

23
24/ 300609

UNIVERSIDAD LA SALLE

ESCUELA DE DERECHO
INCORPORADA A LA U. N. A. M.



“LA RESCISION ADMINISTRATIVA
EN EL CONTRATO DE
OBRA PUBLICA”

TESIS PROFESIONAL
PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
SERGIO LOPEZ OLVERA

Director de Tesis;
LIC. GABRIEL ORTIZ REYES

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

México, D. F., 11 de Abril de 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.

INDICE GENERAL

INTRODUCCION.

PRIMERA PARTE

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

I.	ASPECTOS JURIDICOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PUBLICA.	
I.1	CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	1
I.2	DETERMINACION JURIDICA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	10
I.3	LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS DE DERECHO COMUN: CRITERIOS DE DISTINCION....	16
I.4	LOS ACTOS DE DERECHO PUBLICO Y LOS ACTOS DE DERECHO PRIVADO PREVISTOS EN LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACION.....	21
I.5	EL REGIMEN JURIDICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	29
I.6	CONCEPTO DE OBRA PUBLICA Y DE TRABAJO PUBLICO	31
I.7	CONCEPTO DE CONTRATO DE OBRA PUBLICA.....	33
II.	EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE CONTRATACION EN EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA.	
II.1	LA REGULACION ADMINISTRATIVA EN LA FORMACION DE LA VOLUNTAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL.....	37

- II.2 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO UNILATERAL DE SELECCION DEL CONTRATISTA..... 44
- II.3 NATURALEZA JURIDICA Y REGIMEN DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCION DEL CONTRATISTA..... 53
- II.4 LA SITUACION JURIDICA DE LOS LICITADORES ANTE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL..... 67
- II.5 EFECTOS DE LA INTEGRACION DEL PROCEDIMIENTO UNILATERAL DE SELECCION DEL CONTRATISTA..... 73

SEGUNDA PARTE

LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECION DEL CONTRATISTA DERIVADAS DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA

- I. LA CAUSA FINAL DE LAS OBLIGACIONES EN EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA.
 - I.1 EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA COMO ACTO JURIDICO Y COMO NORMA JURIDICA..... 78
 - I.2 LA NORMA ADMINISTRATIVA REGULADORA DE LA OBRA PUBLICA..... 86
 - I.3 LA DECLARACION UNILATERAL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL 92
 - I.4 RESOLUCIONES EMITIDAS POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS..... 100

- II. ASPECTOS JURIDICOS DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS DERECHOS EN EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA.
 - II.1 EL PRINCIPIO DE LEX-INTER PARTES EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PUBLICA 104

II.2	LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL EN LA EJECUCION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PUBLICA.....	109
II.3	LAS POTESTADES REGLADAS Y DISCRECIONALES EN EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA.....	119
II.4	LA PREVALENCIA DEL EQUILIBRIO CONTRACTUAL EN EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA.....	125

III. LA SITUACION JURIDICA DEL ADMINISTRADO EN EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO Y EN EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA.

III.1	CONSIDERACIONES JURIDICAS SOBRE EL DERECHO SUBJETIVO DERIVADO DEL ACTO CONTRACTUAL.....	130
III.2	LA SITUACION JURIDICA SUBJETIVA DEL ADMINISTRADO EN EL PROCEDIMIENTO UNILATERAL DE SELECCION DEL CONTRATISTA	137
III.3	LAS ACCIONES DE LOS LICITADORES EN CONTRA DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACION EN EL PROCEDIMIENTO UNILATERAL DE SELECCION DEL CONTRATISTA	146
III.4	LOS EFECTOS DE LA ACCION ADMINISTRATIVA EN EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA SOBRE LAS SITUACIONES JURIDICAS DEL CONTRATISTA	157
III.5	LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS COMO TITULARES DE LOS INTERESES ADMINISTRATIVOS EN LA EJECUCION DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA...	162

TERCERA PARTE

LA RESCISION ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO DE OBRA PUBLICA

- I. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SEGUIDO ANTE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.

I.1	OBJETIVOS ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	169
I.2	LA TITULARIDAD DE LAS POTESTADES Y DE LOS DERECHOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.	175
I.3	EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SEGUIDO EN FORMA DE JUICIO	181
I.4	LA RESCISION ADMINISTRATIVA COMO EFECTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	188
I.5	EL CARACTER DEL ACTO RESCISORIO DEL CONTRATO EMITIDO POR LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL	196
II. EL EJERCICIO DE LA ACCION JUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL COMO EFECTO DE LA CONTROVERSI CONTRACTUAL.		
II.1	LA ACCION ORDINARIA	201
II.1.1	EL JUICIO ORDINARIO CIVIL.....	201
II.1.2	EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE PLENA JURISDICCION	205
II.2	LA ACCION EXTRAORDINARIA	210
II.2.1	EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES EN CONTRA DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD.	210
II.2.2	EL JUICIO DE AMPARO	214
CONCLUSIONES.		
BIBLIOGRAFIA.		

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

En el esquema fundamental del contrato se esgrimen los elementos que definen los límites y alcances del acto jurídico, de tal modo que permiten constatar el grado de participación que las partes tienen en la celebración de aquél, por el cual existe una mutua correlatividad en derechos y obligaciones como resultado del acto que suscriben.

En el contrato de derecho común, se consigna la decisión individual, concreta y determinada, pero con un contenido y efecto bilateral, porque el objeto del acto es de tal naturaleza que permite a los sujetos, partes del contrato, obligarse en la forma y bajo los términos que previamente han elegido por así permitirselos la norma positiva.

Así en el acto contractual se expresan todos aquellos actos necesarios para configurar la existencia y validez de éste, de forma que como acto jurídico presupone su constitución y como norma contractual, el cumplimiento y ejecución de aquello a que las partes se han obligado previamente.

Cuando la disposición del contrato queda a favor de una de las partes, no se pierde la determinación negocial, ni menos aún la libertad de formar y suscribir un acto en cierto sentido. Ello funciona así, siempre que se encuentre objetivamente determinado el alcance de lo que ha de favorecer a uno en detrimento del otro. Por ello, la adhesión como forma concreta para el nacimiento de los derechos y obligaciones del contrato, supone una predisposición y preelaboración del acto, por lo cual la superioridad del sujeto para determinar el contenido del acto, ha sido la forma viable para asimilar al contrato administrativo como un acto por adhesión. No sucede lo mismo con el contrato de obra pública, cuyo contenido se encuentra inmerso en el sistema legal objetivo con las particularidades propias de la generalidad y abstracción de la norma jurídica.

De acuerdo con lo anterior, la disposición que atribuye potestades a una de las partes en el contrato, por derivar de una relación normativa entre el sujeto administrativo y el administrado, sirve de fundamento para individualizar y concretizar el sistema objetivo, a través de la formalización del acto jurídico.

A diferencia de cualquier otro acto de Derecho Público, en el contrato administrativo se define aquella parte negocial e indisponible para las partes; con ello, la realización del cometido público tiene un efecto directo en los diversos aspectos que contractualmente pueden definir cada uno de los contratantes. Así, los límites del acto no se determinan en razón a los derechos y obligaciones de los sujetos, sino que la posición que guardan ambas partes implica una relación especial de sujeción que define de una manera concreta la situación jurídica de las partes. Lo anterior, en virtud de la remisión directa que hace el ordenamiento positivo al regular el acto contractual y los alcances contenidos en sus disposiciones para cada una de las partes, lo cual hacen de éste un Contrato de Derecho Público.

Para los fines que nos ocupan, hemos de reducir el estudio del Contrato Administrativo al Contrato de Obra Pública y a la jurisdicción correspondiente para deducir las controversias derivadas del acto de derecho público, una vez definida la situación jurídica de las partes. En ese sentido, necesariamente el contrato administrativo representa el género de la especie de todos aquellos contratos de derecho público, que suscribe la Administración Pública con particulares para la satisfacción de un interés eminentemente público. Por ello, en atención a aquellos aspectos de interpretación, ejecución o cumplimiento del contrato de obra pública han de ser objeto de una mayor precisión, a fin de determinar el ejercicio de las acciones judiciales originadas por la controversia contractual.

Para lograr tal cometido, debe considerarse al contrato de obra pública como especie del acto jurídico, cuyo estudio objetivo pretende definir la determinación jurídica de dicho acto, el proceso de su formación, el contenido negocial y la situación jurídica que guardan los contratistas de la administración como consecuencia de la formalización del acto.

Sobre ese esquema se ha propuesto el estudio del contrato administrativo de obra pública para abordarlo en el orden siguiente:

Dentro de la primera parte hemos de ocuparnos del procedimiento unilateral de selección del contratista. Su importancia radica en la determinación jurídica de los actos que comprenden el procedimiento de licitación pública, así como el régimen jurídico que presupone la disposición de actos de la administración para seleccionar al contratista de la Administración Pública. El alcance y la naturaleza de cada uno de los actos que se contemplan en el contenido y desarrollo de dicho procedimiento obedece su estudio, a la determinación de la situación jurídica de los licitadores como resultado de los actos del órgano convocante.

En la segunda parte se hace especial hincapié en la fuente de las obligaciones del Contrato de Obra Pública, adquiriendo relevancia: la norma positiva, las disposiciones de carácter administrativo, y las resoluciones de la Administración Pública Federal. Lo anterior implica que a pesar de la prescripción jurídica del ordenamiento legal en cuanto a las potestades públicas confiadas a la Administración Pública para la determinación y ejecución del acto, el contrato en sí tiene un efecto jurídico que parece traducirse en derechos y obligaciones como resultado de actos meramente contractuales, siendo objeto extracontractual aquellas situaciones de sujeción especial en que se encuentra el contratista frente al Órgano Administrativo, como consecuencia del contenido potestativo que expresamente contiene la norma jurídica.

Sin embargo, queda por considerar el contenido obligacional o facultativo de derecho público derivado de aquellas disposiciones administrativas, que aún cuando tienen efectos eminentemente administrativos, reportan verdaderas obligaciones en la ejecución y cumplimiento del contrato para el cocontratante del órgano estatal. En ese sentido, la fuente de las obligaciones no obedece a un sólo concepto, que en atención al contrato de derecho común se reduce a lo originalmente pactado.

En la tercera parte de este trabajo, se previene la rescisión administrativa previo el procedimiento administrativo de rescisión contemplado originalmente en las Reglas Generales de Contratación y posteriormente por modificación en el Reglamento a la Ley de Obras Públicas. En ese sentido, el conflicto jurisdiccional radica en el acto de autoridad que rescinde el Contrato de Obra Pública. Sin embargo, antes de cualquier designación en cuanto al tratamiento de la rescisión como acto de autoridad, se debe analizar objetivamente el efecto de la llamada Teoría del Pacto Comisorio Expreso en los contratos de derecho común, misma que se encuentra reconocida por nuestro máximo Tribunal Judicial, pero con efectos eminentemente contractuales.

Desde un punto de vista doctrinal, los efectos de la rescisión, en un sentido negocial o potestativo deben ser analizados para configurar el ejercicio de la acción ante el Tribunal Judicial que ha de resolver la controversia originada por actos de la administración en el contrato de obra pública. En ello radica la jurisdicción del Contrato Administrativo reducida con exclusividad al de Obra Pública, porque como facultad reservada por la Ley al Órgano Administrativo, puede implicar necesariamente una potestad pública que no puede ser reconocida por las partes como consecuencia de la convención negocial.

Lo anterior se reafirma por el procedimiento administrativo de rescisión, en el cual se consagran los efectos de la titularidad de derechos subjetivos públicos del administrado, mismos que resultan de difícil disponibilidad contractual en detrimento del propio contratista.

Nos hemos referido a la rescisión, para definir el conflicto jurisdiccional que a la fecha existe en el Contrato Administrativo de Obra Pública, toda vez que el acto que rescinde el contrato da pie a dos enfoques distintos; en el ámbito subjetivo, en cuanto al Ente Administrativo y a su cocontratante y objetivo, es decir como acto de autoridad o como resultado del Pacto Comisorio Expreso.

PRIMERA PARTE: LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

I ASPECTOS JURIDICOS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE OBRA PUBLICA.

I.1 Concepto de Contrato Administrativo.

En el ejercicio de las funciones del Estado, a través de la Administración Pública Federal (APF), se encuentra el satisfacer el interés general directa o indirectamente. Directamente si lo realiza por su cuenta, es decir por medio de los órganos que componen la Administración Pública Centralizada o Paraestatal, pero esas mismas funciones puede efectuarlas indirectamente, por conducto de los particulares a los que está ligado por un contrato. De ahí surgen los contratos que celebra el Estado y que son de carácter público o privado según corresponda.

Los contratos de derecho público son clasificados por la doctrina en contrato de derecho público externo e interno (1), refiriéndose los primeros al tipo de tratados-convencciones que suscribe el órgano ejecutivo con la aprobación del senado (Art. 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). Los de derecho público interno son denominados contratos de la administración, mismos que pueden realizar cualquiera de los tres órganos en que se divide el Supremo Poder de la Federación.

Así, los contratos de la administración vinculan al particular con dichos órganos del estado, quedando por este sólo hecho divididos en dos especies: contratos administrativos y contratos de derecho común de la administración.

Establecida la ramificación de los contratos administrativos como especie de los contratos de la administración, corresponde precisar los alcances que configuran la existencia de éstos, a través de las diversas posiciones que la doctrina ha adoptado tratando de explicar la figura jurídica del contrato administrativo.

(1) Manuel María Diez, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO (Ed. Plus Ultra, Argentina 1985, Tomo I) pag. 281

Como parte de los fundamentos que se han argumentado para negar la existencia de los contratos administrativos, encontramos los siguientes:

- A) La presunción única del acto unilateral del Estado.
- B) La exclusividad del contrato en la doctrina privatista.

De conformidad con lo anterior, la tendencia a considerar que la acción del Estado sólo se manifiesta a través de actos administrativos unilaterales, ha prevalecido en la doctrina alemana. Los actos de sumisión de los particulares con su consentimiento, no son sino meros actos unilaterales con obligaciones de carácter público a cargo del administrado.

Dentro de esta postura se encuentra la del elemento accesorio al acto administrativo, la eficacia del acto depende de la voluntad del administrado, pero aquél siempre existe aún sin la declaración de éste.

A fin de esclarecer los criterios antes precisados, se sostiene por autores como Otto Mayer y Fritz Fleiner que el contrato resulta inaplicable en el Derecho Administrativo por la desigualdad jurídica de las partes, resultante del plano superior en que actúa el Estado, así como de las facultades que la ley inviste al Ente Público. (2)

Asimismo se insiste en que sólo puede hablarse de contratos, si la voluntad de cada una de las partes posee la misma fuerza jurídica, siendo que esto no ocurre, ya que las relaciones de derecho público sólo están reguladas unilateralmente por la voluntad del Estado.

En relación con el elemento accesorio del acto administrativo, según Ranalletti y Zanobini, la eficacia de éste depende del acto unilateral coligado del administrado. (3)

(2) Citados por Miguel Angel Bercaitz, TEORIA GENERAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Depalma, Buenos Aires 1980) pag. 166

(3) Jorge Héctor Escola, TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Depalma, Buenos Aires 1977, Tomo I) pag. 37

Ante ello, la forma y el surgimiento del acto nada tiene que ver con los efectos en los cuales incide la adhesión de la voluntad del administrado para que sea eficaz el acto.

Sobre esta primera base se ha negado la existencia del contrato administrativo; sin embargo, queda por confirmar el proceder de la Administración Pública Federal en uso de su potestad pública, la cual se manifiesta de dos maneras: discrecional o reglada. (4)

En principio es actividad reglada de la A.P.F. la que debe sujetarse a los textos legales que la limitan; por el contrario, la discrecionalidad está en función del poder de apreciación, condicionado por el fin de la actividad administrativa.

En ambos casos lo que se persigue es el asegurar la libertad de los particulares implantándose el dogma del legalismo formal en la actividad administrativa, pero bajo reglas que regulan la acción estatal en lo que podríamos denominar al caso que nos ocupa, la vía de derecho administrativo. (5)

De estas premisas, se sigue que la desigualdad a la que se alude en el criterio unilateral del acto estatal, sólo responde a la presunción exclusiva de la declaración de autoridad en ejercicio del poder público, así como de la reserva exclusiva de la fuerza obligatoria del Derecho Público.

En esta materia todo es relación entre el súbdito y el poder público, con un doble efecto; da al administrado una determinación jurídica en la relación que se establece entre el administrado y la autoridad, creando una obligación de ésta frente al súbdito de tratarlo de esta manera. Es lo que da como resultado el efecto externo y el efecto interno, por

(4) Carlos García Oviedo, DERECHO ADMINISTRATIVO (EISA, Madrid 1957, Tomo I) pag. 183

(5) Jorge Héctor Escola, COMPENDIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (Depalma, Buenos Aires 1984, Vol. I) pag. 546-548. A diferencia, la "vía de hecho" administrativa está constituida por aquellos actos materiales provenientes de la Administración Pública que ésta realiza al margen del orden jurídico aplicable, siendo esta categoría reservada únicamente en el ejercicio de la acción administrativa.

lo que la regla de derecho público cuenta con ese doble resultado. (6)

Así, aún cuando se considera la accesoriedad de la voluntad del administrado al acto unilateral para darle eficiencia, la crítica se esgrime en cuanto a que carece de efecto jurídico la voluntad accesoria; el acto es eficaz por sí mismo.

Por ello, no sólo la desigualdad de fuerzas jurídicas se concibe en un régimen de Estado de Derecho, por el cual la ley imprime la directriz del obrar administrativo y prevé la autotutela de la propia administración bajo instancias y recursos en la vía administrativa, sino como efecto del contenido obligacional del acto suscrito entre el poder público y el administrado al amparo del sistema normativo.

Con el objeto de esclarecer la situación que guardan en el marco jurídico los actos del poder público en su doble proyección frente al administrado, tanto en el orden de su integración como en el de sus efectos, cabe señalar que la autotutela de la Administración Pública, comprende la facultad del Estado para regular los medios que permitan controlar administrativamente la actividad de ese orden.

Es decir, la relevancia a la que se refiere el concepto de la autotutela, se constituye como instrumento para hacer guardar, en el ámbito del ejercicio de las funciones administrativas la juridicidad de los actos administrativos.

Ahora bien, lo que sucede con el acto producto de la suma o superposición de actos unilaterales propios de cada uno de los sujetos que están en relación, y de la que puede inferirse una conformidad de los mismos sobre algún punto concreto de hecho o de derecho, o bien de un acto jurídico que procede a la vez de dos o más sujetos, como obra conjunta de los mismos y que constituye entre ellos un vínculo determinado, constituye un argumento para el estudio del contrato administrativo.

En relación con la doctrina privatista, se arguye como criterio dominante el que la Administración Pública actúa en el campo contractual y lo hace mediante contratos de derecho privado; cuando no actúa dentro del contrato de derecho privado, actúa fuera del campo contractual, unilateralmente como autoridad dotada de poder público.

(6) Otto Mayer. DERECHO ADMINISTRATIVO ALEMÁN (Depalma Buenos Aires 1982) pag. 109

El principal argumento aducido radica en que el contrato implica la igualdad de las partes cuyas voluntades se comprenden para su concertación; esto implica no sólo la libertad de contratar en forma que nadie pueda obligar a nadie a contratar, sino también en la libertad contractual, es decir nadie puede imponer unilateralmente el contenido del contrato a su contratante.

Sin embargo, sobre esta postura se esgrime el fundamento del contrato por adhesión en donde la libertad de contratar queda sujeta a la aceptación de las condiciones previamente señaladas y de las cuales por ese simple hecho se configura la relación contractual, quedando al margen la libertad contractual.(7)

Ante ello, el argumento precisado por la doctrina privatista se considera superado al contemplar en principio el doble carácter que reviste el Estado en el ejercicio de sus funciones: de derecho público y de derecho privado, dando cabida en el cauce inicial al acto por adhesión cuando la relación ha de comprenderse entre el administrado y la administración. Es decir, entre la libertad de contratar y la libertad contractual se encuentran las implicaciones de consentimiento, objeto y forma que sustentan al contrato, de tal manera que con el distingo previsto se entiende al contrato por adhesión.

Sin embargo, no es por demás resaltar la tutela que sobre este tipo de contratos recae, a fin de conservar el equilibrio en la relación contractual. Es decir, mientras la disposición del contenido obligatorio del acto es determinada por voluntad unilateral, no puede comprenderse salvo pacto en contrario, la tutela sobre su cabal cumplimiento, a menos que, como sucede en el contrato administrativo, se encuentre definida por ley a favor del Estado.

Por su parte Fernández de Velasco, en su conocida obra LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, reconoce la existencia del contrato administrativo (8), resulta implícito en la norma y

(7) Ramón Sánchez Medal DE LOS CONTRATOS CIVILES (Ed. Porrúa México 1988) pag. 11

(8) Recaredo Fernández de Velasco. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Espasa Calpe, S. A., Madrid 1927) pag. 31-51

su regulación queda fuera del ámbito privatista siendo sujeto al régimen de derecho público. No obstante, una cuestión que por lo mismo ha resultado novedosa aún siendo de antaño, en relación con las tendencias a negar la existencia del contrato administrativo, es que queda al margen de su estudio la cuestión denominativa de dicho acto, por carecer de todo tipo de interés.

Análogamente a la posición adoptada por Fernández de Velasco, Hauriou opone la idea de institución a la de contrato; es decir, el nacimiento y existencia del contrato alcanzan el grado institucional cuando se prolonga hasta su extinción por causas normales. El contrato administrativo existe bajo la sujeción normativa, pero experimenta una momentaneidad exclusiva en las relaciones que traba, por tratarse de situaciones reglamentarias en cuanto al objeto en el que recae. (9)

Fuera de las posiciones antes señaladas, se atenderá a los criterios que sostienen la plena existencia del contrato administrativo sin condicionamiento legal.

a) El contrato administrativo sobre la base del Acto Administrativo Bilateral.

b) El contrato administrativo como resultado del acto por adhesión.

Como premisa necesaria en el ejercicio de las funciones administrativas, se ha considerado en mayor medida la participación colaborativa del administrado en la realización de dichas funciones. Esta idea de colaboración conduce directamente a reconocer al particular como contratante con toda una gama de derechos y obligaciones en virtud de la relación contractual. Sobre esta base queda configurada la participación del particular en los actos administrativos.

Lo anterior conduce a precisar dicho concepto en razón a la determinación del acto administrativo. Marienhoff,

(9) Ibidem. pag. 48. Así en opinión del profesor Hauriou, cuando la relación se prolonga surge la Institución. En las situaciones Institucionales se une a la idea de una duración, la evolución y adaptación a las nuevas condiciones de la vida, evolución y adaptación que no se producen en los contratos por que el imperio normativo hace traspasar de una mera relación contractual a una Institución que amplía sus derechos y obligaciones a terceros ajenos.

