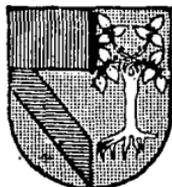


308909



UNIVERSIDAD PANAMERICANA 28

FACULTAD DE DERECHO
Con Estudios Incorporados a la U.N.A.M. 209

"REGIMEN LEGAL DE LOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS"

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA LA ALUMNA:
VIRGINIA ELIZABETH RUIZ CRUZ

DIRECTOR DE TESIS,
Lic. Francisco Xavier Manzanero Escutia

México, D. F.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1991



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

INTRODUCCION.

TITULO I. BREVES CONSIDERACIONES ACERCA DE LA ACTIVIDAD ESTATAL.	1
CAPITULO 1. Actividad y Atribuciones del Estado.	1
CAPITULO 2. Personalidad del Estado.	5
TITULO II TEORIA GENERAL DEL CONTRATO.	8
TITULO III TEORIA GENERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.	19
CAPITULO 1. Concepto de Contrato Administrativo.	19
CAPITULO 2. Contratos Administrativos. Doctrinas que los sustentan.	33
a) Doctrina que niega la existencia de los contratos administrativos.	33
b) Doctrina Privatista.	34
c) Doctrina de la unilateralidad.	35
d) Doctrina de los dos actos unilaterales.	35
e) Doctrina que sostiene la existencia de los contratos administrativos.	36
f) Nuestra opinión.	39
CAPITULO 3. Clasificación de los contratos administrativos.	39
- Clasificación según Carlos García Oviedo.	39
- Contratos administrativos de colaboración y de atribución.	42
- Contratos típicos y atípicos.	43

- Contratos nominados e innominados.	43
- Contratos administrativos e interadministrati- vos.	43
CAPITULO 4. Elementos esenciales del contrato administra- tivo.	43
A) Sujatos.	43
B) Competencia v Capacidad.	49
C) Consentimiento.	56
D) Vicios del consentimiento.	60
E) Objeto.	61
F) Causa.	65
G) Finalidad.	68
H) Forma.	70
CAPITULO 5. Elementos no esenciales del contrato adminis- trativo.	74
A) Plazo o término.	75
B) Formación de los contratos administrativos.	78
C) Contratación directa.	79
D) Licitación. Remate. Concurso.	83
E) Pliego de condiciones.	87
F) La adjudicación.	90
G) Garantías.	90
H) Sanciones.	94
I) Elementos no esenciales. Vicios.	96
CAPITULO 6. Efectos de los contratos administrativos.	96
A) Efectos del contrato entre la Administración Pública v el cocontratante.	96
B) Efectos del contrato entre el cocontratante y los terceros.	99
C) Efectos del contrato entre la Administración Pública v los administrados.	100

CAPITULO 7. Ejecución de los contratos administrativos.	101
A) Poderes de la Administración Pública.	101
B) Derechos del contratante.	111
CAPITULO 8. Extinción de los contratos administrativos.	116
TITULO IV. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.	136
CAPITULO 1. Bases constitucionales.	136
CAPITULO 2. Marco legal.	144
A) Ley de Obras Públicas y su Reglamento.	144
B) Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles y su Reglamento.	155
C) Ley General de Bienes Nacionales.	168

CONCLUSIONES.

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

Es indudable que nuestro Estado está compuesto por los tres poderes ya bien conocidos que son el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial; y antes de seguir adelante es conveniente aclarar que más que hablar de poderes, se debe hablar de órganos, ya que en realidad es un solo poder, el del Estado, dividido en tres órganos para el mejor funcionamiento del mismo.

Dicho lo anterior, uno de los conductos por los que se manifiesta el poder y la personalidad del Estado, es la Administración Pública que constituye parte del Órgano Ejecutivo desde un punto de vista puramente formal, ya que desde un punto de vista material es la actividad que desarrolla considerada en sus problemas de gestión y de existencia propia tanto en sus relaciones con otros organismos semejantes como con los particulares para asegurar la ejecución de su misión (1).

Siendo así las cosas, el Estado, por medio de la Administración Pública, realiza una serie de actividades para lo cual necesita de bienes y personas para su cabal desarrollo. Es así que el Estado cuenta con recursos como lo son el régimen patrimonial y el financiero, para poder satisfacer las

1.- A. Molitor. "Administration Public". UNESCO, pág. 18; citada por Gabino Fraga. "Derecho Administrativo". Ed. Ferrua. México 1988, pág. 119.

necesidades que tiene y las de la colectividad que tiene a su cargo. Pero no basta con tener esos bienes, es necesario el elemento humano para poder operar y es por eso que el Estado si bien en muchos casos actúa imponiendo su voluntad, su imperium, sin importar la opinión y voluntad de los particulares; también es cierto que el Estado no siempre actúa de esa manera por considerar que es necesaria la colaboración de los particulares para el ejercicio de sus atribuciones. Tal es el caso de los contratos administrativos en los que es necesaria e imprescindible la voluntad del particular, su opinión, su consentimiento.

Los contratos administrativos son convenios establecidos entre el Estado y los particulares; pero vayamos más al fondo del problema, esos contratos administrativos ¿son de la misma naturaleza que los contratos civiles?, ¿cómo actúa el Estado en tales contratos?, ¿como un ente de derecho público o como un ente de derecho privado?

Respondiendo a las cuestiones planteadas podremos determinar el régimen legal de los contratos administrativos: tema que a mi juicio trataré de explicar si no en forma exhaustiva, si en forma sencilla abordando los puntos más interesantes y relacionados con el tema de los contratos administrativos.

Ruego a este jurado criticar con benignidad la presente tesis cuyo propósito, más que ser un punto de partida hacia

nuevos horizontes. es el de un trabajo de investigación con muy sencillas opiniones de mi parte.

T I T U L O I
BREVES CONSIDERACIONES ACERCA DE LA ACTIVIDAD ESTATAL.

CAPITULO 1
ACTIVIDAD Y ATRIBUCIONES DEL ESTADO.

El Estado realiza una serie de actividades de las cuales se han formado criterios para determinar el régimen legal aplicable de las mismas.

Haciendo una breve referencia a las teorías sustentadas a este respecto, pasemos a mencionar sólo las más importantes.

Hay quienes consideran que el régimen aplicable es de derecho público argumentando el carácter imperativo del mismo, pero se le ha criticado en la medida en que se reconoce que el Estado actúa imponiéndose, pero también se reconoce que existen algunas facultades del Estado que son discrecionales.

Otros consideran que el régimen correspondiente es de derecho público aduciendo a este respecto que el derecho público satisface sólo intereses colectivos y el derecho privado en cambio intereses particulares. A este respecto cabe señalar que la crítica que se hace a esta teoría consiste en que la mayoría de los doctrinarios no encierran ya al derecho público y al derecho privado en cajones aislados uno del otro, sino que aceptan que el derecho público satisface intereses colectivos de

manera inmediata o directa y que el derecho privado los satisface de manera mediata o indirecta una vez satisfecho un interés privado.

Existe una teoría basada en la igualdad de las partes que sustenta que el régimen correspondiente a la actividad del Estado es de derecho público argumentando que el Estado está en un nivel superior del particular, es decir, existen relaciones no de igualdad sino todo lo contrario. Al contrario del derecho privado en el que se dan relaciones de igualdad. A este respecto, mi opinión es considerar que el Estado independientemente de que en ciertas ocasiones se rija por cierta injerencia del derecho privado, no por esto va a dejar de ser Estado, no por esto va a cambiar de personalidad, porque como veremos, la personalidad es un atributo de las personas tanto físicas como morales, es una y sólo una; y el Estado, como dije antes, aún cuando se rija a veces por el derecho privado en vista de ciertas actividades que tiene que realizar, siempre será el Estado y como tal soberano y por ende siempre estará por encima de los particulares en cuanto a relaciones de igualdad.

Considero que la teoría que más fundamento tiene es la última señalada en base a la cual hice las críticas oportunas. En mi opinión, el régimen de la actividad estatal será siempre de derecho público considerando el criterio de las relaciones de igualdad sin desconocer que en ciertas ocasiones el Estado se basa en principios de derecho privado, en un régimen exorbitante de derecho común.

Las tantas veces mencionada actividad del Estado, es conveniente definirla, definición que tomaremos del gran administrativista Gabino Fraga: "La actividad del Estado es el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga" (2). Actividad ésta que realiza a través de sus órganos. Cabe mencionar que la definición del maestro Gabino Fraga hace mención a "las atribuciones que la legislación positiva le otorga", y a este respecto, se entiende por atribución el contenido de la actividad estatal, es decir, lo que realiza el Estado. A contrario sensu de las funciones del Estado que constituye la forma de ejercer las atribuciones. Las atribuciones, como bien lo menciona el maestro citado, deben estar previstas en ley para impedir violaciones a los particulares, lo que traería un estado de inseguridad jurídica. Ahora bien, la actividad del Estado en parte es ejercida por la Administración Pública a través de sus órganos, parte correspondiente a la Función Administrativa que el mismo Fraga la define como "la que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinen situaciones jurídicas para casos individuales" (3). Los actos de los que el maestro Fraga habla son actos administrativos, entendiéndose por acto administrativo la declaración unilateral de voluntad que emite el órgano Ejecutivo y excepcionalmente el legislativo y jurisdiccional, que crea

2.- Gabino Fraga, Op. Cit. pág. 13

3.- Gabino Fraga, Op. Cit. pág. 63

situaciones jurídicas concretas e individuales o actos materiales generales o particulares. En opinión del gran maestro Miguel Angel Berçaitz "el acto administrativo es una decisión, o declaración unilateral de un órgano del Estado, en ejercicio de una función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata" (4). Rafael Entrena Cuesta por su parte especifica al acto administrativo desde el punto de vista subjetivo diciendo que el acto administrativo lo realiza en todo caso la Administración Pública y desde un punto de vista objetivo, está sometido al derecho administrativo (5). Haciendo una crítica a la opinión de Rafael Entrena Cuesta, considero que la Administración Pública no es la única que realiza los actos administrativos dado el atemperamiento de los tres órganos del Estado en el sentido de que si el Legislativo y el Judicial realizan actos administrativos, éstos lo serán desde un punto de vista material, es decir, atendiendo a la actividad administrativa que realizan, y no así desde un punto de vista formal que atiende al órgano que lo realiza.

Como se puede ver de las definiciones expuestas de acto administrativo, los diversos autores coinciden en considerarlo como un acto unilateral de voluntad, una declaración unilateral de voluntad en donde la voluntad del Estado se exterioriza con apego a la ley y que por lo tanto sus actos son legítimos. Aunque el particular esté o no de acuerdo, el acto se realiza y surte

-
- 4.- Miguel Angel Berçaitz. "Teoría General de los Contratos Administrativos". Ediciones Depalma. Buenos Aires 1980, pág. 4.
 - 5.- Rafael Entrena Cuesta. "Curso de Derecho Administrativo". Editorial Tecnos. Madrid. pág. 484.

plenamente sus efectos. El acto es unilateral porque no interviene el particular en su formación aunque quizá en él intervengan varios órganos administrativos del Estado.

Cabe pues señalar a reserva de ampliar el tema más adelante, que el contrato administrativo no es un acto administrativo, sino un acto de Derecho Administrativo.

C A P I T U L O 2

PERSONALIDAD DEL ESTADO

Existen varias teorías que han desarrollado el tema aún tan discutido de la personalidad del Estado.

Mencionando solo las más importantes a mi gusto, tenemos en primer lugar la teoría negativa cuyo máximo expositor es Duguit quien siguiendo un método estrictamente realista, dice que las ficciones deben desterrarse del campo científico, que el Estado es una pura abstracción y que la realidad son los individuos que ejercen el poder estatal. Argumenta que el Estado es un hecho histórico por el que un grupo de hombres pueden imponer su voluntad por coacción material a las demás personas miembros de la sociedad (6).

Haciendo a un lado las críticas hechas a Duguit por negar la personalidad del Estado, deseo centrarme en nuestro Derecho

6.- Duguit, "Traité de droit constitutionnel", pag. 536; citado por Manuel María Díez, "Derecho Administrativo". Editorial Plus Ultra. Tomo I. Argentina.

Positivo Mexicano cuyo Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal en su artículo 25. confiere personalidad al Estado al declarar que "Son personas morales: I. La Nación, los Estados y los Municipios...". El artículo 26 del Código Civil dice expresamente que: Las personas morales pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución". se ve pues claro que nuestro derecho positivo le otorga expresamente personalidad al Estado. Pero en este sentido cabe hacernos la pregunta ¿cuál es esa personalidad del Estado?

Son varias las teorías que afirmando la personalidad del Estado, explican cuál es esa personalidad o con qué personalidad actúa el mismo. Talas son la que sostiene que el Estado tiene una doble personalidad aduciendo que la tiene de derecho privado y de derecho público, pero a mi entender, la personalidad es un atributo de la persona, sea ésta física o moral. La personalidad es única, no puede decirse que se tengan varias personalidades, deriva de la persona como un y sólo un atributo más. La personalidad es una, no se puede tener dos o más personalidades porque se atentaria contra la propia naturaleza de la persona.

Otra teoría dice que el Estado tiene una sola personalidad pero con dos voluntades, una de derecho público y otra de derecho privado; pero aun así, sigo insistiendo en que el Estado actúa con una sola personalidad que influye en su voluntad, voluntad que siempre y en todo caso será soberana, que a pesar de que en ciertas ocasiones se rija por disposiciones del

derecho privado, no por eso deja de ser el Estado y como tal soberano y entonces tales disposiciones del derecho privado se aplicarán, si, pero con un regimen exorbitante a sus limites y al alcance de sus disposiciones.

Considero que no es necesario aclarar más mi postura a éste respecto, aunque quiero recalcar que nuestra opinión es considerar al Estado como un sujeto titular de derechos y obligaciones, como una persona moral con una única personalidad: la de un ente de derecho público que actúa con facultad soberana independientemente del régimen de las disposiciones que tenga que aplicar en ciertos casos, ya que a fin de cuentas, el régimen de las disposiciones que aplicará es de tales disposiciones, no el del Estado mismo, y aun más, cuando aplique el derecho privado, lo aplicará de forma ex orbitante.

T I T U L O I I

TEORIA GENERAL DEL CONTRATO

Antes de entrar al estudio concreto de los Contratos Administrativos, es necesario, a mi juicio, hacer un esbozo de la llamada Teoría General del Contrato; teoría ésta particularmente civilista sin la cual el Derecho Administrativo no tendría fundamento en cuanto a los contratos que presenta.

Entrando pues en materia, es conocido por todos que el contrato consta de dos clases de elementos a saber: elementos de existencia y requisitos o elementos de validez. Los elementos de existencia son el consentimiento y el objeto. Los elementos de validez son: capacidad, ausencia de vicios del consentimiento, forma en los casos exigidos por la ley y fin o motivo determinante lícito, es decir, que no sea contrario a las buenas costumbres ni a las leyes del orden público.

Algunos autores mencionan la solemnidad como elemento de existencia del contrato, pero ésta en nuestro derecho sólo se acepta para los que consideran al matrimonio como un contrato.

Otros autores como el maestro Ramón Sánchez Medal citan además, un quinto elemento que se requiere por la ley para la eficacia de cada contrato: la legitimación (7).

7.- Ramón Sánchez Medal, "De los Contratos Civiles". Editorial Porrúa, S.A. México 1986. pag. 29.

Cabe mencionar que los elementos del contrato, tanto de existencia como de validez, en ocasiones resulta complicada su aplicación exacta por no adecuarse cada contrato a la totalidad de los elementos mencionados.

Pero empecemos a analizar, de una manera sencilla y no exhaustiva, los elementos del contrato.

El primer elemento de existencia es el consentimiento, el cual es un concurso o acuerdo de voluntades. Tal acuerdo de voluntades no existe cuando no hay coincidencia en las dos voluntades como ocurre en los casos del error sobre el objeto o cosa del contrato y en los casos del error sobre la clase de contrato que se celebra. Sin embargo, no toda deficiencia en el consentimiento hace inexistente el contrato, pues hay vicios del mismo que afectan sólo la validez de un contrato existente y defectos que ni siquiera lesionan su validez.

Para llegar al concurso de voluntades, generalmente hay negociaciones o tratos previos entre las partes que discuten las cláusulas y los elementos del contrato hasta que llegan a un acuerdo. Esta etapa previa al contrato debe ir acompañada de la buena fe de los contratantes, ya que si no fuera así se engendraría la responsabilidad a que hace mención el artículo 1910 del Código Civil insertado en el Capítulo V que habla de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos. El acuerdo de voluntades o consentimiento de las partes contratantes tiene dos momentos para su formación: la oferta o policitud o propuesta

y la aceptación. Cuando la oferta se hace a una persona presente sin fijación de plazo de aceptación, el oferente queda desligado si la aceptación no se hace de inmediato. Este caso es de los llamados contratos entre presentes. El contrato entre ausentes tiene lugar cuando la oferta se hace a una persona que no está presente. En éste caso, si el oferente da un plazo para aceptar, queda obligado durante todo ese término. Pero si no fija ningún término para aceptar, el Código Civil en su artículo 1806 dice que queda obligado a mantener la oferta por el término de tres días además del término necesario para la ida y vuelta regular del correo público o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones. Realmente la oferta constituye una declaración unilateral de voluntad del oferente que lo obliga a mantener la propuesta.

Es de suma importancia determinar el momento y lugar en que se perfecciona el contrato entre ausentes, pues por lo que se refiere al lugar, hay que precisar cuál es el tribunal competente para conocer de la interpretación y cumplimiento de dicho contrato y cuáles son las formalidades que debió llenar el contrato; y por lo que se refiere al momento en que se perfeccionó, hay que ver si había capacidad de las partes en ese momento, hay que ver en qué forma se aplica la teoría de los riesgos o para fijar el inicio de la prescripción o para saber si el contrato se celebró en el periodo sospechoso en los casos de concurso de acreedores o de quiebra. A este propósito tenemos que existen cuatro sistemas: el de la declaración, el de la

expedición, el de la recepción y el de la información, siendo aplicable el Derecho Civil en el sistema de la recepción que considera perfecto el contrato en el momento en que el solicitante recibe la aceptación aunque no se haya enterado todavía de su contenido.

El segundo elemento de existencia del contrato es el objeto acerca del cual cabe aclarar que no toda deficiencia en el objeto acarrea la inexistencia del contrato, sino que puede hacerlo anulable afectándose solo la validez de un contrato existente. El objeto directo del contrato es crear o transmitir obligaciones o derechos, pero se habla de objeto del contrato haciendo alusión más que al objeto directo apuntado, a lo que propiamente es el objeto de la obligación creada o transmitida por él. Este objeto directo, llamémosle así consiste en prestaciones, prestaciones que pueden ser: prestaciones de dar una cosa, de hacer o de no hacer. Ahora bien, el objeto cosa del contrato debe existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio. La cosa debe existir porque si la cosa pereció antes de la celebración del contrato, no habrá objeto de tal contrato. Sin embargo las cosas futuras pueden ser objeto del contrato como ocurre con una cosa que se va a fabricar después, o una cosecha que se espera recoger. La cosa debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie y cantidad cuando se trata de géneros. También es necesario que la cosa esté en el comercio, por lo que no pueden ser objeto del contrato ni el estado civil de las personas ni la comisión de un delito. Ahora bien, el

hecho objeto del contrato debe ser positivo o negativo, es decir, de hacer o de no hacer y además el hecho debe ser posible y lícito. Debe ser posible natural y jurídicamente. En los hechos físicamente imposibles debe distinguirse la imposibilidad objetiva de la subjetiva, siendo esta última la que no puede realizar el deudor por ineptitud pero si la puede realizar otra persona y no hay propiamente un hecho imposible. También debe distinguirse el hecho legalmente imposible del hecho ilícito. Este último contradice leyes de orden público y buenas costumbres. Las leyes de orden público son las relativas a la organización política y judicial, al régimen de bienes inmuebles, a la capacidad y al estado de las personas, y en general las normas de derecho público o de derecho privado que tengan el carácter de imperativas o de prohibitivas. El maestro Sánchez Medal cita una sentencia que en mi opinión define de una manera clara, aunque sabiendo que es un tanto relativo, a las buenas costumbres diciendo que "son las directivas y los conceptos morales en que se inspira nuestro actual derecho positivo y que coinciden con el sentir del común de las personas equilibradas intelectual y emocionalmente maduras y de criterio sereno", o bien como "la concepción ética que predomina en nuestro medio cultural y que informa nuestra legislación, por ejemplo, la observancia de la monogamia y la fidelidad en el matrimonio, y a la inversa, constituyen actos reprobables, o se califican malas costumbres, en mayor o menor grado, el adulterio, el incesto, la prostitución, el lenocinio y el homosexualismo, y también la incitación, directa o indirecta, a tales actos". Ejecutoria de 18 de marzo de 1976, del Segundo Tribunal Colegiado en Materia

Administrativa del Primer Circuito, en el amparo en revision 20/76 de Eros, Cia. Editorial, S.A., y Editorial Posada, S.A.(8).

El primer elemento de validez de los contratos es la capacidad de contratar que consiste en la aptitud reconocida por la ley a una persona para estipular por si el contrato o para obligarse. Siendo asi las cosas, las personas a que hace referencia el articulo 450 de nuestro C.Civ carecen de tal aptitud legal. Los cónyuges pueden contratar entre si previa licencia judicial para hacerlo en la cual la omisión se subsana a través de la acción pro forma que se obtiene posteriormente y entre tanto el objeto produce sus efectos. Hay menores que pueden contratar como es el caso de los emancipados que requieren una formalidad habilitante que es la autorización judicial para celebrar contratos traslativos de propiedad o de hipoteca sobre inmuebles. Igual situación presentan los menores peritos en alguna materia. El Código Civil en su articulo 1798 menciona la regla general en capacidad diciendo expresamente: "Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley."

El segundo elemento de validez del contrato es la ausencia de vicios del consentimiento entendiéndose por vicios del consentimiento el error, el dolo, la violencia y la lesion. La presencia de cualquiera de estos vicios puede invalidar el contrato y lo hiere de nulidad relativa tal como lo menciona el articulo 2228 de nuestro Código Civil. El error es la falsa

8.- Sánchez Medal, Op. Cit., págs. 43 y 44.

apreciación de la realidad. El acto en que la voluntad fue dada por error es anulable: y sólo cuando el error sea de las dos voluntades contratantes sobre la naturaleza del acto que celebran o sobre el objeto del mismo, entonces será inexistente. El dolo son maquinaciones para inducir a error. La mala fe se distingue del dolo en que la primera mantiene en el error y el último induce al mismo. Gutiérrez y González habla de dolo principal y dolo incidental diciendo que el primero son maquinaciones para hacer caer en el error a una persona y obtener su voluntad a efecto de que celebre un contrato que de otra manera no lo habría celebrado; y el segundo son maquinaciones para inducir a error a una persona que ya estaba determinada a contratar pero que en vista de tales maquinaciones otorga su voluntad en forma desventajosa de la que hubiere aceptado sin mediar el error por dolo. A su vez, Gutiérrez y González menciona al dolo coetáneo que se da al nacer el acto y cuyo efecto es la nulidad; y al dolo posterior que se da para no cumplir con la obligación y cuyo efecto es la rescisión. La violencia se divide en física que es cuando se emplea la fuerza física o algún agente material que prive de libertad al contratante en cuyos supuestos no hay consentimiento y no se trata propiamente de un vicio del consentimiento; y moral cuando por medio de amenazas o de fuerza física se coloca a un contratante en disyuntiva; o aceptar en ese momento un mal presente para él o su familia o celebrar un contrato, en virtud de la cual vicia la voluntad. La lesión es vicio de la voluntad de una de las partes originado por su inexperiencia, extrema necesidad o suma miseria en un contrato conmutativo y debe producir el efecto de que la otra persona

obtenga un lucro excesivo.

El tercer elemento de validez del contrato es la forma de la cual nuestro Código Civil menciona que cuando un contrato no ha revestido la formalidad exigida por la ley, si la voluntad de las partes ha quedado constante de manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la Ley. La forma exigida por la ley para la celebración de un determinado contrato, debe observarse tanto en la oferta o policitud, como en la aceptación de la misma. Aunque la falta de formalidad exigida por la ley hace que el contrato pueda ser invalidado y que mientras no revista esa forma legal no será válido, tal efecto de formalidad sólo produce la nulidad relativa del contrato y no impide que dicho contrato produzca provisionalmente sus efectos hasta que se declare su nulidad.

El cuarto elemento de validez de los contratos es el llamado fin o motivo determinante de la voluntad el cual debe ser lícito. Si fuera ilícito, esto trae aparejada la nulidad relativa. Para que el fin o motivo ilícito produzca la nulidad es necesario que las partes hayan exteriorizado el mismo fin o propósito.

A propósito de la legitimación, existen contratos que requieren para su eficacia de la misma. La legitimación contractual se funda en la relación de una de las partes con el objeto del contrato de que se trata pero sin que ella consista

necesariamente en la identidad entre la persona que celebra el contrato y la persona sobre cuyo patrimonio van a producirse los efectos de tal contrato, ya que la legitimación puede darse también en los contratos sobre el patrimonio ajeno. La falta de legitimación es causa de nulidad absoluta ya que al faltar aquella, el contrato no se puede celebrar ni por sí ni por representantes.

Hecho el esbozo de los elementos del contrato, es pertinente señalar que nuestro Código Civil en su artículo 1793 menciona lo que debe entenderse por contrato señalando a la letra lo siguiente: "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contrato". A su vez, el artículo 1792 del propio ordenamiento señala expresamente que "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones". Cabe señalar que el contrato sólo crea o transfiere derechos y obligaciones, no los modifica ni los extingue.

Una vez aclarados los conceptos anteriores, es conveniente realizar, en forma enunciativa y con breves explicaciones, la clasificación de los contratos.

Nuestro Código Civil divide los contratos en unilaterales o bilaterales, siendo los primeros en los que una sola parte se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada; y los segundos en los que las partes se obligan recíprocamente. También nuestro legislador clasifica a los contratos en onerosos

cuando se estipulan provechos y gravámenes recíprocos y gratuitos cuando el provecho es solamente de una de las partes. A su vez el contrato oneroso se divide en conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato pudiendo las partes apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les causa éste; y en aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice.

Existen también contratos nominados e innominados, siendo los primeros los preceptuados por la ley; y los segundos, los que no se encuentran preceptuados en la ley sino que se rigen por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los preceptuados en el Código Civil.

Los contratos consensuales son los que no requieren de formalidades para su validez, en contraposición a los contratos formales que son a los que la ley exige determinada forma para su validez.

Los contratos reales son los que se perfeccionan con la entrega de la cosa: en cambio los consensuales se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes.

Don Clemente de Diego, autor español, considera a los contratos en tres grupos: preparatorios, principales y

accesorios. Los preparatorios crean un estado de derecho como preliminar y necesario para la celebracion de contratos posteriores. Los principales existen por si y tienen un fin propio independiente de los demás. Los accesorios sólo existen por consecuencia de otros (9).

Existen más clasificaciones de contratos que a nuestro juicio sobrepasan el análisis del presente trabajo, por lo cual es preciso recordar que sólo he hecho un análisis enunciativo y sencillo de las principales clasificaciones de los contratos para poder pasar de lleno al estudio de la Teoría General del Contrato Administrativo que será tema del siguiente título.

