículo 56, y trajo como consecuencia inmediata el recorrido de las fracciones.

5. Por tal motivo, nuestro artículo 20 bis en su fracción I el envío que hace debe de referirse al artículo 56 en su fracción I.
6. En cuanto la fracción II del artículo 20 bis, encontramos otra vez, el mismo error que incurre nuestros legisladores, y es, precisamente, en no hacer una debida concordancia con los artículos, en los reenvios que presenta el ordenamiento juridico.
La realidad: El artículo 56 fracción VI que es el señalado por el artículo 20 bis fracción II, no existe la fracción VI del artículo 56, de nuestro actual ordenamiento juridico.
7. El artículo 20 bis fracción II, el envío que hace debe de referirse al mismo artículo 56 pero en su fracción - V.

Es en la CONTRATACION DIRECTA, en donde tiene gran importancia la excepción al PADRON DE PROVEEDORES, al igual que el PADRON DE CONTRATISTAS DE OBRAS PUBLICAS.

Las situaciones consideradas por el Legislador, en nuestros ordenamientos juridicos tiene gran trascendencia para la colectividad.

Por tal motivo, urge una actualización a estos ordenamientos, ya que como se ha podido apreciar, los efectos pueden ser perjudiciales para la colectividad.

- XX. En la formalización del contrato administrativo surge el vinculo obligacional, y aparece un reciproco deber de cumplimiento de lo expresamente pactado.

El contrato, al igual que el contrato administrativo es fuente de obligaciones y los derechos que de el se derivan, estan protegidas por el ordenamiento juridico.

XXI. El contrato administrativo, podrá crear responsabilidad extracontractual, por tal motivo, sugerimos lo siguiente:

1. Una adición a nuestra Constitución, admitiéndose la responsabilidad directa del Estado.
2. Una modificación a nuestro artículo 27 fracción XV Constitucional, extendiéndose la responsabilidad del Estado al igual, que nuestro artículo 75 de nuestra Ley de amparo.
3. Establecer una adecuada reglamentación a la "Responsabilidad del Estado".
4. Una modificación a nuestro artículo 1928, admitiendo la responsabilidad directa del Estado, pero reservándose el derecho de repetir contra el funcionario negligente de manera subsidiaria.
5. En la comprobación de la culpa debe regir el principio inquisitivo, en oposición al principio acusatorio - que se da en las relaciones entre particulares.

Bibliografía:

Acosta Romero, Miguel. "Teoría General del Derecho Administrativo". Sexta edición. México D.F. Editorial Porrúa. s. A. 1984

Alberto D'avis, Julio. "Curso de Derecho Administrativo". 1er edición. La paz-Bolivia. Editorial Letras. S.A. 1960.

Angel Bercaitz, Miguel. "Teoría General de los Contratos Administrativos". 1er. edición. Buenos Aires-Argentina. Editorial de Palma. 1952.

Borja Soriano, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones". Novena edición. México. D.F. Editorial Porrúa, S.A. 1984.

Burgoa Orihuela, Ignacio. "Derecho Constitucional Mexicano". Quita edición. México D.F. Editorial Porrúa. S.A. 1984.

Carrillo Flores, Antonio. "Estudio de Derecho Administrativo y Constitucional" Serie G. Estudios Doctrinales No. 106. Primera edición. México D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. 1987.

Cervantes Ahumada, Raúl. "Derecho de quiebras.". Segunda edición. México D.F. Editorial Herrero S.A. 1970.

Cuevas Figueroa, Pedro. Et alii. "Justicia Administrativa". Primera edición. México D.F. Editorial Trillas 1986.

De Buen Lozano, Néstor. "La decadencia del contrato, con un apéndice "20 años despues". 2o. edición. México D.F. Editorial Porrúa. S.A. 1986.

De Buen Lozano, Néstor. "Derecho del Trabajo". Tomo primero. Quinta edición. México D.F. Editorial Porrúa. S.A. 1984.

De Buen Lozano, Néstor. "Derecho del Trabajo" Tomo segundo. Sexta edición. México D.F. Editorial Porrúa. S.A. 1984.

Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. "Elementos de Derecho Administrativo". Primera edición. México D.F. Editorial Limusa 1986.

Delgadillo Gutierrez, Luis Humberto. "Principos de Derecho Tributario". Segunda edición. México D.F. Editorial Pac. 1986.