Canasi, Manuel María Díez, entre otros, sostienen la existencia por sí misma del acto administrativo contractual o bilateral. Su carácter contractual surge cuando el acto se configura con la intervención de dos sujetos de derecho, en la cual una parte es el Estado, y la otra parte el particular, una persona física o jurídica, pública o privada, sobre materia propia del derecho administrativo es decir, una prestación pública que constituye su objeto. (10)

Sobre estas bases descansa la existencia del contrato administrativo, con los efectos análogos del acto administrativo el cual implica la concurrencia al proceso de su formación de la propia Administración Pública, pero a través del órgano u órganos sujetos de la relación jurídica que concurren a formar el acto (especialmente el contrato). (11)

No obstante resulta conveniente considerar como modalidad de las declaraciones de voluntad con efectos jurídico administrativos, los actos plurilaterales. Bajo este rubro quedan comprendidos las simples convenciones, así como un grupo de actos de carácter contractual que son aquellos designados bajo la denominación de contratos administrativos que crean situaciones jurídicas individuales. (12)

Con base en la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, el Dr. Bielsa ramifica esta última categoría del acto administrativo en actos de gestión pública y actos de gestión patrimonial, quedando el contrato administrativo bajo la clase de gestión pública; a tal fin, señala a aquellos, que la administración realiza en función de su actividad pública con motivo de la prestación de servicios públicos propios o de obras públicas. (13)

El concepto moderno que se tiene del contrato administrativo, atendiendo las posturas de Bercaitz y Escola, permite reconocer la existencia de un acuerdo de voluntades destinado a reglar los derechos y obligaciones de las partes que intervienen en la celebración del contrato. Pero para que

(10) José Canasi, DERECHO ADMINISTRATIVO (Depalma Buenos Aires, 1974), Volumen II, página 123.

(11) Rafael Bielsa, DERECHO ADMINISTRATIVO (Buenos Aires, 1964 Tomo II), página 35

(12) Jorge Héctor Escola, TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, ob. cit. pag. 88

(13) Rafael Bielsa, DERECHO ADMINISTRATIVO, ob. cit. pag. 26

exista un contrato de esta naturaleza es preciso que una de las partes sea la Administración Pública cuya finalidad advierta la satisfacción del interés público. (14)

El contrato administrativo es, pues, un contrato celebrado por la Administración Pública con una finalidad de interés público, lo cual implica reconocer una situación de derecho público que en el orden contractual se reconoce a través de cláusulas exorbitantes del derecho privado (y por tanto, propias del régimen público) colocando al contratante de la administración en una situación de subordinación respecto de ésta.

En la exposición sucinta de los criterios que niegan o admiten la existencia del contrato administrativo se hace especial hincapié en la situación jurídica que guarda el administrado frente a la Administración Pública; la invocada superioridad de la administración en relación con su contratante en nada se opone a su configuración, toda vez que el acuerdo de voluntades se da bajo aspectos particulares del acto por adhesión en cuanto al grado de participación en la determinación del contenido obligacional del contrato.

En atención a la causa de la obligación del contrato administrativo, la desigualdad que guardan las partes no es sustento suficiente para negar la existencia del contrato, toda vez que las obligaciones se encuentran determinadas en forma concomitante por obedecer a una finalidad de intereses propios que se encuentran identificados por el interés público. Es decir, esa desigualdad de intereses no afecta en forma alguna la existencia del contrato administrativo; cuadra tener presente de alguna forma que la característica del contrato público hállese en la finalidad de la convención y en la igualdad proporcional, y no cuantitativa o aritmética de los derechos de las partes. (15)

A fin de determinar objetivamente el contrato administrativo nos referiremos a las principales definiciones, señalando a sus respectivos autores.

A) Según Bielsa, el contrato administrativo es el que celebra la Administración Pública con otra persona pública o privada física o jurídica, de utilidad pública.

(14) Jorge Héctor Escola, COMPENDIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Vol. II, ob. cit. pag. 614

(15) Miguel S. Marienhoff TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (Abeledo Perrot, Buenos Aires 1978, Tomo III-A) pag. 30

B) Manuel María Díez define al contrato administrativo diciendo que es aquel en que la administración ejerce prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando no alterar la ecuación financiera del mismo.

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

D) Según Cassagne, contrato administrativo es todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante del derecho privado susceptible de producir efectos con relación a terceros.

E) Escola define a los contratos administrativos como aquellos celebrados por la Administración Pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del derecho privado o que coloquen al contratante de la Administración Pública en una situación de subordinación respecto de ésta.

Por nuestra parte podemos decir en principio que, el contrato administrativo queda conformado por el acto suscrito entre la Administración Pública, en el ejercicio de sus funciones administrativas y su contratante, con una finalidad de interés público definido por la ley y en la cual existen cláusulas exorbitantes de derecho privado que colocan al particular en una situación de sujeción, respecto al órgano administrativo para la ejecución y cumplimiento del objeto de la relación contractual.

Hemos de referirnos al interés público como motivo determinante del contrato, para comprender bajo este concepto, todas aquellas razones que asisten al cumplimiento de la actividad estatal, sujeta siempre al régimen legal que condiciona el obrar de la Administración Pública.

El interés público, el interés general, el fin público, etc., previstos en los textos normativos, quedan sujetos a los límites jurídicos de la actividad administrativa, por lo cual, delimitar esas razones en cuestiones concretas y

particulares obedece a aspectos de mera legalidad que deben observarse en el ejercicio de la acción administrativa.

1.2 Determinación Jurídica del Contrato Administrativo.

El caso de los llamados contratos administrativos por el sujeto que los celebra y por la finalidad que se persigue, no encuentra un paralelo idéntico en el derecho contractual Privado, porque no supone ningún ejemplo de colaboración patrimonial entre partes, un fenómeno económico de intercambio, sino por el contrario, un simple acuerdo sobre la medida de una obligación, o de una ventaja, típicas de una relación de sumisión jurídica pública previamente establecida entre la administración y la persona con quien ella conviene.

En ese sentido, la relación jurídico administrativa no responde únicamente al mero intercambio prestacional en el orden patrimonial, sino a la obtención colaborativa del administrado en las funciones propias del órgano estatal.

A pesar de la tendencia liberalizadora que se traduce en lo que ha venido a llamarse administración concertada, en la cual la propia Administración renuncia a hacer imperativa y unilateralmente uso de su poderes, no queda exenta de equívoco, en virtud de que los convenios o contratos no habilitan poderes que la Administración no tenga de antemano por disposición normativa; de ahí la sujeción jurídico pública. No obstante, para determinar la situación de las partes en la celebración del contrato y en el cumplimiento de las obligaciones como efecto de la vida contractual, ha de ser objeto de consideración lo que la doctrina privatista ha de distinguir entre el proceso de nacimiento del acto y el resultado de dicho acto, es decir el contrato como acto jurídico y como norma jurídica, sin que ello impida mantener la unidad del mismo por razones eminentemente legales. (16)

Visto así el contrato administrativo, para la determinación jurídica de dicho acto ha de considerarse en primer momento la situación que guardan las partes en el proceso de su formación.

Las necesidades de la vida contemporánea han requerido del Derecho y más precisamente de la teoría general del contrato, los mecanismos, las técnicas y las modalidades más convenientes para satisfacer las exigencias del tráfico comercial en la actualidad, han originado el abandono de las

(16) Rafael Rojina Villegas DERECHO CIVIL MEXICANO (Editorial Porrúa, México 1980, Tomo V vol. I) pag. 183

negociaciones basadas en la formulación de ofertas y contraofertas para dar lugar a un mecanismo adecuado a la rapidez y seguridad que exige el comercio moderno. Nace así la contratación en base a un contenido predispuesto.

La estructura contractual experimenta en la vida social modalidades que atentan contra la existencia misma del contrato; el marcado desequilibrio existente ante los individuos y la prevalencia económica de unos frente a otros no permanece estática, sino que por el contrario esos efectos adquieren relevancia en el ámbito jurídico. Otro aspecto que tiene la misma consecuencia en el mismo marco jurídico que la anterior, es el monopolio reservado a determinados sujetos en la prestación de servicios o enajenación de bienes cuya actividad se encuentra estrictamente regulada por el ordenamiento jurídico. (17)

De acuerdo a las causas que han originado el contenido predispuesto, el contrato por adhesión se caracteriza como aquél en el que hay un predominio exclusivo de una sola parte, que obra como una voluntad unilateral, que dicta su ley a una colectividad indeterminada y que espera la adhesión de aquellos que quieran aceptar la ley del contrato. En ese sentido debe entenderse por contrato por adhesión, aquél contenido contractual determinado con prelación, por uno sólo de los contratantes al que se deberá adherir el contratante que desee formalizar una relación jurídica obligatoria. (18)

El contrato por adhesión revela la prevalencia de una parte, quien elabora el documento que ha de regular la relación existente entre quienes los suscriben. Así para su configuración es preciso la existencia de dos momentos jurídicos: la preelaboración y el perfeccionamiento del acto.

Como se desprende del carácter del contrato por adhesión, uno de los elementos que se encuentran desvirtuados es el consentimiento, en su segunda acepción, como acuerdo de voluntades, no así en su primera acepción en cuanto a la voluntad de obligarse por ambas partes, de ahí la distinción que la doctrina privatista hace respecto a la libertad contractual y la libertad de contratar, distinción que obedece al orden de las acepciones expuestas. (19)

(17) Carlos Gustavo Vallespinos EL CONTRATO POR ADHESIÓN A CONDICIONES GENERALES (Editorial Universidad, Buenos Aires 1984) pag. 232.

(18) Ibidem. pag. 238

(19) Ramón Sánchez Medal, ob. cit. pag. 34

No obstante lo señalado con anterioridad, en el contrato por adhesión están dados todos los presupuestos de existencia del contrato; tan sólo hay una alteración en el acuerdo de voluntades que aparece ahora impuesto o más claramente expresado en su predeterminación por una de las partes que el otro contratante tendrá la libertad de tomar o dejar, pero tendrá esa posibilidad aunque se encuentre en presencia de aquellos supuestos en los cuales no puede dejar de contratar bajo los términos que le son predispuestos.

Se acota a lo señalado con anterioridad el acuerdo de voluntades, mismo que se configuran por dos posiciones claras y bien diferenciadas: por una parte la expresión de una de las voluntades a través de condiciones generales predispuestas y en el otro extremo, la otra voluntad manifestada mediante la adhesión a esas condiciones generales.

Para la determinación jurídica del contrato por adhesión se ha formulado por una parte la doctrina contractualista en la cual, está presente el acuerdo de partes nacido del doble juego de las voluntades del estipulante y del adherente. La doctrina anticontractualista afirma que lo verdaderamente existente en estos actos es una declaración de voluntad unilateral, por ser determinados por una sola voluntad. La doctrina ecléctica sostiene que el contrato por adhesión es un negocio de base contractual y de fondo reglamentario. (20)

A fin de determinar lo que por naturaleza implica el contrato por adhesión, ha de considerarse lo que el inicio de este apartado se hizo referencia: como acto jurídico y como norma jurídica. Acto jurídico, en cuanto a la disposición para contratar bajo determinadas estipulaciones que señalan el contenido obligatorio de la relación jurídica. Norma jurídica que por disposición de una de las partes determina los derechos y obligaciones de las partes contratantes, siendo efecto de la aceptación manifiesta que tiene por perfeccionado al acto contractual.

Sobre la base del contrato por adhesión Bercaitz hace descansar la existencia del contrato administrativo; el consentimiento, manifestación de voluntad de quien se aviene a colaborar con el Estado, unido al consentimiento de la Administración Pública para que así se realice, exteriorizado con las formalidades legales propias en que debe expresarse la voluntad del Estado, sumados, constituyen innegablemente

(20) Carlos Gustavo Vallespinos, ob. cit. pag. 247

por la contraposición de intereses que comprenden y por los efectos jurídicos que producen, un contrato. (21)

Así el acto por adhesión adquiere relevancia para el contrato cuando de su configuración surge el contrato administrativo, toda vez que el adherente manifiesta su consentimiento con el objeto de constituir la relación contractual que lo vincula con la Administración Pública.

La naturaleza jurídica del contrato administrativo se reduce en el orden expuesto a un contrato por adhesión, por virtud del cual el contratante queda en una situación jurídica creada por un acto regla, y el cual por esa adhesión, establece, modifica o suprime derechos y obligaciones en una situación especial. (22)

No obstante lo expuesto, la determinación jurídica del contrato administrativo va más allá de una relación jurídica emanada de la disposición manifiesta de una de las partes, como resultado del poder que se reserva en la predeterminación del contrato. La naturaleza de este contrato se encuentra coligada por el fin que el Estado se propone alcanzar con él, o por las necesidades colectivas que pueda afectar, de donde deriva una serie de consecuencias particulares que lo colocan ineludiblemente bajo el imperio de normas de derecho público, normas que lo rigen inclusive en los elementos patrimoniales que lo integran, aún cuando subsidiariamente puedan aplicársele normas de derecho privado.

Con ello adquiere especial relevancia la prerrogativa del poder público por excelencia con que la Administración cuenta en los contratos administrativos, representa el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, previa al conocimiento judicial que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato, con la carga de impugnación contencioso administrativa si está disconforme con su legalidad.

Como consecuencia de la situación que guarda la Administración Pública en la relación contractual administrativa, la predisposición de su contenido guarda un vínculo estrecho con el ordenamiento jurídico, al señalar los términos y formas en que se ha de concertar el contrato administrativo, por lo cual el momento de la predeterminación del contrato se encuentra sujeto a la disposición normativa

(21) Miguel Angel Bercaitz, ob. cit. pag. 187

(22) Carlos García Oviedo, ob. cit. pag. 205

con las facultades del órgano estatal, sean regladas o discrecionales para señalar el contenido del acto. Así, la decisión del administrado de celebrar el contrato con la administración no implica la adhesión a la que se hizo referencia con anterioridad; toda vez que la vinculación entre las partes va más allá del orden negocial al quedar determinada por el sistema legal objetivo; de ahí la imprecisión de reducir la naturaleza del contrato administrativo de obra pública a un contrato por adhesión cuya desigualdad jurídica no es determinada en el marco contractual, sino en el ámbito del derecho público, en virtud de la aplicación concreta de la norma jurídica en la celebración del contrato.

De acuerdo con lo expuesto, el contenido obligacional del contrato administrativo lo determina el órgano estatal, como resultado de las facultades jurídico administrativas conferidas por disposición del ordenamiento positivo. En ese sentido la potestad pública no se genera en relación jurídica alguna ni en pactos o negocios jurídicos; sino que procede directamente del sistema normativo, por lo cual el efecto no corresponde a un deber u obligación sino a una simple sujeción o sometimiento del sujeto contratante para soportar en su esfera jurídica las eventuales consecuencias derivadas del ejercicio de la potestad.

En relación a lo anterior, la potestad jurídica con que cuenta el órgano del Estado para establecer el contenido del contrato tiene un doble efecto en la vida del acto: por una parte determinar los derechos y obligaciones y por la otra las facultades cuyo ejercicio corresponde con exclusividad al órgano administrativo. Ambas situaciones derivan de la declaración unilateral de la Administración Pública con la consecuencia de que por un lado se pueden comprender los derechos y obligaciones en el plano contractual y por el otro las potestades públicas como resultado de la atribución legal al órgano estatal.

El contrato administrativo genera dos tipos de relación que aún pueden dar pie a una mayor discusión: por un lado la contractual y por el otro la de sujeción o sometimiento del contratante de la administración. Sin embargo, al momento de formalizarse el acto, éste ha sido predispuesto en su contenido por el órgano estatal como consecuencia de la facultad irrenunciable, previamente ordenada por el sistema legal objetivo.

En el orden expuesto la determinación jurídica del contrato administrativo de obra pública contempla la

exclusiva e irrenunciable potestad del Estado para su disposición, quedando dicho acto, al margen de cualquier consideración de los llamados contratos por adhesión en cuanto a que una de las partes, la Administración Pública detenta potestades jurídico administrativas que sobrepone a su contratante el derecho a negociarlo.

Cabe señalar que en el acto contractual la formalización y el cumplimiento a lo predispuesto trae consigo el estado de sujeción o sometimiento del contratista por formar parte de aquello que el ordenamiento jurídico ha dispuesto y que resulta irrenunciable. No obstante, dentro de aquellas potestades conferidas al órgano estatal están las que permiten la inclusión en el proceso aplicativo de la ley de una estimación subjetiva de la propia Administración, con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular.

Esa estimación subjetiva no es una facultad extralegal, que surja de un supuesto poder originario de la administración, anterior o marginal al derecho; es por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado la potestad y que se le ha atribuido a la administración justamente con ese carácter. (23)

En ese sentido, sobre la base de la discrecionalidad, el órgano estatal puede negociar lo dispuesto en el contrato con su contratante para el cumplimiento del acto, sin que ello implique el total desconocimiento al orden jurídico. Así la norma remite parcialmente para completar el cuadro regulativo de la potestad y de sus condiciones de ejercicio a una estimación administrativa, sólo que no realizada por vía normativa general, sino analíticamente, caso por caso, mediante una apreciación de circunstancias singulares, realizables a la vez que precede al proceso aplicativo. (24)

De acuerdo a lo previsto con anterioridad, en el contrato administrativo subsiste la potestad reglada y discrecional, por la cual el contratante de la Administración Pública se encuentra inmerso en una situación de subordinación concreta y específica en relación con el órgano estatal, pero en el marco de la discrecionalidad lo negociable del acto es factible en cuanto no contravenga la

(23) Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (Cuarta Edición, Ed. Civitas, S.A., España 1988) pag. 430

(24) *Ibidem.* pag. 431

estimativa subjetiva del Estado a la medida que la ley ha dispuesto para el caso.

En el orden de ideas expuesto, el contrato administrativo es un acto por el cual la Administración Pública determina en forma unilateral y en ejercicio de la potestad pública conferida por el ordenamiento positivo, el contenido del contrato, determinando la situación de subordinación o sujeción del contratante al órgano estatal por disposición del sistema normativo.

Lo negocial del acto tiene su origen en aquella estimativa subjetiva del Estado para determinar el contenido obligacional del contrato. Es decir, bajo este aspecto se admiten aquellas cláusulas particulares sólo dentro de los márgenes, permitidos por la tipicidad del acto, no en cuanto las mismas puedan romper el marco legal típico y llevar a una libre configuración administrativa de la decisión. En otras palabras, el ordenamiento jurídico permite a la voluntad que crea para la situación fáctica que toma en consideración todos o parte de los efectos jurídicos (contenido total o parcialmente discrecional); de ahí deriva la distinción entre actos de contenido reglado y actos de contenido discrecional. (25)

Así la determinación jurídica del contrato administrativo, como acto negocial, implica la bilateralidad, toda vez que la relación jurídico administrativa queda comprendida entre el órgano estatal y su contratante. No habría contrato administrativo si la relación no se implica entre administrado y órgano estatal en el orden que se ha expuesto. No obstante, el hecho de que el contrato implique una relación, no queda al margen la situación de sujeción o subordinación del contratista, sino por el contrario, su determinación guarda estrecho vínculo con las potestades regladas o discrecionales confiadas a la Administración Pública por el ordenamiento positivo.

I.3 Los Contratos Administrativos y los Contratos de Derecho Común: Criterios de Distinción.

Ante todo debe atenderse a la circunstancia fundamental de la diferencia entre el contrato administrativo y el contrato de derecho privado, aquél como consecuencia de la

(25) José María Boquera Oliver, ESTUDIOS SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO (5a. Edición, Ed. Civitas, S. A. España 1988) pag. 77

imagen virtual de la actividad administrativa y éste como prototipo negocial de las relaciones jurídicas entre los particulares.

Por ello, no podemos soslayar semejantes criterios de distinción que la doctrina ha vertido como reconocimiento pleno al contrato administrativo.

A fin de exponer de manera sucinta las diversas posturas que se han esgrimido para dicho argumento distintivo, se consideran principalmente las siguientes: a) **criterio subjetivo**; b) **criterio de la jurisdicción**; c) **criterio formal**; d) **Teoría del fin de utilidad pública**; e) **Teoría de la cláusula exorbitante**. (26)

- a) **CRITERIO SUBJETIVO:** Se sostiene bajo esta posición, que el hablar de contrato administrativo implica aquellos en los cuales el Estado es parte, aquellos que se concluyen con la Administración Pública, o los concluidos por ésta obrando como poder público.

Lo anterior no es sólo un requisito más del contrato administrativo, sino un presupuesto elemental de este tipo de actos.

El error de esta postura radica en la imprecisión para que la intervención de la Administración Pública dé carácter administrativo al contrato, para que actúe como tal, como poder público, ya que puede contratar sujetándose a las reglas que regulan los contratos de derecho privado, de ahí la insuficiencia del criterio subjetivo y orgánico para caracterizar los contratos administrativos y diferenciarlos de los contratos de derecho civil.

- b) **CRITERIO DE LA JURISDICCION:** Se estima que el contrato es administrativo cuando el órgano jurisdiccional habilitado para dirimir las pertinentes cuestiones litigiosas, es el tribunal con competencia en lo contencioso administrativo. El contrato debe considerarse de derecho privado cuando dicha competencia corresponde a los tribunales ordinarios. (27)

(26) Miguel Angel Bercaitz, ob. cit. pag. 190

(27) Miguel S. Marienhoff, Tomo III-A, ob. cit. pag. 48

A tal distinción no asiste autenticidad diferencial, toda vez que las controversias que se suscitan, son una mera consecuencia de la naturaleza del respectivo contrato; así se pretende confundir una cuestión de sustancia con una cuestión adjetiva, lo que resulta inadmisibile.

- c) **CRITERIO FORMAL:** Quienes sostienen este criterio hacen descansar la celebración del contrato administrativo en formalidades concretas, especialmente determinadas con antelación, mientras que el contrato privado está exento de esas formalidades, ajenas al ámbito de derecho común.

Es decir, la especialidad de los contratos administrativos debe estar en la reglamentación de las condiciones para llevarlos a su cometido, conforme a los procedimientos establecidos para su efectividad. (28)

Sobre el particular, Garrido Falla señala que la esencia de la forma en la contratación administrativa no proporciona un criterio que permita diferenciarlo, ya que esas mismas formalidades pueden ser exigibles en los contratos de derecho común de la administración.