9.- Sánchez Medel, Op. Cit. pág. 121.

T I T U L O I I I
TEORIA GENERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

C A P I T U L O 1
CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Nuestro Derecho reconoce la existencia de los contratos administrativos y participa de la doctrina de que contratar no es voz sinónima de contrato privado. Tan es así que se da la coexistencia en el derecho de los contratos administrativos y de los contratos de derecho privado con su común denominador que es la teoría general del contrato que en el título anterior estudiamos.

El hecho de que exista una no convivencia entre los contratos administrativos y los contratos privados, esto no obsta para que exista autonomía por parte de cada uno de ellos. Existen características comunes, es cierto, pero también son visibles sus diferencias que en sí mismas hacen autónomos a los dos grupos de contratos.

Ahora bien, el contrato administrativo no es el único contrato que realiza el Estado por medio de la Administración Pública. son bastantes los casos en que el Estado celebra contratos privados y no menos los casos en que el Estado utiliza otras formas jurídicas de derecho privado como es el caso de la sociedad anónima que han hecho posible el buen funcionamiento de las empresas públicas.

Pero vayamos más al problema que en este trabajo me planteo: ¿Cómo saber si el contrato que celebra el Estado es administrativo o privado?. La definición de lo que es el contrato administrativo sería la respuesta a esta pregunta. Pero para llegar a ella, debemos interrogarnos primero ¿Con qué criterio se obtendría esta definición?.

Antes que nada hoy en día, no se puede hacer a un lado el hecho de que el Estado por medio de la Administración Pública, sea parte. Es decir, por ningún concepto se admite la existencia de contratos administrativos celebrados entre particulares. Dado lo anterior, resulta complicado encontrar qué criterio domina para saber si un contrato es o no administrativo.

Imperan en el derecho dos tesis principalmente a saber: la tesis basada en la naturaleza del contrato y la tesis basada en el voluntarismo del contrato. La primera arguye que el contrato es administrativo porque su naturaleza es administrativa, es decir, que su objeto es administrativo. ¿Pero qué objeto hace o denota lo administrativo? por voz casi unánime se dice que es el servicio público. Waline dice textualmente al respecto que: "Si el contrato tiene por objeto o por efecto asociar al contratante de la persona administrativa en la ejecución misma de un servicio público, su contencioso es la competencia administrativa, sin otra condición" (10). Pero qué

10.- Marcel Waline, "Les clauses exorbitantes du droit commun", pág. 1175, en Revue du Droit Public et de la science Politique en France et a l'Etranger, Noviembre-Diciembre de 1965, citada por Alfonso Nava Negrete: "Contratos de la Administración Pública", en la "Revista del Tribunal Fiscal de la Federación", Segundo Número Extraordinario, México, D.F. págs. 557-572.

es el servicio público?, la respuesta a esta pregunta es amplísima y por lo mismo ambigua e imprecisa ya que para cada autor el servicio público es distinto, lo que para uno no es servicio público, para otro sí lo es. Por eso es que este criterio no puede ser el imperante en cuanto a la determinación de si un contrato es o no administrativo, además de que existen contratos administrativos en los que su objeto no es un servicio público como es el caso del contrato de obra.

La tesis basada en el voluntarismo de las partes argumenta que es la voluntad del Estado por medio de la Administración Pública y la de su contratante las que optan por el procedimiento del contrato administrativo. Pero aquí vemos claramente que las partes "optan" por el "procedimiento administrativo"; y si optan por éste quiere decir que de hecho ya existe el criterio que determina el contrato administrativo que en este caso sería el "procedimiento". Realmente esta tesis tampoco supera el problema planteado y a mi gusto la desecho por ser imprecisa y vaga.

En mi concepto, lo que viene a caracterizar al contrato como administrativo, es el régimen exorbitante de derecho común. ¿Qué es la cláusula o el régimen exorbitante de derecho común?, el maestro Nava Negrete a este respecto dice lo siguiente: "Desde luego es una cláusula derogatoria del derecho común. Con esto se quiere decir que es una cláusula que no es posible en los contratos de derecho común. La imposibilidad deriva fundamentalmente que ella viene a romper con el principio

esencial de la igualdad de los contratantes, que priva en los contratos civiles y la manera como da origen a la desigualdad es creando a favor de la administración poderes, más bien prerrogativas frente a su cocontratante. Se habla así de "prerogativa exorbitante" (11).

El gran maestro Manuel María Díez, argumenta a este respecto que si bien "La existencia de esas cláusulas exorbitantes en forma expresa en el contrato le daría al mismo el carácter de administrativo, en ninguna forma ello significa que el particular esté subordinado a la administración, ya que los contratos administrativos son en muchos casos contratos de colaboración y el particular actúa colaborando con la administración"(12). pero al maestro se le olvida a fuerza de ser contradictorio que las cláusulas exorbitantes lo son así por ir precisamente más allá del derecho común, más allá de la igualdad de las partes, incluso más allá de su voluntad. No es posible la celebración de los contratos administrativos sin las citadas cláusulas. Si bien es cierto que el particular colabora con la Administración, ésta no puede dejar que la celebración del contrato sea del imperium del particular por el simple hecho de colaborar con ella. razón por la cual el contrato administrativo lo es en virtud de que existen las tantas veces citadas cláusulas exorbitantes y los contratantes los aceptan.

11.- Alfonso Nava Negrete. "Contratos de la Administración Pública" en la "Revista del Tribunal Fiscal de la Federación". Segundo Número Extraordinario, México, D.F. pág. 557-572.

12.- Manuel María Díez. "Derecho Administrativo". Ed. Plus Ultra. Argentina, Tomo III. pág. 23.

El gran maestro Miguel Angel Berçaitz clasifica las cláusulas exorbitantes en dos grupos:

- "1.- Aquellas por las cuales la Administración Pública se atribuye sobre su cocontratante, derechos que un particular no podría atribuirse en ningún contrato, porque las leyes no lo autorizan para hacerlo.
- "2.- Aquellas por las cuales la Administración Pública otorga a su cocontratante poderes respecto a terceros, que un particular no podría conferir en ningún contrato, porque las leyes en vigor lo invalidarían."

Dice el citado maestro que si los contratos celebrados por la Administración Pública contienen cláusulas que impliquen los dos grupos citados o alguno de los dos, el contrato entonces será administrativo. Pero su postura rebasa lo dicho argumentando que la nota definitoria de los contratos administrativos, no es otra cosa que la relación de subordinación jurídica resultante del fin público perseguido por la administración y del propósito económico perseguido por el cocontratante de la Administración.

A este respecto, mi postura queda ratificada en el sentido de considerar que el contrato es administrativo por contener cláusulas exorbitantes de derecho común, la subordinación a que el gran maestro Berçaitz hace referencia, considero que está de más si se invocan las tantas veces citadas cláusulas exorbitantes, ya que las mismas, en sí contienen o más bien son prerrogativas de la Administración Pública que la colocan en un estado de superioridad en cuanto a la ejecución de la celebración y ejecución del contrato, lo mismo que en cuanto a su término. Por eso considero que el estado de subordinación a

que hace referencia el tratadista citado. esta de más si invocan las citadas cláusulas exorbitantes.

Ahora bien, mi postura, tantas veces citada, de que lo determinante de los contratos administrativos son las cláusulas exorbitantes de derecho común, no puede hacer a un lado de que tales contratos con las citadas cláusulas, sean celebrados entre un particular y el Estado por medio de la Administración Pública.

Analizando el problema de saber qué es lo que denota lo administrativo de un contrato celebrado por la Administración Pública, pasemos a la tan difícil tarea de definir al contrato administrativo.

Así tenemos que existen personas que pretenden definir al contrato como un acto administrativo por el hecho de considerar que el Estado realiza actos administrativos simple y llanamente. Pero el Estado vería limitada su acción considerando solo a los actos Administrativos como los únicos que puede realizar, ya el gran maestro Fraga dice, al definir lo que es la actividad del Estado, que los actos administrativos son los más importantes. más no los únicos. Pero ¿qué es el acto administrativo? el maestro Berçaitz lo define como "una decisión o declaración unilateral de un órgano del Estado en ejercicio de una función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata"(13). Dada la definición del

13.- Miguel Angel Berçaitz. Op. Cit. pag. 220 v 221.

acto administrativo es claro que el contrato administrativo no es un acto administrativo. ya que en este último lo imperante es la unilateralidad de la declaración y en un contrato, tal unilateralidad no cabe; sólo es posible la celebración de un contrato por el acuerdo de voluntades de las partes, no por la declaración unilateral de una de ellas. Por ello el contrato administrativo no se puede definir teniendo como base para la definición el acto administrativo.

Son muchas las definiciones que existen sobre el contrato administrativo de las cuales, entre las más importantes tenemos las siguientes:

Bielsa dice que contrato administrativo es el que celebra la Administración Pública con otra persona pública o privada, física o jurídica, y que tiene por objeto la prestación de utilidad pública.

En mi opinión, esta definición carece de validez, ya que el autor citado considera a los contratos que celebra la Administración Pública con otra persona pública como administrativos, siendo que este tipo de contratos no son contratos propiamente administrativos, sino interadministrativos en los que no cabe la situación jurídica de desigualdad de todo contrato administrativo entre las partes contratantes, una de derecho público y un particular. Además, Bielsa limita la celebración de los contratos administrativos a un sólo objeto: la utilidad pública; y como ya hemos dicho arriba, el contrato administrativo no lo es porque su objeto sea la utilidad pública

y pusimos como ejemplo el contrato de obra. Y una crítica más podemos hacerle a Bielsa en el sentido de que su definición, si bien es cierto que es meramente descriptiva y como tal aceptable, se concreta a dar los requisitos que el contrato administrativo debe cumplir no definiendo en sí lo que es el contrato y lo que es lo administrativo del mismo.

Según Marienhoff, el contrato administrativo es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas.

En mi concepto esta definición es más correcta que la dada por Bielsa, ya que Marienhoff habla en sí del contrato, de lo que lo produce, del acuerdo de voluntades generador de derechos y obligaciones, pero se le olvida que el contrato también transfiere derechos y obligaciones, por lo cual su definición estaría parcialmente completa. La misma crítica hecha a Bielsa cabe en considerar a los contratos administrativos sólo como contratos que tienen por objeto satisfacer necesidades públicas. Lo mismo en el sentido de que el contrato celebrado entre la Administración Pública y otro órgano administrativo, es administrativo, ya que aquí va explicamos que a estos contratos se les llama interadministrativos y que son distintos a los administrativos.

Miguel Angel Berçaitz define a los contratos administrativos por su naturaleza diciendo que son "aquellos celebrados por la Administración Pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al cocontratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la Administración Pública en una situación de subordinación jurídica". También dice que son contratos administrativos, aún cuando no por su naturaleza "aquellos que el legislador ha sometido a reglas de derecho público exorbitantes del derecho 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 su ejecución, la satisfacción de una necesidad pública colectiva" (14).

Caben, a mi entender, las siguientes críticas sobre las definiciones dadas por Berçaitz:

- 1.- Define a los contratos administrativos haciendo una división de los mismos por su naturaleza y por su no naturaleza. lo cual resulta contradictorio y lejos de definir lo que es el contrato administrativo, hace caer al lector en una profunda incertidumbre de lo que en páginas anteriores de su libro sostuvo, ya que al hablar de contratos administrativos no por

14.- Miguel Angel Berçaitz. Op. Cit. págs. 246 y 247.

su naturaleza, de nada sirve haber el escrito y nosotros leído, la exposición que tan brillantemente hace para llegar a lo que determina lo administrativo en el contrato administrativo, para llegar en pocas palabras, a la verdadera naturaleza del contrato administrativo.

2.- Dicho lo anterior, es preciso que se de un sólo concepto de lo que es el contrato administrativo, una sola definición que sea completa y que no de pie a confusiones ni galimatías.

3.- El maestro Berçaitz dice que son los celebrados por la Administración Pública con un fin público o que en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva. Si bien es cierto que el maestro citado aquí salva la crítica de considerar solo como objetivo el fin público al decir que tales contratos celebrados por la Administración Pública "tienen un fin público" o que en su ejecución "pueden" afectar la satisfacción de una necesidad pública, deja su definición la duda de saber si tales contratos administrativos sólo los celebra la Administración Pública entre sí. Es decir, dice que son celebrados por "la Administración Pública", pero no dice con quién los celebra, solo hace mención al cocontratante, pero ¿quién es ese cocontratante?, ¿es acaso un ente de derecho público?, ¿un organismo de la Administración Pública? Por la definición que él da sería otro organismo de la Administración Pública y ya dijimos que los contratos administrativos, se celebran entre la Administración Pública y un particular.

4.- Habla el maestro Berçaitz de la subordinación que si bien es cierto que es clara su postura no deja de ser redundante al hablar al mismo tiempo de cláusulas exorbitantes de derecho privado. Ya dijimos que en mi opinión, tales cláusulas llevan implícitas a la subordinación por el simple hecho de ser exorbitantes de derecho privado.

Una vez hechas las críticas anteriormente mencionadas, cabe señalar que en el presente trabajo se ha señalado hasta el momento como una parte contratante a la Administración Pública por ser así la opinión imperante en el terreno de los contratos administrativos; pero a decir verdad, el maestro Manuel María Díez considera que los tres órganos del Estado son competentes para realizar contratos administrativos "siempre que estén ejerciendo funciones de carácter administrativo", es decir, "las que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consisten en la ejecución de actos materiales o de actos que determinen situaciones jurídicas para casos individuales" según la definición de función administrativa que don Gabino Fraga señala en su libro de "Derecho Administrativo". Es decir, en opinión de don Manuel María Díez, el órgano imperante para celebrar los contratos administrativos es el Ejecutivo a través de la Administración Pública; pero esto para él no es óbice para que tanto el Legislativo como el Judicial puedan celebrar dichos contratos, contratos que serían materialmente administrativos y formalmente Legislativos o Judiciales.

A este respecto, nuestra Suprema Corte de Justicia senala que son contratos administrativos solo los celebrados por la Administración Pública como parte integrante del Órgano Ejecutivo, pero me pregunto ¿Qué pasa en aquellos contratos de obra por ejemplo, que quiera celebrar el Legislativo para ampliar sus instalaciones o el Judicial para los mismos fines?. ¿deberán tales Órganos del Estado celebrar tales contratos por medio de la Administración Pública? ¿cómo operaría la celebración del contrato?. Estas son algunas de las muchas preguntas que me he formulado y cuyas respuestas daré al analizar el título referente a los elementos esenciales del contrato administrativo.

Una vez hechas las declaraciones anteriores y hechas las críticas a los autores mencionados en lo que respecta a las definiciones de contrato administrativo, procederé a dar mi humilde concepto de contrato administrativo que sin pretender en absoluto ser el concepto exacto y universal, si pretende ser un concepto más preciso y más congruente con la realidad, realidad cambiante por la excesiva complejidad que denota y por lo mismo, un concepto que se acerque un poco más a lo que será en un futuro la Teoría Universal del Contrato Administrativo.

Pasemos pues a definir al Contrato Administrativo en general, ya que cada contrato administrativo en particular tendrá sus propias características que harán que su definición sea diferente a las de los demás contratos administrativos.

Contrato Administrativo es el acuerdo de voluntades que

realiza un particular con el organo Ejecutivo a traves de la Administración Pública, y excepcionalmente con el Legislativo y el Jurisdiccional. tendiente a la creación o transmisión de derechos y obligaciones comunes y propios del particular frente a terceros y cuyas cláusulas están sujetas a normas de derecho público y a normas exorbitantes de derecho privado.

Pasemos ahora a explicar cada concepto integrante de la definición expuesta:

1.- Contrato administrativo es el acuerdo de voluntades: todo contrato implica un consenso, el consentimiento de las partes contratantes, si no, dejaría de ser contrato y se convertiría en otra figura jurídica diferente, las voluntades acuerdan en la celebración del contrato, acuerdan en su ejecución, acuerdan en su fin. Es un estar de acuerdo en sus cláusulas, en todas y cada una de ellas.

2.- Que realizan un particular con el órgano Ejecutivo a través de la Administración Pública: el acuerdo de voluntades es realizado entre el particular y el Estado en lo que respecta al Organó Ejecutivo. Y este órgano Ejecutivo actúa a través de la Administración Pública que será la que contratará directamente con el particular. Ahora bien, aquí hablamos de particular en oposición a Estado, el particular es una parte y el Estado otra: el particular es el gobernado y el Estado el gobernante. Pero cabe hacer la aclaración de que este particular puede ser tanto una persona física como una

persona moral. Así tenemos que el Estado contratará, a través de un órgano, con una persona física o con una persona moral.

3.- Y excepcionalmente con el Legislativo y el Jurisdiccional: esto quiere decir que el particular aludido puede contratar con el órgano Legislativo o con el Judicial siempre y cuando estos órganos contraten en base a la ejecución de funciones administrativas que materialmente les correspondan.

4.- Tendiente a la creación o transmisión de derechos y obligaciones comunes: porque todo acuerdo de voluntades genera derechos y obligaciones o los transmite. Al decir comunes, me refiero a los propios de los contratantes en relación con ellos mismos, derechos del uno para con el otro, obligaciones del uno para con el otro. Derechos y obligaciones que se dan por el contrato celebrado.

5.- Y propios del particular frente a terceros: va que con motivo de la celebración del contrato administrativo, el particular, dígase persona física o moral, tendrá derechos y obligaciones propios frente a terceros ajenos al contrato, a su celebración.

6.- Y cuyas cláusulas están sujetas a normas de derecho público y a normas exorbitantes de derecho privado: es decir, no hay contrato administrativo en el que dadas todas las características apuntadas, tenga como base de sus cláusulas el derecho privado. Será administrativo el contrato que dadas las características apuntadas tenga como base al

derecho público y a las citadas normas exorbitantes de derecho privado.

C A P I T U L O 2

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. DOCTRINAS QUE LOS SUSTENTAN

Existen un sin número de doctrinas que pretenden negar la existencia de los contratos administrativos aduciendo sus bases o fundamentos: y no menos son las que reconocen la existencia de dichos contratos.

Pasemos a mencionar solo algunas de las doctrinas que sustentan al contrato administrativo:

- a).- En primer lugar tenemos a la doctrina que niega la existencia de los contratos administrativos: esta doctrina dice que no hay contratos de derecho administrativo, ni contratos de derecho público y privado, ya que no existe diferencia entre el derecho público y el privado. Tal doctrina se refiere al monismo de Kelsen, el cual yo no comparto. Duguit, aunque afirma la existencia del derecho público por una parte y la existencia del derecho privado por la otra, afirma: "Hablar de contrato de derecho privado y de contrato de derecho público es hablar de cosas que no existen; y en consecuencia, no se los puede oponer, como tampoco por las mismas razones no se puede hablar de actos de gestión y de actos de autoridad, y oponer los unos a los otros. Existen contratos realizados por el Estado y actos ejecutados por él que no son contratos, pero oponer los unos a los otros. Existen contratos realiza-

dos por el Estado y actos ejecutados por él que no son contratos, pero oponer los contratos de derecho público a los contratos de derecho privado, es dar apariencia jurídica a procedimientos más o menos hábiles por los cuales los detentadores del poder tienden frecuentemente a sustraerse a compromisos regularmente contraídos. Es preciso, de una vez por todas borrar de la lengua del derecho esta expresión contrato de derecho privado y contrato de derecho público y hablar solamente del contrato". (15).

- b).- **Doctrina Privatista:** afirma que los contratos que el Estado celebra pertenecen sólo a los de derecho privado. Dice Miguel Ángel Berçaitz al respecto que "para estos autores, el hecho de que la Administración Pública -entiendase como tal a los tres órganos del Estado en función administrativa, como lo señala en la nota al pie de página en la página 2 (esto es mío)- declare mediante actos autoritativos, sin intervención de los órganos jurisdiccionales, los derechos que ella tiene en el contrato, no basta para excluir la naturaleza privada del vínculo ni su carácter contractual. Las variaciones que la Administración Pública puede introducir en la ejecución del contrato, son una simple aplicación de principios que rigen en el Derecho Civil, en cuanto a la cosa objeto del contrato, y el precio, los cuales no es preciso que se determinen en forma absoluta, bastando que puedan determinarse. Tampoco constituye un elemento excluyente la

15.- León Cugat "Las Transformaciones del Derecho Privado", Madrid, 1948, págs. 115 a 121, citado por Miguel Ángel Berçaitz, Op. Cit. págs. 154 y 155.

resolución del vínculo en forma unilateral por la Administración Pública, por ser ello perfectamente admisible dentro de la economía del contrato de derecho privado. En consecuencia, cuando la Administración Pública actúa en el campo contractual, lo hace mediante contratos de derecho privado; cuando no actúa dentro del contrato de derecho privado, actúa fuera del campo contractual, unilateralmente, como autoridad, como poder público".(16)

c).- **Doctrina de la unilateralidad:** El principal expositor es Otto Mayer al subrayar: "El contrato en sentido propio, es inaplicable en el derecho administrativo; los que se llaman contratos son, en realidad, actos administrativos, los cuales pueden resultar eficaces únicamente con el consentimiento del interesado."(17).

d).- **Doctrina de los dos actos unilaterales:** Esta doctrina afirma que los contratos administrativos son simples actos unilaterales del Estado en los que la voluntad del cocontratante no es un elemento esencial ya que sus respectivas declaraciones de voluntad no pueden fundirse en

16.- Miguel Angel Berçaitz, Op. Cit. pág. 159.

17.- Otto Mayer, "Teoría del Contrato de Derecho Público", Vol. 3, Págs. 1 y siguientes. Citado por Fritz Fleiner, "Instituciones de Derecho Administrativo", traducción de la Ba. ed. alemana, Madri, 1933, No. 13, nota 92, 169, y por Juan P. Ramos, "Ensayo sobre La concesión de servicios públicos", Buenos Aires, 1937, pág. 167, citado por Miguel Angel Berçaitz, Op. Cit. pág. 166.

un acto unico convencional por su diferente naturaleza juridica. El acto de la Administración y el del particular no se funden. solo se mantienen coligados, siendo el acto unilateral del cocontratante sólo una condición de validez del acto o de su eficacia.

e).- **Doctrina que sostiene la existencia de los contratos administrativos:** Esta doctrina tiene varios sustentantes, entre los que destacan Brandao Cavalcanti, Marienhoff, Garcia de Enterría, y otros autores no menos importantes. Brandao Cavalcanti afirma que si el contrato público fuera igual al contrato privado, no existirían aquellas normas que el Estado dicta para la celebración de los contratos en los que él es parte. Por otro lado, Marienhoff afirma que el contrato administrativo es tal y por ende diferente al derecho privado, en vista de las notas propias del primero como lo son la desigualdad de las partes, prerrogativas especiales correspondientes al Estado en la vigencia del contrato y cumplimiento de fines estatales típicos. En opinión de Garcia de Enterría, lo que manifiesta la existencia de los contratos administrativos es la modulación que alcanza cierta unidad de sentido en los mismos y que en base en ella hace que exista la teoría jusadministrativa del contrato.

Una vez dadas a conocer las doctrinas sustentantes tanto que afirman como que niegan la existencia del contrato administrativo, es conveniente hacer las criticas pertinentes a las doctrinas que niegan la existencia del contrato

administrativo, ya que como mas adelante expresare, mi opinión es a favor de los que sostienen la existencia de los contratos mencionados.

Por lo que respecta a la opinión de Kelsen y a la de León Duguit, no comparto sus posturas, ya que en si jamás he participado de la doctrina Kelseniana y más ahora que en mi opinión afirmo la existencia de tales contratos y él los niega. Para kelsen el derecho es uno y no admite la diferencia entre el derecho privado y el público, pero entonces ¿qué solución da a los contratos que continuamente el Estado celebra con los particulares en la vida real? Es preciso ahondar no sólo en problemas teóricos y filosóficos del derecho para no caer en el abstractismo. El Derecho es real, regula vivencias cotidianas, problemas que surgen con motivo de la vida social que el hombre tiene. La vida del hombre evoluciona a tal grado que cada día es más compleja y lo que antes era regulado sólo por el derecho privado, vemos que despues y ahora toma formas nuevas, diversas que no deben encajar en el mismo derecho privado con motivo de una mente cerrada y estricta que acepta que la vida juridica del hombre se encierra sólo en uno de los dos cajones del derecho: privado o público. Es precisó pues que el jurista abra su mente a la adopción de nuevos criterios que en lugar de entorpecer y hacer más difícil la vida juridica del hombre, la haga susceptible a soluciones pacíficas y sensatas. Lo mismo cabe decir de Duguit.

En cuanto a la doctrina privatista cabe lo señalado en la

crítica hecha a la doctrina anterior, por lo que remito al lector a renglones anteriores, permitiéndome recalcar solamente que cabe señalar y aclarar a la doctrina privatista, que existen cláusulas exorbitantes de derecho privado que hacen posible la realización, y por ende, la existencia de los contratos administrativos, cláusulas que han quedado estudiadas más arriba.

En cuanto a la doctrina de la unilateralidad, refuto esta en cuanto a que habla de que los contratos administrativos no son contratos sino actos administrativos que pueden resultar eficaces únicamente con el consentimiento del interesado. La postura de esta doctrina es contradictoria, ya que habla de que sólo podrán ser eficaces con el "consentimiento" del interesado. Y yo me pregunto: que si el Estado decide celebrar un contrato (unilateralidad de esta doctrina) y luego el interesado o cocontratante da su consentimiento, necesario para la eficacia de la misma decisión del Estado, ¿no existe un concenso, un acuerdo de voluntades?, claro que existe el acuerdo, el consentimiento de las partes y por lo tanto el contrato. A mi gusto la postura de Otto Mayer carece de valor jurídico.

Sobre la doctrina de los dos actos unilaterales cabe hacer la misma crítica que a la postura de Otto Mayer, ya que si existe un negocio en el que una parte da su declaración unilateral con respecto a ese negocio y luego la otra hace lo mismo con respecto al mismo negocio, entonces existirá acuerdo de voluntades sobre tal negocio y por ende contrato.

f) ~~Nuestro~~ **opinión:** Como bien el lector se habrá dado cuenta, es lógico que si di mi definición de contrato administrativo, es porque reconozco su existencia. Y cabe lo señalado en la introducción del trabajo en el sentido de que el Estado no siempre actúa con el imperium que tiene, sino que se da cuenta de que a veces necesita la colaboración de los particulares, de su consentimiento para poder celebrar contratos con cláusulas exorbitantes del derecho común que no es posible avocarlas sólo a normas de derecho privado como rectoras primogenitas del contrato en sí, general. Por estas razones, a los contratos celebrados de esa forma, distintos a los de derecho privado, se les ha dado el nombre de contratos administrativos, contratos que existen en la vida jurídica del Estado y los particulares y de los cuales, es tal su existencia, que se han regulado en disposiciones de carácter general dadas por el Estado.

C A P I T U L O 3

CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Existen diversas clasificaciones de los contratos administrativos entre las cuales destacan las siguientes:

El maestro **Carlos García Oviedo** diferencia los contratos de la administración en dos grandes categorías: los contratos para obras y servicios públicos o contratos administrativos y los designados como contratos simples o de derecho común. Distinción que expresa una diferencia y

superación del criterio subjetivo de considerar a los contratos administrativos todos los pactados por la Administración.