Fernandez de Velasco, Recaredo. "Los Contratos Administrativos". 1er edición. Madrid España Biblioteca de la revista de derecho privado. Serie B. Tomo IV. 1927.

Fraga Magaña, Gabino. "DERECHO ADMINISTRATIVO". Vigésimo-séptima edición. México D.F. Editorial Porrúa S.A. 1988.

García DE Enterría Eduardo. Ramón Fernandez, Tomas. "curso de Derecho Administrativo". Tomo Primero. Cuarta edición. Madrid España. Editorial Civitas. S.A. 1983.

García Maynez, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho" Trigesimo quinta edición. México D.F. Editorial Porrúa. S.A. 1984.

García Oviedo, Carlos. "Derecho Administrativo". volumen I. "Teoría de los actos administrativos". 1er. edición. Madrid-España. Librería General de Victoriano Suárez. 1943.

Gutierrez Y Gonzalez, Ernesto. "El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio". Segunda edición. Pue, Pue., México. Editorial Cajica. 1982.

Jorge Escola, Héctor. "Tratado Integral de los Contratos Administrativos". volumen I. 1er. edición. Buenos Aires-Argentina Ediciones De Palma. 1977.

Jorge Escola, Héctor. "Tratado Integral de los Contratos Administrativos". volumen II. 1er. edición. Buenos Aires-Argentina. Ediciones de Palma. 1977.

Lancis Y Sánchez, Antonio. "Derecho Administrativo: La Actividad Administrativa y sus Manifestaciones". Segunda edición. Universidad de la Habana-cuba. Editorial cultura S.A. 1945.

Levaggi, Abelardo. "Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas". 1er. edición. Buenos Aires-Argentina. Editorial Perrot. 1982.

María Díez, Manuel. "Derecho Administrativo". Tomo segundo. 1. edición. Buenos Aires-Argentina. Bibliografica Omeba. 1965.

Mommsen, Teodoro. "Compendio de Derecho Público Romano". 1er. edición. Madrid-España. Biblioteca de Jurisprudencia, La España-moderna.

Monedero Gil, Jose Ignacio. "Doctrina del Contrato del Estado". 1er. edición. Madrid-España. Instituto de Estudios Fiscales. 1977.

Petit, Eugéne. "Tratado elemental de derecho romano". 2o. edición. México D.F. Editorial Porrúa. S.A. 1985.

Recasens Siches, Luis. "Tratado General de Filosofía del Derecho". Novena edición. México. D.F. Editorial Porrúa. S.A. - 1986.

Ríos Elizondo, Roberto. "Estudios de Derecho Público Contemporáneo. Homenaje a Gabino Fraga". 1er. edición. México D.F. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. Fondo de cultura Económica. 1972.

Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Vol. 1 Decimo novena edición. México D.F. Editorial Porrúa. S.A. - 1983.

Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". vol. - III. Decimo quinta edición. México D.F. Editorial Porrúa. S. A. 1987.

Seara Vasquez, Modesto. "Derecho Internacional Público". Decima edición. México D.F. Editorial Porrúa. S.A. 1984.

Serra Rojas, Andres. "Derecho Administrativo" Tomo primero. Decimo tercera edición. México D.F. Editorial Porrúa. S.A. - 1985.

Serra Rojas, Andres. "Derecho Administrativo" Tomo segundo. Decimo tercera edición. México D.F. Editorial Porrúa. S.A. - 1985.

Tinoco Richter, Cesar. "Nociones de Derecho Administrativo y Administración Pública". 1er. edición. Caracas-Venezuela. Editorial Arte. 1958.

Toral Moreno, Jesus. "Ensayo sobre la Justicia". colección - No. 1. Segunda edición. México D.F. Editorial Jus. 1985.

Villar Palasí, Jose Luis. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo primero. 1er. edición. Madrid-España. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. 1972.

DIARIO DE LOS DEBATES "DEL CONGRESO CONSTITUYENTE 1917". Tomo II. México D.F. IMPRENTA DE LA CAMARA DE DIPUTADOS.

Nueva Enciclopedia Larouse. Tomo III. Segunda edición. España. Editorial Planeta. 1984.

Nueva Enciclopedia Larouse. Tomo IV. Segunda edición. España. Editorial Planeta. 1984.

Revistas:

Angel Re, De Juan. La aprobación de las contrataciones en la ley de contabilidad. Revista de Ciencias Económicas. No. 14. serie IV. Año XLIX. Buenos Aires-Argentina. Abril a junio - 1961.