- e) **TEORIA DEL FIN DE UTILIDAD PUBLICA:** Marienhoff admite la existencia del contrato administrativo por razón misma de su objeto, cuando tratándose de una prestación a cargo del contratante o de la Administración Pública, dicha prestación se relaciona directa e inmediatamente con algunas de las funciones esenciales o específicas del Estado con un fin de utilidad pública. (29)

(28) Recaredo Fernández de Velasco, ob. cit. pag. 51. Los contratos administrativos, aparte de lo que afecta al sujeto, procura con ello el legislador garantizar hasta en sus menores detalles el interés colectivo exigiendo preceptos innecesarios cuando de meras relaciones privadas se trata, originando por este tipo de concertos, únicamente, formas especiales de contratación; garantía tan necesaria cuando el objeto directo del contrato es encomendado a su particular, como la realización de una obra o el suministro de un bien.

(29) Jorge Héctor Escola, TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, ob. cit. pag. 77

Sin embargo, esta postura es objeto de críticas, toda vez que la noción de utilidad pública, aunque es más amplia que la de servicio público, tampoco es precisa, por lo que expresada así en términos generales, aparece como algo ambiguo y vago, impropio para servir de base al criterio distintivo que se busca, entre este contrato y el de derecho común. (30)

Aún con la crítica vertida por el propio Marienhoff, en su obra en cita, considera que la prestación que caracteriza al contrato administrativo, ya de colaboración, o de atribución, es la prestación principal o fundamental determinante del contrato, o sea la que traduce o expresa la esencia o sustancia de éste, pero esta prestación se relaciona directa o inmediatamente, con alguna de las funciones esenciales o específicas del Estado, con los fines de utilidad pública propios de éste.

Sobre este argumento, Manuel María Díez aduce que este criterio no es aceptable por cuanto la administración puede celebrar contratos de derecho común cuyo fin sea también la utilidad pública; así un contrato de arrendamiento de un bien inmueble para que funcione en él una escuela dedicada a la enseñanza. El fin entonces, no es argumento suficiente para distinguir los contratos administrativos de los contratos de derecho común. (31)

- d) **TEORIA DE LA CLAUSULA EXORBITANTE:** La diferencia entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado, estriba en la existencia de cláusulas especiales insertadas en los primeros, exorbitantes del derecho privado, que testimonian un régimen jurídico especial de derecho público.

Si la Administración Pública, expresa Péquignot, deja traslucir en el contrato prerrogativas que le son propias o si somete al contratante a obligaciones o sujeciones que serían anormales en

(30) Miguel S. Marienhoff, Tomo III-A, ob. cit. pag. 52

(31) Manuel María Díez, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, ob. cit. pag. 283

un contrato de derecho privado, entonces hay una cláusula exorbitante. (32)

Haciendo a un lado el objeto del contrato, un contrato es administrativo cuando contenga cláusulas que salen de la órbita del derecho común, sea porque en éste dichas cláusulas son inusuales o porque incluidas en un contrato de derecho privado, resultarían ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual, o bien, porque el régimen normativo imprime al acto este tipo de disposiciones.

En tales supuestos el contrato será administrativo por el sólo hecho de contener dichas cláusulas exorbitantes del derecho común, con prescindencia del objeto.

Sobre la existencia de la cláusula exorbitante en el contrato administrativo descansa en principio el ejercicio de las potestades públicas de carácter administrativo en el vínculo contractual.

La doctrina se ha encargado de esbozar la distinción de aquellas cláusulas virtuales o ilícitas y las expresas, o concretas. (33)

Así, la cláusula exorbitante podrá estar ausente de la letra del contrato, pero estará siempre presente en su esencia, cuando el contrato, por su misma naturaleza sea realmente administrativo. Lo anterior permite concluir que la potestad pública aún cuando no quede prevista en el texto del contrato, en cuanto a su contenido y alcance no invalida su ejercicio por parte de la Administración Pública, toda vez que responde al imperativo normativo, mismo que resulta irrenunciable por las partes contratantes.

En virtud de los criterios que se han expuesto brevemente, a fin de distinguir los contratos administrativos de los contratos de derecho común, podemos señalar, que como argumento distintivo del contrato privado valen por sí mismos, sin embargo de que sobre dichos argumentos se pretenda construir la noción del contrato administrativo en

(32) Miguel A. Bercaitz, ob. cit. pag. 209

(33) Miguel S. Marienhoff, Tomo III-A, ob. cit. pag. 80

cada uno exclusivamente, o diferenciarlos de los derechos común, resulta incorrecto sostener.

El contrato de derecho privado de la Administración Pública, queda comprendido dentro de la categoría de los contratos de la administración, por los cuales esta queda vinculada en relaciones de derecho privado sin escapar del régimen de derecho público, tanto en el aspecto de su formación volitiva, como en la posibilidad de atender en el proceso de ejecución a un fin público. No obstante, el régimen jurídico es uno de los aspectos más sobresalientes para la determinación distintiva de los actos en cuestión.

I.4 Los Actos de Derecho Público y los Actos de Derecho Privado previstos en los Contratos de la Administración.

Bajo el rubro de actos de derecho público o actos de derecho privado, hemos de comprender la expresión jurídica del régimen legal que ampara la existencia de cada uno de ellos, como efecto del consentimiento de los sujetos que se encuentran bajo el sistema normativo vigente, tanto en lo que se refiere a la existencia como al tipo de relaciones jurídicas que deben sujetarse por disposición expresa de la ley.

Ardua ha sido la tarea por distinguir el Derecho Público del Derecho Privado; sobre esta diferenciación se han esgrimido tan variados criterios que para nuestros objetivos deben apreciarse los que pretenden diferenciar ambos regímenes sobre la base de la relación jurídica en que descansan las situaciones de derecho. (34)

El acto de derecho público queda confiado a la norma pública cuando se prevé por la misma la consideración de que ese acto ha de crear relaciones jurídicas de subordinación con el gobernado; ante ello, cabe aclarar que aquél, como resultado de la ley, presupone una sumisión expresa en los vínculos jurídicos que se crean, por ello trascienden esos efectos originando consecuencias jurídicas que pueden implicar la coercitividad o ejecutividad del acto.

Es decir, los efectos corresponden a la estricta regulación jurídica que contempla la legalidad del acto, desde lo que propiamente hemos de llamar proceso de formación

(34) Eduardo García Máynez, INTRODUCCION AL ESTUDIO DE DERECHO, (Editorial Porrúa, México 1982) pag. 134

hasta las consecuencias que inciden tanto en la esfera interna como externa de la Administración Pública Federal.

Cabe aclarar, que la trascendencia jurídica del acto de derecho público queda reducida a alcanzar la plena eficacia del mismo bajo el legalismo existencial del acto.

En relación con lo antes expuesto, la Administración Pública puede imponer en concreto coactivamente su propia voluntad prevaleciendo sobre la de los particulares, pero sólo cuando tal prevalencia haya sido establecida en abstracto, con referencia a futuras aplicaciones concretas de un acto primario por una norma legislativa, lo que significa que la administración podrá hacer prevalecer coactivamente los intereses públicos (cuyo cuidado tiene encomendado) sobre antitéticos intereses individuales, pero sólo cuando se trate de intereses cuya prevalencia haya sido establecida por un acto primario legislativo cuya aplicación concreta presuponga, precisamente, un futuro acto concreto por parte de la Administración Pública. (35)

Sobre este aspecto hemos de señalar que la coercitividad del acto proviene de la norma abstracta, que sujeta al órgano administrativo al cumplimiento imperativo de la ley, bajo la aplicación particular del caso concreto, trascendiendo a la efectividad obligacional de la disposición legal.

Pero la atribución implícita o explícita de la facultad conferida a la Administración Pública, en nada afecta la prevalencia del interés colectivo sobre el individual, en cuanto al hecho de ser operada exclusivamente mediante actos concretos que tengan sus fundamentos en el derecho objetivo. Hasta aquí se ha de considerar al acto de derecho público por sí mismo; en cuanto dicho acto representa una manifestación o declaración por parte de la autoridad pública correspondiendo a sus respectivas facultades previamente conferidas por el ordenamiento positivo.

La potestad jurídica, de la que se ha trazado brevemente el fundamento y los lineamientos, constituye una categoría jurídica general que abarca todas las distintas potestades que corresponden por ley al órgano estatal, a fin de cumplir los objetivos públicos bajo ese acto concretizado del mismo carácter.

(35) Renato Alessi, INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO (Bosch Casa Editorial, Barcelona España 1970 Tomo I) pag. 182

El acto de derecho privado, no es tal por su origen último, ni por la fundamentación legal en que descansa; es privado porque deja un amplio margen de aplicación; es decir una autonomía a los particulares para crear relaciones jurídicas obligatorias entre las partes bajo los términos y condiciones que ellos señalen y en la forma que lo prevean, es decir, crear actos negociales con las limitaciones que el sistema legal indique. (36)

La máxima exaltación del principio de la autonomía de la voluntad junto con la libre acción de los particulares, ha sido la base por siglos del acto de derecho privado, aún cuando se haya levantado el dirigismo contractual como efecto de la deprimente igualdad jurídica y de la estricta justicia que no corresponde a la que fue inicialmente concebida por la doctrina para el acto jurídico. Lo anterior como consecuencia de elementos subjetivos y objetivos que concurren a la formación del acto, mismos que quedan comprendidos por otro tipo de actos o hechos determinantes de los elementos propios del acto jurídico.

Corresponde revelar la graduación limitativa que la norma positiva imprime al acto jurídico en vista del objeto tutelado por la misma ley.

Es decir, el interés jurídico de los comparecientes queda sujeto al interés público de conformidad con lo previsto por la norma jurídica, la cual precisa el alcance de todos y cada uno de los elementos que asisten a la formación del acto.

En este contexto, el acto de derecho privado, en cuanto es objeto del ordenamiento legal y de la apreciación del interés público, tiene un doble efecto que repercute directamente en la caracterización del acto y que la doctrina ha denominado la publicización, como un grado mayor de lo que antes se había referido como el dirigismo estatal.

El acto de derecho privado deja de ser privado en cuanto a los intereses. Sobre el mismo, caminan los intereses del Estado; pero sin que ello trascienda definitivamente hasta el grado de ser un acto de derecho público, con la uniformidad y particularidad de este tipo de actos.

En el contrato acontece la publicización de la actividad de los particulares, consistente en que terrenos en que

(36) Miguel Acosta Romero, TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (Editorial Porrúa, México 1986) pag. 17

siempre habían cultivado sus relaciones jurídicas los particulares, sometidos al régimen de derecho privado, pasan ahora a formar parte de los terrenos en que cultiva sus relaciones jurídicas el Estado, sometidos al régimen del derecho público. (37)

Ello implica que el contrato deja de ser un contrato de derecho privado para ser uno de derecho público; sobre este argumento se esgrime como último peldaño la intervención del poder público, dispuesto por normas de derecho público. Así permite comprender que el régimen del acto es eminentemente público.

En principio hemos de considerar que el derecho objetivo no logra contener bajo el régimen de derecho público, el acto jurídico eminentemente privado, no sólo por los sujetos que comparecen al concierto, sino por el mismo objeto y fin determinados por la norma.

El hecho de que el elemento objetivo y el motivo determinante de la voluntad se encuentren tutelados por el sistema normativo, no alcanza la categoría jurídica especial en la que se encuentra el acto de derecho público; ante ello el acto concertado con particulares sigue siendo privado, aún cuando el derecho público requiera el cumplimiento de determinados requisitos, pero sin trascender a la libertad de contratar y de ejercer el dominio de los actos encaminados a la efectividad y cumplimiento del contrato.

A diferencia del contrato suscrito entre particulares, el contrato de derecho común de la administración sí encuentra relieve en el derecho público, en principio por la relación que repercute en el Órgano Administrativo, así como en los efectos que pueden producirse sobre el objeto del contrato, de tal manera que logran incidir en los intereses concretos de la administración y abstractos de la norma de derecho público.

Sin embargo, hemos de referirnos al ente administrativo que en cuanto a la determinación volitiva externamente objetivizada, tiene un contenido y carácter de acto administrativo, por lo que todo lo relativo a su emanación (formación de la determinación volitiva, dictámenes, aprobaciones necesarias, formas y modalidades para la manifestación de la voluntad administrativa, etc.) está

(37) Miguel Angel Bercaitz, ob. cit. pag. 54

sometida a los principios de derecho público que regulan formalmente el ejercicio de la actividad administrativa. (38)

Por lo expuesto, una vez que la voluntad administrativa se ha formado como producto del legalismo formal administrativo, dado que dicha actividad tiende a la satisfacción del interés meramente concretizado, deberá exteriorizarse en uno de los medios jurídicos ofrecidos por el Derecho Privado, lo cual implica que el acto es de derecho privado excepto las desviaciones debidas a la repercusión del carácter público del sujeto ya activo, ya pasivo, de la relación.

Bajo el régimen de derecho privado se encuentra el ejercicio y cumplimiento del acto de carácter privado, el cual está sometido por el medio jurídico adoptado, lo que implica que el sujeto público se encuentre en los mismos límites que el sujeto privado en el desarrollo de su actividad jurídica.

Aún cuando la actividad de la Administración Pública se desarrolla según los cauces jurídicos del derecho, ha de tenerse en cuenta que la naturaleza pública del sujeto que la ejerce no deja de influir sobre el régimen de dicha actividad. Por ello, ha de considerarse que repercute en el acto lo siguiente:

A) En el momento de creación de la relación:

a) Todo lo relativo al proceso formativo de la voluntad del sujeto administrativo, es materia regulada por el derecho público.

b) En algunos casos, la elección del contratante particular ha de llevarse a cabo a través de procedimientos aptos para garantizar que la elección se realice de la manera más acorde con el interés público.

c) La limitación que puede sufrir la fase que en las relaciones entre los particulares está integrada por la negociaciones que preceden a la formación de acuerdo contractual.

d) La consideración de que en ocasiones la manifestación de voluntad del particular no es más que una simple adhesión al esquema contractual

preestablecido por la administración. En este punto queda reducido el efecto del consentimiento al mero acto por adhesión.

e) La forma contractual puede también sufrir alteraciones que la simple formalidad del acto jurídico sea incapaz de satisfacer el requisito de derecho público.

f) Un último aspecto que afecta el momento del nacimiento de la relación, se presenta cuando se trata de actos sujetos a la aprobación de órganos o entes superiores, es decir, la administración no queda vinculada sino hasta en tanto no se apruebe el contrato.

B) En segundo lugar, durante la vida de la relación.

a) Ante todo, la ley puede imponer un conjunto de obligaciones accesorias a cargo del Contratante particular, conjunto desconocido en el derecho privado.

b) En relación con lo antes señalado, existe la posibilidad, desconocida en el régimen privado, de que se imponga al contratante particular, por parte de la administración durante la vida de la relación contractual una agravación de cargas u obligaciones, de conformidad con el interés abstracto e impersonal que señale la propia ley. (39)

C) Por lo que se refiere a la extinción de la relación:

a) La vida de la actividad privada está siempre subordinada a la subsistencia administrativa que contiene el acuerdo de contratar, en el supuesto de que ésta haya tenido una autonomía exteriorizada formalmente, por lo que en caso de anulación de oficio de dicho acuerdo por ilegitimidad, se extingue toda la relación nacida de aquella disposición. (*)

(39) Renato Alessi, ob. cit. pag. 218

(*) En relación a lo antes expuesto, hemos de indicar el alcance que el interés primario y abstracto de la norma tenga directamente sobre la legalidad del acto y el fin

b) Reflejo evidente del carácter público es la potestad de la administración de proceder unilateralmente a la resolución de la relación en algunos casos.

D) Por último, en lo relativo a la ejecución a favor de la Administración:

a) Una repercusión de carácter público radica en la posibilidad de utilizar un procedimiento de derecho público para la ejecución, procedimiento que si bien no excluye totalmente a la autoridad judicial, difiere en varios puntos esenciales del procedimiento ordinario.

b) La posibilidad que tiene la administración, en algunos casos, de proceder directamente a la ejecución del contrato pendiente de decisión judicial. (40)

Ahora bien, distinto es lo relativo al fin propuesto por la propia administración que queda bajo los lineamientos del interés público y que se distingue del propio acto contractual que motiva al ente administrativo a su celebración.

Como último punto a considerar en la celebración del contrato de derecho común por la administración, es lo relativo al fundamento lógico jurídico de la celebración de este tipo de actos. Al efecto se han previsto tres situaciones distintas:

a) La primera situación es la determinada por la falta de normas específicas de carácter público que regulen expresamente la relación entre la

público de éste, de tal manera que si el acto se encuentra en una manifiesta contravención al ordenamiento administrativo, goza de plena disposición legal del acto de anulación por ilegitimidad, es decir, éste trasciende a la vida del acto jurídico; lo que pone en juego las defensas del particular. Sin embargo, queda por considerar la posible potestad conferida al Órgano ya administrativo, ya judicial para declarar la anulación del acto jurídico por motivos de mera legalidad del acto administrativo.

(40) Renato Alessi, ob. cit. pag. 219

administración y un particular, aún siendo esa relación de tal naturaleza como para poder quedar sometida a un conjunto general de normas de naturaleza privada.

- b) La segunda situación está determinada por el hecho de que tanto el derecho público como el derecho privado ofrecen alternativas jurídicas para la obtención de una determinada finalidad práctica.
- c) La tercera situación se encuentra determinada por la existencia de normas específicas de carácter público que regulan una cierta relación, no obstante lo cual, dada la entidad del contenido de esta relación entre administración y administrado con otras relaciones entre particulares reguladas por el derecho privado, puede caber bajo este régimen aquella relación como resultado simplificador de la nueva situación. (41)

En virtud de lo anterior, ha de considerarse que la naturaleza del acto a ser celebrado no encuentra su calificativo directamente por el derecho público; por ello queda sujeto al régimen privado en tanto el sistema normativo no confiera facultades de orden público a la Administración, que trasciendan a la relación contractual. Por lo tanto, no existe una renuncia voluntaria a su supremacía por parte del ente público, sino una renuncia necesaria, esencial, debida a la naturaleza jurídica del acto y de las facultades reservadas por el ordenamiento jurídico al órgano administrativo; así el acto jurídico debe desarrollarse bajo el régimen de derecho privado, en condiciones de igualdad con los particulares, mientras no se prevenga lo contrario por las normas de Derecho Público.

Sobre lo anterior, hemos de aclarar que la supuesta renuncia de las potestades públicas del ente administrativo quedan reducidas, en tanto ello implica la celebración del acto jurídico, pudiendo incidir sobre el acto privado según se ha señalado, alterando los efectos y condiciones del contrato, como resultado de los intereses, potestades y cargas de carácter público propios del ejercicio de la actividad administrativa.

El valor atribuible al acto jurídico concertado con la Administración Pública, no implica que la legalidad del acto sólo es con observancia al régimen que prevé el acto, sino en

(41) *Ibidem*, pag. 220

atención al ordenamiento jurídico administrativo; por ello aquél régimen es la norma directa del acto y éste solo incide indirectamente en el acto, pero su consecuencia está directamente relacionada con los derechos y obligaciones del propio ente administrativo, por lo que, cuando el derecho del órgano rebasa los límites ceñidos por el acto jurídico o régimen común, queda como potestad pública, si el fundamento está en los intereses primarios o secundarios de orden público.

I.5 El Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos.

El régimen jurídico del contrato administrativo va más allá del relativo al negocio jurídico; la Administración Pública es una organización compleja situada ante el derecho en una especial posición de tal manera que sólo puede actuar cuando la ley la habilita para ello y en los términos precisos de esa habilitación; por eso la trascendencia del régimen jurídico sobre los actos queda en función del sujeto y de la facultad conferida por el propio ordenamiento legal.

En virtud de lo anterior, la potestad administrativa siempre se encuentra sujeta al orden jurídico, regulada con mayor o menor medida en lo que ha de determinarse la actividad reglada y discrecional.

Por esta razón, cabe señalar que en el variado conjunto de vínculos contractuales que se dan en el contrato administrativo, se reconoce por una parte, que el régimen jurídico no es unitario y puro en este tipo de actos, sino variable y mixto apareciendo siempre mezclado en distintas proporciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Privado. (42)

Es lo que hemos de denominar bajo esta corriente, el relativismo jurídico de los actos celebrados entre la Administración Pública y su cocontratante. Lo anterior hace suponer la igualdad resultante en lo que se refiere a la regulación de fondo de los contratos privados de la administración.

De las consideraciones antes expuestas, se desprende que la calificación de un contrato de la administración ya sea

(42) Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, ob. cit. pag. 479

privado o administrativo no tiene por sí misma una trascendencia decisiva en orden a la determinación de la regulación de fondo de unos o de otros. En toda clase de contratos de la administración es patente la mezcla del derecho administrativo y del derecho privado.

A fin de precisar el alcance jurídico de cada uno de los actos en que interviene la administración, de acuerdo a las facultades conferidas en el cumplimiento de sus funciones públicas, hemos de señalar que el vínculo jurídico que se crea por disposición expresa del derecho público no aparece ni puede quedar bajo el régimen privado, toda vez que se trata de figuras jurídicas insusceptibles de ser utilizadas entre los particulares, ya que son de la exclusividad estatal por el interés que bajo ese rubro ampara la norma legislativa.(43)

Sobre esta base, la regulación jurídica se prevé fundamentalmente por el derecho público, lo que implica que en ciertos aspectos en que están vigentes determinados principios generales del derecho privado, estos no logran trascender al régimen de derecho público.

Así, el contrato administrativo queda reconocido dentro del régimen de carácter público sin excusa de conocimiento por las posibles cuestiones privadas que sobre el mismo puedan recaer, pero dicha caracterización queda limitada al reconocimiento expreso y directo que la misma ley prevea, sin tomar en cuenta cuestiones de mera analogía, es decir, obedece a la habilitación legal de la facultad administrativa.

Es motivo de todo contrato, la relación jurídica que se origina como efecto de la manifestación de la voluntad para la celebración del acto jurídico; por ello siendo el régimen público el que regula y prevé la norma jurídica derivada del concierto, aquella relación suele entenderse en el sentido jurídico administrativo, con el efecto de subordinación o supraordinación, la cual se caracteriza por la potestad conferida al órgano administrativo y que se traduce en un mandato positivo de hacer o bien, negativo de abstención.

De modo que esa subordinación queda comprendida por la situación que guardan las partes en el concierto, es decir, por disposición expresa de la ley queda investida la administración del poder público, suficiente y necesario para el cumplimiento de sus cometidos con esos fines, y de la otra

(43) Enrique Sayagués Laso, Tomo I, ob. cit. pag. 538

parte se encuentran los deberes públicos, como correlación de potestades y cargas en mutua relación obligacional de carácter público.