Dice textualmente el maestro lo siguiente: "De esta suerte, es como se puede decir que los contratos administrativos implican actividad administrativa de derecho privado; y los simples contratos, en los que la Administración se liga sin que el objeto constituya medio directo de cumplimiento por aquella de sus fines característicos de interés público, actividad privada de la Administración".

"La razón discriminatoria entre ambas clases de contratos no puede ser teleológica por cuanto sea cual sea la clase de actividad que la Administración desarrolla, siempre hay en ella el denominador común del interés público como fin de la misma, de donde resulta que para la diferenciación de tal doble posibilidad contractual habrá que estar al contenido de los negocios jurídicos de que se trate y observar si existe o no en ellos un interés público inmediato, que constituya el objeto de la relación jurídica que en los mismos se determina".

"La teoría general de los contratos de la administración supone, pues, de un lado, los contratos de derecho común sometidos a las reglas del derecho privado, que dan lugar en caso de litigio al conocimiento del mismo por parte de los tribunales ordinarios; y de otra parte, los contratos administrativos, que se dicen sometidos a reglas exorbitantes del derecho común, y que originarán, en caso de controversia judicial sobre su contenido y

efectos, un juicio contencioso administrativo. Se dirá, pues, contratos de la Administración cuando queramos expresar indistinta y conjuntamente ambas clases, y contratos de derecho común, privado o civil, en oposición a contrato administrativo"(18).

Pasamos a comentar la clasificación dada por el maestro García Oviedo.

Habla el citado maestro de los contratos de derecho común celebrados por la Administración y regidos por el derecho privado en oposición a los contratos administrativos regidos por reglas exorbitantes de derecho común, llamando a los dos en común contratos de la Administración.

Es decir, el autor citado, considera que la Administración tiene la facultad de celebrar dos tipos de contratos: los contratos civiles o de derecho común de la administración y los contratos propiamente administrativos. Contratos cuya diferenciación consistirá en observar el contenido de los negocios jurídicos de que se trata y si existe en ellos un interés público inmediato, que constituya su objeto.

No obstante que en mi concepto la citada clasificación es completamente válida y aceptable, puesto que en un tipo de

18.- Carlos García Oviedo: "Derecho Administrativo", Ed. EISA, Madrid, Tomo II, Libro Cuarto, Pags. 127 a 130.

contratos considera como elementos imprescindibles a la Administración y al derecho común y en otros a la misma Administración y a las cláusulas exorbitantes del derecho común, cabe volver a hacer la aclaración en el sentido de que el presente trabajo está inclinado a los contratos administrativos simplemente, no a los contratos civiles de la administración.

También existe otra clasificación que señala a los contratos administrativos como **contratos de colaboración y contratos administrativos de atribución**. La diferencia entre estos dos tipos de contratos radica en el establecimiento de la parte que hace las prestaciones. Como lo señala a la letra don Manuel María Díez: "asi un contrato de obra pública sería indudablemente un contrato de colaboración porque es el particular el encargado de hacer las prestaciones, como que está obligado a realizar la obra pública" (19).

En cambio en un contrato de atribución, la prestación la hace la administración. En los contratos de colaboración debe la administración proceder con un rigor mucho mayor que en los de atribución, ya que en estos últimos lo esencial es la prestación del Estado en beneficio exclusivo del particular. Es de señalar también que mientras el contrato de colaboración se efectúa teniendo en cuenta el interés general de la colectividad, en el de atribución se tiene en cuenta el interés particular de aquél a quien se le otorga.

19.- Manuel María Díez. Op. Cit. págs. 26 a 28.

Se distinguen también los contratos según su tipicidad en **contratos típicos y atípicos** en la medida en que se encuentran regulados o no por una disciplina concreta y detallada en la ley. Así el contrato de obra pública es un contrato típico porque está regulado por la Ley de Obras Públicas. En cambio en los casos en que no existe una norma que regula específicamente el contrato, éste será atípico.

Los contratos se pueden clasificar también en **nominados** e innominados. Esta clasificación tiene en cuenta la nominación jurídica del contrato con prescindencia del hecho de que el mismo se encuentra sometido o no a una regulación legal específica.

También existe la clasificación que divide a los contratos administrativos según la clase de personas que intervienen en ellos: **contratos administrativos y contratos interadministrativos**. Los primeros son los celebrados entre la Administración Pública y un particular. Los segundos son en los que interviene la Administración y un ente administrativo cocontratante.

C A P I T U L O 4

ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

A) Sujetos.

Como lo comenta Miguel Angel Berçaitz en su libro ya mencionado y al cual nos avocaremos en la mayoría de este

capítulo, uno de los elementos debe ser la Administración Pública y excepcionalmente los órganos Legislativo y Judicial. El otro sujeto es un particular, sea persona física, sea persona moral.

Ahora bien, para que exista un contrato, la Administración Pública requiere de una persona física que obre en nombre y representación de aquella, es decir, dentro de la esfera de competencia de aquella.

"A veces basta la intervención de un solo organismo estatal; a veces es preciso la intervención previa de otro que "autorice" la celebración del contrato; a veces se necesita la intervención posterior de un órgano distinto que lo "apruebe" (20).

Es preciso recordar que en el contrato administrativo la Administración Pública actúa como tal, como poder público y con los privilegios que goza y que no puede renunciar en ninguna forma. Las atribuciones corresponden a la función, no a los funcionarios y por ende no pueden ser renunciados por ellos, por no pertenecerles.

El otro sujeto del contrato administrativo será un particular persona física o persona moral. No es el caso aquí mencionar quienes son sujetos en cada uno de los contratos administrativos existentes en nuestros días, ya que tal especificación excedería el tema del presente trabajo por además ser un tema casuístico en el que tendríamos que estudiar con

20.- Miguel Ángel Berçaitz. Op. Cit. pág. 261.

detenimiento la competencia del organismo de la Administración Pública, remitirnos a sus leyes orgánicas y reglamentos interiores, y en fin, dados los cambios siempre efectuados sexenalmente en nuestra Administración Pública, lo que antes fue, hoy no sería y viceversa.

No obstante lo anterior, cabe mencionar a los sujetos particulares de algunos tipos de contratos administrativos. Tal es el caso del contrato de obra pública en donde la mayoría de las veces será una empresa comercial inscrita en el Padrón de Contratistas de Obras Públicas, tal como lo señala el artículo 19 de la Ley de Obras Públicas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de diciembre de 1980 que en su tercer párrafo dice textualmente: "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" (21). Otro caso es el del contrato de suministro en donde el particular será una persona física ó una moral. En nuestro país existe la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de febrero de 1985 la cual menciona en su artículo 20 cuarto párrafo que "Las dependencias y entidades sólo podrán fincar pedidos o celebrar contratos con las personas inscritas en el Padrón" (22). Tal

21.- Ley de Obras Públicas publicada en el Diario Oficial el 30 de diciembre de 1980.

22.- Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles publicada en el Diario Oficial el 8 de febrero de 1985.

Padron es el Padron de Proveedores y tales proveedores pueden ser personas físicas o personas morales, aunque en la mayoría de los casos son personas morales.

En México existen algunas leyes que nos hablan de los contratos administrativos como son la Ley de Obras Públicas, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, y la Ley de Vías Generales de Comunicación, por lo que mencionaremos algunos artículos importantes de tales leyes que aluden al tema de los sujetos de los contratos administrativos a estudio.

El artículo 10. de la Ley de Obras Públicas habla de las acciones que realicen las unidades de la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos, las Procuradurías General de la República y de Justicia del Distrito Federal, el Departamento del Distrito Federal, los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos que de conformidad con las disposiciones legales aplicables sean considerados entidades paraestatales. El mismo artículo in fine dice: las disposiciones de esta ley rigen para los actos y contratos que celebren las entidades paraestatales, para cuyo efecto sus órganos de gobierno emitirán de conformidad a este mismo ordenamiento las políticas, bases y lineamientos para la contratación, y ejecución de obras públicas, tomando en consideración la naturaleza, fines y metas de las propias entidades.

El artículo 10. de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles habla de las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación y control que en materia de adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles y prestación de servicios relacionados con los mismos realicen las dependencias, y de los actos y contratos relacionados con las materias a que se refiere la fracción anterior que lleven a cabo y celebren las propias dependencias. Dice in fine el citado artículo que las disposiciones de esta ley rigen para los actos, pedidos y contratos que celebren las entidades paraestatales, para cuyo efecto sus órganos de gobierno emitirán de conformidad con este mismo ordenamiento las políticas, bases y lineamientos para las materias que se refieren en este artículo, tomando en consideración las características, necesidades y objetivos y metas de las propias entidades.

En cuanto a la Ley de Vías Generales de Comunicación, es necesario mencionar algunas fracciones del artículo 36 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que a la letra dice:

"A la Secretaría de Comunicaciones y Transportes corresponde el despacho de los siguientes asuntos: VII Construir las vías férreas, patios y terminales de carácter federal para el establecimiento y explotación de ferrocarriles, y la vigilancia técnica de su funcionamiento y operación; XVIII Construir, reconstruir y conservar las obras marítimas, portuarias y de dragado, instalar el señalamiento marítimo y proporcionar los servicios de información y seguridad para la navegación marítima; XIX Adjudicar y otorgar

contratos, concesiones y permisos para el establecimiento y explotación de servicios relacionados con las comunicaciones por agua; así como coordinar en los puertos marítimos y fluviales las actividades de servicios marítimos y portuarios, los medios de transporte que operen en ellos y los servicios principales, auxiliares y conexos de las vías generales de comunicación para su eficiente operación y funcionamiento, salvo los asignados a la Secretaría de Marina; XXI Construir y conservar caminos y puentes federales, incluso los internacionales; así como las estaciones y centrales de autotransporte federal; XXII Construir y conservar caminos y puentes, en cooperación con los gobiernos de las entidades federativas, con los municipios y los particulares; XXIII Construir aeropuertos federales y cooperar con los gobiernos de los Estados y las autoridades municipales, en la construcción y conservación de obras de ese género; XXVII los demás que expresamente le fijen las leyes y reglamentos"

Como se desprende del artículo 36 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, vemos que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes celebra una serie de contratos administrativos, contratos en su mayoría de obra pública, por lo cual la ley que rige tales contratos sería la Ley de Obras Públicas. Aunque cabe señalar que la fracción XXVII del artículo 36 citado habla de las leyes y reglamentos que fijan más despachos de la Secretaría de Comunicaciones y transportes, y tal fracción alude precisamente a la Ley de Vías Generales de Comunicación que en su Capítulo III del Libro Primero habla expresamente de las Concesiones, Permisos y Contratos. La Secretaría de Comunicaciones y Transportes es una parte pues del contrato administrativo a celebrar con un particular. Cabe decir lo mismo de las demás Secretarías de Estado que menciona el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, pues cada una de ellas tiene la facultad de celebrar contratos administrativos, mismos que por lo extenso que

resultaría hablar de cada una de ellas, solo cabría lo mencionado renglones arriba, pues este trabajo dista mucho de un análisis casuístico al tratar solamente de determinar el régimen legal de los contratos administrativos en general.

B) Competencia y Capacidad.

Como ya dijimos, el contrato administrativo es un acuerdo de voluntades entre dos partes, de las cuales una de ellas por lo menos es un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa. La otra parte sería una persona física o jurídica privada, por cuanto si fuera pública nos encontraríamos frente a los contratos interadministrativos. Tratándose de dos personas que concurren a la formación del contrato habrá que estudiar la competencia del órgano estatal y la capacidad de las personas física y jurídica privada. El órgano estatal debe actuar dentro de la esfera de competencia que le ha sido fijada, por cuanto, de lo contrario, el contrato estaría viciado por incompetencia. Es de señalar que además de las limitaciones que tiene el órgano estatal para moverse dentro de los límites de su competencia hay restricciones específicas para la contratación administrativa. Así la libre elección del cocontratante está, en muchos supuestos, excluida, debiendo recurrirse al procedimiento de la licitación y licitación sólo destinada a las personas inscritas en los padrones respectivos.

Haciendo un paréntesis, cabe señalar que existen excepciones al deber de inscripción en los padrones mencionados y

que no por ello se deja de ser contratista.

Retomando las ideas de las limitaciones que existen para contratar, en algunos contratos administrativos es con frecuencia importante la duración que no puede exceder de un plazo limitado. Por otra parte, cuando el contrato origina gastos es necesario que haya la partida disponible establecida por la Ley de Presupuesto de Egresos de la Federación.

Como el órgano del Estado actúa en ejercicio de una función pública, ya que la función administrativa es pública, deben reconocérsele prerrogativas en cuanto a la interpretación, ejecución y extinción del contrato.

Para el maestro Manuel María Díez, "La competencia del órgano estatal para contratar se expresa en las siguientes facultades:

- Aprobar y modificar los pliegos de condiciones.
- Suspender la licitación.
- Adjudicar el contrato.
- Acordar la recepción definitiva.
- Resolver la rescisión del contrato" (23).

En cuanto a la capacidad del cocontratante: se regirá por

23.- Manuel María Díez. Op. Cit. pág. 29.

la ley civil, pero habran de tenerse en cuenta las limitaciones que surgen de las disposiciones administrativas.

El cocontratante persigue siempre un propósito distinto del del Estado, ya que tiene como meta la colocación productiva de su capacidad, de sus productos o de su actividad. El cocontratante no puede ser incapaz, así en los casos de minoridad, interdicción e inhabilitación. Así, el artículo 16 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas en su fracción II habla de la capacidad legal de la solicitante; y el artículo 23 del mismo ordenamiento dispone a la letra lo siguiente:

"Las personas físicas o morales que participen en la contratación de obras públicas, lo harán siempre y cuando posean plena capacidad para celebrar los contratos respectivos, de conformidad con las disposiciones legales que regulan su objeto social o constitución, se encuentren inscritas en el Padrón de Contratistas de Obras Públicas, cuyo registro se encuentre vigente y satisfagan los demás requisitos que establece la ley y este reglamento. En ningún caso podrán presentar propuesta ni celebrar contrato alguno de obra pública o de servicios relacionados con las mismas, por sí o por interpósita persona, quienes se encuentren en cualesquiera de los supuestos del artículo 37 de la ley" (24).

El artículo 37 de la Ley de Obras Públicas dice que no pueden celebrarse contratos de obras públicas ni de servicios relacionados con las mismas, las personas físicas o morales siguientes:

24.- Reglamento de la Ley de Obras Públicas publicado en el Diario Oficial el día 13 de febrero de 1985.

- Aquellas en cuya empresa participe el funcionario que deba decidir directamente, o los que le hayan delegado tal facultad, sobre la adjudicación del contrato, o su cónyuge o sus parientes consanguíneos o por afinidad hasta cuarto grado, sea como accionistas, administradores, gerentes, apoderados o comisarios, y
- Los contratistas que por causas imputables a ellos mismos se encuentren en situación de mora, respecto de la ejecución de otra u otras obras públicas que tengan contratadas.
- Las demás que por cualquier causa se encuentren impedidas para ello por disposición de ley.

La ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles dispone en su artículo 42 que no podrán celebrar contratos las personas físicas y morales siguientes:

- Aquéllas en cuyas empresas participe un servidor público que deba decidir directamente, o los que les hayan delegado tal facultad, sobre la adjudicación del pedido o contrato, o su cónyuge o sus parientes consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado, o civiles, sea como accionistas, administrador, gerente, apoderado o comisario;
- Las que se encuentren en situación de mora, por causas imputables a ellos mismos, respecto al cumplimiento de otro u

... otros pedidos o contratos y hayan afectado con ello los intereses de la dependencia o entidad, y

- Los demás que por cualquier causa se encuentren impedidos para ello por disposición de ley.

Hay quienes señalan que el cocontratante debe ser nacional, pero el artículo 9 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles señala la facultad de utilizar servicios de procedencia extranjera. Aún cuando la Ley de Obras Públicas no dice nada al respecto, tampoco en su artículo 16 menciona como requisito el de la nacionalidad, y por ende, al no prohibir la extranjería ni permitir o regular como imposición la nacionalidad, permite la extranjería.

Así lo considera el artículo 33 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización al expresar que el extranjero puede intervenir en contratos siempre y cuando se considere mexicano respecto a ellos en base al permiso que le dé la Secretaría de Relaciones Exteriores.

El maestro Bergaitz al hablar del elemento en comento dice: que la capacidad es la regla y las incapacidades la excepción: deben hallarse consignadas en forma expresa. Una persona mayor de edad puede hacer todo lo que no está prohibido en forma terminante. En el orden administrativo ocurre lo contrario: un organismo administrativo, un funcionario

administrativo, no pueden hacer sino lo que expresamente estan facultados para hacer. Sigue diciendo el maestro en comento que se senala las diferencias entre la competencia y la capacidad, las cuales transcribiremos a continuacion del libro tantas veces citado de la Teoria General del Contrato Administrativo de Miguel Angel Berçaitz:

"a) Los agentes publicos que no se hallan en libertad de ejercer o no su competencia, ya que a veces, producidos tales o cuales hechos, la ley los obliga a actuar en determinado sentido, cualquiera que sea su opinion personal al respecto. Los particulares, en cambio, tienen absoluta libertad para ejercer o no su capacidad, segun lo determine exclusivamente su opinion o criterio propio".

"b) Los agentes publicos deben ejercer su competencia en funcion de lo que sea mas convincente a las necesidades publicas. Quedan excluidos de su determinacion, por tanto, todos los factores juridicos y metajuridicos que constituyen la sustancia de los actos de los particulares. Ningun funcionario, por ejemplo, puede excluir de una licitacion a determinado particular o empresa, por motivos de caracter exclusivamente personal, como podria hacerlo tratandose de un contrato privado sin necesidad de dar explicaciones de ninguna clase".

"c) Estando dividida la competencia de los agentes publicos y tambien la de los distintos organos del Estado, es preciso establecer en cada caso si en el acto han intervenido todos los que constitucional o legalmente deben intervenir para autorizar, celebrar o aprobar el acta de que se trate. Por ejemplo, en una concesion de servicios publicos liberando impuestos o estableciendo monopolios de derecho, deben intervenir el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. En un contrato de obra publica municipal, deben intervenir el Consejo Deliberante para autorizarlo y el Departamento Ejecutivo Municipal para celebrarlo, etc.".

"d) Los agentes publicos no pueden abdicar su competencia en forma absoluta ni sin limites en el tiempo. La competencia se otorga a la funcion, no a la persona del funcionario, en beneficio y provecho personal. No disponiendo entonces de nada propio, nada puede

renunciar ni transferir: "nemo plus iure ad alium transferre potest quam ipse habet" (25).

La competencia para contratar se halla establecida con respecto a la Administración central u Organo Ejecutivo, en la Ley de Obras Públicas y en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles. Con respecto a los administrados, rigen las normas del Código Civil y del Código de Comercio sobre capacidad en forma general, y algunas normas establecidas en la Ley de Obras Públicas y en la de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles en forma excepcional como es el estar inscrito en el Padrón de Contratistas de Obras Públicas y en el Padrón de Proveedores. Además, los reglamentos respectivos de las citadas leyes, mencionan algunos aspectos ya citados de competencia y capacidad.

Conviene distinguir competencia y personalidad jurídica, ya que la ley puede otorgar competencia para la celebración de determinados contratos a órganos como son los fideicomisos que carecen de personalidad jurídica.

Debe también analizarse la capacidad del agente que expresa la voluntad del órgano administrativo, la cual se rige por la ley civil, lo mismo que la capacidad del cocontratante sea persona física o jurídica de derecho privado. Como dice el tratadista Berçaitz: "Un agente civilmente incapacitado no puede

25.- Miguel Angel Berçaitz, Op. Cit. págs. 265 y 266.

celebrar contratos administrativos, aun cuando formalmente haga uso de la competencia que legalmente corresponde al cargo que ejerce" (26). Señalando que tal incapacidad civil surge después de tomar posesión del cargo.

C) Consentimiento.

Para que haya contrato es indispensable, como hemos dicho que exista un acuerdo de voluntades opuestas.

El consentimiento de la Administración Pública, como expresión de voluntad, está sometido a formas especiales de derecho público. Toda la actividad jurídica de la Administración Pública es formal.

Pero en materia contractual, lo es con mayor razón, pues la manifestación de la voluntad de la Administración Pública, su consentimiento, debe expresarse en forma clara, precisa e inequívoca por conducto de los órganos que legalmente corresponde, abarcando todos los aspectos que comprende el contrato.

Cuando decimos que la actividad jurídica de la administración es formal, ello no significa que deba ajustar su cometido a formas ad solemnitatem, sino a formas documentadas, instrumentadas, que permitan luego juzgar de la licitud y

26.- Miguel Angel Berçaitz. Op. Cit. págs. 267.

moralidad de su actuar.

A decir de Bergaitz, en ocasiones la manifestación de la voluntad del Estado exige la intervención del Congreso y consiguientemente la sanción de la ley. Esto ha dado origen a confundir el ejercicio de la facultad legislativa con la expresión formal de la voluntad del Estado concretada en una ley. Se ha dicho entonces que la ley no puede ser colocada nunca en un mismo plano con la voluntad de un particular para formar el consenso del contrato. Esa voluntad del particular concurre solamente, pues, como condición de validez del acto, para perfeccionarlo, pero no para formarlo.

"Al razonar así, se confunde la ley, expresión de la soberanía del Estado, medio técnico de elaboración del derecho, con la ley expresión de voluntad del Estado y medio técnico indispensable para manifestarla.

"El error se evidencia al estudiar el consentimiento y advertir entonces que, en el contrato, la ley es sólo una etapa de la forma jurídica de expresión de la voluntad del Estado, de su asentamiento para celebrar el acta.

"He aquí el distinguo fundamental que se ha omitido señalar y que tan perniciosas consecuencias ha tenido para el desarrollo de la teoría general del contrato administrativo.

"Si el cocontratante es a su vez una persona jurídica, expresará también su voluntad mediante el mecanismo técnico de una reunión de directorio o de una asamblea de accionistas.

"Tanto la ley del Congreso, como la resolución del directorio o de la asamblea de accionistas, facultarán al Poder Ejecutivo o al presidente de la sociedad, en su caso, para celebrar el contrato, dando el consentimiento de la Administración Pública o de la sociedad

respectivamente.

"Como dice Bielsa, no hay "leyes-contratos". "El contrato que se realiza fundado en ley o autorizado por ley, es un acto distinto de la ley misma". "Es el contrato, y no la ley, lo que crea la relación jurídica..." "Aunque la ley haya sido sancionada para ese sólo contrato, no es ley-contrato, sino ley autoritativa del contrato" (27).

Cabe señalar que tratándose de los contratos administrativos, el consentimiento por parte del Estado para su concertación, debe ser expreso.

El gran tratadista Manuel María Díez nos dice que en el contrato administrativo el acuerdo de voluntades implica una manifestación de voluntad coincidente de las partes. Manifestación de voluntad coincidente significa, como él mismo lo menciona en un pie de página, que se requiere de la voluntad recíproca de los contratantes, ya que si no hay tal voluntad recíproca de los contratantes, no hay contrato.

La manifestación de voluntad, sigue diciendo María Díez, presupone la capacidad jurídica del cocontratante de la Administración y por el otro la competencia del órgano estatal. Agrega que la voluntad del Estado se expresará a través del procedimiento legal y reglamentario correspondiente.

"En materia de contratos administrativos ha evolucionado la técnica tradicional de la contratación, por cuanto se aparta en general de la libre discusión de las cláusulas de los interesados, y limita la facultad

27.- Miguel Ángel Bergaiz. Op. Cit. Págs. 269 y 270.

del cocontratante, a aceptar o rechazar las cláusulas que constituyen la matriz contractual propuesta por el Estado. El mutuo consentimiento en el contrato administrativo se inicia a través de un procedimiento por medio del cual se vale la administración para elegir el cocontratante, procedimiento en el cual la administración se rodea de toda clase de precauciones; a efectos de que no resulten perjudicados los intereses públicos que persigue. Estas medidas de la administración originan formalidades que se exigen para llegar al consentimiento. El problema del consentimiento en lo que se refiere a la Administración Pública se resuelve en una cuestión de procedimiento y de competencia. Los vicios del consentimiento serán el error, el dolo, la violencia y la simulación, vicios que afectarían la validez del contrato. Los casos de violencia en los contratos administrativos son sumamente raros" (28).

En cuanto a la lesión, parece difícil aceptar la idea de la misma como vicio en el consentimiento del particular en los contratos administrativos, ya que aquéllos en conocimiento de las disposiciones contenidas en los pliegos de condiciones generales y técnicas, adoptarán su resolución para intervenir o no en el contrato.

Si el contrato fuera *intuitu personae*, el error en la persona del cocontratante es causa determinante de invalidez. Puede también haber error en el objeto, es decir sobre las cualidades que ha determinado el consentimiento. Esta clase de error viciaría el consentimiento.

D) Vicios del consentimiento.

El artículo 1812 de nuestro Código Civil dice

28.- Manuel María Díez. Op. Cit. pág. 32.

expresamente que el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.

A este respecto cabe mencionar la supletoriedad que tiene el Código Civil respecto a la materia administrativa, y sobre todo en el campo de los contratos administrativos de los que se ha escrito muy poco.

Nuestro ordenamiento común habla de los vicios del consentimiento en sus artículos 1812 a 1823 definiendo las clases de errores, la violencia, el dolo y sus sanciones; pero nuestra Ley de Obras Públicas no regula los vicios expresados tan definitivamente como lo hacen las leyes de otros países como lo es la Ley 13.069 de Obras Públicas de Argentina. Así es, nuestra Ley de Obras Públicas lo único que menciona y que a mi parecer da una leve pauta al trato del tema de los vicios del consentimiento, es lo que dice en su artículo 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". Si es cierto que la norma expuesta es bastante vaga al respecto, también es cierto que puede haber error, violencia y dolo cuando la misma habla de que las dependencias y entidades "realicen en contravención a lo dispuesto por esta ley".

Por lo demás, no cabe aquí mencionar y definir los vicios del consentimiento mismos que quedaron expuestos en temas anteriores de la presente tesis.

Baste decir que este es uno de los temas en el que existe una enorme discusión e infinidad de opiniones con respecto a las sanciones que se producen por la presencia de los vicios citados. Tema que expondré detalladamente en su oportunidad y en el cual ahondará más en cuanto a los vicios del consentimiento se refiere, ya que vicios y sanciones causadas por ellos del contrato administrativo van tomados de la mano.

E) Objeto.

El objeto de un contrato es la consencuencia o efecto que produce y que se persigue al celebrarlo. Sin objeto, no puede haber contrato. Duguit distingue el objeto mediato de la voluntad y el objeto inmediato. El objeto inmediato es un acto material consistente en un movimiento físico, a veces una tradición, a veces una declaración verbal o escrita. El objeto mediato es la situación del derecho que produce el objeto inmediato.

Son objeto de los contratos: La cosa que el obligado debe dar, el hecho que el obligado debe hacer o no hacer (artículo 1824 de nuestro Código Civil).

El artículo 1825 del Código Civil dice que la cosa objeto del contrato debe: existir en la naturaleza; ser determinada o determinable en cuanto a su especie; estar en el comercio.

A su vez el artículo 1826 del Código Civil dice que las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo no puede serlo la herencia de una persona viva, aún cuando ésta

preste su consentimiento.

El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser: posible y lícito según nuestro artículo 1827 del Código Civil.