Autor Anonimo. Los contratos administrativos en el derecho frances. Revista de Ciencias Juridicas. No. 26. Costa Rica-San Jose. Mayo-agosto 1975.

Baque, Horacio. Del proceso de licitación pública. Revista de Derecho Público y Privado. No. 188. Tomo XXXII. Año XVI. Montevideo-uruguay. Febrero 1954.

Breger C. Allan Randolph. Los contratos administrativos en la Jurisprudencia Administrativa Venezolana. Revista de la Facultad de Derecho. No. 26. Caracas-Venezuela. Noviembre de 1963.

Parias Mata, Luis Henrique. La teoria del contrato administrativo en la doctrina, legislación y Jurisprudencia. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia. No. 19. - Año VII. Maracaibo-Venezuela. Enero-abril 1967.

Garcia de Enterria, Eduardo. La figgura del contrato administrativo. Revista de Ciencias Juridicas. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. No. 26. San Jose-Costa Rica. Mayo-agosto 1975.

Greca, Alcides. Teoria de la imprevisión en los contratos administrativos. Revista de Ciencias Juridicas y Sociales. No. 39. Año VIII. Santa fe-República de Argentina 1943.

Gustavo Arrieta, Carlos. De los contratos administrativos. Revista del Colegio Mayor de nuestra Señora del Rosario. Nos. 460-462. Año LVII. Colombia Marzo-julio 1963.

Moderne, Frank. El control del funcionamiento del aparato administrativo en Francia. Revista Vasca de Administración Pública. No. 3. vol. III. España. Mayo-agosto 1982.

Moles Caubet, Antonio. El arbitraje en la contratación administrativa. Revista de la Facultad de Derecho. No. 20. Caracas-Venezuela. Junio 1960.

Nave Negrete, Alfonso. Contratos privados de la administración pública. Revista de la Facultad de Derecho en México. No. 51. Tomo. XIII. México D.F. Julio=septiembre 1963.

Por G. Ariño. El control de la relación contractual: Sus principios informadores. Documentación Administrativa. No. 121. Madrid-España. Enero a febrero 1968.

Randolph Brewer Allan. La formación de la voluntad de la administración pública nacional en los contratos administrativos. Revista de la Facultad de Derecho. No. 28. Caracas-Venezuela. Marzo 1964.

Roberto Dromi, Jose. Contratos de la Administración. Jurisprudencia Argentina. Fuero Juzgo. Libro. I. No. 4485. Buenos Aires-Argentina. Marzo 28 de 1974.

Roberto Dromi, Jose. Los actos separables de la contratación administrativa. Fuero Juzgo. Libro VIII. No. 4622. Buenos Aires-Argentina. Octubre 28 de 1974.

Rodriguez Moro, Nemesio. La fiscalización de la actividad de la la administración pública. Estudio especial de los controles administrativos. Estudio de deusto. No. 9. vol. V. España. Enero-junio 1957.

Tesis:

Maese Rodriguez, Jose Maria.

OBJETO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

U.N.A.M. 1958.

Montes de Oca, Miguel.

CONTRATOS CIVILES Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Escuela Libre de Derecho.

Valdarrama A. Alfonso.

TEORIA GENERAL Y REGIMEN COLOMBIANO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Pontificia Universidad Católica Javeriana. Facultad de Ciencias Económicas. Vol. XVI.
Editorial Argra.
Bogotá Colombia 1946.

Legislación:

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MEXICO.
Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja -
California. Reformado en virtud de la autorización concedida
al Ejecutivo por decreto de 14 de diciembre de 1883.
Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y pa-
ra toda la República en materia Federal.
Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Co-
mún, y para toda la República en materia del Fuero Federal.
Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacional.
Ley Federal del Trabajo.
Ley Organica de la Administración Pública Federal.
Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público.
Ley General de Deuda Pública.
Ley de Deuda Pública del Estado de México.
Ley de Deuda Pública Municipal del Estado de México.
Código de Comercio.
Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servi-
cios Relacionados con Bienes Muebles.
Ley General de Bienes Nacionales.
Ley de Obras Públicas.
Ley Organica del Poder Judicial de la Federación.
Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
Reglamento de la Ley de Obras Públicas.
Reglamento interior de la Secretaria de la Contraloria Gene-
ral de la Federación.
Ley Organica del Tribunal Fiscal de la Federación.