Así, la desigualdad en que se hallan las partes contratantes es de derecho y no de hecho; sin embargo, es sólo el efecto de aquella situación tutelada por el derecho público. (44)

Como última consideración que no puede pasar por alto, es la relativa a que la norma de Derecho Público no queda a la disponibilidad contractual o negocial en los contratos ya administrativos, ya de derecho común celebrados por la Administración Pública. El poder público en el Estado de Derecho se ejerce por y ante cualquier tipo de intereses o voluntades que lo contradigan sin alterar por sí mismo el campo exclusivo de la propia Administración, de tal manera que el cumplimiento efectivo de los actos de ésta, tienen como efecto el que la doctrina administrativa denomina ejecutividad propia e impropia en cualquier tipo de relación de derecho público.

I.6 CONCEPTO DE OBRA PUBLICA Y DE TRABAJO PUBLICO

Independientemente del concepto que se tenga del contrato de obra pública como contrato administrativo a diferencia del de derecho común, hemos de señalar lo que debe entenderse por obra pública y por trabajo público, en vista de que la obra pública es objeto de diversas situaciones que confiere interés a la noción en cuestión.

Un primer punto de vista teleológico o finalista que predomina, es el que confiere al concepto de obra pública el fin de interés público.

Así, la obra pública es aquella realizada por cuenta del Estado, que tiende a ese logro o satisfacción, por lo cual es lógico que el contrato de obra pública aparezca determinado por esa finalidad, de tal manera que será necesariamente un contrato administrativo. (45)

Otra situación prevista para la consideración de la obra pública, es la que señala el bien sobre el que recae el

(44) Jorge Héctor Escola, TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, ob. cit. pag. 107

(45) Jorge Héctor Escola, COMPENDIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Vol. II, ob. cit. pag. 763

objeto de hacer de la obra pública, es decir su afectación al uso público, dominio público o su incorporación al dominio privado del Estado. (46)

Sobre esta base descansa el debate de la exclusividad de la obra pública en los bienes inmuebles; sin embargo, los argumentos aducidos en favor de los bienes muebles, como objeto de la obra pública resulta del interés público, por la definitiva incorporación al inmueble, o bien por los intereses concretos con que interviene la persona pública.

Los bienes muebles quedan bajo la apreciación de la obra pública cuando por sí mismos reúnen los elementos de los que se ha hecho referencia anteriormente para la obra pública; a diferencia, este tipo de bienes puede ser adquirido por los medios jurídicos privados e incorporados a una obra pública considerada como tal, por lo que dicho bien al ser incorporado pasa a formar parte de la obra pública, sin que antes lo sea por ningún motivo.

En relación con lo antes expuesto, incide en lo que ha de entenderse por obra pública, el bien construido o realizado por el Estado, directa o indirectamente. Así la construcción de la obra pública puede quedar confiada al Estado o bien, a través de terceros que colaboran en la realización de la obra. (*)

Hasta aquí, se han considerado las notas relevantes que confieren unidad a la obra pública, sin embargo, resulta necesario distinguirla del trabajo público.

La doctrina francesa señala que de la noción de trabajo público se caracteriza por la presencia de tres condiciones tradicionales: el objeto inmobiliario del trabajo, su fin de utilidad general y su realización por cuenta de una persona pública. (47)

(46) Osvaldo Máximo Bezzi, EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA (2a. Edición Abeledo Perrot, S. A., Buenos Aires 1981) pag. 11

(*) Al respecto, "Bielsa estima que es obra pública toda construcción integral y reparación realizada por la Administración Pública directamente, por Contratistas, o bien por concesionarios sobre cosas (inmuebles o muebles) directa o indirectamente afectados al uso público.

(47) Osvaldo Máximo Bezzi, ob. cit. pag. 12

A pesar de la posible similitud de situaciones que determinan cada concepto, hemos de reconocer que el trabajo público implica la ejecución material de diversas actividades con el objeto de construir, reparar, mantener, modificar, demoler, etc., la obra pública, es decir, la obra pública es simultáneamente la causa y el resultado del trabajo público. Ambos forman parte de una misma materia y por ello puede decirse que toda obra pública es el resultado de un trabajo público. (48)

De manera que el trabajo público queda conceptualizado como la efectividad concreta destinada al cumplimiento de los objetivos de la obra pública, por los medios requeridos para la realización de ésta.

En mérito de lo expuesto, podemos establecer como noción de obra pública aquel bien mueble o inmueble, que es el resultado de un trabajo público, realizado directamente por la administración o indirectamente por un tercero, con el propósito de obtener en forma directa e inmediata, el logro o la satisfacción de un interés público.

Bajo esta determinación, la obra pública es un bien que crea la actividad humana, la cual denomina trabajo público por la causa y efecto a que se destina esa actividad. Sin embargo, el bien objeto de la obra pública es irremediabilmente destinado a la satisfacción de un interés público, el cual es sujeto al régimen patrimonial del Estado.

Como última consideración para la ejecución de la obra pública, se comprende la formalización del contrato de obra pública, el cual sujeta la realización de los trabajos a los lineamientos señalados por la Administración.

Asimismo, es previsible que el Organismo Administrativo realice por sí la obra, lo que implica la ejecución directa de la misma. En los términos del artículo 51 de la Ley de Obras Públicas, la ejecución de la obra por administración directa implica la no intervención de contratistas.

1.7 CONCEPTO DE CONTRATO DE OBRA PUBLICA

El contrato de obra pública aparece cuando el Estado recurre a un tercero para que éste lleve a cabo la obra, de

(48) Miguel S. Marienhoff, Tomo III B, ob. cit. pag. 507

tal manera que es celebrado por la Administración Pública con una finalidad de interés público, directa o inmediata, y en él, tal vez más típicamente que en ningún otro contrato administrativo, aparecen numerosas cláusulas exorbitantes de derecho privado. Es sin duda la figura contractual más definida en el ámbito administrativo.

A efecto de configurar este contrato, debe existir necesariamente una Administración Pública como parte principal y otra denominada Contratista, quien toma a su cargo la ejecución de la obra; el objeto debe implicar la ejecución de un trabajo de construcción, modificación, reparación, mantenimiento o demolición de un bien. (49)

De acuerdo con lo anterior, la obligación de hacer, si bien forma parte del contenido de la prestación a cargo del Contratista, guarda relación con el contenido contractual del acto que se celebre con la Administración Pública; sin embargo, el origen de esa obligación sobrepasa el acto negocial, en cuanto la norma positiva previene las situaciones en que se encuentran las partes, quedando el contratista de la Administración en un estado de subordinación a la potestad administrativa, en virtud de que la ley define la situación concreta y particular de las partes, para la ejecución de la obra pública.

Así lo que implica el hacer, no es debido como tal, sino como medio para alcanzar un fin u obtener un resultado concreto es decir, en cuanto va dirigido a producir la obra. Ello quiere decir que el hacer necesario por sí mismo, no satisface los intereses ya abstractos o concretos, sino en la medida en que es alcanzado el resultado previsto en el instrumento contractual. (50)

Sobre estos argumentos se puede determinar en principio el concepto de contrato de obra pública, como el contrato administrativo que celebra la Administración Pública para la realización de una obra pública, bajo los términos y condiciones previstos en el contrato y en la norma administrativa mediante una retribución al Contratante particular.

Hemos pasado por alto el fin de interés público en el contrato por encontrarse implícito en el objeto del acto, el

(49) Enrique Sayagués Laso, Tomo II, ob. cit. pag. 89-90

(50) Manuel María Díez, DERECHO ADMINISTRATIVO, ob. cit. pag. 29

cual forma parte de los elementos esenciales del contrato. Asimismo, se reduce su naturaleza jurídica a la del contrato administrativo en donde predominan las cláusulas exorbitantes de derecho privado y demás elementos propios de este tipo de conciertos.

Dentro del marco positivo debe comprenderse lo que se entiende como contrato de obra pública a fin de determinar su concepto; así en la Ley de Obras Públicas y en su respectivo Reglamento, el contrato de obra pública comprende dos elementos fundamentales; subjetivo y objetivo. El primero de ellos se reduce al hecho de que ha de ser suscrito por el Estado a través de los órganos que integran la Administración Pública Centralizada, o bien por la Administración Pública Paraestatal, tratándose en este último caso de aquellos órganos con personalidad jurídica.

Por otro lado el elemento objetivo, necesario para referirse al contrato de obra pública, lo comprende el interés público que implica el objeto del contrato, es decir, es interés en cuanto sea determinado por el ordenamiento jurídico al cual se encuentre sujeto el órgano administrativo. En ese sentido los preceptos décimo segundo y décimo cuarto de la Ley de Obras Públicas previenen la determinación a que ha de sujetarse la realización de la obra pública correspondiendo a los objetivos encomendados a cada órgano del estado para su ejecución.

Queda en estrecha relación el que los fines y objetivos del órgano administrativo que reporten una actividad de interés público sean realizados por medio del contrato de obra pública en cumplimiento a una segunda disposición como lo es la Ley de Obras Públicas, de ahí que el interés público sea previamente determinado por otra Ley, quedando sujeta su realización a lo previsto en la Ley de Obras Públicas y a su respectivo Reglamento. La afectación al presupuesto del órgano del Estado para la realización de la obra pública es el efecto o consecuencia de que la Administración Pública realice los objetivos que le estén encomendados por la norma positiva, por tal motivo queda el aspecto del gasto al margen de cualquier determinación de los elementos constitutivos o determinantes del contrato de obra pública.

Cabe destacar como caracteres del contrato de obra pública los siguientes; es un contrato consensual; la perfección del contrato coincide con el cambio recíproco de las promesas de las respectivas prestaciones; es eminentemente bilateral porque de él surgen obligaciones para ambas partes; es sinalagmático porque cada promesa de

prestación constituye la causa de la promesa de la otra parte, es oneroso por las contraprestaciones equivalentes. (51)

Por otra parte, se sostiene que las equivalencias no se entienden en la correspondiente igualdad objetiva de prestaciones, sino en el sentido subjetivo como resultado de la apreciación de los intereses que persiguen las partes con la celebración del acto. Por ello, ante la situación que guardan las partes y por las facultades conferidas al órgano administrativo por la propia ley, así como la mutabilidad del contrato, resulta como efecto la llamada ecuación económico-financiera que busca ante todo el equilibrio contractual.

Otro aspecto del contrato de obra pública, es el carácter extensivo que deriva, en primer lugar del concepto amplio de la noción de obra pública y de la relación que debe unir el contrato al derecho público para que pueda existir. Es decir, el contrato tiene un objeto determinado cuya ejecución interesa tanto a la administración como al Contratista, pero también adquiere relevancia para su conclusión, los acuerdos accesorios que pueden haber sido concertados en ocasión del contrato.

El elemento extensivo del contrato de obra pública se manifiesta en el caso de convenciones complejas que son suscritas con la Administración Pública y el objeto inmediato incide en el contrato de obra pública, pero la preponderancia del elemento de obra pública en las combinaciones complejas tienen límites, toda vez, que el trabajo queda ceñido a los objetivos de aquella. En tal carácter podríamos contemplar, que ante la obligación de hacer del contrato, caben aquellos trabajos previos y complementarios no contemplados en el programa de trabajo.

Las convenciones complejas se refieren a actos concertados con terceros ajenos al objeto de la obra pública, pero necesarios para el cumplimiento de éste, toda vez, que aún cuando sean accesorios, la forma de ser concertados queda bajo la tutela del régimen jurídico previsto. Por ejemplo, en la construcción de un camino, el acto celebrado por el Contratista con un tercero para el suministro de maquinaria o refacciones, queda al margen de la obra pública, a diferencia

(51) Jaime Vidal Perdomo, EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA (Universidad Externado de Colombia 1979) pag. 20

de los acuerdos adicionales entre la administración y el cocontratante sobre las técnicas necesarias en vista de la dirección y vigilancia de la obra pública.

Queda como última consideración, la ejecución sucesiva o de tracto sucesivo, ya que las prestaciones se extienden en el tiempo, conforme al programa de trabajo, el cual forma parte del contrato de obra pública, cuya existencia no depende de ningún otro y por ello adquiere la calidad de principal.

II PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE CONTRATACION EN EL CONTACTO DE OBRA PUBLICA

II.1 La Regulación Administrativa en la Formación de la Voluntad de la Administración Pública Federal

El sujeto activo de la función administrativa es precisamente la Administración Pública, en cuanto constituye el conjunto de centros de la función administrativa, es decir, de órganos estatales a los que está atribuida en forma normal y característica el desarrollo de dicha función; en una palabra, el aparato administrativo. Dicha función adquiere eficacia cuando el propio órgano estatal ejerce una actividad manifiesta y expresa, consistente en actos jurídicos y en operaciones materiales.

La observación de que el acto jurídico y el hecho material quedan bajo el efecto de la norma jurídica, no es sino el resultado del presupuesto jurídico abstracto y la consecuencia de la actividad habilitada por la propia regla jurídica.

Dentro de la organización interna de la Administración Pública se encuentra la jerarquía orgánica de la administración-aparato, es lo que por una parte representa el ejercicio de las funciones públicas y se constata en cada una de las competencias que atañen a los propios órganos administrativos en observancia a una función administrativa más precisa, concreta y determinada del género función estatal.

De acuerdo a lo anterior, la complejidad de la organización estatal está constituida por múltiples entes públicos con sus respectivos órganos, lo que plantea la necesidad de coordinar la acción de unos y otros, lo cual se logra vinculándolos entre sí de manera muy diversa; ello nos lleva a mencionar como formas de organización institucional, la centralización y descentralización según corresponda en la jerarquía funcional administrativa.

La atribución a los órganos que forman parte de la organización administrativa, bajo una u otra forma, quedan en la condición de sujetos de la función administrativa, toda vez que en el cumplimiento de sus objetivos se encuentran en pie la observancia de la norma. Lo anterior no contradice a la autonomía funcional u organizativa, de tal manera que trascienda a la condición sujeto jurídico de aquella

organización que representa la expresión activa de la propia Administración Pública. (1)

En ese orden de ideas, hemos de considerar que ante el ejercicio de las funciones concretas y particulares, se requiere que personas físicas formen y exterioricen la voluntad de la propia Administración Pública. Lo antes expuesto nos conduce a considerar que la competencia determina en qué medida la actividad de un órgano ha de ser considerada como actividad del ente administrativo; por ello la distribución de competencias entre los diversos órganos de un ente constituye una operación básica de la organización.

Así, la competencia queda determinada por la propia norma jurídica, siendo irrenunciable su ejercicio por el órgano que la tenga atribuida como propia, aunque la misma norma pueda prever supuestos de dislocación competencial, como la delegación o sustitución.

De conformidad con al doctrina, la competencia puede quedar determinada por una diversidad de razones jurídicas que definen las atribuciones del órgano administrativo.

Sin embargo, no basta con que determinado acto proceda de una administración y emane, a través de órganos competente; es menester que la persona o personas físicas que actúen en la correspondiente declaración como titulares de ese órgano ostenten la investidura legítima correspondiente.

(1) Renato Alessi, Tomo I, ob. cit. pág. 38. Por su parte el autor en cita señala que en la noción de Administración Pública deben comprenderse no solamente los auténticos y propios órganos administrativos del Estado strictu sensu, que constituyen lo que se llama la administración directa del Estado, sino también las personas jurídicas públicas menores que constituyen la llamada administración indirecta, las cuales se presentan al igual que aquél, como sujetos activos de la función administrativa y precisamente como sujetos auxiliares del estado, denominándoseles también por esto entes auxiliares. Es decir son sujetos activos de la función administrativa los órganos administrativos del estado (administración directa), las personas jurídicas públicas menores (administración indirecta) y los particulares investidos de funciones administrativas (funciones públicas en sentido estricto y servicios públicos). Solamente las dos primeras constituyen aquello que se denominan la Administración Pública en sentido subjetivo.

Lo expuesto implica al mismo tiempo que no se tenga relación personal directa o indirecta con el fondo del asunto de que se trate, esto es el mantener íntegra la situación abstracta de imparcialidad por no estar inmerso en los supuestos de abstención o recusación.

Como consecuencia de la competencia atribuida al órgano del Estado, éste actúa las potestades que le han sido previamente atribuidas. Si la administración pretende iniciar una actuación concreta y no cuenta con potestades previamente originadas para ello por la legalidad existente, no se podría iniciar la actuación de ese órgano en el ámbito que se pretenda comprender. El acto administrativo debe emanar de un órgano que actuando en ejercicio de la función administrativa, tenga conferida competencia para dictarlo.

En el procedimiento administrativo de contratación, el órgano de Estado declara en forma unilateral su voluntad produciendo efectos jurídicos subjetivos, pero tal declaración tiene su origen y configuración en la legalidad, de tal manera que el carácter del acto administrativo como expresión necesaria de una potestad representa la conexión del acto a la legalidad y lo funcionaliza.

Para que un acto sea válido no basta con que el sujeto titular produzca una decisión que cuadre en la órbita de su competencia y tienda a producir un fin, establecido como legítimo, sino que el derecho forme parte de modo positivo en la estimación de las razones predeterminantes de aquella voluntad que ha de ser de carácter público y que guarda una relación con el fin concreto para el que fue atribuido al sujeto el poder que por él se ejercita. (2)

En los actos administrativos ha de aparecer por una parte, la realidad del presupuesto normativo o de hecho a que el acto se aplica, y por otra parte, el servicio al interés público específico que constituye el fin propio de la potestad administrativa que se ejercita, fin cuya efectividad en conjunción con la relación directa del motivo a la ley, vienen a constituir la causa propia del acto.

Sobre estas bases, hemos de considerar al margen de la norma, razones puramente subjetivas como manifestación de intereses personales, siendo de contenido volitivo el resultado de los presupuestos de hecho de la norma positiva,

(2) Carlos García Oviedo, ob. cit. pág. 210.

por lo que la causa deja de ser impulsiva para quedar como causa final del propio acto.

El acto administrativo es precisamente un acto tipificado por la ley, en cuanto como se expresó con anterioridad, es fruto del ejercicio de potestades tasadas y especificadas por el ordenamiento y no de un abstracto y general principio de autonomía de la voluntad; ni se expresa en el un poder virtualmente ilimitado, sino que se limita a actualizar previsiones legales específicas y típicas las cuales portan en sí su propia causa; sin embargo, no debemos olvidar que en el presupuesto normativo o de hecho, pueden darse apreciaciones subjetivas en cuanto a la oportunidad o mérito de los actos, pero sobre la base normativa, tanto en lo relativo al momento de emitir el acto y declararlo, como en los cauces de la propia formación. (3)

Así queda expuesto sucintamente el que la administración no tiene otra actuación ni otra vida psicológica que la estrictamente legal, bajo la modalidad discrecional según los presupuestos necesarios para configurar el acto.

Queda por abordar el contenido formal del nacimiento, manifestación y declaración de la voluntad administrativa para la formación del acto administrativo. Sin embargo, el acto no queda ceñido a una función bajo características propias de éste, sino a un concepto abstracto de acto jurídico como expresión de cada una de las funciones de la administración (acto normativo, acto jurisdiccional, acto subjetivo, acto condición, acto discrecional, acto imperativo, entre otros). Por el momento y como efecto de este apartado, hemos de ocuparnos de los actos internos o proveídos que se producen en el seno de la administración y que los dicta sin relevancia externa, pero cuyos efectos pueden incidir en la constitución de nuevas obligaciones o derechos en concordancia con otros actos de carácter externo,

-
- (3) En virtud de ello los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Tomo I, ob. cit., pág. 348, precisan que el presupuesto de hecho, en cuanto proviene directamente de la norma atributiva de la potestad, es siempre un elemento reglado del acto y por tanto perfectamente normativo; si el presupuesto de hecho legalmente tipificado no cumple en la realidad, la potestad legalmente configurada en función de dicho presupuesto no ha podido ser utilizada correctamente. La violación del supuesto de hecho podrá eventualmente ser objeto de una apreciación discrecional si la ley así lo autoriza.

o bien meramente internos. Por lo anterior, obedece al principio legal el que todo acto administrativo, queda sujeto a los principios sustanciales del procedimiento administrativo, como un modo de regulación en la producción de los actos jurídicos partiendo de las normas superiores que redundan en la validez y existencia propia de aquellos.

El procedimiento administrativo no se limita a articular fines en función de diversas intervenciones orgánicas, sino que asegura también entre todas ellas y por la actividad que desempeñan en el juego del nacimiento del acto, un orden determinado en el cual los distintos actos deben ser cumplidos hasta concluir el acto definitivo y final. (4)

De lo señalado por el autor en cita, conviene aclarar que el procedimiento no es el cauce, sino lo que discurre por el cauce, y éste es la regulación de aquél. Lo que constituye el procedimiento son los trámites que preparan, forman o ejecutan la decisión administrativa. Los actos administrativos se producirán por el órgano competente mediante el procedimiento que, en su caso, estuviere establecido; dicho procedimiento garantiza a su vez la posibilidad de acierto y eficacia en la administración y los derechos de los particulares posiblemente afectados en forma directa o indirecta por los actos administrativos.

Ha de ser objeto de aclaración que si bien el proveído interno de la administración es relevante en el campo de las relaciones propias de la Administración Pública, no implica ello el desconocer el procedimiento administrativo que ha de ser observado para el nacimiento del acto o proveído, toda vez que su observancia implica asegurar el ejercicio de las prerrogativas públicas, aún cuando indirectamente se garanticen las libertades públicas de los administrados. (5)

Así, el prototipo del primero de los aspectos antes señalados si adquiere sustantividad propia en todo tipo de procedimientos, quedando por discutir la segunda de las situaciones indicadas en el párrafo inmediato anterior, toda vez que para ello deberá estarse en lo específico a los efectos del acto de la administración.

-
- (4) Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Tomo I, ob. cit. pág. 357.
 (5) José Roberto Dromi, EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO (Instituto de Estudios de Administración, Madrid 1986,) pág. 22.

Ha de prevenirse, que en el llamado procedimiento interno, la administración en su ámbito meramente gestivo o de operatividad funcional entre sus órganos, no interviene en la esfera de los particulares pudiendo ser previo a una decisión o resolución, o posterior a la ejecución del acto meramente interno.(*)

Sin embargo, adquiere importancia el hecho de que los efectos del acto interno logren trascender a los intereses particulares, siendo éstos motivo de afectación directa o indirectamente como consecuencia de los derechos individuales tutelados por el ordenamiento jurídico. Así podemos aducir a la determinación de situaciones jurídicas subjetivas, siendo el efecto el mero interés simple, el interés legítimo y el propio derecho subjetivo público derivado de las relaciones jurídicas administrativas creadas con motivo del acto de imperio.

A mayor abundamiento, se consagra en el nacimiento de los actos de la administración la observancia a los principios normativos que rigen el acto, como consecuencia de la tutela a los intereses concretos de la administración, quedando como expectativa la trascendencia de los efectos del acto en el ámbito jurídico de los administrados, los cuales ante su afectación, quedan expeditas las acciones para reclamar en su caso la debida observancia del procedimiento administrativo.