Es imposible el hecho que no pueda existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable en su realización. No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él. Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Artículos 1828, 1829 y 1830 de nuestro Código Civil.

Fue necesario hacer esta breve alusión a los preceptos contenidos en nuestro ordenamiento común supletorio de leyes administrativas en ciertas cuestiones, ya que la Ley de Obras Públicas y de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles no definen al objeto de los contratos, sólo enumeran casuísticamente los trabajos que tengan por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles por su naturaleza o disposición de la ley en su artículo 2 por lo que se refiere a la primera ley citada: y regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación y control que, en materia de adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles y prestación de servicios relacionados con los mismos realicen las dependencias por lo que

respecta a la segunda ley citada en su artículo 1. El artículo 2 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles dice:

"Para los efectos de la ley, entre los servicios relacionados con bienes muebles, quedan comprendidos la reconstrucción, la reparación y el mantenimiento de bienes muebles, la maquila; la transportación de bienes muebles; la contratación de limpieza de oficinas, incluyendo su mobiliario y equipo; así como los estudios técnicos cuando se vinculen con la adquisición o uso de bienes muebles. También se aplicará lo dispuesto en el presente Reglamento a: I. Las adquisiciones de bienes muebles que incluyan la instalación por el proveedor en inmuebles de las dependencias y entidades, y II. La contratación de los servicios relacionados con bienes muebles que se encuentren incorporados o adheridos a inmuebles, cuya conservación, mantenimiento o reparación no impliquen modificación alguna al propio inmueble".

Para el maestro Berçaitz el objeto no es indispensable que posea un contenido patrimonial, pero puede ser evaluable y transformarse en una prestación pecuniaria en caso de incumplimiento. Dice que a la inversa de lo que ocurre en el Derecho privado, el objeto puede consistir en una cosa o bien que está fuera del comercio.

"Se ha pretendido objetar la existencia de los contratos administrativos alegando que las res extra commercium no pueden ser objeto de los contratos, y a ellos se ha contestado acertadamente que no pueden serlo de los contratos de derecho privado, pero nada impide que lo sean de los administrativos. Si existiera 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 contrato de derecho privado y contratos administrativos, sino única y exclusivamente de derecho privado o simplemente contratos.

"De igual manera, el objeto no es inmutable en el contrato administrativo, y si lo es en el derecho

privado. La Administración Pública, como veremos, durante el curso de ejecución del contrato dentro de ciertos límites por causas de interés público, todo lo cual se desconoce y es inadmisibles en el contrato de derecho privado.

"Lo mismo, el objeto -la acción, la omisión, la cosa, el bien- debe ser personal del deudor en el contrato de derecho privado, en tanto que en el derecho administrativo puede llegar a consistir también en una acción, omisión, cosa o bien de un tercero, como ocurre en el contrato de concesión de obra pública. Es éste uno de los caracteres propios de los contratos administrativos: producir efectos con respecto a terceros que no han sido parte ni intervenido en el contrato.

"Celebrándose con un fin público o en salvaguardia de la satisfacción de una necesidad pública colectiva, el objeto del contrato se limita y circunscribe exclusivamente a ello. Existe, pues, una limitación de la autonomía convencional de las partes que no rigen en principio en el contrato de derecho privado" (29).

En ocasiones, aún cuando la Administración Pública pueda escoger entre celebrar un contrato de derecho privado o uno de derecho público (contrato administrativo), es preciso celebrar el segundo debido a la naturaleza del objeto del contrato. Tal es el caso de la construcción de una obra pública.

Al respecto cabe distinguir a los contratos de colaboración y los de atribución. En los primeros la prestación está a cargo del cocontratante, en los segundos está a cargo del Estado. En este último caso el contrato afecta una necesidad colectiva y su regulación es de derecho público, lo que autoriza la extinción del mismo en forma unilateral por el Estado.

29.- Miguel Angel Berçaitz. Op. Cit. págs. 277 278.

Es preciso mencionar la siguiente tesis jurisprudencial que alude al objeto materia del contrato administrativo para completar el presente rubro y no hacer a un lado la opinión de nuestros máximos tribunales. La citada tesis jurisprudencial dice así:

"CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Cuando la materia del mismo contrato es algo que no está dentro del comercio, en virtud de que se estipulan 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 de 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".

RECEDE/REFERENC

QUINTA EPOCA:

TOMO XXVIII, PAG. 1527 USCANGA TEODULO R.

Se ve claro en esta tesis jurisprudencial lo que tantas veces arriba mencionamos al decir que lo que caracteriza a los contratos administrativos es ese régimen exorbitante de derecho común en el que el Estado actúa como tal y no como particular, es decir, con su soberanía e imperium que le caracteriza.

Pasemos ahora a tratar el tema de la causa como otro elemento esencial en los contratos administrativos.

F) Causa.

Han existido diversas teorías sobre este tema tan controvertido de la causa. No es el caso mencionar aquí la

evolución de las mismas ni lo que cada una de ellas establece; pero si es de suma importancia establecer a qué teoría nos adherimos y explicarla con argumentos claros y sencillos siguiendo casi al pie de la letra la opinión del ilustre Don Miguel Angel Berçaitz.

Es necesario diferenciar la causa o motivo presupuesto y el motivo determinante o finalidad en el contrato administrativo.

"1) La causa y los motivos presupuestos son los antecedentes de hecho y de derecho del acto o del contrato que mueven a considerar su necesidad o conveniencia; 2) el objeto es la acción, la cosa, el bien, mediante el cual se trata de lograr que se satisfaga o desaparezca la causa objetiva del acto o del contrato; 3) el motivo determinante, el fin que se trata de satisfacer o lograr, es decir, la mejor atención de las necesidades colectivas conforme a las normas que otorgan competencia al órgano administrativo que interviene en la emisión del acto o en la concreción del contrato.

"No obstante, tratándose de contratos administrativos reaparece paralelamente la causa clásica de derecho privado, en cuanto la causa de las prestaciones a cargo de la administración, son las contraprestaciones del cocontratante, y reciprocamente.

"Desglosamos de la causa, motivo presupuesto, la finalidad o motivo determinante, por las razones que expone Garrido Falla: "Mientras que la causa es la contestación al ¿por qué?, el fin responde al ¿para qué? del acto administrativo". "Se nombra un funcionario para determinada plaza porque existe vacante (causa), y precisamente para cubrirse (fin)". Nosotros diríamos para que el servicio público funcione correctamente, por cuanto se presupone que la existencia de la plaza obedece a ese fin.

"En tanto que para la Administración Pública la causa del contrato administrativo debe ser siempre objetiva, para el cocontratante es esencialmente subjetiva.

"Cuando en el contrato de derecho privado desaparece, con posterioridad a su conclusión, la causa que fue el motivo de su celebración para cualquiera de las dos partes, esto no le resta validez jurídica alguna. La existencia de la causa sólo interesa en el momento en que se produce el concierto de las dos voluntades opuestas.

"En el contrato administrativo, en vez, cuando la causa que le dio nacimiento no satisface más su motivo determinante -satisfacción de un fin público, de un servicio público, de una necesidad pública-, el contrato carece de causa, de motivos presupuestos y cae, se va del mundo jurídico en que vivía, por razones de oportunidad o conveniencia -no de legalidad, por supuesto- tomado de la mano de la causa que era su alma.

"Por tanto, cuando la causa, el motivo presupuesto, por un lado, y el motivo determinante, por el otro, dejan de armonizar, la causa, el motivo presupuesto, funcionan como condición resolutoria implícita para la Administración. Producido el evento de desaparición de las circunstancias de hecho o de derecho que dieron origen a la celebración del contrato, la Administración puede reclamar o disponer su revocación por razones de oportunidad o conveniencia, aun cuando ellos no se hayan pactado expresamente, sin perjuicio de la indemnización que pueda ser reclamada, según los casos, por el cocontratante" (30).

Vemos claro de los párrafos transcritos del libro de Miguel Angel Berçaitz de Teoría General de los Contratos Administrativos que existe una enorme diferencia entre la causa en el contrato de derecho privado y la misma en el administrativo. En el primero basta su presencia original; en el segundo se requiere su permanencia en toda la vida del contrato. Es por eso que si existen nuevos descubrimientos o progresos industriales que debiliten la eficacia con que el servicio se presta, lógicamente el motivo presupuesto desaparecerá, va que el no consiste solo en la satisfacción del fin público sino mas bien

30.- Miguel Angel Berçaitz. Op. Cit. págs. 286, 289 y 290.

en la mas eficiente satisfaccion del mismo. Ademas, el movil que determina al cocontratante a colaborar con la Administración Pública no tiene relevancia juridica en el contrato. Solo en situaciones excepcionales se considera con dicha relevancia cuando acontecimientos sobrevinientes hacen dificil el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, en donde opera a su favor la teoria de la imprevisión.

Esta subestimación de los motivos que llevan al cocontratante a celebrar el contrato, pone de manifiesto la situación de subordinación jurídica en que se halla frente a la Administración Pública como consecuencia del contrato administrativo que lo une a ella.

G) Finalidad.

Se ha dicho que el motivo determinante es el fin que se trata de satisfacer o lograr, o sea, la mejor atención a las necesidades colectivas conforme a las normas que otorgan competencia al órgano administrativo que interviene en la emisión del acto o en la concertación del contrato.

La finalidad consiste en el fin último que se persigue con el contrato administrativo, es decir, el interés público que varia de uno a otro contrato según el fin particular al que se destine. Tal fin último está subordinado al régimen legal que condiciona el obrar de la Administración. No es el administrador el que establece los fines, sino el legislador.

Mientras la causa es objetiva, la finalidad es subjetiva por su necesaria adecuación en cada caso a las necesidades colectivas y a las normas que otorgan competencia al órgano administrativo que interviene en la emanación del acto o en la concertación del contrato. De ahí que la Administración debe indicar el motivo determinante de su conducta de manera explícita, clara, exacta, lícita y moral. Así es como lo expresa nuestro ordenamiento civil en su artículo 1831 al decir textualmente que 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.

Cabe hacer referencia a una jurisprudencia en la que se da una importancia plena al elemento en cuestión ya que de él depende también la naturaleza de los contratos administrativos. La citada tesis dice así:

"CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CON EL GOBIERNO. NATURALEZA DE LOS. Para determinar la naturaleza de los contratos que el poder público celebra con los particulares, debe atenderse a la finalidad que se persiguió al celebrarlos. Cuando el objeto o finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones del Estado, se está en presencia de un contrato administrativo; en cambio, cuando el Estado contrata sin compromiso para el cumplimiento a sus atribuciones, el contrato que celebre será de naturaleza civil, y por ende, el derecho común regirá la situación jurídica particular creada por la voluntad de los contratantes, y si en el contrato celebrado entre un particular y el gobierno, basándose en su derecho, concurren la voluntad de traspasar y recibir el uso y el goce de un bien raíz por tiempo determinado, por un precio, y se estipula que se abone una cantidad mensual compensatoria, es incuestionable que se trata de un contrato de arrendamiento de cosa inmueble, que es de derecho civil, y que por tanto, es regido por la ley civil común, por haber sido celebrado entre un particular y el gobierno, en representación de los

derechos patrimoniales de este, concurriendo la expresada voluntad de los contratantes que creó el vínculo jurídico contractual, así como una contraprestación consistente en el precio del arrendamiento. Por tanto dicho contrato no puede ser de carácter administrativo contrato concesión porque no existe materia concesionable, sino lisa, llana y sencillamente, la transmisión del uso o goce de un bien raíz a base de arrendamiento, celebrado por el Estado como arrendador, en uso de la facultad de administrar los bienes particulares de éste."

PRECEDE/REFERENC

TORRES GARCIA RAFAEL, PAG.: 17. TOMO CVIII. 2 de abril de 1951.
CINCO VOTOS.
TOMO LX PAG. 2562
TOMO LXIV PAG. 659.

H) Forma.

La palabra forma se utiliza para expresar dos conceptos distintos: uno restringido referido a la forma concreta como se exterioriza la voluntad de quien emite el acto, o la voluntad de las dos partes que celebran el contrato; otro amplio referido a la forma como se cumplen en la Administración Pública las distintas etapas que dan origen al acto o al contrato, y el modo en que se emite el acto o se celebra el contrato.

Se ha dicho que las formalidades son el procedimiento por el cual se llega a la contratación y que comprende actos anteriores, concomitantes o posteriores a la concertación del contrato, y que la forma es la manera como se instrumenta el contrato.

En nuestra opinión, los elementos coetáneos, anteriores y posteriores al acto que expresa la voluntad de la Administración

en el contrato, no son esenciales, ya que si así fuera, en su ausencia el contrato sería inexistente. Las formalidades como lo son la licitación pública, más bien son elementos no esenciales que pueden estar ausentes.

No es así con la forma, distinta de las formalidades, ya que aquella es un elemento esencial en cuanto que con ella se expresa la voluntad de la Administración que se concreta en el contrato.

Nuestro Código Civil en sus artículos 1832, 1833 y 1834 mencionan a la forma que se da en los contratos civiles. Pasemos a transcribir tales preceptos:

"Artículo 1832. En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley".

"Artículo 1833. Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal".

"Artículo 1834. Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación.

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

Por lo que hace a la Ley de Obras Públicas, en su

artículo 38 se menciona el deber de celebrar el contrato por escrito:

"Artículo 38. La adjudicación del contrato obligará a la dependencia o entidad y a la persona en quien hubiera recaído dicha adjudicación a formalizar el documento relativo, dentro de los veinte días hábiles siguientes al de la adjudicación.

"Si el interesado no firmare el contrato perderá en favor de la convocante la garantía que hubiera otorgado y la dependencia o entidad podrá, sin necesidad de un nuevo procedimiento, adjudicar el contrato al participante siguiente, en los términos del artículo 36 y de su propuesta, y así sucesivamente.

.....".

El Reglamento de la Ley de Obras Públicas en sus artículos 28 y 39 hacen referencia al deber de firmar el contrato; y el artículo 40 del mismo ordenamiento señala al final de su párrafo primero que "la Secretaría dará a conocer los modelos de contratos correspondientes". Tal Secretaría es la de Programación y Presupuesto.

Como se desprende de estos artículos, la forma que revisten los contratos administrativos es la escrita.

Con respecto a la forma, es aplicable nuestro Código Civil supletoriamente a falta de disposiciones administrativas.

El Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles en su artículo 28 también señala la forma escrita como característica

de la celebracion del contrato administrativo al decir:

"Artículo 28. Si la dependencia o entidad no firma el pedido o contrato por causa no imputable al proveedor, dentro del plazo establecido en el artículo 40 de la Ley, el proveedor a quien se haya adjudicado el pedido o contrato, sin incurrir en responsabilidad, podrá determinar no suministrar los bienes o prestar el servicio".

Claro está que al hablarse de "firmar" se habla de una forma escrita que es la requerida por los contratos administrativos.

Así es, mientras en las relaciones contractuales que se producen entre particulares el consentimiento se expresa en una única declaración de voluntad sin encontrar los momentos que preceden a la deliberación y separar los que en estadios posteriores asume consistencia esa voluntad declarada frente al cocontratante, en las relaciones contractuales de derecho público, dichos momentos resultan completamente individualizables.

Como dice el tratadista Miguel Angel Berçaitz:

"La decisión, que determina los actos volitivos en los particulares, es un fenómeno psicológico que no precisa ser instrumentado para la validez y existencia de los actos jurídicos que son su secuela. En cambio, 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 expresan o contribuyen a expresarla. Para su concatenación es indispensable documentar, instrumentar, formalizar, todas y cada una de esas manifestaciones de voluntad que al fundirse en

un haz constituyen la voluntad del Estado" (31).

Es decir, las formas en derecho público tiene por fin principal documentar la actuación administrativa, actuaciones que se cumplen mediante la intervención de varios funcionarios de la Administración. Existe pues un fin instrumental a la vez que de garantía sobre la juridicidad del obrar administrativo.

CAPITULO 5

ELEMENTOS NO ESENCIALES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Los elementos no esenciales son facultativos para las partes y pueden introducirlos en el contrato con las limitaciones propias del ordenamiento jurídico positivo en vigor. Por su carácter, no son indispensables para la existencia del contrato, generalmente los elementos no esenciales que se presentan tanto en el derecho privado como en los contratos administrativos son el plazo, las garantías, las sanciones, la condición y el modo.

La unanimidad de los autores descarta que la condición pueda aplicarse en los actos vinculados o reglados. En cuanto a los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales, la mayoría admite su posibilidad tratándose de condiciones resolutorias, va que las condiciones para la emisión del acto deben darse en el momento en que se dicte y no en un futuro incierto.

En cuanto a la reserva de revocación o de rescate

31.- Miguel Angel Berçaitz. Op. Cit. páq. 298.

conviene mencionar que si se trata de revocación por razones de oportunidad, tal reserva no se justifica. Con cláusula de reserva o sin ella, la Administración puede rescindir en cualquier momento el contrato que ha dejado de satisfacer el fin público que lo motivó. Si se trata de revocación por razones de ilegitimidad, incluida o no la reserva de revocación, la rescisión procede lo mismo.

En cuanto al modo o carga, en los contratos administrativos se le confunde con la contraprestación que debe cumplir el cocontratante en los contratos de colaboración, o la Administración Pública en los de atribución, por lo cual su estudio por separado como elemento no esencial no se justifica.

Podemos decir entonces que los elementos no esenciales son el plazo, la licitación que integra el procedimiento de formación del contrato, las garantías y las sanciones.

A) Plazo o término.

Influye preponderantemente en los actos menores que integran el procedimiento que conduce a su concreción, como también en los posteriores de su ejecución, señalando su período máximo de duración en algunos casos y su caducidad en otros, vencidos los otorgados al cocontratante para cumplir las obligaciones que se le imponen durante el transcurso o que son a su cargo conforme a las normas del contrato.

Los plazos son perentorios e improrrogables salvo

disposicion en contrario.

No constituye un elemento esencial del contrato administrativo, ya que existen algunos contratos administrativos sin plazo, lo que no obsta a su validez y existencia.

La influencia de los poderes que posee la administración en la ejecución del contrato administrativo asume características propias por las consecuencias que origina en el correr de los años, el cambio de las condiciones existentes al momento de celebrarse el contrato y la necesidad que esto provoca de adaptar las prestaciones convenidas a las nuevas necesidades que esas mutaciones van produciendo.

Los grandes plazos que por lo general abarcan numerosos contratos administrativos han sido causa de un sinnúmero de problemas planteados durante su ejecución y el venero más rico de soluciones que condujeron al régimen jurídico especial que los caracteriza. En esos problemas y soluciones es donde se encuentra la raíz de la teoría general del contrato administrativo y de sus cláusulas exorbitantes del derecho privado.

En el contrato administrativo preside su ejecución la regla "rebus sic stantibus". La precariedad está subyacente en todo contrato administrativo y al funcionar cuando las exigencias del servicio público lo reclaman, o las necesidades públicas de la colectividad lo hacen necesario, quiebra todos los plazos otorgados sin perjuicio de las indemnizaciones económicas que

puedan corresponder al cocontratante.

Los plazos en los contratos administrativos juegan como plazos máximos de duración. Como regla general, todo contrato debe tener un plazo fijado máximo de duración. Para el caso de que el contrato no fije ningún término de iniciación o duración, será necesario estar a las circunstancias de cada caso. La ausencia de toda disposición al respecto no autoriza a las partes a manejarse como si se tratara de una duración indefinida. Existe siempre un plazo normal que en principio puede ser fijado por la Administración, sujeto al control posterior del juez del contrato o directamente por este, en caso de inacción o mora de aquella ante el requerimiento del cocontratante.

Hablemos específicamente del plazo en el contrato de obra pública. Aquí el plazo juega en función de los trabajos que deben realizarse. Actúa para la Administración y para el contratista, origina obligaciones para ambos. Para la primera: término en que han de entregarse al contratista el terreno en el cual ha de levantarse la obra, o los materiales que deben emplearse en su fabricación; los planos conforme a los cuales debe ejecutarse, etc. Para el segundo: fecha de iniciación de los trabajos, de conclusión parcial de cada una de las etapas en que se divide su realización; recepción de las obras, plazos de garantía, etc. A manera de ejemplo nuestra Ley de Obras Públicas vigente en su artículo 40 dice que "La ejecución de la obra contratada deberá iniciarse en la fecha señalada, y para ese efecto, la dependencia o entidad contratante oportunamente pondrá

a disposición del contratista el o los inmuebles en que deba llevarse a cabo".

En cuanto al plazo en los contratos de suministro es preciso distinguir el de la entrega única y el de prestaciones periódicas. En los contratos de suministro de entrega única el plazo sólo interviene respecto de la fecha de entrega. En los de prestaciones periódicas, tiene una importancia mayor que a veces puede dar lugar a conflictos.

B) Formación de los contratos administrativos.

Todo contrato se forma con la fusión de dos voluntades opuestas. En el contrato administrativo se precisa la expresión de la voluntad de la Administración y del particular o cocontratante.

La formación de la voluntad de la Administración puede generarse por propia determinación de un órgano administrativo o bien provocado por un sujeto extraño a él que formula una oferta pidiendo el otorgamiento o formulación de un contrato. La formación de la voluntad de la Administración Pública se desarrolla en una serie de etapas que se cumplen por distintos órganos con el objeto de satisfacer una necesidad pública. Primero se determina que debe hacerse y para qué debe hacerse; luego, cómo debe hacerse. Satisfechos estos interrogantes queda a establecerse con quién debe hacerse. A este último respecto, lo común es que la contratación se realice por medio de la

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

licitación pública o privada o el remate público siendo el contrato un contrato de adhesión en el que la Administración Pública formula las normas a que debe ajustar su conducto el cocontratante y éste presta su conformidad con ellas, poniendo en relieve una vez más su estado de subordinación jurídica frente a la Administración en el contrato.

La Ley de Obras Públicas hace referencia a la licitación pública en su artículo 30 al decir: "Los contratos de obra pública se adjudicarán o llevarán a cabo, a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública...".

C) Contratación Directa.

Como hemos visto, nuestra Ley de Obras Públicas establece que el procedimiento para llevar a cabo la contratación es el de la licitación pública; pero hay casos en que no se puede llevar a cabo tal procedimiento surgiendo entonces la figura de la contratación directa. La contratación directa mediante la libre elección del cocontratante es entonces la excepción.

Como ejemplos tenemos los siguientes preceptos:

El artículo 30 de la Ley de Obras Públicas dice en su segundo párrafo que:

"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".

El artículo 57 de la Ley de Obras Públicas señala en su primer párrafo que:

"Cuando por razón del monto de la obra, resulte inconveniente llevar a cabo el procedimiento a que se refiere el artículo 30 por el costo que éste presente, las dependencias y entidades podrán contratar sin ajustarse a dicho procedimiento, siempre que el monto de la obra objeto del contrato, no exceda de los límites a que se refiere este artículo y se satisfagan los requisitos que el mismo señala...".

Pasando ahora a nuestra Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, ésta señala el procedimiento de licitación pública en su artículo 26 al decir: "Las adquisiciones, arrendamientos y servicios se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública,...".

Pero también hay excepciones a ese procedimiento dándose entonces la contratación directa, tal es el caso del mismo artículo 26 citado en su segundo párrafo que dice: "Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior, los casos en que el pedido o contrato sólo pueda fincarse 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...".

Tenemos también al artículo 35 de nuestra Ley de Adquisiciones que señala que los casos de los artículos 36, 37 y 38 pueden llevarse a cabo las contrataciones sin necesidad de

licitación pública. El artículo 36 lo estima así tratándose de fincamiento de pedidos o la contratación de adquisiciones, arrendamientos y servicios cuando se realicen con fines militares o para la Armada, o sea necesarios para salvaguardar la integridad, la independencia y la soberanía de la Nación y garantizar su seguridad interior.

El artículo 37 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, en comento, también señala la contratación directa al decir expresamente que:

"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 semiprocesados 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 desastre producidos por fenómenos naturales: por casos fortuitos o de fuerza mayor, o cuando existan circunstancias que puedan provocar trastornos graves, pérdidas o costos adicionales importantes.

IV. Cuando no existan por lo menos tres proveedores

idoneos 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 correspondiente.

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 comunes de comercio, y

VIII. Cuando se trate de adquisiciones, arrendamientos o servicios cuya contratación se realice con campesinos o grupos marginados y que la dependencia o entidad contrate directamente con los mismos o con las personas constituidas por ellos.

.....”.

Parecidos casos menciona el artículo 55 y 56 de la Ley de Obras Públicas a que remite el artículo 33 del mismo ordenamiento.

A su vez el artículo 39 de la Ley en comento dice: que 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 éste 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.

Por último, cabe señalar que los motivos por los cuales se resuelva proceder a la adquisición directa de excepción, deberán ser ampliamente fundados.

D) Licitación, Remate, Concurso.

La licitación no constituye un elemento esencial de los contratos administrativos, aun cuando se exige en el contrato de obra pública, en el de concesión de obra pública y en el de suministros, por imperativo de las leyes que los rigen y en función de un principio de moralidad y de alta conveniencia administrativa.

Sin embargo, el mismo fundamento de moralidad y de alta conveniencia administrativa que la ha generalizado y hecho exigible en los contratos de obra pública, de concesión de obra pública y de suministros, debiera aplicarse en todos los demás.

De cualquier manera, si bien la licitación no es de la esencia de los contratos administrativos, podemos estimarla como forma propia de su naturaleza. Si la Ley exige su respeto en determinados casos, adquiere un carácter de forma esencial.

Corresponde distinguir entre licitación pública, licitación restringida, licitación privada, remate y concurso.

Licitación pública es una invitación general, sin limitación alguna que se hace a persona indeterminada, para obtener su conformidad con un pliego de condiciones confeccionado por la Administración y una oferta concreta respondiendo al llamado que se formula.

Licitación restringida es una licitación pública con un llamado a personas indeterminadas, pero limitadas a quienes reúnen condiciones especiales con determinada idoneidad, capacidad productiva mínima, posesión de procesos prefijados de producción, obras en concurso, etc. Constituye una subespecie de la licitación pública no contemplada en nuestras normas vigentes en forma expresa.

Licitación privada es la que se hace mediante invitación especial que se cursa a un número limitado de personas o entidades.

Remate público. El remate público por intermedio de las oficinas del Estado nacional, provincial o municipal, rige para la venta de bienes que haya sido autorizada por la autoridad competente.

El concurso es un sistema de selección realizado sobre la base de un llamado, abierto o cerrado para determinados competidores, en el cual se ponderan los distintos proyectos, valores o merecimientos de quienes se presentan para obtener su adjudicación, la que se determina en función del mas conveniente.

técnicas, artística o financieramente.

Nuestro Reglamento de la Ley de Obras Públicas en su artículo 35 habla sobre el concurso al decir que "La dependencia o entidad dará a conocer el fallo del concurso de que se trate, en el lugar, fecha y hora señalados para tal efecto, declarando cual concursante fue seleccionado para ejecutar los trabajos objeto del concurso y le adjudicará el contrato correspondiente...".

Cabe hacer referencia con mayor detenimiento a la figura de la licitación.

La licitación no constituye un elemento esencial del contrato, pero cuando la ley la impone obligatoriamente, adquiere el carácter de forma esencial.

Su naturaleza jurídica es compleja. La licitación impide al agente la libre elección del contratante, restringe su competencia, él no es competente para contratar con quien quiera.