Visto lo anterior, aun en el acto interno se requiere que el principio de legalidad sea conforme al ordenamiento, para que el acto sea válido por sí mismo, aun cuando el efecto redunde en el ámbito interno, porque forma parte de lo que la norma confiere de legalidad al acto ante cualquier futura impugnación derivada de la expectativa de los efectos

(*) En relación a este punto el mismo Escola llama al procedimiento de producción del acto constitutivo, en distinción del recursivo, pero sostiene que aquél adquiere mayor importancia y trascendencia, puesto que si lo que interesa es asegurar una acción administrativa que, siendo eficaz sea al mismo tiempo legítima, la idoneidad y eficiencia de tales procedimientos constitutivos, es la primera garantía que se arbitra para alcanzar tal eficiencia y legitimidad al punto de que puede pensarse que si el procedimiento constitutivo ha sido adecuadamente concebido, el accionar de la administración habrá de ser de índole tal, que hará necesaria la adopción ulterior de los procedimientos recursivos para mantener la juridicidad.

del acto que pudiera incidir sobre los derechos del administrado.

El procedimiento de formación del acto administrativo a diferencia del procedimiento de impugnación del acto, implica una serie de actos heterogéneos y concatenados emanados de la Administración Pública dirigidos a la producción de un acto o de una norma administrativa que sean ajustados al ordenamiento jurídico, así como, en su caso, aquellos otros encaminados a la efectividad o ejecución del acto. (6)

En la preparación y formación de la voluntad administrativa el procedimiento descansa sobre el trámite o acto intermedio que cumplidos por y ante órganos de la administración, tienen por finalidad la preparación de actos administrativos.

El trámite prepara la voluntad, contribuye a formar la voluntad; el trámite ejecuta la voluntad. El trámite no es fin, sino medio, y este papel o función de medio es lo que le distingue del acto definitivo. La misión de preparar, formar o ejecutar la decisión administrativa relaciona, concatena, entre sí a los trámites que constituyen un procedimiento. (7)

En algunos procedimientos, antes de la decisión que les pone fin, resulta necesario tomar decisiones (declaraciones de voluntad) para poder adoptar aquella. Decisiones que unilateralmente crean e imponen a los administrados consecuencias jurídicas con la presunción iuris tantum de legalidad. Estas decisiones, por sus características jurídicas, son actos administrativos, pero su misión dentro del procedimiento son trámites.

De acuerdo a los actos administrativos dictados en la secuencia del procedimiento, las relaciones jurídico administrativas, tal y como se expresó con anterioridad asumen el carácter de sujeción y de potestad, respectivamente como resultado de la participación de la Administración Pública, actuando con imperium en la gestión del interés común o público. Así el acto emitido durante el procedimiento, cuya decisión crea en forma unilateral consecuencias de derecho puede ser objeto de impugnación. La regla de la irrecurribilidad de los actos de trámite, sobre la cual la distinción se ha originado, es una simple regla de orden no es una regla material absoluta que pueda plantear

(6) José María Boquera Oliver ESTUDIOS SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO (ob. cit. pág. 189).

(7) Ibidem, pág. 190.

como efecto del principio de concentración procedimental, el esperar a que se produzca la resolución final del procedimiento para, a través de la impugnación de la misma, puedan plantearse todas las eventuales discrepancias que el recurrente pueda tener sobre el modo en que el procedimiento se ha tramitado, sobre la legalidad de todos y cada uno de los actos trámite.

Ante dicha situación resulta que el acto cuya decisión impone a los administrados consecuencias jurídicas es objeto de impugnación, sin que ello permita establecer como principio que los efectos del acto impugnado trasciendan al acto definitivo una vez concluido el procedimiento administrativo; el sentido que asume lo antes expuesto queda en estrecha relación con los medios de impugnación por la ley de conformidad con los intereses jurídicos transgredidos por el acto administrativo.

II.2 Procedimiento Administrativo Unilateral de Selección del Contratista.

Hasta lo expuesto el procedimiento no se resume, pues, en un acto de naturaleza compleja (la resolución), en el que vendrían a fundirse, perdiendo su propia identidad, todos los anteriores a él, ni tampoco consiste en un mero agregado de actos heterogéneos por su origen y por su contenido, carentes de toda relación estructural entre sí. Se trata, más bien, de cadena, cuyos distintos eslabones aparecen articulados a través de un vínculo común, sin merma de su individual propia, en orden a un fin único a cuya consecución coadyuvan.

De acuerdo a lo anterior, el procedimiento se califica de administrativo por razón de la naturaleza del acto que prepara, forma o ejecuta, y no por la esencia de los trámites que lo constituyen; así podemos referirnos al procedimiento de selección del contratista de la administración sin correr el riesgo a equivocarnos en cuanto a su determinación jurídica como procedimiento administrativo, en el cual los actos integrantes de la serie no pierden totalmente su sustantividad, cada uno de esos actos responden a unas reglas propias de validez y obedecen incluso a una propia causa o funcionalidad específica, pero con el carácter instrumental respecto de la resolución final por la cual se selecciona al

contratista de la Administración Pública para la celebración de un contrato de obra pública.(8)

En la formalización de un contrato de obra pública el órgano estatal no puede elegir libremente a su cocontratante, sino que por el contrario la formación de su voluntad se integra al momento en que dicho órgano ha elegido a través del procedimiento de selección del contratista a la persona idónea con quien ha de formalizar el contrato. La excepción a dicho procedimiento está en la adjudicación directa, pero en uno u otro caso queda conformada la voluntad de la Administración Pública para celebrar un contrato en lo que en principio se ha denominado la manifestación expresa del órgano administrativo de celebrar un contrato y el cual queda como acto interno de la administración previendo la forma como ha de concertarse el acto negocial bilateral.

Las autorizaciones o aprobaciones necesarias para el tipo de vía en que ha de adjudicarse el contrato, son relevantes en cuanto forman parte de la eficacia del acto volitivo para la suscripción y ejecución del contrato. Es decir, dentro de la estructura administrativa es común que el órgano con competencia legal para realizar el acto sea objeto de autorización, la cual implica una habilitación jurídica de carácter administrativo y otorgada a dicho órgano para el ejercicio de una potestad pública necesaria en el cumplimiento de sus funciones previamente encomendadas.

Sin embargo, la autorización recae en el ámbito jurídico de la regulación y previsión para el nacimiento del acto, según lo hemos aclarado, quedando éste ante tal observancia con eficacia propia, es decir, como acatamiento normativo en el ejercicio de las potestades administrativas.

De igual manera la aprobación, es un acto que trasciende a la efectividad propia de los objetivos del acto jurídico. Ello no obsta a que el acto sea en sí mismo válido ante cualquier situación jurídica.(9)

De acuerdo a las diversas formas de selección de contratista, nos encontramos como principio doctrinario, el que la Administración Pública elija libremente a su cocontratante como efecto de la expresa manifestación de los sujetos de concertar sobre las bases jurídicas del contrato

(8) Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Tomo II ob. cit. pág. 387.

(9) Jorge Héctor Escola, TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Tomo I, ob. cit. pág. 305.

administrativo. Sin embargo, para el caso que nos ocupa, la Administración Pública no está totalmente exenta del cumplimiento de ciertos recaudos que deben respetarse, aun en el caso de que no estuvieren impuestos por el derecho, ya que son condiciones esenciales del accionar administrativo.

Por lo expuesto, se ha de precisar que como procedimiento seguido por la Administración Pública para seleccionar al contratista de acuerdo a la Ley de Obras Públicas, nos encontramos con la licitación pública, la cual asegura bajo la legalidad, la mayor eficiencia en la forma y cumplimiento del contrato administrativo.

La licitación pública conceptualmente se caracteriza como el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará la más conveniente.

El objeto de la licitación es determinar la persona que ofrece a la administración las condiciones más ventajosas en cuanto al precio de la obra pública. Sin embargo hay quienes prevén que además de dichos aspectos debe atenderse a situaciones relacionadas con la moralidad, solvencia económica y técnica, y de eficiencia por lo que la licitación pública, resulta ante tales hechos como un procedimiento donde se contemplan presupuestos de procedibilidad y de objetividad en las condiciones ofrecidas a la administración.

Ha de aclararse, que la idoneidad técnica, moral y financiera de los eventuales oferentes o licitadores queda acreditada con anterioridad en el acto de licitación. Así, sólo pueden intervenir en las licitaciones, las personas inscritas en los respectivos registros y para ser inscritos en dichos registros el solicitante debe acreditar su idoneidad en el orden moral, técnico y financiero, de tal manera que esa es precisamente la ratio juris de los registros. (10)

(10) Miguel S. Marienhoff, Tomo III-A ob. cit. pág. 166 Por su parte, Osvaldo Máximo Bezzi señala al respecto que el Registro es el medio idóneo para establecer las condiciones en las que desenvuelven su actividad los colaboradores de la Administración Pública. El aporte de documentación requerida al efecto y el sometimiento a la fiscalización administrativa son condiciones legales impuestas a quienes aspiren a ser contratistas de obras

En este orden de ideas, la licitación queda como un mero procedimiento por el cual se pretende seleccionar a la persona o empresa que ofrezca las mejores condiciones objetivas para la administración. Pero, esas condiciones no sólo quedan ceñidas al precio más conveniente para el órgano estatal, sino como excepciones, caben las relativas a procedimientos que impliquen una novedad en el terreno de la ciencia y de la industria o de otros aspectos que determinan la objetivización de las mejores condiciones para la Administración Pública, como fin mismo de la licitación.

Antes de continuar con los principios del procedimiento licitatorio, ha de considerarse a éste como aquél que constituye la regla en materia de contratación administrativa, según se desprende de nuestra normatividad suprema. (Artículo 134 Constitucional) Por ello, prevalece el sistema licitatorio, siendo la excepción las meras consideraciones que tienden al cometido de intereses concretos de la administración bajo la observancia de la legalidad. Es decir, queda el interés concreto de la administración ceñido a la norma secundaria en sujeción al espíritu general y abstracto que prevé la norma primaria como principio.

De acuerdo a lo precisado, no es discutible la constitucionalidad de la norma secundaria, si ésta como excepción acata los principios que motivan al fondo de lo preceptuado por la norma suprema. Aunado a lo anterior, pueden trascender sobre la legalidad de la excepción otras disposiciones que atribuyen mayor motivación al acto excepcional y que contribuye a mantener la legalidad de los actos de la administración.

Como ventajas al sistema de licitación se aducen las que aseguran generalmente los precios más ventajosos, eliminando favoritismo y permitiendo un control eficaz. No obstante otros fines que se persiguen con este sistema son los de asegurar la calidad, oportunidad, eficiencia y financiamiento entre otros. El carácter automático de la licitación, realizada ésta sobre bases iguales para todos los licitadores, reduce al mínimo las posibilidades de que el contrato le sea adjudicado a quien no hizo la propuesta más ventajosa para la administración. (11)

públicas y puede sostenerse que este examen responde a una obligación estatal, inherente al manejo de los fondos públicos.

(11) Miguel S. Marienhoff Tomo III-A ob. cit. pág. 185.

En lo relativo al ejercicio de la acción controladora del procedimiento, no sólo queda limitada a meros efectos administrativos, sino, por el contrario, es objeto de acciones ejercidas por los mismos licitadores, resultado de los intereses que les asiste en la participación y desarrollo del procedimiento en cumplimiento al ordenamiento administrativo.

Entre sus inconvenientes nos topamos con un procedimiento que a veces resulta lento en los trámites, dado el tiempo más o menos largo requerido por el curso de la licitación; asimismo, en ocasiones no sólo no se consigue el precio más bajo, sino que puede producirse un alza en las cotizaciones como efecto del conocimiento de los interesados de las necesidades de la administración. (12)

Por otra parte, ha de comprenderse dentro de las inconveniencias, el ejercicio de instancias administrativas por parte de los proponentes, lo cual resulta en la mayoría de las veces la suspensión del acto adjudicatorio o de la celebración del contrato, originando el retraso de la ejecución de la obra, tal es el caso de la instancia de inconformidad prevista en la Ley de Obras Públicas como efecto del acto de adjudicación que pone fin al procedimiento de licitación pública.

Cabe señalar, el hecho de que la licitación se presta frecuentemente a rebajas excesivas en el precio, lo cual compromete en definitiva la correcta prestación del servicio, por ello, la propuesta del participante debe ser analizada en relación con el pliego de requisitos, a fin de que si se encuentra ajustada a éste, aquélla debe formar parte de las obligaciones contractuales a partir de que se suscribe el contrato.

Pero el saldo es tan favorable que no hay duda de su conveniencia, por ello, corre a favor de la licitación el principio consagrado como regla general en materia de contratación por la administración. Sin embargo, salvo excepciones ha de distinguirse lo que suele utilizarse como equivalente a la licitación pública, a saber: el remate, la subasta y el concurso. (13)

(12) *Ibidem* pág. 186.

(13) A diferencia, la licitación restringida, es pública cuando el llamado es a personas indeterminadas, pero limitadas a quienes reúnan condiciones especiales, constituye una subespecie de la licitación pública. La licitación privada, que también es restringida, se hace

La licitación pública es un procedimiento netamente escrito, desde la convocatoria hasta el momento de adjudicación del contrato, en tanto en el remate y en la subasta, por lo general el procedimiento se sigue en viva voz, en presencia de todos los asistentes al acto y éste se concluye simultáneamente con el conocimiento de la mejor postura. En la licitación pública se requieren presupuestos necesarios para que el participante sea idóneo en el seguimiento del procedimiento. En la subasta y remate prescinde de ello considerando al mejor postor.

Por lo que se refiere al concurso, éste queda exclusivamente para seleccionar a la persona más calificada para el cumplimiento de una tarea, teniendo en cuenta preferentemente las condiciones personales del candidato. En la licitación, el factor personal no es decisivo, por tratarse de prestaciones que, pudiendo ser cumplidas por cualquier técnico, tienen particularmente en cuenta la solvencia financiera de aquél y las ventajas económicas resurgentes para la administración. (14)

Ha de comprender la licitación pública un objetivo fundamental como requisito previo a los futuros deberes y facultades derivados de la celebración del contrato, es decir, el determinar a la persona que ofrece las condiciones más ventajosas para la Administración Pública, tanto por lo que se refiere al precio como a la eficiencia, calidad, oportunidad, financiamiento, etc.

Así, destacan como principios que rigen la licitación pública, los siguientes: concurrencia, igualdad, publicidad y contradicción. (15)

El principio de concurrencia tiende a asegurar la participación del mayor número posible de proponentes en la licitación, permitiendo a la administración una más amplia selección y con ello la posibilidad de encontrar las mejores condiciones que el mercado puede ofrecer. La concurrencia nace en el lapso que se da entre la convocatoria y el momento que se ha previsto para la apertura de las propuestas; así se da la concurrencia al acto licitatorio, a diferencia de la concurrencia en el acto licitatorio, misma que inicia a

mediante invitación especial que se cursa a un número limitado de personas o entidades.

(14) Miguel S. Marienhoff, Tomo III-A, ob. cit. pág. 188.

(15) Héctor A. Mairal, LICITACION PUBLICA (Ediciones Depalma, Buenos Aires 1975) pág. 18.

partir de la apertura de las propuestas hasta el momento en que se da a conocer la adjudicación de la obra.

En lo relativo a la igualdad, se comprende fácilmente que sólo es posible una real competencia de precios u objetiva conveniencia a los intereses de la administración, cuando se coloca a los oferentes en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros.

Por razón a este principio, sólo deben admitirse las propuestas que se ajustan estrictamente al pliego de condiciones o requisitos, pues de otro modo se carecería de una base uniforme para comparar las propuestas y elegir de entre ellas la que mejor convenga a la administración.

Debe observarse fundamentalmente este principio en el acto de apertura de propuestas, toda vez que en ese momento se verifica si la propuesta presentada está ajustada al pliego de requisitos; la contravención a lo anterior daría como resultado el que se examinaran éstas en forma inequitativa.

La publicidad hace referencia a la posibilidad de que los interesados en la ejecución de la obra accedan a la información necesaria para participar en la licitación en cuestión, así como en el acto de apertura de propuestas y en el acto de fallo. Sin embargo, la publicidad tiene como límite el no permitir a los proponentes inmiscuirse en el procedimiento de evaluación y análisis previos a la adjudicación, pues ello forma parte del procedimiento unilateral de la administración, lo cual obedece entre otros aspectos a la confidencialidad de las propuestas, según los intereses industriales o empresariales de conservar en secreto los métodos o formas de elaboración y trabajo.

Un último principio es el de la contradicción, cuando en el curso del procedimiento administrativo surgen la contraposición de intereses de dos o más particulares. Pero, además de postular el trato igualitario de todos los particulares en oposición, favorece la amplia discusión de la controversia con la participación de ellos, facultándolos para obtener el control de los actos, a través de la impugnación, observando con ello la máxima legalidad posible.
(16)

Hasta aquí, los principios que conciben la licitación pública como instituto saludable para los intereses públicos. La falta de observancia de los principios en cuestión, desvirtúa los fines de la licitación pública, viciándola jurídicamente.

Pero la importancia del debido seguimiento en el procedimiento, obedece a la obligatoriedad de que la administración siga un cauce determinado para seleccionar a su cocontratante, por lo que ante dicho cometido debe quedar insito en el procedimiento tanto la idea de eficacia administrativa como la de garantizar los intereses particulares en la vía del procedimiento. (17)

En virtud de que el procedimiento licitatorio tiene como objetivo seleccionar al cocontratante de la Administración Pública, este procedimiento es unilateral en cuanto el seguimiento es objeto de una regulación administrativa, en donde el proponente sólo realiza lo previsto de antemano por el órgano estatal. Sin embargo, los efectos de cada uno de los actos inciden en la esfera particular, por lo cual quedan expeditas las instancias o acciones para su ejercicio ante cualquier afectación.

De acuerdo a lo anterior, hemos de indicar que la licitación pública se integra, de igual modo, con aquellas formalidades que están impuestas para asegurar la legalidad en el desenvolvimiento de los actos constitutivos del procedimiento; más aún con la presencia necesaria de los administrados, por el carácter vinculante de aquel accionar, se comprende que, aun fuera de la vía recursiva, los procedimientos licitatorios son siempre una garantía en favor de los licitadores, quienes siempre se habrán de beneficiar con el acierto, eficacia y legitimidad de la actividad administrativa.

Pero como se ha señalado la licitación pública se traduce en un procedimiento que obedece a un medio para el logro de un fin, esto es, el elegir al futuro cocontratante de la administración; así la voluntad administrativa de celebrar el contrato ha quedado formada de antemano; sólo resta reconocer al sujeto con el cual formalizará dicho documento, lo cual se logra a través de la celebración del contrato. Sin embargo, cabe argüir otro tipo de motivaciones

(17) Rafael Entrena Cuesta, CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, (Editorial Tecnos, Tercera Edición, Madrid 1971) pág. 525.

esenciales, enraizadas en las formalidades del procedimiento que nos ocupa, a saber: (18)

- A) La participación y colaboración individual o colectiva de los interesados en suscribir el contrato con la Administración Pública.

Dentro de este aspecto, hemos de contemplar los principios fundamentales de la licitación pública, por constituir un procedimiento al que contribuyen los intereses de los administrados.

- B) La protección de los licitadores, tanto en las vías administrativas como en la contencioso administrativa.

Lo anterior pone en relieve que los intereses de los administrados son objeto de la tutela jurídica a través de las diversas vías procesales. Por ello se habla de un doble efecto, del control legal de los actos de la administración y de la protección jurídica a la situación subjetiva que guarda el administrado en el procedimiento.

- C) La ejecución del procedimiento es eficaz cuando obedece a la racionalización, operatividad, ordenación, probidad y moralidad de la actividad administrativa.

- D) La sistematización es aquel aspecto que contempla la simplificación y eficacia de los actos en el procedimiento licitatorio, por ejemplo, ante la observancia del ordenamiento normativo el acto por sí mismo presume de legitimidad, ejecutoriedad y de libertad ante las instancias y recursos de los administrados.

- E) La juridización no es sino la sumisión de los actos administrativos a la regla normativa, lo cual garantiza por una parte la regularidad y racionalidad del poder estatal y por otra el deber particular por el acto o actos emitidos. (19)

Así el procedimiento licitatorio no es un fin en sí mismo, sino un medio para el cumplimiento de los objetivos que atañen a este procedimiento.

(18) José Roberto Drocni, ob. cit. pág. 34.

(19) Lot. cit.

II.3 Naturaleza Jurídica y Régimen del Procedimiento de Selección del Contratista.

La licitación pública es un procedimiento relativo a la forma de celebración del contrato administrativo, cuya finalidad es determinar a la persona que ofrece las condiciones más ventajosas para la formalización de la relación contractual; consiste en una invitación a los interesados para que sujetándose a las bases preparadas, formulen propuestas, las cuales la administración selecciona y acepta, con lo cual el contrato podrá ser suscrito. (20)

En mérito de lo anterior, la licitación pública ha de entenderse, como un procedimiento administrativo por el hecho de que el fin que se persigue es eminentemente administrativo. En consecuencia el procedimiento licitatorio prevé como características las siguientes:

- 1) Es un procedimiento que se integra y compone de una serie de actos medios o definitivos, regulados en principio por normas administrativas en su secuencia y desarrollo.
- 2) La finalidad del procedimiento licitatorio es la determinación de la persona física o jurídica, con la cual la Administración Pública habrá de celebrar un contrato administrativo.
- 3) El contrato se formalizará con la persona que haya ofrecido las condiciones económicas más ventajosas y en especial con aquella que esté dispuesta a celebrar el contrato bajo los términos y condiciones previstos en el pliego de requisitos, como base en el acto contractual.
- 4) El procedimiento licitatorio es un procedimiento automático, puesto que la elección del cocontratante se basa en la simple determinación de la persona que haya ofrecido las condiciones más ventajosas para la administración. (21)

De lo antes expuesto y en atención a las disposiciones vigentes, la licitación pública tiene como objetivo llamar

(20) Enrique Sayagués Laso, Tomo II, ob. cit. pág. 552.

(21) Jorge Héctor Escola, TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Tomo I, ob. cit. pág. 329.

libremente al público a que presente proposiciones solventes, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes. Con ello, las condiciones que deben guardar las propuestas quedan en función de alcanzar aquellos valores superiores que debe tutelar el interés público.

La licitación pública como procedimiento administrativo queda sujeto a sus propias reglas especiales; se desenvuelve en distintas etapas, todas ellas tienen su individualidad y unicidad propia, pero confluyen como los arroyos que llegan al cauce del río, a formar la unidad jurídica de la licitación. De ahí que se inserte sobre dicha realidad jurídica los actos de trámite, lo cual permite discutir la validez de los actos dictados dentro de las diversas etapas del procedimiento licitatorio. (22)

De acuerdo con lo anterior, este procedimiento queda constituido por diversos actos concretos, particulares e individuales que subsisten por sí mismos trascendiendo al acto definitivo y final, según el objetivo señalado para el procedimiento licitatorio. Por ello, con acierto se indica que la legalidad del acto final queda directamente vinculado a la juridicidad de los actos de trámite dictados en el procedimiento.