Si la competencia consiste en el círculo de atribuciones legales dentro del cual debe desenvolver su actividad el órgano administrativo en razón de la materia, de grado o del territorio, la conclusión del contrato sin cumplir con el requisito previo de la licitación, cuando se impone obligatoriamente, es evidente que no afecta ninguno de los tres aspectos indicados y, por tanto, constituye solamente una violación de la forma esencial a que

debió sujetarse al procedimiento de elección del cocontratante. Resulta indiferente la caracterización jurídica de la violación cometida -violación de la competencia o de la forma esencial del acto- pues, cualquiera que sea el criterio que se adopte, el contrato que se celebre sin cumplir con el requisito previo de la licitación, será siempre nulo de nulidad absoluta e inconfirmable.

Otro aspecto que interesa destacar en cuanto a su naturaleza jurídica, es que la licitación constituye un llamado para presentar ofertas con el fin de formalizar con la Administración un contrato.

Se ha señalado como carácter preponderante de la licitación su automaticidad, en el sentido que la Administración está automáticamente obligada a concertar el contrato con quien ofreció el mejor precio o el precio más conveniente o más bajo, con lo cual la discrecionalidad del órgano administrativo para elegir al cocontratante, queda anulada, o por lo menos notablemente reducida.

Otro carácter es el que deriva de su condición de llamado para recibir ofertas.

En cuanto a los principios fundamentales que la regulan, con la publicidad, para asegurar el conocimiento de todos quienes desean presentarse para formular ofertas; el libre acceso de los que reúnan los requisitos preestablecidos en las normas que la condicionan, y la igualdad absoluta de aquellos que participen en

el llamado.

La igualdad es el principio más importante de la licitación. Es la base sobre la cual se asienta la moralidad de todo el procedimiento licitatorio. Rige en todas sus etapas.

Al decir de Berçaitz:

"El pliego que contiene el llamado no puede crear favoritismo hacia unos en perjuicio de otros; sus cláusulas deben ser respetadas por todos; las ofertas deben mantenerse secretas hasta la apertura del acto para evitar que el conocimiento de los presentados por alguno sirva para reacondonar las de otro competidor, las aclaraciones al pliego deben ser hechas con suficiente anticipación y publicados para conocimiento de quienes se presenten; las ofertas deben ajustarse estrictamente al llamado y no pueden ser modificadas por nadie con posterioridad a la apertura del acto. En definitiva, que debe observarse la igualdad más absoluta de todos los proponentes para que el acto no sea viciado de inmoralidad por favoritismos que determinarían su nulidad absoluta" (32).

E) Pliego de Condiciones.

El pliego de condiciones es un elemento fundamental del contrato realizado mediante el procedimiento de licitación. Detalla el objeto del contrato a celebrar, su regulación jurídica y los derechos y obligaciones de las dos partes.

Sus cláusulas, aceptadas por el oferente o proponente al cual se adjudica el contrato, lo integran junto con la oferta o propuesta hecha.

32.- Miguel Angel Berçaitz. Op. Cit. pág. 324.

El pliego de condiciones da a los contratos administrativos un típico carácter de contrato de adhesión. No es óbice para ello la circunstancia de que en la licitación el particular tenga la oportunidad de establecer el contenido del elemento variable del pliego que califica la propuesta que se acepta como la más conveniente:

Es en tal sentido restringido que se habla de oferta y oferente, de propuesta y proponente, pero esto no desvirtúa la adhesión que el oferente o proponente presta a todas las demás cláusulas del contrato contenidas en el pliego de condiciones.

La naturaleza jurídica del pliego de condiciones es compleja. Lo prepara unilateralmente la Administración Pública. Es un acto administrativo sujeto a todas las condiciones de los actos administrativos: competencia del funcionario que lo aprueba, forma, objeto, causa y finalidad.

Su régimen de revocación se halla sujeto a las mismas normas y principios que rigen la de los actos administrativos.

Formulada la invitación a quienes tengan interés en concluir con la Administración el contrato conforme a sus cláusulas, ya sea en forma general e impersonal por los diarios, ya sea en forma personal y directa, no puede ser alterado o modificado, salvo en el caso de dejar sin efecto la invitación hecha al mismo tiempo. Mucho menos puede modificarse después de

la presentación de las propuestas. Tal proceder viciaría de nulidad el acto.

Ahora bien, el pliego de condiciones contiene disposiciones referentes a los derechos y obligaciones que asumirá el cocontratante frente a la Administración Pública y según los casos, frente a los usuarios; los derechos y obligaciones de la Administración Pública frente al cocontratante; los derechos y obligaciones de éste con respecto a su personal; la forma de organización del servicio, de construcción de la obra y de su explotación, como así mismo lo relativo a paga, plazos, tarifas, etc. Unas son cláusulas generales, verdaderos reglamentos, otras son reglas especiales referentes a la obra, al suministro, o al servicio público que debe prestarse. Podemos agruparlas en dos órdenes distintos:

- 1) Cláusulas que se refieren a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra, o a la realización del suministro, que organizan su régimen jurídico de derecho público y reglamentan la naturaleza, modo y forma de colaboración del particular en la Administración Pública:
- 2) Cláusulas que se refieren exclusivamente al interés económico particular del cocontratante y lo determinan a contratar.

El elemento variable de la licitación puede hallarse indistintamente entre las cláusulas que integran el grupo 1 o entre las que integran el grupo 2. Dependerá de las

circunstancias especiales de cada caso.

F) La Adjudicación.

La adjudicación es la última etapa de la licitación cuyo fin es celebrar el contrato que queda definitivamente concluido con su notificación al adjudicatario, y con la firma del instrumento pertinente.

La adjudicación constituye la expresión de la voluntad del Estado mediante la cual éste acepta la oferta que le ha sido hecha por el proponente que ha presentado la más baja o la más conveniente, según resulte del elemento variable que sirva para ponderar y diferenciar unas de otras. La adjudicación tiene un doble aspecto: determinar cuál es la oferta más ventajosa, la declara aceptada.

La adjudicación es un acto unilateral de la Administración Pública que expresa su voluntad. Es un acto administrativo sujeto a todos los requisitos de los actos administrativos en cuanto a competencia del órgano que hace la adjudicación, a la forma que debe revestir el acto, objeto y causa.

G) Garantías.

La inserción de una cláusula de garantía constituye un elemento de tal generalidad en los contratos administrativos, que puede decirse que integra su naturaleza.

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 al primero, en caso de mora, o inejecución parcial o total del convenio.

El artículo 35 de nuestra Ley de Obras Públicas dice respecto a las garantías lo siguiente:

"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 10. 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.
- IV. Las tesorerías de los Estados y Municipios, en los casos de las obras a que se refiere el artículo 70. de esta ley".

A su vez, el Reglamento de la Ley de Obras Públicas en sus artículos 24, 25 y 26 hablan sobre la garantía.

El artículo 24 señala que la garantía se dará para asegurar la seriedad de las proposiciones en el proceso de adjudicación en los concursos entregando el proponente un cheque cruzado expedido por él mismo a favor de la dependencia o entidad convocante. Dicha garantía se conservará en custodia hasta que se de el concurso; excepto al postor al que se haya adjudicado el contrato, el cual se retendrá hasta que el mismo constituya la

garantía de cumplimiento. El monto de la garantía de seriedad de la proposición será fijado por las dependencias y entidades y podrá ser hasta el 5% del valor aproximado de la obra.

El artículo 25 habla de la garantía de anticipo que se le otorgue al contratista la cual será por la totalidad del monto concedido y se constituirá mediante fianza otorgada por institución de fianza autorizada que será presentada previamente a la entrega del anticipo dentro de los 15 días hábiles siguientes contados a partir de la fecha en que el contratista hubiere suscrito el contrato y, en su caso, para los ejercicios subsecuentes en igual plazo a partir de la fecha en que la contratante le notifique por escrito el monto del anticipo concedido para la compra de equipo y materiales de instalación permanente, conforme a la inversión autorizada. Esta garantía subsistirá hasta la total amortización del anticipo correspondiente, en cuyo caso, la dependencia dando conocimiento a la Tesorería de la Federación, o a la entidad lo ratificará a la institución afianzadora para su cancelación.

En cuanto al artículo 26 del citado reglamento la garantía de cumplimiento del contrato se ajustará a los montos que se señalan en su primera fracción, plazos que se señalan en su segunda fracción y a sus fracciones III y IV que dicen expresamente:

- I. Se constituirá fianza por el 10% del monto del contrato cuando éste se ejerza dentro del mismo ejercicio presupuestal. Cuando la ejecución de los trabajos rebase

un ejercicio presupuestal. la fianza debere garantizar el 10% del monto autorizado para el primer ejercicio, y en los ejercicios subsecuentes, la fianza debera ajustarse en relacion al monto realmente ejercido e incrementarse en el 10% del monto de la inversion autorizada para los trabajos en el ejercicio de que se trate y asi sucesivamente, hasta completar el 10% del importe total del contrato.

- II. La fianza debera ser presentada dentro de los 15 dias habiles siguientes contados a partir de la fecha en que el contratista hubiere suscrito el contrato y, segun el caso, contados a partir de la fecha en que la contratante comuniquie las subsecuentes dentro de los 15 dias habiles siguientes por escrito al interesado el importe de la autorizacion presupuestal respectiva para el ejercicio correspondiente. Si transcurridos estos plazos no se hubiere otorgado la fianza respectiva, la dependencia o entidad contratante podra determinar la rescision administrativa del contrato.

- III. Esta garantia subsistira por un ano a partir de la fecha de terminacion de los trabajos, la que se hara constar en el acta de recepcion formal de los mismos al termino del cual la institucion afianzadora procederá a su cancelacion, y

- IV. Cuando las obras o los servicios relacionados con las mismas, en los terminos previstos en el contrato relativo, consten de partes que puedan considerarse terminadas y cada una de ellas completa o utilizable a juicio de la dependencia o entidad y se haya pactado su recepcion en el propio contrato, la fianza se sujetara en lo conducente, a lo dispuesto en los articulos 24 y 25 anteriores, y podra otorgarse para cada una de las partes de los trabajos.

Por su parte los articulos 32 y 33 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestacion de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, hacen referencia tambien a la garantia diciendo lo siguiente:

"Articulo 32. Las personas fisicas o morales que provean o arrienden bienes, o presten servicios de los regulados por esta Ley, deberan garantizar:

- I. La seriedad de las proposiciones en los procedimientos de adjudicación.
- II. La correcta aplicación de los anticipos que reciban cuando estos procedan. Esta garantía deberá constituirse por la totalidad del monto del anticipo. v
- III. El ampliamento de los pedidos o contratos.

Para los efectos de las fracciones I y III de este artículo, los titulares de las dependencias y los órganos de gobierno de las entidades fijarán las bases y porcentajes a los que deberán sujetarse las garantías que deben constituirse a su favor".

"Artículo 33.- Las garantías a que se refiere el artículo anterior se constituirán por el proveedor 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 2o. 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 a que se refiere el artículo 7o. de esta ley".

Por último, cabe mencionar que en el contrato administrativo la garantía desempeña tan sólo un papel compulsivo sobre el cocontratante, no resarcitorio, constribiéndolo al cumplimiento de sus obligaciones. La pérdida de la garantía no exime al cocontratante del pago de los daños e intereses que su ejecución tardía o defectuosa, o su inexecución parcial o total, puede ocasionar a la Administración Pública.

H) Sanciones.

Las sanciones pueden ser consideradas un elemento no esencial del contrato administrativo cuando las integran como cláusulas accesorias. Pero a la vez constituyen una facultad que deriva del poder que tiene el Estado sobre el cocontratante en la ejecución del contrato.

No son un elemento esencial del contrato porque este existe sin ellas. Más aún, muchas veces, ni siquiera se incluyen como cláusula accesoria, lo cual no impide su aplicación como facultad o potestad irrenunciable del Estado.

En el derecho público lo que interesa es el cumplimiento por parte del cocontratante, de las obligaciones a su cargo, y lo que es más, en las condiciones de tiempo, lugar y modo convenidas.

Como el objeto de las sanciones es obrar compulsivamente para que sea satisfecha la necesidad pública que da origen al contrato o que este puede afectar, se comprende que la Administración Pública las aplique directamente sin perjuicio del posterior control jurisdiccional y aún cuando no estén previstas en el contrato.

Solo mencionaremos que la Ley de Obras Públicas prevé las sanciones en sus artículos 66 a 72; y que la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles lo hace en sus artículos 58 a 65.

1) Elementos no esenciales, Vicios.

La invalidez de un elemento no esencial, o cláusula accidental o accesoria del contrato, no provoca su nulidad en tanto sea reparable y no afectue su esencia, lo cual constituye una cuestión de hecho a resolver según las particularidades especiales de cada caso.

Conviene distinguir a este respecto que un elemento es esencial cuando sin él, el acto o el contrato no existe, y otra cosa que es esencial para su validez, cuando el acto o el contrato existe pero es nulo o está viciado o afectado de nulidad.

CAPITULO 6

EFFECTOS DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Siguiendo en este capítulo la división hecha por Miguel Angel Berçaitz, de los efectos de los contratos administrativos, vemos que el tan ilustre tratadista los divide en 3 clases: A) Efectos del contrato entre la Administración Pública y el cocontratante; B) Efectos del contrato entre el cocontratante y los terceros; y C) Efectos del contrato entre la Administración Pública y los administrados. Trataremos pues, cada uno de ellos por separado.

A) Efectos del contrato entre la Administración Pública y el Cocontratante: estos efectos se concretan en el poder del control y de dirección que la Administración Pública ejerce

sobre el cocontratante. en la facilidad que tiene la misma de aplicar sanciones al segundo y sobre todo en el uso diferente que pueden hacer ambas partes de la figura jurídica llamada "exceptio non adimpleti contractus" (excepción de que no se ha cumplido con el contrato). Esto es consecuencia del estado de subordinación jurídica del cocontratante frente a la Administración Pública cuyo fundamento es la desigualdad de propósitos perseguidos por ambas partes y más que eso, añadiría yo, la diferencia existente entre la naturaleza jurídica de cada una de las partes, una de derecho público y la otra de derecho privado. Pero analicemos con más calma ese control y dirección que ejerce la Administración Pública sobre el cocontratante. Esto es así porque en la mayoría de los contratos administrativos el cocontratante interviene como colaborador de la Administración Pública, como es el caso del contrato de obra pública o de suministro. Aquí el cocontratante es el que ejecuta la obra o realiza el suministro siguiendo las instrucciones que la propia Administración Pública le indica, ya que el resultado del contrato redundará directa o indirectamente en beneficio de la colectividad en manos, de cierto modo, de la misma Administración Pública, la cual debe satisfacer del mejor modo posible las urgencias y necesidades de la misma. Como dice el tan mencionado maestro Berçaitz: "Asume entonces en la ejecución del contrato, para salvaguardar el interés público comprometido, un papel activo, dinámico, que se traduce en un poder, más que en un derecho, de control y

dirección" (33). Poder exorbitante del derecho privado porque la Administración debe asegurar y regular de manera continua y uniforme la prestación de los servicios públicos y de las citadas necesidades colectivas. Para el maestro Berçaitz este poder de control y dirección abarca 4 aspectos de la gestión del cocontratante a saber y a los cuales nos adherimos. Tales son:

1. **Material:** Para ver si cumple efectivamente con los aspectos y ejecuta los hechos que el contrato le exige.
2. **Técnico:** Para ver si tales actos y hechos se cumplen siguiendo lo prescrito por el contrato.
3. **Financiero:** Para ver el uso que hace respecto a la forma de administrar pago a subcontratistas, mano de obra, tarifas aprobadas, etc.
4. **Legal:** Para ver si cumple con las normas jurídicas que regulan el funcionamiento del servicio, ejecución de la obra, etc.

Por lo demás, es importante señalar que uno de los rasgos característicos de la subordinación en que se encuentra el cocontratante, es el de no poder hacer cumplir la exceptio non adimpleti contractus en contra de la Administración Pública. En principio sólo puede reclamar jurisdiccionalmente el pago de las obligaciones de que le sea deudora la Administración con los daños y perjuicios que le haya ocasionado. Pero siguiendo la

33.- Miguel Angel Berçaitz, Op. Cit. pág. 367.

opinión del tratadista que venimos citando, este principio no es absoluto. Es decir, el cocontratante puede oponer la citada excepción cuando la Administración Pública no cumpla sus obligaciones en tiempo y ésto haga que el cocontratante tampoco pueda cumplir las suyas. Tal es el caso de la falta de entrega del terreno en el contrato de obra pública por ejemplo; o en la falta de pago oportuno al cocontratante para que éste pueda seguir cumpliendo con las obligaciones que el contrato le establece, lo cual además de poder oponer la citada excepción, puede demandar la rescisión del contrato administrativo.

Ahora bien, pasando del lado de la Administración Pública, ésta tiene el derecho de oponer la citada excepción cuando el cocontratante no cumpla con sus obligaciones sin causa que lo justifique. Es decir, la Administración Pública puede suspender el cumplimiento de sus obligaciones cuando el cocontratante incumpla las suyas. Como dice atinadamente don Miguel Angel Berçaitz: "Esta suspensión por parte de la Administración Pública de las obligaciones a su cargo, vendrá a funcionar, en realidad, más como una forma de sanción para compeler al cocontratante a cumplir con las obligaciones que le corresponden, que como una verdadera exceptio non adimpleti contractus" (34).

B) Efectos del Contrato entre el cocontratante y los terceros: El contrato administrativo, al tener un fin público, debe producir efectos respecto de cada administrado

34.- Miguel Angel Berçaitz. Op. Cit. pág. 375.

a quienes beneficie o pueda afectar. Como dice el maestro Berçaitz al cual seguimos:

"Lo pactado entre la Administración Pública y el cocontratante, es la ley a la cual habrán de sujetarse los usuarios del servicio o de la obra, o los contribuyentes beneficiarios de ellas, según los casos".

"El precio del servicio concedido se fija también en el contrato y los usuarios están obligados, no sólo a ajustarse a él, sino también a soportar las variaciones que la Administración Pública autorice a introducirle posteriormente..."

"El cocontratante podrá expropiar los bienes muebles e inmuebles que el contrato le autorice para la consecución del fin propuesto por él, podrá exigir servidumbre y tener un derecho de ocupación temporánea del dominio de otras personas; podrá imponer limitaciones del dominio público, etc."

"Esta extensión de los efectos del contrato a los terceros, constituye otras de las características propias de los contratos administrativos, y ha sido durante mucho tiempo una de las razones invocadas para negar su existencia como "contrato" por ser ello abiertamente contrario a lo que ocurre en el mundo jurídico de los contratos de derecho privado" (35).

Pero cabe mencionar que también los terceros tienen derechos, ya que pueden ampararse frente al concesionario en todas las cláusulas referentes al tiempo, modo y forma de prestación de los servicios públicos. Igualmente el personal empleado por el cocontratante podrá exigir de éste el cumplimiento de sus obligaciones sobre salario, jornada, forma y tiempo de pago, condiciones de trabajo, seguridad, higiene, etc.

C) Efectos del contrato entre la Administración Pública y los

35.- Miguel Angel Berçaitz. Op. Cit. págs. 377 y 378.

administrados: al decir del maestro Berçaitz:

"La situación de los administrados afectados por un contrato administrativo, frente a la Administración Pública, no es ni puede considerarse de absoluto desamparo.

"Además de ejercer el derecho de denuncia que compete a cualquiera del pueblo por las trasgresiones en que puedan incurrir los cocontratantes de la Administración a las obligaciones que les están impuestas por sus contratos respectivos, los administrados afectados directamente por un contrato administrativo, pueden también interponer contra las resoluciones que dicte la Administración, todos los recursos que autorice el ordenamiento jurídico vigente, para hacer valer los derechos subjetivos o los intereses legítimos que el contrato les conculque o les otorgue.

"Por consiguiente, los contratos administrativos crean entre la Administración Pública y los administrados un vínculo jurídica más débil que entre la Administración y el cocontratante, y que entre el cocontratante y los terceros, pero lo crean con todas sus consecuencias" (36).

CAPITULO 7

EJECUCION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

A) Poderes de la Administración Pública.

Como tantas veces lo hemos mencionado, en la ejecución del contrato administrativo el cocontratante se encuentra en una situación de subordinación jurídica frente a la Administración Pública. Consecuencia de esto son las atribuciones de dirección y fiscalización de la Administración, lo mismo que las facultades disciplinarias de la misma.

Pero el rasgo más importante que acusa la ejecución del

36.- Miguel Angel Berçaitz. Op. Cit. pág. 383.

contrato administrativo, es la posibilidad de su modificación en forma unilateral por parte de la Administración cuando una necesidad pública así lo exige.

A decir del ilustre maestro Bergaitz:

"Esta posibilidad, junto con las otras dos de ejecución directa y de rescisión también unilateral, constituyen lo característico del régimen jurídico especial que regula la vida del contrato administrativo como elemento esencial de éste" (37).

Es preciso distinguir entre lo que se señala como álea normal y álea anormal del contrato administrativo según los cuales el primero es a cargo del cocontratante y no así el segundo.

Miguel Angel Berçaitz, al cual hemos seguido en la mayoría del desarrollo del presente trabajo, señala cuatro causas diferentes del álea o riesgo anormal que producen la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato administrativo. Tales causas son:

- a) Causas imputables a la Administración en cuanto no cumple con lo pactado contractualmente.
- b) Hechos o actos del Estado que introducen una modificación imprevista en la ejecución del contrato, ejerciendo legítimamente sus poderes o prerrogativas.

37.- Miguel Angel Berçaitz, Op. Cit. pág. 385

- c) Trastornos que se originan fuera de la Administración, fundamentalmente por el juego de leyes económicas y factores de este tipo, incontrolables por ella, que al incidir en su cumplimiento, lo hacen extremadamente más oneroso de lo que razonablemente pudo ser previsto.
- d) Hechos de la naturaleza o del hombre, ajenos a las partes contratantes, que imposibilitan o dificultan su cumplimiento normal, parcial o total (38).

Cabe hacer referencia a la segunda causa en la que debemos mencionar que la modificación imprevista debe ser una medida lícita que otorgue al cocontratante derecho a una indemnización para restablecer el equilibrio económico-financiero del contrato. Si la medida tomada por la Administración, excede de los límites de la razonabilidad establecidos en el contrato, entonces el cocontratante tiene derecho para demandar su rescisión.

A este respecto tenemos la siguiente tesis jurisprudencial que dice:

"CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. "Si la autoridad contratante, sin que se haya expresado así el contrato, percibe a los particulares con quienes contrató, de que rescindirá los contratos si no cumplen con determinadas condiciones, y tal apercibimiento se publicó en la prensa, esto no tiene fuerza legal para modificar las obligaciones que recíprocamente adquirieron los contratantes".

38.- Miguel Angel Bergaitz. Op. Cit. pág. 286.

PRECEDE/REFERENC.
LOPEZ MENENDEZ JOSE PAG. 2485 TOMO XCVII. 27 DE
SEPTIEMBRE DE 1948. 5 VOTOS. TOMO LXXX. PAG. 238

Cabe hacer referencia a otra tesis jurisprudencial que menciona que los acuerdos gubernativos no pueden violar a los contratos administrativos. Tal tesis dice así:

"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".

PRECEDE/REFERENC
QUINTA EPOCA:
TOMO XIV. PAG. 1085 COMPANIA DE TRANVIAS. LUZ Y FUERZA
DE MONTERREY.
TESIS RELACIONADA
TESIS RELACIONADA CON JURISPRUDENCIA 356/85.

Si bien es cierto que la validez y el cumplimiento de los contratos civiles no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, también es cierto que en los contratos administrativos no ocurre lo mismo. Existe muy poca estabilidad en las situaciones individuales que crea el contrato administrativo producida por la presencia del interés público que altera su régimen jurídico. Es por eso que la Administración Pública no viola ninguna regla de derecho cuando en ejercicio de sus atribuciones modifica las condiciones pactadas para la satisfacción de las necesidades públicas.

Esto tiene su fundamento en que el cocontratante tiene en el contrato unicamente un interés económico y la Administración tiene la representación del interés público que el contrato

compromete. Es decir, el cocontratante debe subordinarse a la Administración.

Como vemos, de esa subordinación nace la atribución para la Administración Pública de modificar las obligaciones a cargo de su cocontratante, de manera que se adecuen a las necesidades públicas tan cambiantes. Como dice el maestro Berçaitz en su libro tantas veces citado:

"He ahí el fundamento jurídico en que descansa la atribución exorbitante al derecho común que tiene la Administración Pública para variar unilateralmente los contratos que celebra para la satisfacción de una necesidad pública, de un servicio público, de un fin de interés general" (39).

Esta facultad que la Administración tiene para modificar unilateralmente los contratos administrativos, no es un poder discrecional ni arbitrario, ya que está limitado por el principio de la legalidad administrativa. También, un segundo límite resulta de que las modificaciones en principio son relativas al modo del cumplimiento de las prestaciones a cargo del cocontratante, como las referentes al tiempo y forma en que la Administración Pública debe cumplir sus obligaciones; pero puede también variar dentro del standard de la razonabilidad sin derecho a reclamación alguna por parte del cocontratante; pero lo que no se puede es cambiar el objeto del contrato alterando su esencia.

La doctrina señala que el límite de modificación

39.- Miguel Angel Berçaitz. Op. Cit. pag. 293.

unilateral del contrato por parte de la Administración es la incolumidad de la ecuación económico-financiera del convenio. Siendo que, en virtud de tales modificaciones, se altera el equilibrio económico-financiero del cocontratante, nace para este por consecuencia natural el derecho a pedir una indemnización. Este derecho es una propiedad en el sentido constitucional del concepto, garantizado por las normas que consagran los artículos 14 y 16 constitucionales.

Es preciso recalcar que la indemnización que el Estado paga en los casos de lesiones producidas a los particulares, sin causa imputable a éstos, obrando lícitamente en el ejercicio de sus atribuciones de ente público, constituye un género.

Siendo así las cosas, la expropiación es un caso específico dentro de ese género que dista mucho del caso que venimos estudiando, ya que en la modificación unilateral del contrato por parte de la Administración no existe un desapoderamiento material, sólo se varían los derechos que el contrato establece, o las obligaciones respectivas. Si existe indemnización es porque la misma tiene un carácter compensatorio de índole contractual, en cuanto tiende a mantener la incolumidad de los derechos patrimoniales que el contrato crea. Es necesario entonces determinar: que la modificación ha ocasionado un perjuicio al cocontratante, que ese perjuicio o daño ocasionado son consecuencia directa de la modificación, y el monto del perjuicio ocasionado que debe ser resarcido.

En cuanto al monto de la indemnización, la doctrina más autorizada sostiene que debe comprender tanto los daños por las pérdidas sufridas como por el beneficio frustrado.

Es necesario aclarar que lo hasta aquí expuesto sobre la indemnización, corresponde a la doctrina general que sobre ella se ha escrito, pero que nuestra legislación no la regula respaldándose en que si las modificaciones exceden del 25% del monto o del plazo pactados en el contrato. "se deberá celebrar por una sola vez, un convenio adicional, entre las partes respecto de las nuevas condiciones", según nuestra Ley de Obras Públicas en su artículo 41.

Por su parte, el Reglamento de la misma ley, tampoco hace mención alguna a la indemnización, siendo a mi entender un derecho esencial que corresponde al cocontratante en caso de modificación unilateral del contrato por parte de la Administración. No basta con que se celebre por una sola vez un nuevo convenio entre las partes contratantes para justificar las modificaciones hechas por la administración, a mi juicio, es necesario, en estricto derecho, la indemnización al cocontratante que sufre una alteración en su equilibrio económico-financiero.

Lo mismo cabe decir de nuestra Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles que en su artículo 41 menciona que las dependencias y entidades podrán modificar sus pedidos o contratos "siempre que el monto total de las modificaciones no rebase, en conjunto, el

treinta por ciento de los conceptos y volúmenes establecidos originalmente en los mismos". Como vemos, no hace ni siquiera referencia al hecho de celebrar un nuevo convenio como lo señala la Ley de Obras Públicas arriba mencionada. Ni tampoco el Reglamento la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles señalada al respecto.

Convendría a este respecto señalar en las citadas leyes que en caso de reincidencia en cuanto a la modificación unilateral por parte de la Administración, se pagará al cocontratante una indemnización calculada sobre los daños causados al mismo y los perjuicios sufridos sin alterar, en éste sentido, la marcha de ejecución que se seguía del contrato administrativo.

Así las cosas, sería más fácil pagar varias indemnizaciones por causa de varias modificaciones sufridas en el transcurso de la ejecución del contrato, que celebrar un solo convenio por la primera modificación hecha y luego dejar al particular en estado de indefensión por las subsecuentes modificaciones.

Ahora bien, correlativo al poder del control y dirección que tiene la Administración Pública en la ejecución del contrato, tenemos el poder de sanción que se traduce en un poder disciplinario que actúa en forma compulsiva para constreñir al cocontratante a cumplir con sus obligaciones. Como lo esencial en

el contrato administrativo no es castigar al cocontratante por sus faltas sino asegurar la realización de la obra, del suministro, en fin, de la satisfacción de la necesidad pública comprometida, en las sanciones como lo es la rescisión, no se le elimina como pena, sino en cuanto su presencia es un obstáculo a la satisfacción del interés público.

Nuestra Ley de Obras Públicas contiene un capítulo especial que trata de las infracciones y sanciones en el que señala como los principales, hablando de las segundas, la multa, suspensión y cancelación del registro en el Padrón de Contratistas de Obras Públicas, la rescisión administrativa y la nulidad.

El artículo 68 del citado ordenamiento dispone que no se impondrán sanciones cuando se incurra en la infracción por causa de fuerza mayor, caso fortuito o cuando se observe en forma espontánea el precepto que se hubiere dejado de cumplir. Asimismo, dice que no se considera que el cumplimiento es espontáneo si la omisión es descubierta por las autoridades o media requerimiento, visita, excitativa o cualquier otra gestión que efectúen las mismas.

Por su parte, el artículo 69 del mismo ordenamiento dispone que las sanciones se comunicarán por escrito al presunto infractor señalándole los hechos constitutivos, de la infracción para que en un término no menor de 10 días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte pruebas, hecho lo cual se dará la

resolución debidamente fundada y motivada y se comunicará por escrito.

El artículo 71 de la misma Ley de Obras Públicas señala que las responsabilidades a que se refiere la misma son independientes de las de orden civil o penal que pudieran derivarse de la comisión de los mismos hechos.

Y el artículo 72 dice textualmente: "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". Es decir, establece la sanción de nulidad para las dependencias y entidades de la Administración Pública.

A su vez la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, cuenta con un capítulo especial de infracciones y sanciones siendo estas últimas las siguientes: multa y suspensión y cancelación del registro en el Padrón de Proveedores de la Administración Pública Federal.

En cuanto al incurrimento de la sanción por caso fortuito o fuerza mayor se dice lo mismo que se mencionó para la Ley de Obras Públicas. Lo mismo cabe señalar de las responsabilidades civil y penal que surjan de la comisión de los mismos hechos y del procedimiento para la aplicación de las sanciones.

Ahora bien, en el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles publicado en el Diario Oficial el día 13 de febrero de 1990 y en vigor el siguiente día, se señala textualmente que:

"Las dependencias y entidades podrán estipular las penas convencionales a cargo del proveedor por atraso en el cumplimiento de los pedidos o contratos, los que no excederán al importe de la garantía de cumplimiento, o bien, si no se estipula podrán exigir los daños y perjuicios.

"En las operaciones en que se conviniere ajuste de precios, la penalización se calculará sobre el precio ajustado".

B) Derechos del Cocontratante.

Para la realización del objeto motivo del contrato, el primer derecho que nace para el cocontratante es, el de poder realizar la actividad que le autoriza el convenio. Para que esto sea posible, es necesario que la Administración Pública cumpla de buena fe sus obligaciones.

La Administración Pública está obligada a prestar a su cocontratante toda la ayuda que le sea necesaria, colaborando ella también con su colaborador para que el contrato pueda ejecutarse conforme a lo convenido.

Tales obligaciones y derechos existen en los contratos administrativos pero limitados a las acciones o prestaciones de la Administración Pública, obrando como tal, con su imperium, que

tiendan a remover los obstaculos creados por actos de terceros que impidan la actividad del cocontratante.

Otro derecho del cocontratante se refiere al mantenimiento de vigencia del contrato durante el término estipulado mientras su modificación no obedezca a razones de interés público o fuerza mayor.

Un tercer derecho que tiene el cocontratante, es el de exigir a la Administración Pública que cumpla con sus obligaciones en los plazos convenidos, ya que en caso de incumplimiento en los plazos estipulados o demora de la Administración, el particular cocontratante tiene derecho a oponer la exceptio non adimpleti contractus.

Un cuarto derecho del particular cocontratante es el de exigir y recibir de la Administración Pública, el pago del precio como contraprestación a sus servicios.

Otro derecho inherente al objeto del contrato es el de reclamar su rescisión cuando el cumplimiento del contrato se hace imposible por causa de fuerza mayor, algún hecho de la Administración, o por devenir excesivamente oneroso por un acontecimiento imprevisible y extraordinario.

En la ejecución del contrato puede acontecer que un evento de la naturaleza totalmente imprevisible e imprevisto la

dificulte en forma extraordinaria haciendola más onerosa. Tales eventos de la naturaleza, sin hacer imposible el cumplimiento del contrato, lo afectan en forma directa o inmediata haciendo excepcionalmente más onerosa su ejecución. Es lo que se llama en doctrina "dificultades materiales imprevistas".

"La dificultad material imprevista se diferencia de la fuerza mayor en que ésta hace imposible el cumplimiento del contrato o de la prestación, en tanto la primera lo hace más difícil y oneroso. Cuando el impedimento aparecido hace razonablemente imposible su ejecución, corresponde admitir la rescisión por caso fortuito o fuerza mayor.

"También se diferencia de la teoría de la imprevisión, en que el evento que produce la dificultad o la mayor onerosidad del cumplimiento del contrato, corresponde con carácter general al alea económica, es decir, provocada por causas ajenas a las partes, pero originada por factores de tipo económico, en tanto que la dificultad material imprevista ocurre en el caso concreto particular del contrato de que se trate por la aparición anormal de un elemento de la naturaleza imposible de prever al momento de celebrarse" (40).

Lo característico de la teoría de la imprevisión es que el contrato se puede ejecutar aunque tal ejecución sea difícil o gravosa, excediendo los límites razonables de toda previsión, por el juego de circunstancias anormales sobrevinientes que alteran el contenido o extensión de la obligación a su cargo.

En cambio, la característica de la fuerza mayor es la imposibilidad de cumplir el contrato por circunstancias

40.- Miguel Angel Berçaitz. Op. Cit. pags. 443 y 444.

imprevisibles ajenas a las partes; por eso Waline, comentado por Berçaitz, ha dicho que la indemnización de la imprevisión cumple un "papel de prevención de la fuerza mayor" y Pequignot, también comentado por Berçaitz, ha expuesto la teoría de la "vida contractual" -imprevisión- a la teoría de la "muerte contractual" -fuerza mayor- (41).

Sobre la imprevisión, hoy en día se establecen los siguientes requisitos:

- Que ocurra un acontecimiento excepcional ajeno a la voluntad de las partes y que altere la economía del contrato proviniendo de un alea económica.
- Que ese acontecimiento no haya sido previsto por las partes contratantes.
- Que tal acontecimiento haga onerosa la ejecución del contrato.
- Que el cocontratante no suspenda la ejecución del contrato.
- Que se trate de una situación anormal pero temporal.

Es preciso señalar la diferencia entre la cláusula rebus sic stantibus y la teoría de la imprevisión. La primera permite variar las condiciones de cumplimiento de las obligaciones pactadas de tracto sucesivo y dependentiam futurum y aún llegar a su resolución cuando las circunstancias actuales han alterado las

41.- Miguel Angel Berçaitz. Op. Cit. pag. 450.

condiciones tenidas en cuenta al celebrarse el contrato.

La teoría de la imprevisión contempla el supuesto de un acontecimiento anormal y temporal, ajeno a las partes, que hace excepcionalmente oneroso el cumplimiento de la obligación, permitiendo a una de ellas reclamar de la otra sólo un aumento de su contraprestación, o una indemnización que equilibre el quebranto que provoca el cumplimiento de la obligación, pero nunca su resolución.

También la teoría de la imprevisión se diferencia de la dificultad material imprevista en que la segunda el hecho que la provoca es de la naturaleza y de carácter permanente, en tanto que en la primera se trata de un hecho temporal generado por el álea económica.

Cabe entonces señalar que la teoría de la imprevisión es inaplicable a la situación de aquellos contratistas que por incapacidad técnica o financiera no supieron o no pudieron mejorar los servicios a su cargo derivados de los nuevos descubrimientos y progresos.

También se ha dicho que no puede invocarse la teoría de la imprevisión en el caso del aumento de los costos de producción ocurridos después de firmado el contrato, si tal aumento es consecuencia de un acontecimiento inesperado y a la época de la concertación del contrato.

Igualmente no pueden invocar la teoría de la imprevisión, aquellos contratistas que se ven privados de su ganancia ordinaria, en tanto no exista cláusula escrita de garantía, porque ello corresponde a la esfera del álea normal de todo contrato.

Analizados ya en forma general los efectos de los contratos administrativos pasemos a estudiar, también en forma general, la extinción de los contratos administrativos.

CAPITULO 8

EXTINCION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Dentro de la extensa palabra "Extinción", comprenderemos a la revocación, a la rescisión, a la nulidad como una de sus causas, y a la caducidad de los contratos administrativos; si bien es cierto que la doctrina más generalizada comprende como formas de extinción los siguientes:

- a) Por expiración de su término en los contratos de plazo.
- b) Por cumplimiento de las obligaciones.
- c) Al ser dejados sin efecto por razones de oportunidad, mérito o conveniencia o de ilegitimidad o de moralidad, o por hechos relativos o imputables al cocontratante.
- d) Por imposibilidad material o jurídica sobreviniente al momento de su celebración.
- e) Por así solicitarlo el cocontratante.

f) Por rescisión de común acuerdo.

Ahora bien, cuando el Estado considera que un contrato administrativo debe dejarse sin efecto dadas las razones del inciso c) arriba mencionado, puede hacerlo en sede administrativa o en sede judicial, es decir, tendríamos a la revocación en el primer caso y a la anulación en el segundo.

En cambio, cuando el cocontratante considera que el contrato que tiene celebrado con el Estado debe ser extinguido, deberá solicitar su extinción en sede administrativa primero y si le es negada su solicitud, deberá entonces acudir a la sede judicial competente.

Cabe señalar que existe entre la extinción de los actos y la extinción de los contratos administrativos una cierta semejanza, razón por la cual es conveniente el estudio en particular de las diversas causas de extinción de los contratos administrativos aun cuando bajo algunos aspectos son de total aplicación a los últimos los principios doctrinales y jurisprudenciales elaborados con respecto a los primeros.

Así pues, incluimos como causa de extinción de los contratos administrativos, el vencimiento de su término cuando tienen un plazo determinado y cumplimiento de su objeto o de sus obligaciones en los demás. En estos casos, se necesita siempre un acto administrativo para tenerlos por terminado, es decir, no basta con el vencimiento del plazo ni el cumplimiento de las

obligaciones, hav que darlo por concluido y por finiquitados los efectos del contrato.

Asi lo señalan nuestros articulos 47 de la Ley de Obras Públicas y 49 de su Reglamento que a la letra dicen:

"Articulo 47: El contratista comunicará a la dependencia o entidad la terminación de los trabajos que le fueron encomendados y éstos verificarán que los trabajos estén debidamente concluidos dentro de los treinta días hábiles siguientes, salvo que se pacte, expresamente otro plazo."

"La recepción de los trabajos se hará dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha en que se haya constatado la terminación de los trabajos en los términos del párrafo anterior.

"La dependencia o entidad, si esta última es de aquellas cuyos presupuestos se encuentren incluidos en el Presupuesto de Egresos de la Federación o en el Departamento del Distrito Federal o de las que reciban transferencias con cargo a dichos presupuestos, comunicará a la contraloría la terminación de los trabajos e informará la fecha señalada para su recepción, a fin de que, si lo estima conveniente, nombre representantes que asistan al acto.

"En la fecha señalada la dependencia o entidad bajo su responsabilidad recibirá los trabajos y levantará el acta correspondiente con o sin la comparecencia de los representantes a que se refiere el párrafo anterior."

"Articulo 49: La dependencia o entidad dentro de los treinta días hábiles siguientes en que se hubiere constatado la terminación de los trabajos realizados por contrato o por administración directa, deberá levantar un acta en la que conste este hecho, que contendrá como mínimo:

- I Nombre de los asistentes y el carácter con que intervengan en el acto;

- II Nombre del técnico responsable por parte de la dependencia o entidad, y en su caso, el del contratista;
- III Breve descripción de las obras o servicios que se reciben;
- IV Fecha real de terminación de los trabajos;
- V Relación de las estimaciones o de gastos aprobados, monto ejercido, créditos a favor o en contra y saldos, v
- VI En caso de trabajos por contratos, las garantías que continuarán vigentes y la fecha de su cancelación.

"Con una anticipación no menor de diez días hábiles a la fecha en la que se levante el acta de recepción lo comunicarán a la Contraloría y a la dependencia coordinadora del sector, a fin de que si lo estiman conveniente, nombren representantes que asistan al acto.

"La recepción de las obras correspondientes a la dependencia o entidad contratante y se hará bajo su exclusiva responsabilidad.

"En la fecha señalada, se levantará el acta con o sin la comparecencia de los representantes a que se refiere este artículo."

Como vemos, ni aún siquiera dentro del mes siguiente a la fecha de la terminación real del contrato se da por terminado el mismo, sino que después de esos 30 días de verificación de la terminación del contrato, la ley da otros 30 más para que se levante el acta que dará por terminado el mismo.

Como simple detalle, cabe señalar un error mecanográfico en el artículo 49 del Reglamento citado en el que en su tercer

parrafo senala que "La recepcion de las obras correspondientes..." cuando debia ser "La recepcion de las obras corresponde". para quedar claro el enunciado haciendo referencia a que a la dependencia o entidad contratante corresponde la recepcion de las obras.

Ahora bien, siguiendo con nuestro tema, despues de esta aclaracion mecanografica es necesario determinar el regimen de los bienes afectados segun lo convenido y segun su naturaleza despues de producida la expiracion del termino pactado en los contratos con plazo.

A este respecto, debe establecerse cuales son las cosas que afectadas al contrato, vuelven o se transfieren al Estado y cuales no: herramientas, repuestos, instalaciones, muebles, etc., liquidando las relaciones financieras y economicas existentes entre los contratantes, como tambien los creditos y los debitos que integran su pasivo.

Cabe hacer mencion al articulo 48 de la Ley de Obras Publicas que si bien no hace referencia a que bienes vuelven al Estado y en que forma, si nos senala que aun despues de concluido el contrato, el contratista tiene a su cargo ciertas obligaciones que no le eximen de responsabilidad. Este articulo dice asi:

"Articulo 48: Concluida la obra, no obstante su recepcion formal, el contratista quedara obligado a responder de los defectos que resultaren en la misma de los vicios ocultos, y de cualesquiera otra responsabilidad en que hubiere incurrido, en los terminos senalados en el contrato respectivo y en el

Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal".

Pero el cumplimiento del objeto o de las obligaciones del contrato, es la forma normal de extinción de los contratos administrativos de obra pública y suministro.

Con la recepción de la obra, concluye para el contratista el cumplimiento del objeto del contrato, pero como ya señalamos, no su responsabilidad por aquellos vicios que puedan provocar posteriormente su destrucción total o parcial.

Estudiados ya los incisos a) y b) que mencionamos al iniciar el capítulo que nos interesa ahora, pasemos a estudiar el inciso c) que hace referencia a la extinción por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o de ilegitimidad, o por hechos relativos o imputables al cocontratante.

Es preciso señalar, que al estudio de todas las causales mencionadas, corresponde también el estudio de la revocación y de la nulidad, ya que las últimas son el efecto que extingue a las primeras.

A decir de Berçaitz, la revocación "es la extinción de un acto o de un contrato administrativo por el órgano del Estado que lo emitió o lo celebró, o por su superior jerárquico, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o por razones de ilegitimidad" (42).

42.- Miguel Angel Berçaitz. Op. Cit. pag. 485.

La situación de subordinación jurídica del cocontratante con respecto a la Administración Pública que domina todo el contrato administrativo, da origen a los poderes excepcionales de que la última goza: adaptar el contrato a las cambiantes necesidades públicas modificando el contrato dentro de ciertos límites: revocarlo directa y unilateralmente cuando las necesidades colectivas lo exigen, es decir, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, y por razones de ilegitimidad.

Así la Administración Pública tiene la facultad de revocar el contrato sin necesidad de obtener la conformidad previa de su cocontratante y sin intervención alguna del juez del contrato. Lo mismo sucede con la rescisión unilateral y directa por incumplimiento de las obligaciones del cocontratante, a manera de sanción por su culpa o falta o por caso fortuito o fuerza mayor.

Pero además de los principios expuestos, regulan la revocación, nulidad y rescisión de los contratos administrativos, los que resultan de las normas contenidas en el Código Civil, en cuanto sean aplicables como principios generales de derecho, con imperio tanto en el derecho privado como en el público. También los sentados por la jurisprudencia y por la doctrina.

Queda pues señalada nuestra adhesión a la doctrina que reserva la expresión, revocación a la extinción de los contratos administrativos en sede administrativa cuando dejan de satisfacer

los motivos que provocaron su celebración en vista de un fin público o cuando su vigencia puede afectar una necesidad pública, como también cuando en su origen no se ajustaron a las normas que condicionan su validez y aparecen en manifiesta contradicción con ellas: ilegitimidad o inmoralidad.

La rescisión en cambio se da cuando los órganos administrativos del Estado proceden a la extinción del contrato por un hecho o acto relativo al cocontratante, o por un hecho o acto imputable a este. Igualmente se habla de rescisión cuando un hecho o un acto físico o jurídico sobreviene a la celebración del contrato, produce su extinción antes de la finalización del plazo de su vigencia convenido, o antes del cumplimiento total de su objeto, o cuando, por mutuo acuerdo de las partes, se resuelve dar por extinguidos sus efectos.

El fundamento de la atribución de revocar consiste en que la satisfacción perentoria del fin público que determinó la celebración del contrato o de la necesidad pública cuya ejecución impide su vigencia, o la imposibilidad de respetar el vigor de un acuerdo cuya ilegitimidad aparece evidente, no permite recorrer el largo camino de una acción ordinaria de rescisión o de anulación ante la justicia, inherente a la sustanciación de un proceso civil organizado para dirimir conflictos privados. Esta satisfacción apremiante reclama aquí la acción ejecutiva y directa del poder público a quien corresponde velar por ella.

Así las cosas, la revocación debe ser resuelta en

principio, por el órgano administrativo que celebró el contrato.

"Tratándose de revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, es el quien se halla más capacitado para ponderar si el contrato celebrado debe o no subsistir frente a las necesidades públicas sobrevinientes, siempre que no se le haya retirado la competencia que tenía al momento de concertarlo. También tiene competencia el órgano superior jerárquico si posee para ello facultades de avocación, delegación o sustitución.

"Tratándose de revocación por ilegitimidad o inmoralidad, las facultades del órgano superior son mayores, en cuanto a la jerarquía supone el pertinente control de legitimidad de los actos y contratos que celebra el órgano administrativo jerárquicamente inferior" (43).

Finalmente, debemos decir que la revocación debe ser expresa y motivada siguiendo la misma forma a que se ajustó la concertación del convenio.

En cuanto a la revocación por razones de ilegitimidad, los vicios que afectan de nulidad a los contratos administrativos son los referentes a la competencia del órgano que los celebró, a la capacidad del cocontratante, al consentimiento prestado, a la observancia de las formas que los rigen, a su objeto y a su causa. Aquí, la revocación se rige por los mismos principios generales que regulan las nulidades en el Código Civil en cuanto fueran aplicables, no por ser éste el que determina el régimen de las nulidades de los actos y contratos administrativos, sino porque se trata de los principios que son comunes al derecho público y derecho privado.

43.- Miguel Angel Berçaitz, Op. Cit. pag. 493.

Si el contrato es nulo de nulidad absoluta, no está revestido de presunción alguna de legitimidad y la Administración puede dejarlo sin efectos sin que ello signifique la ejecución de un acto jurisdiccional de competencia exclusiva del órgano judicial. En cambio, si el contrato administrativo adolece de un vicio que debe investigarse, es claro que hasta en tanto ello no se establezca tiene la presunción de legitimidad.

Así pues, tratándose de un contrato de nulidad absoluta, su invalidez debe remontarse a la fecha de emanación del mismo, es decir, su nulidad es ex tunc declarativa.

Tratándose de un contrato afectado de un vicio de nulidad relativa y por ende subsanable, los efectos de la sentencia se proyectan al futuro, es decir, ex nunc, es constitutiva.

En cuanto a los terceros, los derechos nacidos como consecuencia del acto o del contrato anulado con efectos retroactivos, ex tunc, la anulación sólo les produce efectos ex nunc, salvo dolo o mala fe de ellos.

Tomando en consideración a este respecto a la Ley de Obras Públicas, su artículo 72 dice que 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.

Es la única consideración de nulidad que alega nuestra

ley, motivo por el cual tambien se senala en su articulo 71 que las responsabilidades a que se refiere la misma, son independientes a las del orden civil que puedan derivar de los mismos hechos. He aqui que se da entrada a la teoria de las nulidades civiles para la teoria general del contrato administrativo.

Lo mismo cabe decir de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles por lo que hace a sus articulos 47 y 65 en los que se senala en el primero, que los convenios celebrados contra la misma, serán nulos de pleno derecho, y en el segundo, que la responsabilidad proveniente de la misma ley es independiente a la proveniente de la materia civil.

Pasando ahora a estudiar la revocación por razones de moralidad, tenemos que cuando el contrato se ha celebrado mediante manejos inmorales en forma deshonesta, o exterioriza un favoritismo, puede afirmarse que existen razones de legitimidad para revocarlo o anularlo, ya que la legalidad y la moralidad de la actividad administrativa no pueden marchar separados.

Igualmente, cabe senalar que existen razones de conveniencia, porque al celebrar ese contrato, no se ha dado plena satisfacci3n a los fines publicos, ni a las necesidades, publicas que debieron ser su causa, ni esta ha sido el interés publico o la utilidad publica, motivo por el que no puede ser conveniente su supervivencia.

Finalmente, existe como causa de revocación o anulación, un hecho imputable al cocontratante, porque este no es ni puede ser considerado ajeno a la inmoralidad o al negocio que dio origen a su contrato. Al contrario, él es el causante de la inmoralidad y su beneficiario directo.

En principio, la revocación o nulidad por razones de moralidad, tiene efectos ex tunc, desde su origen, salvo que los vicios motivantes puedan equipararla a una revocación por razones de oportunidad, en cuyo caso tendrá efecto ex nunc, es decir, a partir de que se declare.

Pasemos ahora a estudiar la rescisión por hecho relativo o imputable al cocontratante.

Como lo expresa Berçaitz:

"La caducidad se decreta como sanción por el incumplimiento del cocontratante a las obligaciones a su cargo. Esta idea de culpa y sanción no existe en el caso de rescisión por hecho relativo al cocontratante: muerte o inhabilidad sobreviniente si se trata de una persona física, o concurso civil, quiebra, disolución o retiro de la personería si se trata de una persona jurídica, siempre que no le sean imputables.

"El Estado declarará la extinción del contrato, pero no su caducidad en ausencia de culpa" (44).

Ocurrido cualquiera de estos eventos, el contrato no queda extinguido de pleno derecho y se requiere un acto de

44.- Miguel Angel Berçaitz. Op. Cip. pag. 559.

rescisión por el Estado, ya que es la decisión administrativa la que la produce, y no el hecho de la muerte, ausencia, inhabilidad, quiebra, etc.

Pero en otros casos, el hecho será imputable al cocontratante con las consecuencias pertinentes a la rescisión por culpa, o sea, caducidad.

La rescisión por hecho relativo al cocontratante compete a los órganos administrativos del Estado, ya que a ellos corresponde establecer cuando ese hecho asume caracteres de tal gravedad como para crear una situación incompatible entre la subsistencia del vínculo y el fin público, el servicio público, o la necesidad pública, causa del contrato o que puede afectar al contrato.

En el caso de que el fundamento de la rescisión sea el incumplimiento de las obligaciones por parte del cocontratante, debemos especificar que las consecuencias o efectos del acto que declare la rescisión rigen a partir de la fecha del mismo o de la acción u omisión imputable que lo origina y se sanciona con la caducidad cuando así se establece expresamente.

Al respecto de la caducidad, tenemos una tesis jurisprudencial que dice así:

"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, porque la autoridad rescinda el contrato sin forma de juicio y deje de observar el principio de derecho civil de que antes se habló. Si la autoridad contratante, sin forma de juicio, declara rescindido el contrato, no puede alegarse como improcedencia del amparo, que el contratante puede ocurrir ante los tribunales para exigir el cumplimiento del contrato o su rescisión, porque en el amparo lo que se pretende es obtener la revocación del acuerdo que declara insustituible el contrato".

PRECEDE/REFERENC

QUINTA EPOCA:

TOMO XXVIII, PAG. 1187 RIANDE ROGELIO

TESIS RELACIONADA

TESIS RELACIONADA CON JURISPRUDENCIA 356/85.

Como vemos en la citada tesis jurisprudencial, el Estado debe arrogarse en el contrato administrativo la facultad de declarar la caducidad del mismo sin perjuicio de que se proceda a solicitar por vía de amparo, la revocación del acuerdo que declara insubsistente el contrato administrativo.

En otra tesis jurisprudencial se observa la facultad de la autoridad para rescindir el contrato administrativo por causa imputable al cocotratante. Tal tesis dice así:

"CONTRATOS ADMINISTRATIVOS REVISION DE. Probadó que una persona violó una cláusula del contrato celebrado con una autoridad y que, según el mismo, tal violación daba margen a la rescisión del mencionado contrato, es indudable que dicha autoridad está facultada para revocar este, administrativamente".

PRECEDE/REFERENC.

PEDROARENA PEDRO, PAG. 1373 T. LVI. 11 DE MAYO DE 1938.

VEASE:

TESIS RELACIONADA CON J. 356/55 Bra. PARTE P. 608".

Pasemos ahora a estudiar brevemente como lo hemos venido haciendo, la rescisión por caso fortuito o fuerza mayor.