Sobre las bases expuestas ha de quedar definido que los actos preliminares a la celebración del contrato son verdaderos actos de la administración cuyos efectos han de incidir en el cauce para seleccionar al cocontratante de la Administración Pública. Pero esos actos logran su cometido dentro del propio procedimiento administrativo, de tal manera que la efectividad propia de éstos queda en mutua relación con el subsecuente acto administrativo de adjudicación.

Ahora bien, el mecanismo o curso de la licitación pública se traduce en diversos momentos o etapas que se agotan en actos según se ha señalado, y que definen sustancialmente la determinación jurídica de la licitación pública; por ello el cumplimiento de las distintas etapas

(22) Jaime Vidal Ferró, ob. cit. pág. 50. Aparece con claridad que la licitación es un procedimiento administrativo, integrado por numerosos actos intermedios o preliminares que tienen una individualidad o autonomía propia, les permite ser tratados por separado.

sucesivas que suponen la licitación pública, son las siguientes:

- 1) Preparación y aprobación del Pliego de Condiciones.
- 2) Convocatoria o llamado a la formulación de éstas.
- 3) Presentación de las Propuestas por los Licitantes.
- 4) Apertura de Propuestas y Evaluación de las mismas.
- 5) Adjudicación.
- 6) Perfeccionamiento o formalización del contrato.

Así la licitación pública queda conformada de acuerdo con las diversas etapas procedimentales que jurídicamente le dan vida, a fin de cumplir con su cometido. El cumplimiento de estas etapas queda definitivamente confiado al Órgano Administrativo: por ello el procedimiento es eminentemente unilateral.

EL PLIEGO DE CONDICIONES:

Este es el acto unilateral propio de la Administración Pública, consistente en la especificación de la obra o servicio que se licita, estableciendo los requisitos y condiciones objeto del contrato a celebrarse y determinando el trámite a seguir en el procedimiento de licitación. (23)

Por su parte José Roberto Dromi señala que el pliego de condiciones es el conjunto de cláusulas, formuladas unilateralmente por el licitante que especifican el suministro de obra o servicio que se licita, las pautas que regirán el contrato a celebrarse; los derechos y obligaciones de oferentes y cocontratantes (relación jurídica) y el mecanismo procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato.

En forma genérica, la denominación pliego de condiciones comprende distintos instrumentos escritos que contienen normas jurídicas, de alcance general o particular reguladoras del procedimiento licitatorio en su preparación y

(23) Enrique Sayagués Laso Tomo II ob. cit. pág. 560.

adjudicación: Así suele diferenciarse entre pliego de bases de la licitación y pliego de condiciones, el primero regula el procedimiento de selección y el segundo el de ejecución contractual. (24)

Antes de nacer el contrato, indica a los interesados las condiciones que deben reunir sus proposiciones, las características de la prestación solicitada u objeto cuya contratación se demanda y el trámite procedimental a realizar.

Cuando el contrato nace el pliego se convierte en matriz contractual o sustancia obligacional rectora de los efectos jurídicos del vínculo. Al perfeccionarse el contrato, en palabras del autor en cita, las normas reglamentarias se incorporan al mismo, adquiriendo el carácter de relaciones contractuales obligatorias para ambas partes.

Por la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección en lo atinente a la preparación, emisión y ejecución de la voluntad contractual, la doctrina, con acierto lo ha denominado la Ley del contrato, por cuanto establece cláusulas que son fuentes principales de derechos y obligaciones de los intervinientes en la licitación y de las partes en la contratación.

La puntual observancia del pliego de condiciones es fundamental para que pueda proceder la adjudicación a favor de una propuesta determinada. Pero no todos los preceptos ni condiciones del pliego tienen el mismo rango, ni su falta por tanto determina los mismos efectos; dependen en consecuencia de la naturaleza de la disposición incumplida. (25)

(24) José Roberto Dromi LA LICITACION PUBLICA (1a. Edición Editorial Astrea Buenos Aires 1985) pág. 194-195.

(25) En relación a este punto, Miguel S. Marienhoff Tomo III-A ob. cit. pág. 210, nos señala las dos clases fundamentales de pliegos de condiciones; los generales y los particulares. Los primeros contienen reglas jurídicas válidas para todos los contratos de la administración; los segundos fijan las condiciones específicas o particulares de cada contrato, contemplando a su vez las disposiciones de los pliegos de condiciones de carácter general. Por lo anterior, algunos autores lo han denominado con acierto, la Ley del Contrato.

El pliego de condiciones es preparado unilateralmente por la Administración Pública, por lo cual es un acto administrativo sujeto a todos los requisitos de este tipo de actos, pero con carácter normativo por la consideración de contener prescripciones generales en donde se vierte la potestad normativa administrativa para este tipo de actos, según lo previene el ordenamiento jurídico.(*)

Asimismo, hemos de aclarar que el pliego no puede confundirse con la parte reglamentaria del contrato que prevén los reglamentos, cuando éstos quedan comprendidos en el texto de dicho documento. Es decir, el contenido reglamentario es a priori, supra y anteconventional por su propia naturaleza el cual debe estar fijado potestativamente por imperio, aquí sí, de la administración consagrada como acción; por ello, se afirma que no es disponible contractualmente sino que es obligatorio, pero el pliego de requisitos es la norma que en forma concreta y determinada señala por sí las bases del procedimiento licitatorio.(25)

En virtud de lo anterior, el pliego de condiciones tiene una doble función: como requisito previo en su observancia para presentar y admitir propuestas y como parte convencional al momento de adjudicar el contrato a determinado licitador.

Sin embargo, no es óbice para que el particular pueda variar en su propuesta los términos o requisitos solicitados por el mismo acto administrativo, si éste señala las bases particulares para ello.

El efecto de dicha modificación, según consideramos, no repercute en el pliego de condiciones, sino en el hecho de que éste permite alternativas que no varían en nada lo preceptuado por el mismo pliego, por lo cual queda dicha proposición como consecuencia de los alcances otorgados por el acto administrativo.

(*) De acuerdo a la exposición que hace José Roberto Dromi en su conocida obra LA LICITACION PUBLICA, señala que el pliego de condiciones es un reglamento administrativo o disposición jurídica de carácter general unilateralmente dictado por la Administración subordinado a la ley y que produce efectos jurídicos directos. El pliego de condiciones especiales preparado unilateralmente y de modo particular para un contrato determinado con efectos individuales respecto de los oferentes que se presentan, reviste naturaleza de acto administrativo.

(25) Osvaldo Maximo Bezzi, ob. cit. pág. 119.

Es conveniente aducir la consideración de si la Administración Pública puede modificar los Pliegos de Condiciones, alterando en sí el contenido del acto.

Por su parte, el ilustre autor Miguel S. Marienhoff señala que debe distinguirse de las disposiciones de contenido contractual, de las atinentes al contenido reglamentario. Asimismo, estima que la parte contractual de dichos pliegos, no puede modificarse después de efectuada la adjudicación, pues ello implicaría una violación al contrato; antes de la adjudicación aun después de presentadas las ofertas, dichos pliegos pueden ser modificados, pero si dichas modificaciones trascienden a los requisitos o elementos sustanciales de la propuesta, de tal manera que afecte el contenido del documento del licitador, existe un interés legítimo en que sea reconsiderada la propuesta si ha sido desechada por dicha causa; lo cual implicaría de nueva cuenta la presentación del pliego con las modificaciones acordadas.

En la parte relativa al contenido reglamentario, se alude al hecho de que dichas cláusulas son inalterables porque forman parte de la legalidad normativa, siendo por tanto aplicable todo lo relacionado a los límites potestativos de la administración. (27)

En este orden de ideas ha de considerarse que las propuestas podrán variar las condiciones del pliego, si éste señala las bases generales para ello, pero sólo en aquella parte disponible para los sujetos de las disposiciones contenidas en el pliego, quedando intocable la parte no dispuesta por el acto normativo.

El Pliego de Condiciones es objeto de interpretación o de aclaración en términos logrados por éste, antes del acto administrativo de adjudicación, lo cual deja en entera libertad para el cuestionamiento por parte de los proponentes. A partir del fallo, se argumenta el quebramiento del principio de igualdad si se aclara o interpreta el documento base de la licitación. (28)

Dentro de los efectos que produce el pliego de condiciones se encuentra la obligación de los proponentes de mantener su propuesta hasta el momento en que se rechace o venza el plazo de su mantenimiento según el pliego; para ello se prevé la garantía de seriedad por la propia ley. Pero, es

(27) Miguel S. Marienhoff, Tomo III-A ob. cit. pág. 213.

(28) Ibidem, pág. 214.

relevante la consideración de que si un futuro licitante se encuentra habilitado formalmente para participar en una licitación pública, quedando impedido por un requisito propio del pliego de condiciones o por la ausencia de una adecuada interpretación en el momento oportuno, aquél puede discutir dicho requisito fundado en un simple interés o en un derecho subjetivo público según corresponda la trascendencia del acto a la esfera jurídica del particular.

El acto de la administración puede mover al administrado en un espacio limitado al interés por la legalidad de los actos, o bien la estimación de que la Administración Pública le está perjudicando al obrar fuera de la legalidad y que, por tanto, ese perjuicio debe ser eliminado mediante la eliminación del acto legal que le causa. Aquí se concreta, pues de este modo, interés subjetivo y legalidad objetiva.

En este último supuesto el ordenamiento ha apoderado al sujeto que demuestra que está en ese supuesto típico (perjuicio causado por una actuación ilegal de la administración) para pedir la anulación o revocación del acto que le causa perjuicio; ello traduce la posibilidad atribuida al administrado de poner en movimiento una norma objetiva en su propio interés.

CONVOCATORIA O LLAMADO A LA FORMULACION DE PROPUESTAS

La convocatoria o el llamado a la formulación de propuestas es la decisión unilateral del ente público licitante, por la que elige un procedimiento de contratación e invita a los eventuales interesados a contratar, para que, sujetándose a las bases elaboradas para la preparación y ejecución del contrato, formulen propuestas y ofertas, en otras palabras es un llamado de demanda que involucra un pedido de ofertas. El llamado a licitación contiene un pedido de ofertas que debe ser anunciado en la forma que el derecho positivo lo determina, por lo tanto no significa una propuesta de contrato, sino una invitación a ofertar para contratar, un llamamiento incertam personae para que se formulen ofertas y propuestas de contrato.

La determinación jurídica de la convocatoria o llamado a la formulación de propuestas es un acto administrativo. No obstante resulta discutible si atendemos a las propiedades fundamentales del acto administrativo, a saber: lo concreto, particular e individual y desde luego emitido por la Administración Pública, por lo que goza subjetivamente de la

unilateralidad. La convocatoria cumple con esas propiedades excepto con lo que atañe como principio de la convocatoria, la generalidad del acto.

La validez de los actos administrativos generales no se reduce a mera discusión doctrinaria, sino por el contrario su existencia queda, como cualquier otro tipo de actos administrativos es decir, como aplicativos del ordenamiento y no innovadores del mismo. (29) El acto en sí es concreto en cuanto el objeto es factible de ser determinado y ejecutado conforme a los parámetros señalados por este tipo de actos y no está bajo el condicionamiento de otros sino más que del mero ordenamiento positivo.

El acto administrativo puede ser singular o general, porque lo que distingue al acto del reglamento o disposición no es la singularidad del acto y la generalidad del reglamento, sino la consunción del primero al ser aplicado y la no consunción por su aplicación o la permanencia del segundo. Así la permanencia determina que el reglamento sea ordinamental y la consunción que el acto administrativo sea un acto ordenado. (30)

La parte esencial de las convocatorias corresponde a la naturaleza del acto administrativo, puesto que se refieren a una actuación singular y concreta, como lo es la apertura de un procedimiento selectivo para la elección de un contratista, lo que no es incompatible con la circunstancia de que estos actos se dirijan a una pluralidad de destinatarios a priori indeterminados, aun así conservan las notas características del acto administrativo, esto es, su consunción tras de su cumplimiento su misión instrumental, ejecutiva y decisoria y, sobre todo, su discurrir en campo ajeno al ordinamental.

(29) Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Tomo I, ob cit. pág. 107 En consideración a este punto el autor en cita señala que el acto administrativo, sea singular o general su círculo de destinatarios se agota en un simple cumplimiento, se consume el acto en éste; para un nuevo cumplimiento habrá de dictarse eventualmente un nuevo acto, por ejemplo una nueva convocatoria. En cambio la norma ordinamental no se consume con su cumplimiento singular, antes bien se consolida y es susceptible de una pluralidad indefinida de cumplimientos, sigue ordenando la vida social desde su superioridad.

(30) José Ma. Boquera Oliver ob. cit. pág. 62-63.

Visto el llamado a licitación como un acto administrativo general, éste consiste en una comunicación o manifiesto dirigido al público, que contiene las indicaciones principales acerca del objeto y modalidades de la obra objeto del contrato. Por tratarse de la publicidad del acto, la confusa u obscura redacción del llamado puede viciar de ilegitimidad al acto, porque podrá afectar la certeza y veracidad de éste; de ahí que sea suficiente para incidir dicho vicio de forma en el acto subsecuente. (*)

PRESENTACION DE LAS PROPUESTAS POR LOS LICITADORES

Las propuestas deben ser recibidas hasta el momento fijado como límite, de conformidad con el pliego de requisitos. Sin embargo, el órgano licitante no está obligado a aceptar propuestas cuyo oferente no se encuentre inscrito en el Padrón correspondiente, por lo cual podrá rechazarlas por no acogerse al cumplimiento de una carga impuesta a los oferentes para participar en la licitación pública.

Pero el acto de la presentación de una propuesta es una declaración de voluntad del particular, de carácter unilateral, dirigida a producir un doble efecto. Por un lado, que lo admitan en el procedimiento de selección convocado previamente por la administración, y por el otro que sea aceptada la propuesta creándose el vínculo contractual definitivo.

Como presupuesto necesario, la propuesta debe ser secreta, lo cual implica un doble fin; salvaguardar los intereses económicos de la administración, evitando

(*) Entre la notificación y publicación existe una distinción para efectos de dar eficacia al acto administrativo y al reglamento respectivamente, el llamado a la formulación es un acto administrativo cuya eficacia jurídica está dada en parte por la publicación, lo que no se ajusta en lo que corresponde a la notificación del acto administrativo y la publicación del reglamento, de acuerdo a sus características. De conformidad con lo anterior la publicación como técnica de publicidad en el procedimiento de la licitación pública, se traduce en una actuación material del órgano que convoca a los interesados, insertando el llamado a licitación en alguno de los medios de difusión previstos por la reglamentación pertinente.

confabulaciones y proposiciones artificiales de los licitadores, y garantizar el derecho de la igualdad de oportunidades de ser tratados por el órgano administrativo. (31)

Asimismo, como requisito indispensable para participar en la licitación pública, además de la inscripción en el Registro, a fin de ser evaluada la propuesta, se requiere la garantía de seriedad, la cual compromete la compensación a la Administración Pública, por el hecho de retirar la propuesta antes de tiempo en relación con la posible adjudicación del contrato a dicho licitador.

La presentación de la propuesta es un acto jurídico particular, unilateral del oferente, que contiene una oferta de contrato a favor del licitante ajustada a las normas del procedimiento licitatorio, su presentación tiene por fin inmediato establecer una relación jurídica entre el oferente y el órgano licitante.

APERTURA DE PROPUESTAS Y EVALUACION DE LAS MISMAS

En el día y hora fijados, la Administración Pública procede a la apertura de las propuestas en acto público. De lo ahí actuado se levanta acta en la que se incluyen también las observaciones que merezcan la regularidad del acto. En esta etapa el órgano licitante podrá excluir la propuesta que no se ajuste al pliego de requisitos y que ante su desacuerdo haga imposible garantizar las mejores condiciones a la administración.

Es válido el ejercicio de la potestad pública que implica el rechazo de la oferta, para lo cual deberán asentarse en acta los fundamentos motivos razonables que haya originado dicha exclusión.

Por lo regular el ejercicio de esa potestad es reglado, en cuanto es desplegado con fundamento en las bases o pliego de requisitos y en el ordenamiento jurídico; sin embargo, ello no obsta al ejercicio discrecional según la observancia de la propia ley y de los intereses concretos de la administración. (*).

(31) Manuel María Díez, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, ob. cit. pág. 302.

(*) Ha de aclararse que este acto queda bajo las potestades discrecionales de la Administración Pública, porque en

El documento o acta que se levanta es firmada por todos los participantes como atestación de que el acto de apertura de propuestas fue público, quedando éste como un documento donde consta el acto público de apertura de ofertas.

Por su parte ha de considerarse que como acto seguido ante un órgano administrativo y de conformidad con las facultades otorgadas a la administración por el ordenamiento jurídico para el ejercicio de este tipo de actos, se persigue con ello la atención de los intereses primarios y secundarios del sistema legal objetivo, por ello en el acto de apertura de ofertas puede configurarse el acto administrativo por el cual se adoptan las decisiones de admisión o rechazo de las propuestas según corresponda, a fin de lograr la evaluación y análisis correspondiente, previos al dictamen definitivo.

El acto de admisión es un acto administrativo por el cual queda determinada una situación jurídica subjetiva cuyas consecuencias principales reportan las siguientes consideraciones: 1) estimación y consideración obligada de la propuesta en la selección; 2) inalterabilidad de la oferta y 3) mantenimiento de la oferta.

La admisión de la oferta genera un derecho para el licitador, con el equivalente deber para el licitante de apreciar, considerar, estimar o valorar positivamente o negativamente, la oferta, debiendo dar razón de su decisión que considere inadmisibles, inconvenientes o desventajosa la propuesta del licitador mediante un acto fundado y motivado.

La inalterabilidad de las ofertas y su carácter vinculante son resultado del acto administrativo de admisión, con el cual se perfecciona la promesa de contratar hecha por el particular, por cuanto al órgano licitante reconoce expresamente su capacidad técnica y jurídica para contratar. Esa promesa genera dos obligaciones principales: 1) formalizar el contrato, en caso de adjudicación y 2) indemnizar daños y perjuicios por incumplimiento.

esta etapa se reservan las apreciaciones que el órgano hace a la propuesta presentada por el licitador, siendo que éste únicamente interviene en dicho acto para asegurar la publicidad en el momento de la apertura de las propuestas, verificando la seguridad, y el respeto de los principios consagrados en la licitación.

El mantenimiento de la oferta por el término legal, es una carga impuesta en virtud de los vínculos pre-contractuales que lo ligan con el Estado.

La evaluación de las propuestas forma parte de los actos procedimentales encaminados a determinar al licitador al que ha de adjudicarse el contrato. En la evaluación se aluden aspectos técnicos y financieros que sirven de fundamento para rechazar una propuesta o para adjudicar la obra objeto del contrato. (32)

ADJUDICACION

Como se ha dicho, el criterio para seleccionar al contratante básicamente es el que presenta la propuesta más ventajosa; generalmente lo será por la cotización del precio más bajo, además de considerar otro tipo de aspectos que revelen la conveniencia según lo prevea el pliego de requisitos.

Así la decisión de adjudicación tiene un doble aspecto: por una parte determina cuál es la propuesta más ventajosa y por la otra la declara seleccionada, de tal manera que el contrato ha de ser adjudicado al licitador cuya oferta fue considerada la más conveniente. (33)

La adjudicación conforme a lo dicho por Marienhoff, es el acto de la Administración Pública en que ésta, habiendo hecho previamente el examen de las propuestas presentadas, decide cuál de ellas es la más conveniente y la acepta, quedando de tal modo determinado el cocontratante para ese caso particular, y entrelazadas las voluntades coincidentes de ambas partes contratantes.

Siendo la adjudicación un acto propio del ente convocante, se ha discutido la determinación jurídica de la

-
- (32) En relación a este punto, el conocido autor Miguel S. Merienhoff, Tomo III-A, ob. cit. pág. 222, hace referencia al ejercicio de la potestad discrecional, cuya efectividad dependerá la exclusión, admisión y adjudicación de un contrato, las razones expresadas que al efecto se aluden serán resultado de dicha facultad previendo ante todo la razonabilidad que existiera ajustándose al derecho y finalidades de la licitación, de tal manera que para atender al interés público deben buscarse las mejores condiciones para la administración.
- (33) Enrique Sayagués Laso, Tomo III, ob. cit. pág. 565.

adjudicación, a partir de la cual se generan las nuevas situaciones jurídicas del administrado. Para unos se trata de una declaración de voluntad administrativa que permite cerrar el vínculo jurídico con el oferente; para otros reviste por su unilateralidad, el carácter de acto administrativo sujeto a todos los requisitos de este. (34)

Por nuestra parte la adjudicación es un acto administrativo sujeto a todos los elementos de este tipo de actos, en cuanto a la competencia del órgano que hace la adjudicación, a la forma que reviste el acto, objeto y causa. Pero en dicho acto se vierte la prerrogativa propia del órgano, que si bien goza de apreciación discrecional, se halla limitada por dos condiciones: 1) que sea efectuada, según se ha dicho con arreglo a lo previsto en el pliego de condiciones de la licitación; y 2) que realmente recaiga en la oferta que sea más ventajosa.

El acto de adjudicación es por sí mismo decisorio, ya que dentro de la estructura procedimental de la licitación representa una declaración administrativa de voluntad dirigida al licitador, por la cual se define una situación jurídica individualizada; por ello como efecto del principio de una vinculación general de la Administración Pública a las normas, el acto de adjudicación en el marco del ordenamiento jurídico determina la situación jurídica del licitador a quien se le adjudica el contrato. En ese sentido sólo con la adjudicación se genera un derecho subjetivo en favor del oferente elegido o seleccionado quien podrá exigir la formalización del contrato.

Las reglas seguidas para la adjudicación varían en función del contenido del contrato que se persigue, pudiendo pasar el precio ofrecido a un segundo rango en mérito a otras pautas de selección: a) idoneidad técnica y moral del contratista, b) cualidades del objeto del contrato, y c) solución financiera.

En relación a la determinación de la oferta más conveniente, cabe señalar que el órgano de la decisión aprecia la oportunidad y conveniencia del acto y la correspondencia entre el objeto requerido y las circunstancias de hecho ante las cuales debe operarse. Pero ello no habilita un proceder arbitrario lesivo de los derechos e intereses de oferentes y terceros. La decisión de adjudicación es discrecional en tanto puede optarse por una

(34) Jorge Héctor Escola, TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, ob. cit. pág. 332

variedad de alternativas señaladas como marco decisonal, pero ella debe ser siempre razonable, fundada y motivada. Entre esas alternativas figuran la posibilidad de adjudicar la licitación a tal o cual oferta, o el rechazo de todas ellas por inconvenientes, pero siempre actuando conforme a un debido proceso de razonabilidad, investigando, comprobando, verificando, apreciando y juzgando los motivos causantes de la decisión.