El caso fortuito o fuerza mayor, es otra forma de extinción de los contratos administrativos.

Es un acontecimiento imprevisto e imprevisible que sobreviene a la celebración del contrato, acontecimiento ajeno a la voluntad de las partes que hacen imposible, materialmente hablando, el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Tal acontecimiento libera de toda responsabilidad a quien la invoca y su imposibilidad puede ser temporal o definitiva.

Pero en el derecho administrativo no se necesita que el evento alegado como fuerza mayor sea insuperable para justificar el incumplimiento de lo pactado basta con que impida la ejecución normal del contrato, no siendo necesario que esa imposibilidad sea absoluta.

Atinadamente, el maestro Bergaitz afirma que "la eximente de fuerza mayor actúa cuando se trata de una imposibilidad material o jurídica de cumplimiento, no de una dificultad financiera que lo hace más oneroso, en cuyo caso toma vigencia la teoría de la imprevisión, salvo que el desequilibrio del contrato

adquiera un carácter irreversible (45).

Una vez analizada brevemente la causal de rescisión por fuerza mayor, analizaremos brevemente la rescisión por el cocontratante, es decir, la invocada por éste.

Es el caso de considerar las causas en que la rescisión puede ser reclamada por el cocontratante, fuera de la hipótesis del caso fortuito o fuerza mayor, y de analizar el régimen a que está sometida, tan distinto del que rige la revocación o rescisión en forma directa y unilateral por el Estado.

Tenemos tres causas por las que el cocontratante puede reclamar la rescisión del contrato, a parte de la referida al caso fortuito o fuerza mayor:

- a) Por un hecho de la Administración o por un hecho económico grave e imprevisible posteriores a la celebración de su contrato, que hacen imposible su cumplimiento por variar sustancialmente lo pactado o sus posibilidades técnicas o financieras.
- b) Por violación del contrato o incumplimiento del Estado a las obligaciones contractuales a su cargo:
- c) Por la existencia de vicios que afectan la validez jurídica del contrato.

45.- Miguel Angel Berçaitz. Op. Cit. pag. 579.

Ahora bien, tratándose de las modificaciones del álea administrativa, como las alteraciones del álea económica, para poder ser invocadas por el cocontratante como causal de rescisión, deben producir la misma imposibilidad de cumplimiento que la fuerza mayor. Basta con esa imposibilidad razonable de cumplimiento, la cual debe tener una relación directa y grave con éste y que al mismo tiempo no haya podido ser prevista por el cocontratante.

Reunidos estos requisitos, el cocontratante podrá pedir la rescisión del contrato o podrá oponer al Estado la exceptio non adimpletis contractus contra cualquier intimación que se le haga por retardo o incumplimiento.

"La violación del contrato por la Administración Pública se produce cuando ésta, lisa y llanamente deja de cumplir las obligaciones a su cargo, o cuando las modificaciones introducidas por ella en su ejecución, constituyen una desviación de poder, desvirtúan el objeto del contrato o superan los límites contractuales previstos -o razonables a falta de previsión- alterando profundamente su economía.

"Producido cualquiera de estos eventos, el cocontratante podrá demandar la rescisión del contrato por culpa del Estado, lo mismo que en el derecho común -aun cuando es de derecho público- con la responsabilidad consiguiente, siempre que esas violaciones adquieran entidad bastante para justificar razonablemente la imposibilidad de cumplir lo pactado" (46).

En cuanto al régimen de la rescisión de los contratos administrativos por el cocontratante, es oportuno señalar lo que

46.- Miguel Angel Berçaitz, Op. Cit. pag. 591.

el maestro Berçaitz señala:

"La rescisión de los contratos administrativos por el cocontratante está sujeta a un régimen esencialmente distinto del que rige la revocación por el Estado. En tanto que este último puede por sí y ante sí declarar esa rescisión o revocación, el cocontratante debe acudir a solicitarla al juez del contrato.

"Es lo lógico. El cocontratante no es más que un particular que persiguiendo su interés económico privado, se presta voluntariamente a colaborar con la Administración en la satisfacción de un fin público o de una necesidad pública, o que tiene celebrado con el Estado un contrato en beneficio propio que puede afectar un fin público o una necesidad pública.

"Pese al carácter de colaborador de la Administración que puede invertir en la prestación de un servicio o de una obra pública en los contratos de colaboración, pese a los beneficios que pueden otorgársele en los contratos de atribución, no tiene frente al Estado más derechos que los poseídos por un particular en un contrato de derecho privado.

"En consecuencia, ante la negativa de la Administración a reconocer el derecho que le asiste, no tiene otro modo de lograrlo que acudir a la vía jurisdiccional.

"Según la gravedad de la situación producida en las distintas hipótesis estudiadas más arriba en el presente capítulo, y la imposibilidad de cumplir por parte del cocontratante, el juez podrá declarar la rescisión del contrato por culpa de la Administración, e inclusive condenar a ésta al pago de los daños y perjuicios que sean pertinentes" (47).

Finalmente, procederemos al estudio de la última causa de extinción de los contratos administrativos, la referente a la rescisión de común acuerdo. A este respecto, sólo diremos que con

47.- Miguel Angel Berçaitz. Op. Cit. pag. 596.

ella se pone fin al contrato anticipadamente, es decir, antes de la expiración de su término o antes del cumplimiento de su objeto. El régimen de rescisión y sus efectos, no difieren en esta materia del que rige la rescisión de común acuerdo de los contratos de derecho privado: así, el convenio de rescisión debe reunir para su validez jurídica, los mismos requisitos necesarios para la formación del contrato.

Es imprescindible señalar, que la teoría aquí expuesta sobre la extinción de los contratos administrativos, es la teoría que la doctrina más autorizada señala. Como bien sabemos, no existe una teoría general completamente aceptada sobre el régimen legal de los contratos administrativos, menos aún de la extinción de los mismos y sus efectos; por lo cual, y por lo extenso del tema estudiado por varios autores con sus semejanzas y diferencias, me he permitido hacer un esbozo de la teoría señalada por el maestro Miguel Angel Berçaitz, el cual a mi juicio, ha sido uno de los autores de Derecho Administrativo que mejor y más completamente han escrito sobre los contratos administrativos.

Si bien es cierto que nuestra Ley de Obras Públicas y Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, son muy vagas en cuanto al tema de la extinción de los contratos administrativos, no menos es cierto que nuestro Código Civil es supletorio de los mismos en lo que fuere aplicable y por ende les resulta también aplicable la doctrina general que impera en el ordenamiento supletorio.

Es por eso que más que exponer una teoría nueva de la extinción de los contratos administrativos, he expuesto aquí la teoría más autorizada sobre los mismos, apoyandome para ello en el gran tratadista Miguel Angel Berçaitz, uno de los, como ya dije, pocos autores que han analizado y estudiado con mayor abundamiento y profundidad la Teoría General de los Contratos Administrativos.

TITULO IV

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

CAPITULO 1

BASES CONSTITUCIONALES

El artículo 134 constitucional es la base de la regulación de la Ley de Obras Públicas y de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles.

El mismo precepto constitucional fue presentado a debate en el Congreso Constituyente de 1916, por lo cual, carece de antecedentes constitucionales, pero no por eso haremos a un lado una breve alusión al dictamen propuesto en la 61a. Sesión Ordinaria celebrada el 25 de enero de 1917 en el Congreso Constituyente.

Asimismo, haremos unos breves comentarios al artículo 134 constitucional vigente hasta el año de 1982, mismo que se reformó para quedar como ahora lo tenemos en nuestra Constitución vigente.

Entrando pues en materia, el precepto constitucional mencionado decía al ser creado lo siguiente:

"Todos los contratos que el Gobierno tenga que

celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria, y para que presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública".

Este precepto ordena que los contratos para obras públicas que celebre el Gobierno Federal se adjudiquen en subasta, previa convocatoria, y que las proposiciones que en sobre cerrado presenten los postores sean abiertas en junta pública.

Tal disposición es consecuencia de la igualdad jurídica inherente al régimen democrático instituido por el artículo 40, por cuanto asegura un tratamiento equitativo, exento de favoritismos, por parte de los poderes federales para quienes contraten con ellos. Asimismo es una medida tendiente a lograr la mejor calificación de los trabajos que encomiende el Gobierno Federal a los particulares.

Así lo expresan don Emilio Rabasa y la señora Gloria Caballero en su "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada" al decir textualmente lo siguiente:

"Varios preceptos de la Constitución están inspirados en el principio de la igualdad humana, sin duda porque el pueblo de México ha luchado reiteradamente por destruir indebidos privilegios y por brindar a todos los habitantes del país las mismas oportunidades de bienestar y progreso. Al propio tiempo, también se ha procurado obtener de las obras públicas el mayor beneficio en favor de los mexicanos.

"El artículo 134, con fundamento en estos propósitos, dispone que los contratos que celebre el Gobierno Federal con los particulares para la ejecución

de obras publicas se otorguen a quienes ofrezcan un trabajo mejor, en limpia competencia con los demas. Asi se protege tanto el interes publico como el de quienes pretenden legitimamente la obtención del contrato" (48).

La presentación y debate del artículo 134 en el Congreso Constituyente de 1916, carece de antecedente en el Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza. La Comisión de Constitución presentó ese artículo en un Dictamen que reza así:

"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 posibles, 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 el número 131, pero como puede haber modificaciones en la numeración la Comisión de Estilo lo coloque en el lugar que le corresponde 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 publicas serán adjudicados en subasta pública, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública.

"Sala de Comisiones, Querétaro de Arteaga, 25 de enero de 1917. Paulino Narvaez. Heriberto Jara.- Arturo

48.- Emilio O. Rabasa y Gloria Caballero. "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada". Editada por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Artículo 134. México, D.F. 1971.

Del Dictamen suscrito, se suscito en la 64a. Sesión Ordinaria, celebrada el 27 de enero de 1917, el correspondiente debate en el que el C. Ibarra propuso que en el artículo a estudio se incluyera que en caso de que no se presentara ninguna persona, o que la misma no reuniera los requisitos exigidos, la obra se hiciera por administración, -lo que hoy es ejecución por administración directa-, ya que según él, podía darse el caso de que no se presentaran personas para llevar a cabo la obra o que ninguna de ellas fuese aceptada.

A esto, el C. Machorro Narváez, miembro de la Comisión, señaló que en caso de que eso sucediera, al Gobierno le queda el medio de mejorar las bases del contrato para que haya postores, y así, indudablemente el contrato se llevará a cabo.

En esa misma Sesión, el artículo fue aprobado por unanimidad de 168 votos y corresponde al artículo 134 que ya mencionamos.

Indudablemente que el precepto original del artículo 134 constitucional es muy vago y escueto. No se hizo suficiente caso a la proposición del C. Ibarra, lo cual trajo consecuencias, mismas que se pretendieron arrancar con la reforma hecha en

49.- Cámara de Diputados. "Los Derechos del Pueblo Mexicano".
pág. 952.

diciembre de 1982 en la que se preve el caso de que las licitaciones publicas no sean idoneas para asegurar al Estado las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demas circunstancias pertinentes; caso en el que las leyes (Ley de Obras Publicas en su articulo 33 y Ley de Adquisiciones, Arrendamientos v Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles en su articulo 35) establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demas elementos para acreditar la economia, eficacia, eficiencia, imparcialidad v honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

Cabe señalar que el precepto original comentado sólo hace referencia al contrato de obra pública, no así a las adquisiciones, arrendamientos v enajenaciones de todo tipo de bienes y prestación de servicios de cualquier naturaleza que menciona el mismo precepto pero ya reformado y hoy vigente.

A este respecto, en su oportunidad haremos nuestros comentarios v daremos posibles soluciones en cuanto a la escasa y deficiente regulación de los servicios profesionales, ya que nuestro vigente articulo 134 constitucional habla de la "prestación de servicios de cualquier naturaleza", v nuestra Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, no hace mención a ningún tipo de servicio profesional entendiendo este como un servicio de tipo intelectual v no manual, va que podría alegarse que un servicio manual también lo es profesional, v en lo que estoy de acuerdo, pero la escasa regulación a la que me refiero, es la relativa al

servicio profesional en su variante intelectual como lo es el que al Estado requiera de los servicios de un abogado o de un despacho de contadores por poner un ejemplo.

Pero sin ir más al fondo del asunto, es preciso señalar que nos llama la atención cómo desde el Debate comentado, el C. Machorro Narváez hace incapié en la facultad que tiene el gobierno de mejorar las bases de la contratación para que la misma se lleve a cabo en el caso de que no se presenten postores o los mismos no reúnan los requisitos exigidos; facultad del Estado para modificar los contratos que pretenda celebrar nuevamente, lo repetimos, característica fundamental de los contratos administrativos misma que nos lleva una vez más a concluir que su régimen legal es un régimen exorbitante de derecho común, es decir, régimen de derecho público.

Pasemos ahora a referirnos a la reforma hecha al artículo 134 constitucional el 28 de diciembre de 1982.

El texto derivado de la reforma es el que actualmente nos rige, el cual es del tenor siguiente:

"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 adjudicaran o llevaran 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.

"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".

La reforma al artículo 134 constitucional se llevó a cabo junto con los artículos 108 al 114, 22, 73 VI base 4a., 74 V, 76 VII, 94, 97 y 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de diciembre de 1982 durante el comienzo del sexenio del Lic. Miguel de la Madrid Hurtado.

Por su relación con el Título Cuarto constitucional se puede afirmar que la intención de quienes lo propusieron fue establecer una norma ética general para el manejo de los fondos públicos tanto por parte de los servidores del Estado como por parte de los particulares cuya actividad se relacione con la hacienda pública.

Así, el texto vigente amplía las hipótesis en los que el procedimiento de licitación debe ser la base para establecer una relación contractual entre el gobierno y los particulares.

Y finalmente, el mismo precepto finca la responsabilidad de los servidores públicos por su infracción.

Conviene mencionar que debido a que el Diario de los Debates referente a la reforma al artículo 134 constitucional redunda en la discusión del Título Cuarto Constitucional, no lo comentaremos como lo hicimos con la creación del mismo artículo en el Constituyente de 1916. A éste respecto sólo puedo decir que me parece un debate puramente demagógico en el que más que estudiar el fondo moral y ético de lo que la sociedad reclama del servicio público, más bien, de los encargados de darlo se estudian puntos intrascendentes como lo es el debate de la sustitución de la palabra "funcionario" público por la de "servidor" público haciendo a un lado el reclamo de la verdadera renovación moral que exige la sociedad.

Basta pues con recomendar la lectura del procedimiento seguido para ésta reforma en "El Marco Legislativo para el Cambio" -diciembre 1982.- del Lic. Miguel de la Madrid Hurtado, Tomo 1, pág. 11 a 117, impreso por los Talleres Gráficos de la Nación, en mayo de 1983.

Ahora bien, es cierto que no existen antecedentes constitucionales sobre el artículo 134 Constitucional, pero si en

cambio existen antecedentes legales e históricos que es el caso mencionar.

Como primer antecedente tenemos una Providencia de la Secretaría de Relaciones sobre que se desempeñen por contratos los ramos del ayuntamiento y prevenciones en cuanto a sus gastos y rentas; fechado en la ciudad de México el 28 de enero de 1834.

Como segundo antecedente tenemos la Resolución General en Jefe del Ejército de Oriente sobre prevenciones para exigir el pago de los impuestos y modo de verificar las almonedas, fechado en la Ciudad de México el 22 de mayo de 1867.

Como tercer antecedente tenemos la Ley sobre ferrocarriles decretada por el gobierno el 29 de abril de 1899.

Y como cuarto y último antecedente tenemos un Decreto del Congreso que enumera y clasifica los bienes inmuebles de la Federación, fechado en la ciudad de México el 18 de diciembre de 1902. Una vez sentadas las bases constitucionales, pasemos al siguiente capítulo referente a nuestro marco legal en el que haremos una breve alusión a la Ley de Obras Públicas y a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles para finalmente llegar a la parte fundamental del presente trabajo: mis conclusiones.

CAPITULO 2

MARCO LEGAL

A) Ley de Obras Públicas y su Reglamento:

La reglamentación del artículo 134 constitucional no fue sino hasta el año de 1966, en el que el Diario Oficial de la Federación del 4 de enero se publicó la Ley de Inspección de Contratos y Obras Pública.

Esta Ley abarcó una connotación de fiscalización presupuestaria que se traducía en la intervención de las entonces Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de Patrimonio Nacional, de la Presidencia y de Obras Públicas, tanto en la realización directa de obras, como en los contratos relativos a obras de construcción, instalación, conservación, reparación y demolición de bienes inmuebles a cargo de las Secretarías y Departamentos del Estado, Departamento del Distrito Federal, organismos públicos y empresas de participación estatal.

Se ha considerado que esta ley no constituía un ordenamiento regulador de los contratos administrativos y con ello se dió el problema de distinguirlos como públicos o privados(50).

Es por eso, que la Ley de Obras Públicas de 1980, aclaró tal problema considerando a los contratos de obra pública como contratos administrativos.

50.- Alfonso Nava Negrete. "Diccionario Jurídico Mexicano". Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, Tomo II, 1983. pag. 294.

Así, la Ley de Obras Públicas extendió su objeto al conjunto de actos y contratos que tengan relación con la obra pública, inclusive los de prestación de servicios con ella relacionados.

"Siendo el objeto de la Ley la regulación del gasto y las acciones de realización de la obra pública, la definición de ésta en el ordenamiento legal, en mérito de los principios de objetividad y certeza jurídica, implica un avance significativo en la configuración de un marco conceptual de referencia, así como un objeto más amplio de reglamentación. De esta suerte y a través de la enunciación de diversos supuestos de trabajos materiales, quedó integrado el concepto de obra pública para fines de la ley" (51).

El maestro Andrés Serra Rojas en su libro "Derecho Administrativo" dice que:

"la obra pública es una cosa hecha o producida por el Estado o a su nombre, sobre un inmueble determinado con un propósito de interés general y se destina al uso público, a un servicio público, o a cualquier finalidad de beneficio general" (52).

En efecto, el esquema de la Ley, según lo señala la exposición de motivos de su iniciativa, se orienta por el propósito de que el gasto destinado a las obras públicas, deben encaminarse a satisfacer las necesidades consideradas como prioritarias para la población.

Así, la Ley de Obras Públicas adoptó una estrategia de

-
- 51.- Rubén Valdez Abascal. "Las Reformas a la Ley de Obras Públicas", en "Derecho Federal Mexicano". Legislación Reformada, 1983. Editado por Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, S.A. Primera Edición, México, 1984, pag. 333.
- 52.- Andrés Serra Rojas. "Derecho Administrativo", Ed. Porrúa, S.A., Decimosegunda Edición, Tomo II, México, 1983, pag. 512.

liberación de controles previos a la provección y ejecución de la obra mediante contrato o por administración directa sin intervención de contratistas. Para perfeccionar la regulación de los contratos se les calificó de contrato de derecho público; se determinó que sus controversias fueron resueltas por los tribunales federales y se introdujeron capítulos nuevos relacionados con procedimientos de información. Se perfeccionó igualmente la mecánica de definición de supuestos para la aplicación de sanciones por incobservancia del ordenamiento, y se adoptaron, también, medios de defensa para los particulares o contratistas, a quienes afectaran las resoluciones de las autoridades competentes.

Debemos considerar los cambios sufridos por el artículo 134 constitucional en diciembre de 1982 por virtud de los cuales el Constituyente Permanente transformó al precepto para extenderlo a otros actos y contratos administrativos como las adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes y la prestación de servicios de cualquier naturaleza. Además se incorporaron nuevas responsabilidades para el Estado con respecto a estas materias y a la realización de obras públicas.

Considerando que del artículo 134 constitucional se deriva una orientación hacia la mejor aplicación de los recursos económicos del Estado que se destinan a la obra pública, es indispensable partir de los objetivos que con ello se pretende alcanzar.

Dice el citado precepto que deberán administrarse con eficiencia, eficacia y honradez los recursos económicos del Gobierno Federal y del Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales.

De tal mandato surgen algunas de las disposiciones que fueron adoptadas mediante las reformas a la Ley de Obras Públicas, promovidas por el Ejecutivo Federal y aprobadas por el Congreso de la Unión en diciembre de 1981, y en virtud de las que se dibuja la tendencia de conducir la gestión gubernamental por causas más adecuadas a la naturaleza de las actividades que se realizan en la economía para contratar con el Estado y realizar trabajos que el mismo requiere.

La naturaleza concurrencial de las actividades de los contratistas del Gobierno Federal hace necesario que el Estado actúe en función de la salvaguarda de los intereses que debe tutelar para evitar desviaciones en la adjudicación de las obras públicas. También se pone de manifiesto la necesidad de mantener el acceso igualitario a los contratistas para así evitar favoritismos, inequidad y discriminaciones.

A este respecto, cabe comentar las reformas al artículo 3º de la Ley de Obras Públicas en el que se dice que la adjudicación del contrato se hará en favor de la persona que, de entre los proponentes, haya reunido las condiciones legales, técnicas y económicas, garantizando satisfactoriamente el cumplimiento del contrato, y cuente con la experiencia requerida

por la convocante para la ejecución de los trabajos. Si una vez considerados los criterios anteriores resultare que dos o más proposiciones satisfacen los requisitos antes mencionados, el contrato se adjudicará a quien presente la postura más baja.

El artículo 134 constitucional además señala los medios a través de los que habrá de alcanzarse el objetivo de eficiencia económica, oportunidad y otras circunstancias pertinentes para la contratación de obras públicas. Se trata de las licitaciones públicas que deben celebrarse previa convocatoria pública para que se presenten proposiciones en sobre cerrado que será abierto públicamente.

A este respecto, también el mismo precepto constitucional señala que será la Ley la que determine en qué casos no se estará sujeto al procedimiento de licitación pública, de donde resulta que dicha flexibilidad puede pesar favorablemente en la función que como contratante desempeña la administración.

Con esta perspectiva, se modificaron en el texto de la Ley de Obras Públicas de 1980, para hacerlos congruentes con el artículo 134 constitucional, los artículos 30, 33, 55, 56 y 57 los cuales remarcaremos a continuación.

El artículo 30 de la Ley de Obras Públicas se refiere a la contratación de la obra pública por medio de la licitación pública, la cual es vista en la teoría jurídica como una modalidad de restricción impuesta a las funciones públicas para

seleccionar a las personas con las cuales ha de pactar las condiciones de ejecución. En este artículo se suprime el término de la subasta para adoptar el de licitaciones públicas a que se refiere el artículo 134 constitucional en su segundo párrafo.

Tomando en cuenta que el artículo 134 constitucional reserva al acto legislativo la determinación de cuáles pueden ser los casos de excepción a la práctica de las licitaciones públicas para adjudicar contratos de obra pública. la reforma a los artículos 55, 56 y 57 de la Ley de Obras Públicas cumplen este cometido refiriéndose a los casos siguientes:

- Ejecución de obras para fines militares o para la Armada, o aquéllos que se revelen necesarias para salvaguardar la integridad, la independencia y la soberanía de la nación o garantizar su seguridad interior.

- Cuando concurren circunstancias imprevisibles o extraordinarias; obras de emergencia por rescisión de contrato de obra; cuando los trabajos requieran sistemas y procedimientos de tecnología avanzada; obras de conservación, mantenimiento, restauración y demolición, cuyos volúmenes no puedan precisarse normalmente, tareas en los que se emplee mano de obra campesina o urbana marginada y se contraten directamente con los habitantes beneficiarios de la localidad o con las agrupaciones legalmente constituidas por los propios habitantes beneficiarios.

- Obras de menor cuantía en que no es costeable la licitación. En estos casos el criterio de economía a que se refiere el artículo 134 constitucional, estará reflejado en los límites máximos de contratación que al efecto fijarán anualmente los Presupuestos de Egresos de la Federación y del Departamento del Distrito Federal.

Conviene mencionar que aún en las causas de excepción a la realización de la licitación pública, las reformas a la Ley incorporaron en los artículos 56 penúltimo párrafo y 57 tercer párrafo, la fórmula conocida en doctrina como "licitación privada" en virtud de la que deberán ser convocadas las personas o la persona que cuente con la capacidad de respuesta y los recursos técnicos, financieros y demás que sean necesarios.

Las reformas al artículo 37 de la Ley de Obras Públicas que se relaciona con el Título Cuarto de la Constitución, precisan las limitaciones y prohibiciones que tienen determinadas personas físicas y morales para celebrar contratos de obras públicas con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal. Con esta reforma, las limitaciones a los servidores públicos del orden federal se extienden a los funcionarios públicos de los Estados cuando las obras que se ejecuten en el ámbito local sean financiadas vía convenios con recursos presupuestales de la Federación.

Las reformas a los artículos 66 y 70 atañen a las infracciones a la ley y consecuentes sanciones, lo que avuda a

diferenciar las sanciones administrativas, civiles y penales.

Con las reformas citadas, a partir de 1983 y por virtud de la redistribución de competencias en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal concernientes a la obra pública, quedaron en la esfera de atribuciones de la Secretaría de Programación y Presupuesto las facultades normativas, y con la creación de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, se confirió a ésta el ejercicio de la inspección y fiscalización en la ejecución del gasto público. Por ende, se retiraron a la primera para otorgarlos a la segunda, las atribuciones de vigilancia de los procedimientos de ejecución de las obras y de la aplicación del gasto a ellas destinado.

A través de los artículos 3, 42, 47 párrafo tercero, 59, 62, 63, 65 y 66 se otorgaron facultades a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación para realizar actos de vigilancia durante los procesos de adjudicación del contrato, así como en los casos de suspensión de la ejecución de la obra de rescisión de los contratos y de terminación de los trabajos respectivos. Se faculta también a la citada Secretaría para conocer las circunstancias que den lugar a contratar la realización de las obras sin mediar licitación pública, por parte de las dependencias y entidades.

Así, en el Capítulo V de la Ley de Obras Públicas que habla de la Información y Verificación, se establece la intervención que la propia Secretaría de la Contraloría tendrá

en el control de la ejecución de las obras públicas.

Las reformas a los artículos 63, 65 y 66 confieren a las dependencias, atribuciones para efectuar el seguimiento de las obras públicas; y otorgan a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación la facultad de proponer a las dependencias y entidades la rescisión administrativa de los contratos, así como para actuar en la constitución de las responsabilidades en que puedan incurrir los servidores públicos, en los casos en que sean incumplidos los preceptos de la Ley de Obras Públicas.

Ahora bien, las obras públicas representan un instrumental poderoso para que el Estado promueva el desarrollo económico del país, pues dichas obras sirven para modificar la infraestructura del territorio nacional y hacerlo más receptivo de las inversiones privadas.

Por ello, la Ley de Obras Públicas en su Título Segundo, Capítulo I, llamado "De la Planeación y de la Programación y Presupuestación de las Obras" presenta claramente el imperativo de enlazar la planeación de la obra pública a los objetivos y prioridades del Plan y los programas de desarrollo del país.

Así, el artículo 12 establece que las obras públicas habrán de ajustarse a los objetivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo y de los programas sectoriales, institucionales, regionales y especiales de acuerdo con las

estimaciones de recursos y la determinación de instrumentos y responsables de su ejecución contenidas en dichos documentos.

El mismo precepto toma en consideración la necesidad de ajustarse a los objetivos, metas y previsiones de recursos consignados en los Presupuestos de Egresos de la Federación y del Departamento del Distrito Federal, o de las entidades respectivas, además de respetar las disposiciones legales y reglamentaciones aplicables y tomar en consideración los planes y programas de desarrollo de los Estados y Municipios.

Para constatar que lo anterior se cumpla, se faculta en el último párrafo del artículo 14 de la Ley en comento, a la Secretaría de Programación y Presupuesto para verificar la relación que guardan los programas de obras públicas con los objetivos y prioridades del Plan y los programas de desarrollo del país.

El artículo 13 consagra la necesaria planeación de cada obra pública, previamente a su realización.

Por otra parte, una de las reformas importantes a la Ley de Obras Públicas es la referente a la reducción de algunos de los plazos que contempla la Ley de 1980 sobre el término para la respuesta a la solicitud de inscripción o revalidación en el Padrón de Contratistas de Obras Públicas a que se refiere el artículo 22. Igualmente pueden apreciarse las disposiciones adicionadas en el párrafo último del artículo 23, con respecto a

la reanudación de los efectos del registro cuando habiéndose suspendido, desaparecieron las causas que la motivaron.

En este orden de ideas, conviene comentar el artículo 42 en cuanto a que establece la posibilidad que tienen las dependencias y entidades de suspender temporalmente en todo o en parte la obra contratada notificando a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, las causas justificadas de suspensión de las obras.

También sufrieron reformas los artículos 20, 21, 39, 40, 44, 45 y 47 en cuanto a la supresión de tramitaciones innecesarias que complicaban el régimen de ejecución de las obras.

Para mayor información de todas las reformas aquí comentadas, conviene leer la iniciativa de Reformas en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Obras Públicas y Segunda Sección de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores (52).

B) Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles y su reglamento.

Esta ley apareció publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de febrero de 1985, por lo que en él se podrá observar la exposición de motivos a la que no haré referencia en

53.- Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, diciembre, 1983, p.p. VII y IX.

este trabajo. Va que tratándose de estudiar este inciso B) solo recalcaré algunos puntos importantes del objetivo de la Ley en comento y su reciente reglamento.

Asimismo, en este mismo inciso, haré mis comentarios a la falta de regulación de los servicios profesionales a que me referí arriba, y que considero, éste es el lugar adecuado para su estudio.

Pues bien, antes de entrar al problema planteado de la falta de regulación de los servicios profesionales, conviene señalar algunas consideraciones con respecto a la Ley que aquí tocamos y a su Reglamento.

Como es sabido, el fundamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, es nuestro artículo 134 constitucional, mismo que señala en su párrafo segundo que "Las Adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes": con este orden de ideas, la Ley que venimos comentando tiene por objeto regular las acciones relativas a la planeación, programación,

presupuestación y control que en materia de adquisiciones y arrendamiento de bienes muebles y prestación de servicios relacionados con los mismos, realicen las dependencias y entidades, y los actos y contratos relacionados con las materias a que se refiere lo anterior que lleven a cabo y celebren las propias dependencias y entidades.

El gasto de tales adquisiciones, arrendamientos y servicios se sujetará a lo previsto en la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, así como, en su caso, en los Presupuestos Anuales de Egresos de la Federación y del Departamento del Distrito Federal.

El artículo 5 expresa que la Secretaría de la Contraloría y la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial serán las que interpreten la Ley y dicten las disposiciones administrativas. Asimismo, el último párrafo de este artículo establece que en el reglamento de esta Ley se determinan los aspectos sobre los cuales las citadas dependencias podrán ejercer las atribuciones que le corresponden; reglamento que tardó en expedirse más de cinco años a la entrada en vigor de la Ley, ya que el mismo fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de febrero de 1990 y entró en vigor el día siguiente al de su publicación.

Por su parte, el artículo 9 de la Ley menciona que las adquisiciones, arrendamientos y servicios de procedencia extranjera se registran por la misma sin perjuicio de la

observancia de las disposiciones legales que les resulten aplicables.

Por lo demás, baste con señalar que la Ley de Adquisiciones guarda mucha semejanza con la Ley de Obras Públicas, razón por la cual no entraremos en más detalles sobre ella, pero sí sobre su reciente Reglamento publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de febrero de 1990.

El Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles se aplica a las adquisiciones hechas por las dependencias del Gobierno Federal.

Se publica con un objetivo doble: dar mayor autonomía a las entidades (no a las dependencias) del Gobierno Federal para definir sus políticas de contratación y reunir en un sólo reglamento una multitud de disposiciones dispersas referentes al Padrón de Proveedores del Gobierno Federal, las licitaciones públicas, contrataciones especiales y condiciones de contratación.

Una novedad importante es que contempla la posibilidad de que las entidades y dependencias públicas contraten directamente con proveedores extranjeros, como va lo mencionamos arriba al hablar de la ley.

Por otro lado, el Reglamento establece que los órganos de

gobierno de las entidades del Gobierno Federal, de acuerdo con su legislación específica, deberá emitir las políticas de contratación, contemplando, entre otros, los siguientes aspectos: los criterios para evaluar las ofertas de contratación recibidas en una licitación pública, las bases y monto de las garantías que deben otorgar los participantes en una licitación pública, la definición de formatos para convocatorias a licitación pública, para ofertas y para contratos; definición de criterios para la aceptación de precios, penas convencionales y condiciones de pago a proveedores.

A este respecto, el artículo 4o. transitorio señala que estas políticas deben estar listas dentro de los 120 días siguientes a que entre en vigor el Reglamento. Tales políticas deben aplicarse en el manual de Adquisiciones de cada dependencia y estar listas antes del 14 de junio de 1990.

Por lo que hace al Padrón de Proveedores, en el Reglamento se determina la documentación que deberán presentar las personas interesadas en inscribirse en él. Esta inscripción, así como el pago oportuno de los derechos de inscripción correspondiente, son requisito necesario para contratar ventas, arrendamientos o servicios con las entidades y dependencias del Gobierno Federal.

Se admite la inscripción de personas físicas o sociedades extranjeras en dicho padrón de proveedores, tal como lo señala el párrafo final del artículo 10.

Consecuente con lo anterior, el artículo 6 del Reglamento dispone que las entidades o dependencias del Gobierno Federal pueden convocar y contratar con proveedores extranjeros, pero se mantiene la política de dar preferencia a los proveedores nacionales.

El artículo 15 dispone que cuando se justifique llamar a proveedores extranjeros, deberá hacerse una licitación (o concurso de ofertas) pública internacional, a la que podrán concurrir proveedores nacionales y extranjeros.

Por lo que se refiere a las licitaciones públicas, la LAAPSRBM dispone que todas las contrataciones de este tipo que hagan las entidades o dependencias del Gobierno Federal se realicen a través de licitación o concurso público. El Reglamento precisa como han de desarrollarse y concluirse éstos.

Establece que los proveedores interesados podrán conocer las bases del concurso con, cuando menos, dos días de anticipación al acto de apertura de ofertas. Define los aspectos que deben cubrir esas bases, que, entre otros, son: condiciones de precios, de pago, de anticipos, tiempo y lugar de entrega, requisitos y garantías que deben cubrir los proveedores, etc. Señala cómo ha de hacerse el acto de aperturas de ofertas y quién debe presidirlo; cómo se hace el análisis comparativo de las distintas ofertas, cómo se adjudica el contrato y cuándo puede declararse desierto el concurso.

Con respecto a los contratistas especiales el Reglamento precisa como han de efectuarse ciertas contrataciones especiales, previstas en la Ley, que no requieren de un concurso público sino de un concurso entre un número determinado de proveedores invitados.

Permite que puedan hacerse adjudicaciones parciales, a dos o más proveedores distintos, siempre y cuando se haya previsto en las bases esa posibilidad y se adjudique al proveedor que ocupó el primer lugar con 50% cuando menos, de los bienes o servicios requeridos.

Admite que pueda haber casos en que se justifique la adquisición o arrendamiento de bienes de marca determinada, en los que la dependencia o entidad podrá llevar a cabo la contratación bajo su propia responsabilidad.

En cuanto a las condiciones de contratación, define el Reglamento algunas normas mínimas respecto de los contratos que hagan las entidades o dependencias públicas. Entre esas, cabe destacar las siguientes.

Se podrán dar anticipos a cuenta del precio, hasta por un 50%, en compras de bienes que tengan que ser especialmente fabricados, y sólo excepcionalmente en otro tipo de contratos. Se deberán convenir, preferentemente, precios bajos. Cualquier cambio que las partes quieran hacer a los términos y condiciones

del contrato tendrá que ser por escrito.

Ahora bien, habiendo hecho un esbozo muy concreto de las disposiciones más importantes de la Ley y su Reglamento, conviene entrar al problema ya señalado de la falta de regulación de los servicios profesionales.

Este comienza en nuestro precepto constitucional tantas veces mencionado, el artículo 134 de nuestra Carta Magna, al hablar de la prestación de servicios "de cualquier naturaleza".

Nuestro precepto constitucional no se concreta, ni tiene por qué hacerlo, a señalar qué tipo de servicios se van a prestar. Esto corresponde a una Ley secundaria; pero vamos más al fondo del problema. Nuestra LAAPSRBM establece que la misma tendrá por objeto las acciones relativas a la planeación, programación y presupuestación y control que en materia de adquisiciones y arrendamiento de bienes muebles y "prestación de servicios relacionados con los mismos", realicen las dependencias.

Aquí se señala que la prestación de servicios está relacionada con los bienes muebles, pero ello no quiere decir que se esté señalando qué tipo de servicios van a estar relacionados con los bienes muebles.

Ahora bien, al no existir una limitante en el tipo de servicios que se puedan prestar con relación a los bienes

muebles. lógico es pensar que la Ley no prohíbe la prestación de servicios profesionales y aquí cabría la máxima "lo que no está prohibido, está permitido". es más, la propia Ley únicamente habla de los servicios relacionados con los mismos, es decir, con los bienes muebles que se adquieran o se arrienden.

Habla de los servicios en general, no especifica nunca qué tipo de servicios, sólo expresa que tales servicios estarán relacionados con los bienes muebles, tal como lo dice el nombre de la Ley.

Por lo tanto en principio podríamos pensar que los servicios profesionales quedan regulados de una manera indirecta en la Ley que venimos comentando y nuestro problema quedaría resuelto, pero profundicemos más en él.

Los servicios profesionales no sólo se prestan con relación a bienes muebles, sino también a los bienes inmuebles. Piénsese por ejemplo en los servicios que presta un abogado con respecto al litigio de varios núcleos agrarios sobre límites de núcleos ejidales o de propiedades comunales. Aquí el servicio consiste en la asesoría que en materia agraria presta un abogado a los núcleos agrarios sobre terrenos.

Con esto, nuestro problema se complica, va que parecería que nuestra LAAPSRBM se refiere únicamente a cualquier tipo de prestación de servicios pero con la limitante de que éstos sólo

fueran referidos sobre bienes muebles.

Así las cosas, cabe analizar más con detalle nuestra Ley, interpretarla y llegar a la solución del problema.

Nuestra humilde opinión al respecto es que existe una escasa regulación en la Ley de Adquisiciones. Considero que por lo que se refiere a las adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios técnicos relacionados con bienes muebles, hay una regulación si no basta, si decorosa, pero tal pareciera que al legislador se le olvidó o simplemente por descuido legislativo dejó de regular lo que a los servicios profesionales se refiere. Únicamente se han tomado en cuenta los servicios que prestan a bienes muebles en cuanto servicios técnicos o manuales como podría ser el mantenimiento, reparación de maquinaria que se está arrendando, o la reparación de bienes que se adquieren continuamente de proveedores. Esta parece ser la intención del legislador regular solamente la prestación de servicios de carácter técnico o manual, pero nunca la prestación de servicios de tipo profesional o intelectual.

Ello se desprende del análisis y simple lectura de la Ley, de sus aspectos económicos, financieros, de contratación, del tipo de suministros y contratos a los que la misma da los lineamientos va que se habla de pedidos y servicios de restauración; en fin, se habla en general de aspectos tecnológicos, pero nunca de servicios profesionales.

Con tales antecedentes, el problema se complica, ya que al leer el nombre de la Ley, pareciera que en ella van incluidos los servicios profesionales, pues se habla de "... y prestación de servicios relacionados con bienes muebles" no se especifica que tipo de servicios y dentro de lo general, obvio es que va incluido lo especial, en cambio la ley especifica que tales actos se refieren a los bienes muebles.

Ahora bien, el artículo 134 de la Constitución en su segundo párrafo dice textualmente que:

"Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes".

El precepto constitucional habla de las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de "todo tipo de bienes", no distingue que tales actos sólo se realicen sobre bienes muebles, razón por la cual existe una Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles que regula a los bienes muebles, y una Ley General de Bienes Nacionales que regula, en parte, a los bienes inmuebles.

Si bien es cierto que la Ley General de Bienes Nacionales no precisa en forma detallada las normas básicas de contratación, sus requisitos y sus procedimientos como lo hacen

la LOP y la LAAPSRBM, también es cierto que la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, dependencia encargada de su aplicación, tiene como función proyectar las normas, y, en su caso, celebrar los contratos relativos al mejor uso, explotación o aprovechamiento de los bienes federales, especialmente para fines de beneficio social, y de regular y, en su caso, representar el interés de la Federación en la adquisición, enajenación, destino o afectación de los bienes inmuebles de la Administración Pública Federal centralizada y paraestatal; así como determinar normas y procedimientos para la formulación de inventarios y la realización de avalúos de dichos bienes. (Artículo 37 fracciones X y XII de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal).

Como vemos, la LGBN regula las adquisiciones, y demás actos relativos a contratos administrativos, pero relacionados con los bienes inmuebles.

Pero por lo que respecta a la falta de regulación de los servicios profesionales, considero que en cada una de las leyes citadas, es decir de la LAAPSRBM y de la LGBN se incluya un título especial referido únicamente a la prestación de los servicios profesionales que así se llame, "De la prestación de servicios profesionales", en el que se considere en un artículo específico que serán normas supletorias de la contratación de los servicios profesionales por parte de la Administración Pública, las normas contenidas en nuestro Código Civil referentes a los servicios profesionales.

Tales normas constituyen el Capitulo II del Titulo Décimo de la Segunda Parte que habla de las diversas especies de contratos, del Libro Cuarto de nuestro Código Civil que habla de las Obligaciones.

La prestación de servicios profesionales la regula el Código Civil en sus artículos 2606 a 2615, en 10 breves artículos se regulan los servicios profesionales entre particulares.

En el mismo número de artículos o un poco más, podrían quedar regulados los servicios profesionales que presta un particular al Estado. No es necesaria una ley específica, considero que basta con una adición a las leyes de referencia, de un nuevo Título que los regule, un título específico que acabe con la laguna hasta ahora existente de la escasa regulación jurídica del precepto constitucional, de la falta de regulación jurídica de los servicios profesionales, mismos que se verán sujetos a las mismas condiciones de contratación que señala la Ley para los demás actos jurídicos que precisa: condiciones de contratación que incluyen la licitación pública, el concurso y la adjudicación entre otras más o menos importantes.

Basta con un solo Título para acabar con la violación constante a nuestra Carta Magna que hasta ahora se ha venido haciendo al contratar los servicios profesionales de particulares sin tomar en cuenta las condiciones de contratación que nuestra propia Ley Fundamental consagra, que nuestra Constitución

Política señala en forma imperativa.

Esta es mi humilde opinión, que lejos de establecer el proyecto de adiciones a la LAAPSRBM v a la LGBN, si pretende sembrar la inquietud en los lectores del presente trabajo, de la aspiración a un verdadero Estado de Derecho en el que no existan lagunas jurídicas v si una completa juridicidad legislativa.

C) Ley General de Bienes Nacionales.

Esta Ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de enero de 1982 v abrogó a la Ley del mismo nombre de 23 de diciembre de 1968 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de enero de 1969.

Dispone en su artículo 1 que el patrimonio nacional se compone de bienes de dominio público de la Federación y de bienes de dominio privado de la Federación.

Su artículo 8 dice que corresponde a la Secretaría de Desarrollo Urbano v Ecología poseer, vigilar, conservar o administrar los inmuebles de propiedad federal destinados o no a un servicio público, o a fines de interés social o general, los que de hecho se utilicen para dichos fines v los equiparados a estos conforme a la ley, así como las plazas, paseos v parques públicos construidos en inmuebles federales; determinar v conducir la política inmobiliaria de la Federación; dictar normas técnicas, autorizar v, en su caso, realizar la construcción.

reconstrucción y conservación de los edificios publicos. monumentos, obras de ornato y las demas que realice la Federacion por si o en cooperacion con otros paises. con los Estados y Municipios. con entidades paraestatales o con los particulares. excepto las encomendadas expresamente por la ley a otras dependencias; determinar las normas y establecer las directrices aplicables para que conforme a los programas a que se refiere esta Ley intervenga en representacion del Gobierno Federal. en las operaciones de compra-venta. donacion. gravamen. afectacion u otras por las que la Federacion adquiriera o enajene la propiedad. el dominio o cualquier derecho real sobre inmuebles. asi como participar en la adquisicion. control. administracion. enajenacion. permuta. inspeccion y vigilancia de los referidos inmuebles federales. y en su caso celebrar los contratos relativos para su uso. aprovechamiento y explotacion en los mismos terminos. Fijar la politica del Gobierno Federal en materia de arrendamiento.

Por su parte. el articulo 9 de la Ley en comento dispone que los actos de adquisicion. administracion. uso. aprovechamiento. explotacion y enajenacion de bienes inmuebles federales. quedan sujetos a las disposiciones de la misma. Asimismo los actos referidos a la ejecucion de las obras de construccion. reconstruccion. modificacion. adaptacion. conservacion. mantenimiento y demolicion que sobre los bienes inmuebles federales se realicen. sin perjuicio de las disposiciones de la Ley de Obras Publicas.

El artículo 14 de la LGBN establece la adquisición de inmuebles por vía de derecho público que requieren de la declaratoria de utilidad pública por parte del Gobierno Federal. En este caso, corresponde a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología determinar el procedimiento para la ocupación administrativa del bien, corresponde a la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales fijar el monto de la indemnización y corresponde a la Secretaría de Programación y Presupuesto determinar el régimen de pago cuando sea a cargo de la Federación. El mismo precepto señala que en estos casos se reputará que los bienes forman parte del territorio nacional desde la publicación del Decreto respectivo en el Diario Oficial de la Federación. Este Decreto llevará siempre el refrendo del titular de la Secretaría de Estado o Departamento Administrativo que haya determinado la utilidad pública, así como el de los Secretarios de Programación y Presupuesto y de Desarrollo Urbano y Ecología.

A su vez, el artículo 15 expresa que:

"Las dependencias de la administración pública federal sólo podrán arrendar bienes inmuebles para su servicio cuando no sea posible o conveniente su adquisición. Dichas dependencias están obligadas a acreditar tales supuestos ante la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología.

"Tanto la adquisición como el arrendamiento de inmuebles para oficinas públicas, así como la construcción, reconstrucción, adaptación, conservación y mantenimiento de las mismas, requerirán la autorización previa de los estudios y/o proyectos o programas, por parte de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, independientemente de la competencia o intervención que

les corresponda a otras dependencias.

"El Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología determinará las normas y criterios técnicos para la construcción, reconstrucción, adaptación, conservación, mantenimiento y aprovechamiento de los inmuebles destinados a oficinas públicas federales."

El artículo 43 de LGBN establece la intervención de la Secretaría de Programación y Presupuesto y de Desarrollo Urbano y Ecología en los términos de la LOP y de la Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, cuando se requiera ejecutar obras de construcción, modificación, adaptación, conservación y mantenimiento de inmuebles federales, así como del óptimo aprovechamiento de espacios.

Cabe destacar que este artículo último citado se encuentra dentro del Capítulo III de la LGBN que habla "De los bienes de dominio público".

Por lo que hace a los inmuebles de dominio privado, no los estudiaré en este trabajo por considerar que los contratos que con ellos se celebran son contratos civiles de la administración y no contratos administrativos propiamente dichos.

El Capítulo VI de la Ley en comento habla de los muebles de dominio privado y en su artículo 78 vemos la relación que tiene con nuestra LAAPSRBM ya que éste artículo señala que las adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles para el servicio de las distintas dependencias del Gobierno Federal, se registrarán

por las leyes aplicables en esta materia, es decir, por la LAAPSRBM.

Como vemos pues, la LGBN contempla, en parte, contratos administrativos. Y lo que es más, la misma Ley remite a nuestras ya estudiadas LOP y LAAPSRBM en lo que aquella no regula.

CONCLUSIONES

- 1.- El Estado realiza una serie de atribuciones que le son propias para satisfacer las necesidades de la colectividad y para cumplir con sus fines.

Pero a veces necesita de la colaboración de los particulares para satisfacer ciertas actividades en las que es necesario que intervenga directamente con ellos. Una de estas relaciones con los particulares es la que llamamos "Contratos Administrativos"

- 2.- El Contrato Administrativo es el acuerdo de voluntades que realiza un particular con el órgano Ejecutivo a través de la Administración Pública, y excepcionalmente con el Legislativo y el Jurisdiccional, tendiente a la creación o transmisión de derechos y obligaciones comunes y propios del particular frente a terceros y cuyas cláusulas están sujetas a normas de derecho público y a normas exorbitantes de derecho privado.
- 3.- Lo que distingue a los contratos administrativos de los demás tipos de contratos existentes en nuestro derecho, es el régimen exorbitante de derecho común que en ellos se contempla y el hecho de ser el Estado y un particular las partes contratantes.
- 4.- Como consecuencia de la aplicación de cláusulas exorbitantes

del derecho común en los contratos administrativos tenemos que su régimen legal es de "derecho público", ya que además el Estado interviene como soberano y no como particular. En este régimen de derecho público es en donde el Estado muestra su poder y su imperium sobre el particular contratante.

- 5.- No es óbice para la aplicación del derecho público y las cláusulas exorbitantes de derecho común la intervención de normas propias de los contratos civiles, ya que estas vienen a ser, además de su base y apoyo, supletorias en lo que sea conducente respecto de los contratos administrativos.
- 6.- La personalidad del Estado es una sola, la de ente de derecho público y como tal, la de soberano.
- 7.- Existe una escasa regulación en nuestro derecho de los contratos administrativos, por lo que es preciso que se detallen con mayor precisión los conceptos que nuestras leyes que los rigen proporcionan y que se reglamente satisfactoriamente la aplicación de las mismas.
- 8.- Se reclama la regulación de la prestación de los servicios profesionales en nuestra Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles y en nuestra Ley General de Bienes Nacionales, misma que acabará con la hasta hoy patente violación a la Constitución Política de nuestro país.

9.- Conviene distinguir a los contratos administrativos de los contratos civiles de la administración, mismos que no estudie en este trabajo por no ser de su interés, pero baste decir que la diferencia radica en la finalidad que cada uno tiene de satisfacer o no atribuciones propias del Estado.

BIBLIOGRAFIA

- A. Gendin, Sabino. **La cesación y el Contrato de Derecho Público.** Revista General de Derecho y Jurisprudencia. Año III. No. 2. Abril-Junio 1932. México, D.F.
- Berpeitz, Miguel Angel. **Teoría General de los Contratos Administrativos.** Ediciones Depalma. Buenos Aires 1980.
- Burgoa, Ignacio. **Derecho Constitucional Mexicano.** Editorial Porrúa. México 1981.
- Burgoa, Ignacio. **Las Garantías Individuales.** Editorial Porrúa. México 1981.
- Burgoa, Ignacio. **El Juicio de Amparo.** Editorial Porrúa. México 1977.
- Cámara de Diputados. **Los Derechos del Pueblo Mexicano.** Cámara de Diputados. LII Legislatura. México 1985.
- Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión. Diciembre, 1983.
- Castro, Juventino V. **Lecciones de Garantías y Amparo.** Editorial Porrúa. México 1978.
- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal** publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1928. Editorial Miguel Angel Porrúa, S.A.. México 1989.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** Expedida por el Congreso General Constituyente el día 5 de febrero de 1857. Imprenta del Gobierno Federal. México 1911.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** Edición 1983 de la Secretaría de Gobernación.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** Edición

1987 de la Secretaría de Gobernación.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edición 1990 de la Secretaría de Gobernación.

De Pina, Rafael. **Diccionario de Derecho.** Editorial Porrúa. México 1965.

Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1979.

Diario Oficial de la Federación del 28 de diciembre de 1982.

Diario Oficial de la Federación del 8 de febrero de 1985.

Díaz, Manuel Ma. **Derecho Administrativo.** Editorial Plus Ultra. Tomo I y III. Argentina.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Edición de 1982.

Entrena Cuesta Rafael. **Curso de Derecho Administrativo.** Editorial Tecnos. Madrid.

Fraga, Gabino. **Derecho Administrativo.** Editorial Porrúa. S.A. México 1988.

García Oviedo, Carlos. **Derecho Administrativo.** Editorial EISA. Tomo II. Libro Cuarto. Madrid.

García Siller, Adolfo. **Aspectos de la Nulidad de los Contratos Públicos.** México 1941.

Jéze, Gastón. **Los Principios Generales del Derecho Administrativo.** Editorial Reus. Madrid 1928.

Kelsen, Hans. **Teoría General del Estado.** Editorial Nacional. México 1979.

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de febrero de 1985.

Ley General de Bienes Nacionales publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de enero de 1982. Editorial Porrúa. México 1990.

Ley General de Deuda Pública publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1976. Editorial Porrúa. México 1990.

Ley Federal de las Entidades Paraestatales publicada en Diario Oficial de la Federación el día 14 de mayo de 1986. Editorial Porrúa. México 1990.

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1982. Editorial Porrúa. México 1990

Ley de Obras Públicas publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1980.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de diciembre de 1976. Editorial Porrúa. México 1990.

Ley de Planeación publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 5 de enero de 1983. Editorial Porrúa. México 1990.

Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1976. Editorial Porrúa. México 1990.

Ley de Vías Generales de Comunicación publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 19 de febrero de 1940. Editorial Porrúa. México 1988.

Nava Negrete, Alfonso. **Contratos de la Administración Pública** Revista del Tribunal Fiscal de la Federación. Segundo Número Extraordinario. México, D.F.

Nava Negrete, Alfonso. **Diccionario Jurídico Mexicano.** Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Tomo II. México 1983.

Nava Negrete, Alfonso. **La Legalidad de los Actos Administrativos.** Jurídica, No. 5. Julio 1973. México.

D.F.

O. Rabasa, Emilio y Caballero, Gloria. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada.** Editada por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. México 1971.

Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles publicado en el Diario Oficial el 13 de febrero de 1990.

Reglamento de la Ley de Obras Públicas publicado en el Diario Oficial el 13 de febrero de 1985.

Sánchez Medel, Ramón. **De los Contratos Civiles.** Editorial Porrúa, S.A. México 1986.

Serra Rojas, Andrés. **Derecho Administrativo.** Editorial Porrúa, S.A. México 1983.

Tena Ramírez, Felipe. **Derecho Constitucional Mexicano.** Editorial Porrúa, México 1961.

Tena Ramírez, Felipe. **Leyes Fundamentales de México.** Editorial Porrúa, México 1989.

Valdez Abascal, Rubén. **Las Reformas a la Ley de Obras Públicas.** Derecho Federal Mexicano. Legislación Reformada. Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, S.A. México 1984.