En el sentido expuesto la adjudicación como acto dictado en ejercicio de las facultades discrecionales no se sustrae a los límites jurídicos elásticos (razonabilidad, y apreciación) ni a los límites técnicos concretos, mutables y variables que imperan en cada caso. Por ello, y en tanto las limitaciones a las competencias discrecionales integran el ámbito de la legitimidad administrativa, la adjudicación es impugnable o susceptible de fiscalización y control con sede administrativa y judicial.

PERFECCIONAMIENTO O FORMALIZACION DEL CONTRATO

Como efecto de la adjudicación está, en primer lugar, la liberación de los proponentes cuyas ofertas se han desestimado; en segundo orden, como se ha dicho, notificada la adjudicación al beneficiario, queda adjudicado el contrato motivo de la licitación, para lo cual la formalización del acto se llevará a cabo dentro del plazo estipulado en el ordenamiento jurídico y bajo las condiciones previstas en dicho ordenamiento o en el pliego.

Por otra parte, el instrumento a formalizar no puede contener bajo pena de nulidad, innovaciones respecto de las bases, condiciones y la oferta aceptadas, documentos a los que se remite y que se autentican juntamente con los planos de la obra, formando parte del mismo. Por eso el objeto en síntesis, es de reafirmar condiciones y obligaciones resultantes de las actuaciones administrativas, quedando la iniciativa y realización de los trabajos condicionados a la firma del contrato de obra pública. (35)

Hemos de aclarar que el contrato en ningún momento da validez al procedimiento licitatorio ni a ninguno de los actos que en el mismo se desarrollan, sino al contrario es un

(35) Osvaldo Máximo Bezzi, ob. cit. pág. 102.

acto totalmente distinto al procedimiento y el cual, para su perfeccionamiento requiere la celebración de éste.

II.4 La Situación Jurídica de los Licitadores ante los Actos Administrativos de la Administración Pública Federal.

Ha de distinguirse, según lo ya previsto, los actos integradores del procedimiento administrativo, que conducen al fin, objeto del procedimiento y se traducen en una serie de actos concretos, de aquellos actos compuestos, objetivamente heterogéneos, que el desenvolvimiento de la actividad administrativa, a través de diversos actos de la administración que no siempre reúnen las características del acto administrativo, constituyen éstos otros tantos trámites internos por los cuales se va formando la voluntad administrativa para lograr el acto administrativo. (36)

El acto de trámite tal y como nos referimos con anterioridad, permanece en la esfera interna de la administración, en tanto el acto administrativo procedimental es capaz de incidir por sí mismo a otro tipo de esferas que a la puramente administrativa, en donde los efectos de cada acto administrativo trascienden por la naturaleza eminentemente procedimental de éstos. Sobre esta base hemos de considerar la situación jurídica que guardan los administrados ante los actos eminentemente administrativos y que constituyen el procedimiento licitatorio.

En primer orden, el licitador se encuentra en una relación jurídica de derecho administrativo con un fin y contenido directo e inminentemente público, capaz de generar derechos subjetivos individuales o intereses legítimos. Pero los intereses y el carácter subjetivo como se sabe, no necesariamente nacen de la concurrencia de la voluntad individual para formar la relación jurídico contractual; ésta puede surgir directamente de la relación que implica la propuesta del licitador, quedando como constancia los posteriores actos de la administración que versen sobre las etapas del procedimiento y sobre la legalidad de estas.

En este orden de ideas, la convocatoria como génesis de la publicización de la licitación tiene como objetivo el llamado a la presentación de propuestas bajo determinados parámetros según se prevea, al momento de presentar ésta; le

(36) Rafael Entrena Cuesta, ob. cit. pág. 474.

asiste al proponente un interés legítimo en que sea admitida su oferta conforme a los requisitos del acto y en acatamiento a la normatividad precisada con anterioridad.

Como se ha señalado, el interés legítimo deriva de la relación jurídica de carácter administrativo al momento de presentar su oferta. Sin embargo, el derecho a contratar con la Administración Pública y la facultad del órgano administrativo de adjudicar el contrato quedan condicionados al examen y evaluación previos que al efecto se emitan, lo cual constituye un presupuesto necesario y fundamental para que el acto de adjudicación quede investido de la legalidad suficiente, así como los efectos producidos.

Ahora bien, el valor jurídico sustantivo a nivel de principios y jurídico adjetivo a nivel de aplicaciones prácticas, conforman la aspiración constitucional en la efectividad de los medios administrativos para el cumplimiento de las funciones públicas, siendo el resultado de la normatividad y normalidad de la regla jurídica abstracta.

Por ello, como instrumento de la actividad reglada nos encontramos con el procedimiento administrativo formal, el cual por sí mismo describe, articula, regula y a la vez habilita el ejercicio de distintas prerrogativas públicas que traducen el poder público de que goza la Administración Pública para el cumplimiento de su cometido. Pero esas prerrogativas son atribuciones inseparables del órgano, es decir contenidos mínimos de poder que el ordenamiento jurídico debe regular y compatibilizar en su ejercicio con los derechos e intereses individuales. (37)

Así, el procedimiento licitatorio es articulado por los actos administrativos como resultado de la propia estructura procedimental, en cumplimiento de los objetivos de la licitación pública y como consecuencia de éste, del contrato, de tal manera que la relación jurídico administrativa que se expresa mantiene a los licitadores y adjudicatario en una situación jurídica suficiente para ser titulares de intereses y derechos según les corresponda.

Dentro de lo que ha de clasificarse como la actividad del administrado ha de considerarse: la actividad de los particulares como consecuencia o presupuesto de los actos administrativos. Sobre este argumento dicha actividad del administrado por vía de colaboración queda representada en la

(37) José Roberto Dromi, ob. cit. pág. 23

ejecución de la obra pública, como fin; en tanto, dentro de la actividad de los particulares como presupuesto de los actos administrativos caben los actos jurídicos como reflejo de un procedimiento administrativo que presupone a éste; así, los actos de particulares de presentación de propuestas, los actos de intervención en la apertura de ofertas y en el momento de la adjudicación, son actos que presuponen en cuanto a sus efectos, el nacimiento y existencia propias del acto administrativo en cada etapa del procedimiento licitatorio, según se ha dicho con anterioridad. (38)

Sobre estas bases hemos de limitarnos a precisar la situación jurídica subjetiva de los administrados frente a la potestad pública del órgano administrativo en el procedimiento licitatorio. En ese orden, de la relación jurídica administrativa nacen derechos subjetivos e intereses legítimos propios del licitador, según lo previene el ordenamiento jurídico.

Frente a la potestad pública de admitir o desechar una propuesta por parte del Órgano Administrativo, asiste al proponente un interés legítimo en causa al debido procedimiento licitatorio es decir, en mantener la juridicidad de los actos procedimentales; por ello el interés se reduce a ser legítimo, sin el derecho correspondiente a ser adjudicatario del contrato, porque no forma parte de la operatividad legal del acto licitatorio, sino que queda condicionada la propuesta a que sea la más ventajosa para la administración.

El interés legítimo resulta, según la doctrina de las normas de acción, las cuales se refieren a la organización, al contenido y al procedimiento que ha de presidir la acción administrativa; estas normas no tienen por objeto una función de garantía, pero son siempre obligatorias, por lo que los intereses individuales reciben de dicha acción una tutela indirecta quedando bajo la categoría de intereses legítimos. (39)

(38) Sobre este punto nos remitimos a la obra de Fernando Garrido Falla, Vol. I, ob. cit. pág. 370; aclarando al respecto que en nada se contradice a los actos administrativos integradores del procedimiento licitatorio y mucho menos a los actos que tramitan la voluntad de la administración, mismos que representan un objetivo y fin determinado en donde como regla son sujetos a la observancia normativa.

(39) José Roberto Dromi, DERECHO SUBJETIVO Y RESPONSABILIDAD PÚBLICA (Editorial Temis Bogotá-Colombia 1980) pág. 39,

En este tipo de interés, aun cuando no se corresponde con los derechos subjetivos, existe para los administrados una ventaja directa y particular de que la observancia normativa del acto sea respetada y cumplida en la actuación administrativa. Ello supone en primer lugar el resultado de una especial situación jurídica en que se encuentra el licitador, de tal manera que los actos de la administración reportan beneficios concretos y particulares en cuanto alguno de los licitadores puede adjudicársele el contrato. A los demás proponentes que no hayan resultado seleccionados les asiste un interés calificado derivado de su participación en el procedimiento, con respecto a la legalidad de determinados actos administrativos desarrollados en el propio procedimiento.

El interés legítimo presenta como particularidades el ser personal, actual y directo, de tal manera que su individualización sea lo suficiente para el ejercicio de una acción o instancia administrativa.

Ha de ser directo en cuanto pertenece a una categoría definida y limitada de personas que se encuentran en una situación jurídica como lo es el de la licitación pública. Además, es necesario que ese interés legítimo del licitador sea actual, ya que ha de persistir en una satisfacción inmediata, por ello no es eventual, porque en el acto existe un interés vigente en tanto sea conducido aquél conforme a lo previsto en la norma jurídica.

señala que el interés legítimo puede ser común o especial. El interés legítimo común se caracteriza por los siguientes elementos: a) norma jurídica que predetermine concretamente cuál es la conducta administrativa debida; b) que esa conducta no sea debida a un sujeto particular en situación de exclusividad, sino a un conjunto de individuos en concurrencia; c) interés personal y directo del individuo en la conducta administrativa. Por su parte, el interés legítimo especial se caracteriza por: a) ausencia de una norma jurídica, que predetermine concretamente cómo debería ser la conducta administrativa, si bien la administración debe someterse a la existencia de un límite elástico impuesto por la razonabilidad, desviación de poder, etc.; b) situación de exclusividad o concurrencia; c) interés personal y directo del recurrente.

Por otra parte ha de considerarse que el momento de apreciar el interés legítimo es a partir de que el licitador presenta su propuesta con el interés particular concreto y actual de que sea evaluada y analizada por el ente convocante bajo la observancia de la normatividad dispuesta para la licitación pública (40). Asimismo el resultado del acto definitivo y final de este procedimiento tiene como objetivo seleccionar al contratista que haya presentado la propuesta más conveniente para la administración, por todo ello postula por sí para el administrado u oferente un interés jurídicamente garantizado como protección del ordenamiento jurídico.

Desde luego, cabe aclarar que a partir del momento en que aparece la convocatoria, asiste al futuro licitador un simple interés por el acto objeto de la licitación, sin que ello sea suficientemente garantizado por la norma jurídica y demás normas, base del procedimiento licitatorio; ante ello, ese interés simple no es lo suficiente para generar la eficacia de la instancia o acción administrativa según corresponda, quedando más que nada en el ámbito subjetivo y personal con una categoría calificada por el ordenamiento jurídico como denuncia.

Al margen de las consideraciones anteriores, debe preverse que ante el interés simple del futuro proponente, cabe cuestionar si la presentación de la propuesta ante el Órgano Administrativo implica un simple interés o por el contrario un verdadero derecho, que tiene el oferente a formar parte de aquello que mencionamos como la actividad de los particulares, como presupuesto de los actos en el procedimiento licitatorio.

Ha de aclararse que el interés simple queda dentro de la etapa de preparación de la oferta. Al momento de presentarla previos los requisitos de ley, asiste al proponente un interés legítimo en que sea aceptada por el órgano convocante sin perjuicio de que oportunamente sea considerada la propuesta que presente mayores ventajas a la administración. Pero la recepción de todas las propuestas es ineludible; el criterio contrario podría implicar la negación o violación a su interés y a un derecho de sustancia constitucional. (41)

Como efecto del acto adjudicatorio del contrato a favor de uno de los licitadores, los demás proponentes conciben la

(40) Manuel María Díez, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, ob. cit. pág. 302.

(41) Miguel S. Marienhoff, Tomo III-A, ob. cit. pág. 227.

defensa de su interés legítimo, a través de las instancias por recursos en vía administrativa y cuyo objeto es el asegurar la legalidad de la actuación administrativa. Sin embargo, resulta cuestionable objetar el mérito o conveniencia del acto como consecuencia del ejercicio de las potestades discrecionales.

De acuerdo a lo anterior, en la vía recursiva se impugnarán aspectos de mera legalidad a los cuales debe ceñirse la actividad discrecional, pero no asiste interés jurídico al licitador de todas aquellas consideraciones aducidas por la propia Administración Pública, por los cuales se vierte la conveniencia de celebrar el contrato con determinado licitador, toda vez que su propuesta refleja las mejores condiciones para la propia administración.

Hasta aquí se han considerado brevemente las situaciones jurídicas subjetivas como resultado de las relaciones jurídico administrativas entre los licitadores y el Órgano Administrativo. Sin embargo, ha de preverse el efecto de dichas situaciones como control de la actividad administrativa en la ejecución del procedimiento licitatorio.

El órgano administrativo debe pronunciarse sobre la aprobación de la licitación en virtud de haberse cumplido con el procedimiento legal, con la tramitación de los actos procedimentales y con la observancia de los principios que concurren a la substanciación de la licitación. Pero el eje del cabal cumplimiento en la legalidad de los actos queda al amparo de las instancias y recursos que prevé la norma jurídica, mismas que son potencia del efecto que la relación jurídico administrativa vincula al proponente con el ente convocante. (42)

En este orden, los intereses y derechos propios del administrado representan parte del control a la legalidad en cuanto su afectación por el órgano administrativo, origina el ejercicio de las acciones que tienden al respecto de la legalidad de los actos, según lo previene el sistema jurídico.

Aún cuando el control de la administración supone la existencia de medios a través de los cuales se garantiza el orden jurídico, la fiscalización es de oficio cuando la jerarquía institucional supone un control interno, pero el administrado no tendrá más derecho o interés que por aquél, cuando se vea afectada su situación jurídica, quedando

(42) Osvaldo Maximo Bezzi, ob. cit. pág. 78

expedita la denuncia ante órganos de la propia administración, derivado lo anterior del mero interés simple.

Como principio, el control administrativo efectuado por medios o por impulso del particular, puede presentarse de distintas formas pero con efecto directo: a) la simple denuncia b) la reclamación o recursos administrativos; c) el contencioso administrativo.

II.5 Efectos de la Integración del Procedimiento Unilateral de Selección del Contratista.

La integración del procedimiento licitatorio tiene como efecto el seleccionar la propuesta más conveniente para la administración, por lo cual la elección del cocontratante es consecuencia directa de la oferta realizada por éste. Lo anterior no implica el perfeccionamiento del contrato, toda vez que el acuerdo de voluntades entre el contratista y la Administración Pública se realiza en un plano objetivamente distinto al vínculo jurídico existente entre el licitador y el licitante, el cual queda concluido en el momento en que se emite el acto de adjudicación.

Como acto posterior e independiente del procedimiento licitatorio nos encontramos con el contrato, mismo que deberá ser suscrito dentro de los plazos previstos por el ordenamiento jurídico. La relación contractual queda perfeccionada al momento de celebrar el contrato, por lo que en el lapso que media entre el acto de adjudicación y la firma del contrato, la situación jurídica del administrado y del órgano licitante es el resultado de los efectos de la integración del procedimiento, más aún del acto de adjudicación.

Así, la adjudicación de la obra objeto del contrato crea para el adjudicatario una nueva situación jurídica distinta de la que prevalecía en el momento de ser licitador. Esta situación implica una ventaja activa suficiente para comprender un derecho subjetivo y no exclusivamente un interés legítimo, como se presupone en el momento de ser oferente; por ello quedan de antemano a favor del adjudicatario no sólo las vías recursivas previstas en el ordenamiento administrativo, sino el juicio de amparo ante una manifiesta violación directa del sistema normativo.

Sin embargo, han de distinguirse de las obligaciones o deberes, la situación jurídico pasiva, las cargas propias de este tipo de actos y las cuales presuponen necesariamente ante su acatamiento por el futuro cocontratante, el ejercicio de los derechos según la nueva situación jurídica. El efecto de las cargas como resultado de la adjudicación se prevén en el pliego de requisitos, lo cual es del conocimiento del adjudicatario, y de su cumplimiento queda expedito el ejercicio de la acción para exigir el perfeccionamiento del contrato, no obstante que por vicios de legalidad en el propio acto procedimental puede quedar limitada la obligación y el derecho de suscribir el contrato, según corresponda.

Lo anterior se debe según lo dicho a que en el procedimiento administrativo los proponentes no se encuentran ante la administración en una posición de pasividad únicamente, sino que también son titulares de situaciones jurídicas activas ejercitables frente al órgano licitante, por lo que ante cualquier lesión por parte de aquél a dichos intereses o derechos, asiste la seguridad en defensa de estos, de lograr la sumisión de la acción administrativa al Derecho.

La estructura jurídica del procedimiento licitatorio no se resume en un solo acto de naturaleza compleja, sino según lo antes precisado, en una cadena cuyos distintos eslabones aparecen articulados a través de un vínculo común, sin merma de la individualidad propia de los actos y en orden a un fin único a cuya consecuencia coadyuvan, de tal manera que la virtualidad jurídica de estos actos aseguran la integración legal del procedimiento licitatorio, suficiente para producir efectos según lo previene la ley. (43)

La eficacia inmediata del acto de adjudicación está en la notificación de éste; por ello la obligación de notificar el acto viene enmarcada tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo. Desde el primer punto de vista, la obligación de notificar no se extiende a toda clase de actos, sino solamente a los de carácter decisorio, como es el caso de la adjudicación por ser el acto que pone fin al

(43) Al respecto los tratadista, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Tomo I, ob. cit. pág. 368, señalan que el procedimiento administrativo no es un acto complejo sino, más propiamente un complejo de actos del administrado y de la administración, de diverso valor todos ellos, aunque con sustantividad jurídica propia, sin perjuicio de su carácter instrumental respecto de la resolución final.

procedimiento. Desde un punto de vista subjetivo, la obligación no alcanza a todos los administrados, sino sólo aquellos que tengan la condición de interesados en sentido técnico en el procedimiento licitatorio.

Por otra parte, como efecto de la notificación del acto de adjudicación, los sujetos interesados vienen a ser portadores de un derecho subjetivo, titulares de una situación jurídica ya adquirida en su patrimonio; de aquí la consecuencia de que la Administración Pública no interponga obstáculos para evitar que pueda celebrarse el contrato. Lo anterior nos permite precisar la situación jurídica activa del adjudicatario, alude en principio a la potestad, ésta como especie del género común de los poderes jurídicos, que sólo a través de su concreto ejercicio puede llegar a actualizarse y traducirse en un poder determinado. (44)

Asimismo, el ejercicio de cualquier acción contenciosa por parte del titular del derecho concreto, supone necesariamente la afectación a los intereses particulares y la posibilidad de obtener la modificación de los actos lesivos por vicios de legalidad, según sea el caso.

En lo relativo a la situación jurídica pasiva, ésta implica objetivamente el estado de subordinación correlativo a la potestad, de carácter público. A manera de ejemplo, cabe señalar la obligación de mantener la oferta en los términos propuestos para el cumplimiento del contrato y de asegurar la ejecución de la obra en los términos que al respecto le señale la Administración Pública. Por otro lado queda dentro del ámbito activo o de ventaja del propio adjudicatario la de suscribir el contrato sobre la normatividad señalada en el pliego de requisitos, así como la potestad de exigir al órgano licitante la firma del contrato con el propio adjudicatario y no con otro.

Asimismo nos encontramos con las cargas que corren por cuenta del propio adjudicatario y, de las cuales nos hemos referido por ser presupuestos condicionales para la celebración del contrato, verbigracia los requisitos adicionales que el órgano licitante requiere al futuro cocontratante para la formalización del contrato y de los cuales tuvo conocimiento por parte del adjudicatario al momento de ser licitador.

(44) Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Tomo II, op. cit. pág. 29

En atención a la nueva relación jurídico administrativa, de la cual nos hemos ocupado con anterioridad, el nuevo interés de celebrar el contrato representa la sustancia del derecho subjetivo concebido como un interés directamente protegido y el poder o potestad, presupuesto de la situación activa, es concebido para la protección de ese interés, representando el elemento externo y formal del derecho subjetivo.

Por otro lado, si se considera la eficacia del acto bajo un aspecto dinámico, o sea como posibilidad de ejecución del mismo, conviene hacer una nueva distinción entre eficacia subjetiva y objetiva pero ceñida bajo ese aspecto. (45)

Por lo que concierne a la primera, el acto de adjudicación, constituye una modificación por sí y ante sí de la relación jurídico administrativa anterior que se tenía con el proponente; ello hace suponer la eficacia directa del acto en cuanto a la innovación jurídica de la relación.

Quedan vinculadas por sí, tanto el órgano licitante como todos los demás órganos que se encuentran jerárquicamente ordenados en aquél, y por otra parte con el adjudicatario del contrato.

En relación con la eficacia objetiva del acto de adjudicación, las partes quedan situadas directamente frente al objeto del acto, o bien para el caso que nos ocupa, por la titularidad de derechos que constituyen directamente el objeto del acto de adjudicación. Pero el derecho al que hemos de referirnos no queda comprendido dentro del poder jurídico del adjudicatario de suscribir de tal o cual manera el acto, sino que por el contrario, el derecho atañe a la propiedad de ser el adjudicatario de la obra objeto del contrato, según la propuesta previamente presentada y analizada por el ente convocante.

Puede reconocerse una eficacia objetiva directa en cuanto se limita a la relación a la que afecta. En tanto que nos referiremos a una eficacia objetiva indirecta cuando el acto por sí mismo ha modificado la relación con el licitador luego adjudicatario, de tal manera que al mismo tiempo ha quedado alterada la relación jurídico administrativa con los otros licitadores cuyas propuestas no resultaron las más convenientes para la administración. Ello supone que la nueva relación sea reconocida por todos como

efectos de la propia eficacia del acto y de la integración del procedimiento.

Como puede apreciarse, aquí estamos fuera del campo de la perfección del acto, ya que con el agotamiento de la fase constitutiva de la voluntad pública se encuentra concluida, estructuralmente idónea para la realización del interés concreto por lo que estamos ya dentro del campo de la eficacia del procedimiento según ha quedado previsto, tanto por lo que se refiere a la situación jurídica de los administrados como en lo relativo al objeto del procedimiento licitatorio.

SEGUNDA PARTE: LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECION
DEL CONTRATISTA DERIVADAS DEL CONTRATO
DE OBRA PUBLICA

I LA CAUSA FINAL DE LAS OBLIGACIONES EN EL CONTRATO
DE OBRA PUBLICA.

I.1 El Contrato de Obra Pública como Acto Jurídico y
como Norma Jurídica.

El acto jurídico como concepto fundamental en la realización de los supuestos jurídicos no queda ceñido al ámbito meramente privado, sino que por principio trasciende a la esfera pública al consagrar las consecuencias de derecho público; es lo que ha de entenderse como el acontecimiento jurídico que tiene la virtud de realizar la hipótesis normativa. Así, hemos de referirnos al acto administrativo como especie del género acto jurídico, el cual de su constitución sobrevienen las consecuencias jurídicas que por sí mismas previenen las situaciones jurídicas concretas de carácter eminentemente público, según sea el caso.

Sobre esta base, hemos de precisar que el contrato es un acto jurídico por la intención de las partes de producir consecuencias de derecho, tal y como lo concibe el derecho privado, así el acto contractual de carácter administrativo presupone necesariamente una declaración de esa naturaleza. Sin embargo, para fines eminentemente expositivos el acto administrativo se excluye del contractual para considerar aspectos particulares concretos y unilaterales de ese tipo de actos.

Según hemos indicado, el contrato de obra pública es un acto negocial bilateral, en cuanto el órgano estatal determina en forma unilateral el contenido del contrato, configurando la situación jurídica de su cocontratante en virtud de las disposiciones previstas por el ordenamiento jurídico; así la relación que se origina entre la administración y el contratista queda sujeta a normas de derecho público.

Este criterio obedece a los actos jurídicos de la administración como género de las especies, resultado de la acción administrativa. Lo anterior nos conduce en primer

orden a precisar que el acto negociado bilateral como acto jurídico es suficiente por sí para generar las obligaciones y derechos contenidos en el contrato, pero su determinación descansa en el sistema normativo al precisar la finalidad que se persigue con la formalización del contrato, de tal manera que forma parte de la indisponibilidad contractual en cuanto queda limitada a la regla jurídica abstracta. Por otra parte lo no relacionado directamente con dicha regla, se confía a la disponibilidad de las partes, por lo cual ambas situaciones deben comprenderse en el contrato de obra pública bajo las precisiones anteriores. (1)

La causa en cuanto resulta fundamental en la explicación de las equivalencias de las obligaciones contractuales, siendo consecuencia de dichas obligaciones por un lado, el ejercicio de la autonomía de la voluntad dentro de sus límites propios, y por la otra lo que ha de denominarse la actualización objetiva de las previsiones legales, reporta la representación y valoración que se hace de unos hechos motivando a declarar la voluntad y a producir con ella, en relación con el derecho objetivo, determinados efectos jurídicos.

Sin embargo, tratándose de obligaciones, éstas tienen su origen en los propósitos perseguidos por las partes en el contrato, de tal manera que será contractual la obligación, si ésta no deriva de una determinación concreta y específica del ordenamiento jurídico, lo que implica necesariamente que el origen no está en la contraposición de fines sino en la desigualdad de estados según lo previene la regla jurídica.

Ha de indicarse que la causa final del acto contractual es el fin rigurosamente abstracto e idéntico en la categoría

(1) Sobre este punto nos remitimos a la obra de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, ob. cit. pág. 350, que al respecto señala: "que los actos de la administración son precisamente actos jurídicos tipificados por la Ley, en cuanto que son fruto del ejercicio de potestades tasadas y especificadas por el ordenamiento y no de un abstracto y general principio de autonomía de la voluntad; no se expresa en él un poder virtualmente ilimitado de configurar regulaciones perceptivas, de modo que sea preciso compensar ese poder con una exigencia general de una causa objetiva, sino que se limita a actualizar previsiones legales específicas y típicas, las cuales portan en sí su propia causa cuya efectividad y realidad, resulta exigible".

de los actos objeto de este estudio; sin embargo, el carácter abstracto está sujeto a los presupuestos normativos que involucran el interés público como principio y fin de toda actuación jurídica administrativa, pero el objeto concreto, determinado se prevé ante la realización del contrato al definir las obras y los trabajos a ejecutar.

Así, queda por aclarar que los fines perseguidos por el acto en cuanto son motivo de la previsión legal, resultan obligaciones limitadas a la suerte de lo previamente señalado por la norma jurídica, siendo en consecuencia necesario definir en el caso concreto y específico del contrato de obra pública la situación jurídica del contratista.

La máxima de que toda obligación existe en definitiva, porque alguna voluntad así lo ha querido, funciona en el contrato de obra pública de una manera más terminante en lo que definimos con el carácter normativo al pliego de requisitos, el cual refleja en principio la aceptación por el licitador.

El pliego de requisitos forma parte de la norma de carácter administrativo que rige el contrato y el cual ha sido previamente aceptado por las partes al presentar su propuesta y resultar la más conveniente según la adjudicación. No obstante, ante la modificación de las situaciones jurídicas, la obligación tiene su razón jurídica en la nueva situación de deber frente a la potestad del órgano administrativo.

Lo anterior permite precisar en primer orden que el acto en sí origina como resultado de la causa final un tipo de obligaciones propias del contratista, mismas que son eminentemente privadas en cuanto no haya una relación directa de derecho público suficiente para generar una relación jurídica de sujeción del contratista a la Administración Pública Federal.

Sin embargo, de conformidad con la reiteración hecha en párrafos anteriores, el carácter de la obligación deja de ser contractual no por el hecho del sujeto, sino por el efecto del régimen jurídico, el cual regula el acto y la acción del ente público.

Ha de ser objeto de distinción la consecuencia de la posición jurídica general de la administración, en cuanto para el cumplimiento de sus cometidos resuelve la determinación de un acto administrativo por el cual genera una situación particular en relación con su cocontratante de

conformidad con el ordenamiento jurídico. Así la obligación es contractual si al ser determinada no se comprende en la esfera normativa; no obstante, cuando en la vida del contrato se involucra una situación jurídica especial entre el contratante y la administración como el caso del acto de rescisión administrativa, no existe ante ese estado una obligación sino una potestad pública frente a una verdadera sujeción al cumplimiento del acto administrativo.

Hemos de comprender que la obligación de la Administración Pública es consecuencia del acto jurídico, es decir de la correlatividad contractual tanto en lo relativo a los derechos como en las obligaciones, pero cuando la disposición directa de la norma jurídica presupone determinado acto, queda investido de la legalidad si la acción administrativa queda comprendida bajo esas bases, de tal manera que las obligaciones a cargo de ésta corresponden a las facultades del administrado de exigir el cumplimiento de aquellas, aún más allá del simple ejercicio de acciones comunes.

El contrato como norma jurídica, según lo previene la doctrina privatista, se reduce al resultado del proceso que elabora el acto contractual, es decir la regla de conducta que se crea entre los contratantes una vez cumplidos todos los elementos esenciales y de validez del acto. (2)

Sin embargo, al referirnos al proceso de formación del acto, incluimos en éste los diversos elementos que concurren a la génesis del contrato, originando esto, la norma contractual.

En principio se ha de distinguir del contrato, los diversos actos que concurren para el cabal cumplimiento de éste, así nos encontramos con la tipicidad de una serie de actos, la cual se traduce en la especificación normativa de éstos y que involucra necesariamente el cumplimiento del contrato; lo anterior supone que el margen de la libertad dispositiva por parte de los contratantes, es diferente a las normas contractuales comunes.

La norma jurídico contractual, deja de formar parte de este aspecto cuando el acto es previsto jurídicamente por la norma positiva de derecho público, constituyendo el contrato

(2) Rafael Rojina Villegas, Tomo V, Volumen 1, ob. cit. pág. 186.

la concreción jurídica de la norma, cuya formalización y ejecución comprenden actos eminentemente de derecho público. (3)

Bajo esta premisa la norma contractual queda con exclusiva vigencia en el ámbito particular de los contratistas, existiendo una equivalencia correlativa de derechos y obligaciones. En relación con el acto directamente normado por disposiciones de derecho público, la relación jurídica resulta a un nivel más complejo, según lo hemos previsto, de tal manera que el carácter normativo deja de ser contractual para comprenderse dentro del ejercicio de los poderes públicos, según sea el caso.

La obligación contractual en materia de obra pública supone necesariamente un vínculo jurídico que evoca el estado de sujeción del obligado o deudor frente al acreedor, es decir, supone dentro del elemento subjetivo de la obligación, la subordinación del contratista al contratante en relación con el cumplimiento del elemento objetivo que se refiere a la realización de la cosa o hecho materia del contrato. (4)

En virtud de lo previsto para la obligación contractual, ésta queda dentro del ámbito privatista, cuando se prevé como resultado de la disponibilidad contractual. Sin embargo, conviene insistir que en el contrato de obra pública la sujeción o sometimiento del contratista al órgano administrativo supone el soportar los efectos de una potestad sobre el propio ámbito jurídico, es decir la sujeción se resuelve en la incidencia del ejercicio de la potestad producida en la esfera jurídica del contratista. No obstante desde una perspectiva general conviene establecer una distinción básica entre administrado simple y administrado cualificado que se corresponde al sentido de una posición privada. El administrado simple ostenta una posición de un status especial que le singulariza de la situación genérica por virtud de un tipo de relación concreta que lo liga con la administración de una manera específica, sólo respecto de relaciones concretas, el contratista asume por ese hecho el carácter de administrado cualificado. (5)

(3) Eduardo García Enterría, Tomás Ramón Fernández, Tomo I, ob. cit. pág. 467

(4) Rafael Rojina Villegas, Tomo V, Volumen 1, ob. cit. pág. 16

(5) Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández Tomo II, ob. cit. pág. 20

La condición de administrado simple es la que se expresa en la posición respecto a la administración propia del binomio genérico poder público-ciudadanos. A esta situación suele calificársele en la doctrina alemana de relación general de poder o de supremacía general o relación general de sujeción. La administración se presenta en estas relaciones armada con sus potestades generales, las que la ley le atribuye por su condición genérica de tal (reglamentaria, impositiva, expropiatoria, policial, sancionatoria, etc.); el particular mantiene, sin embargo, en estas situaciones de aparente sujeción general.

La cualificación de la condición de administrado sobre ese fondo genérico o inespecífico, común a todos los ciudadanos, puede derivar de títulos diversos como bien, puede comprenderse del contrato administrativo o de cualquier otro acto. En ese sentido cabe hablar de status especial, mismo que se produce en el administrado cuando asume un grado especial de dependencia respecto de la Administración, dependencia que desde ese punto de vista la doctrina alemana destaca para contraponerla a la situación de sujeción general, antes descrita, y así calificarla como relación especial de poder, o relación de supremacía especial o relación especial de sujeción. (6)

La doctrina alemana destacó estas situaciones para justificar un sometimiento de determinados sujetos respecto a la administración que excedería del común a los demás administrados, y que por otra parte, no necesitaría justificarse en sus exigencias concretas por una cobertura de ley en cada caso, sino en un libre arbitrio administrativo, capaz incluso de menoscabar o disminuir derechos fundamentales del sometido.

El valor de la simple situación jurídica a nivel contractual, pasa a ser una verdadera relación especial de sujeción entre el administrado y la Administración Pública alterando de antemano las situaciones jurídicas de las partes.

De acuerdo a lo anterior, incide directamente en la obligación contractual la situación de deber ensamblada con una situación de poder por parte del órgano administrativo. (7)

(6) *Ibidem*, pág. 21

(7) Sobre este punto nos remitimos directamente a la obra de Eduardo García de Enterría, y Tomás Ramón Fernández, al señalar que la prerrogativa de poder público por

Por otra parte cabe señalar que con motivo de la irrenunciabilidad del contenido de la regla jurídico abstracta, tanto en el proceso de formación del acto, como en la vida del contrato, no hay una facultad libre para las partes de acordar la forma y términos en que han de cumplir o ejecutar el contrato de obra pública, aun cuando la norma jurídica se abstenga de su determinación.

Así las acciones comprendidas en la ejecución del contrato deben prevenir el cumplimiento del acto bajo la generalidad imprevisible de su concreción, pero sobre la determinación específica del acto que se celebra y el cual se encuentra definido por la norma jurídica.

Al estudiar en especial la situación de las partes en la formación del contrato, y como efecto, las obligaciones contraídas por disposición directa de la norma, o como resultado de la negociabilidad del acto, hemos de avocarnos de manera sucinta a los caracteres que mantienen una relación directa con el objeto y sujetos del acto contractual, de manera que permitan objetivizar los efectos de la situación jurídica de los contratantes.

En primer orden nos encontramos con la limitación a la libertad de las partes, toda vez, que el fin público limita la voluntad de la administración y circunscribe su actividad contractual. Como consecuencia de lo anterior, la desigualdad jurídica de las partes se patentiza en el resultado de subordinación jurídica del cocontratante al Órgano Administrativo, quedando al margen cualquier consideración meramente contractual. (8)

excelencia con que la administración cuenta en los contratos administrativos le permite decidir ejecutoriamente sobre la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales, en ese caso, la efectividad de éstas a la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato, la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, y la aprobación o devolución final de la fianza.

- (8) Al respecto Miguel A. Bercaitz, en su multicitada obra señala que la desigualdad se traduce en los poderes que

En segundo lugar hemos de referirnos a la mutabilidad del contrato, a diferencia de la intangibilidad contractual en el ámbito privatista, el interés público constituye en principio la causa de los contratos administrativos; éste no se satisface si los supuestos de hecho que se tuvieron presentes al celebrarlo varían, en tal forma que las acciones y pretensiones convenidas se tornan inactuales, inoperantes o contraproducentes para la satisfacción de ese interés; por ello resulta que del cumplimiento de los intereses públicos la mutabilidad contractual queda limitada al cometido final del acto, en consideración exclusiva a los aspectos que inciden directamente en el objetivo. (9)

En opinión de Marienhoff, la Administración Pública puede modificar unilateralmente las cláusulas del contrato, puede dar directivas a la otra parte, puede incluso por sí y ante sí declarar extinguido el contrato.

El régimen jurídico especial es el que atañe en los contratos administrativos a las reglas de derecho público que regulan por sí al acto contractual; de ahí que para el contrato, este régimen tiene cabida a través de las cláusulas exorbitantes del derecho privado, el cual pone de manifiesto en el acto contractual dicho régimen. Ello hace suponer que las prerrogativas públicas reservadas al órgano administrativo son previsibles en el contrato por las cláusulas exorbitantes. (10)

Como último punto que revela la situación jurídica de las partes y que guarda estrecha relación con el régimen jurídico de los contratos administrativos, está el relativo a la irrenunciabilidad de las normas jurídicas por efecto directo del imperio de éstas. No siendo necesario mencionarlás, queden ínsitas al contrato, por lo que entonces el acto de aplicación debe quedar investido de la legalidad.

tiene la Administración Pública para: a) Adaptar el contrato a las necesidades públicas colectivas, variando consiguientemente, dentro de ciertos límites condiciones y circunstancias, la naturaleza y extensión de las obligaciones a cargo del cocontratante; b). Ejecutar el contrato por sí o por un tercero, en caso de incumplimiento o mora del cocontratante y c) Dejarlo sin efecto, directa y unilateralmente en caso de incumplimiento del contratista o cuando las necesidades públicas colectivas lo exijan.

(9) Miguel A. Bercaitz, ob. cit. pág. 347

(10) Miguel S. Marienhoff Tomo III-A ob. cit. pág. 78

I.2 La Norma Administrativa Reguladora de la Obra Pública

Hemos de referirnos a la norma administrativa que en materia de obra pública se ha expedido, así como el alcance jurídico que dicha regulación tiene sobre las posibles relaciones con terceros, de conformidad con los actos de colaboración particular según se ha previsto.

De acuerdo con la jerarquía normativa, la ley queda en absoluta prioridad, por ser ésta la expresión de la voluntad de la comunidad, así toda fuente escrita se ordena alrededor de un principio básico e inquebrantable que es necesariamente la ley. Sin embargo, resulta discutible el que la propia legislación faculte a órganos que forman parte del Poder Ejecutivo para interpretar la norma positiva cuando de su interpretación se desprendan situaciones que no sólo tienen un efecto administrativo sino que trascienden a la esfera del administrado.

De acuerdo al artículo 60. de la Ley de Obras Públicas en su párrafo segundo prevé que la Secretaría de Programación y Presupuesto queda facultada para interpretar dicho ordenamiento para efectos administrativos. No obstante el acto por el cual dicha dependencia se avoca a la interpretación representa un proveído con efectos internos, en cuanto no trascienda al ámbito jurídico de los administrados. Al momento en que de la interpretación se desprenden actos que inciden en la esfera de los administrados deja de ser un proveído interno, para constituir un acto de la administración el cual a la luz del ordenamiento jurídico invocado se encuentra con vicios de legalidad por lo que se refiere a la facultad para emitir dicho acto.

Las disposiciones administrativas que con el carácter interpretativo se emiten, constituyen actos administrativos en cuanto obedecen a la particularidad de los sujetos que han de guardar una relación jurídica administrativa originada de los actos por los cuales se emiten.

La subordinación de la disposición administrativa a la norma jurídica, expresa simplemente el carácter instrumental del órgano y de sus productos administrativos, de ello se deduce que esas disposiciones complementan a la ley, pero no

pueden ni derogarla ni suprimirla ni menos aún limitarla o excluirla. (11)

Así, no hay ámbito exclusivo de la disposición administrativa en el que ésta prescinda de la ley, aún en el ámbito meramente organizativo interno de la institución administrativa, que según podría ser propia de la potestad reglada de la Administración Pública, queda ésta total o parcialmente regulada por la misma ley.

Por lo que se refiere al reglamento, éste es de rango inferior a la ley por la supremacía indiscutible de aquélla y por la relación sustancial que guardan ambos ordenamientos de naturaleza material.

Sin embargo, el reglamento, como norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la ley, es obra de la potestad reglamentaria. Dicha potestad no deriva de lo que el sistema anglosajón denomina la delegación legislativa, ni menos aún el extremo de constituirse como un poder propio e inherente a toda la administración, suficiente por sí mismo; por el contrario la potestad de dictar reglamentos es originaria por disposición constitucional, quedando su producto subordinado a la ley.

En virtud de lo anterior, el fundamento de la potestad reglamentaria radica esencialmente en la determinación constitucional, es decir el Poder Constituyente define el poder normativo complementario del legislativo. Asimismo, el aspecto potestativo es discrecional en cuanto implica necesariamente la facultad de proveer el exacto cumplimiento de la norma jurídica en el ámbito administrativo (artículo 89 fracción I de la Constitución Política).

La potestad discrecional queda ceñida a dos aspectos: uno general, en cuanto a la conveniencia de emitir un reglamento, y el otro reglado en cuando quedan expresamente señalados los límites formales de la potestad reglamentaria. Así, dicha potestad de apreciación existe conjuntamente en relación con el hecho de la realización de la actividad en sí misma y del contenido de esa actividad, o bien separadamente, de tal forma que el reglamento evoca a la actividad discrecional en cuanto a su realización y contenido, y reglada en cuanto a esos límites formales.

(11) Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Tomo I, ob. cit. pág. 154

Ha de advertirse que no todos los órganos de la administración están investidos de la potestad reglamentaria, sino sólo unos órganos concretos y determinados en los cuales el Poder Constituyente le encomendó la potestad de dictar los reglamentos, por lo que toda posible habilitación legal posterior y ajena a la antes otorgada producirá ante su ejercicio actos inconstitucionales.

No obstante lo anterior, hemos de considerar la determinación de la ley de abrir a la potestad administrativa la disponibilidad sobre una de las materias que la Constitución ha reservado con exclusividad a aquélla, a saber, lo que la doctrina ha tenido a bien designar como la delegación legislativa, la cual no quiere decir que esa reserva conferida a la ley se pierda o se reduzca por el ejercicio de la potestad administrativa en la expedición de disposiciones de orden administrativo. (12)

De conformidad con los argumentos expuestos por el autor en cita, ha de quedar esa alteración legal, caso por caso, según el sistema de relaciones Ley-Reglamento, la cual es el contenido de la delegación legislativa, misma que expresa simplemente una técnica de colaboración del Reglamento con la ley a requerimiento de ésta, de tal manera que con ello ha de actualizarse la nota esencial del Reglamento sobre la que se ha insistido en cuanto al carácter complementario e instrumental de la ley en el que tiene su más alta justificación.

El mismo autor citado hace alusión a este fenómeno como uno de los más importantes en la práctica actual de todos los países; así el legislador hace participar de alguna manera a

(12) Sobre este aspecto hemos de remitirnos directamente a la obra de los españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, Tomo I, ob. cit. pág. 168, misma que nos señala que necesariamente esta delegación legislativa presupone dos principios básicos, o bien una renuncia por la propia ley a la supremacía con la consiguiente llamada al reglamento para que entre a innovar una regulación anterior formulada con rango de ley; o bien una apertura al reglamento de las materias inicialmente reservadas a la ley, una extensión de la potestad reglamentaria más allá de su ámbito ordinario. Lo que es fundamental, es notar que esa alteración es ocasional, con vista a una operación concreta, pero dejando indemne el sistema general que resulta de la Constitución.

la administración en la ordenación jurídica de la sociedad actual y de sus problemas.

Però aún más, con ánimo justificativo se arguye en contra de la posible alteración sustancial de la Constitución, el que representa simplemente una apelación por la ley al reglamento para que éste colabore en la regulación que la misma acomete, para que la complete y lleve su designio normativo hasta su término. Sin embargo, la norma delegada se califica siempre con su designación reglamentaria y nunca como ley, aun cuando el producto normativo cuya colaboración se encomienda a la administración adquiere el propio rango o fuerza de ley, pero ello no es consecuencia de la delegación en cuanto tal, sino que procede de la propia y eficaz voluntad de la ley delegante que así lo determina.

A través de la ley delegante el legislador expresa su voluntad de que el contenido de dicha ley sea relleno por la norma de elaboración administrativa. Esta norma de elaboración administrativa pierde con ello el significado propio de su origen para convertirse en el contenido de la ley delegante, en lo que ha de designarse como el texto articulado de la ley como efecto de la asunción anticipada que el legislador hace de la norma elaborada por la administración, en virtud de la delegación prestandole su propio rango. (13)

Por nuestra parte aludimos a que la delegación legislativa sólo se prevé en el ordenamiento constitucional, en donde el Poder Constituyente concede potestades legislativas al Ejecutivo Federal, el producto de cuyo ejercicio, adquiere efectos de ley por quedar comprendido dentro de ese orden. Quedan comprendidos en estos supuestos, lo previsto en el artículo 29 y 131 de la Constitución Política.

A fin de completar la exposición, interesa precisar si la delegación pueda acordarse por cualquier clase de ley formal o únicamente por alguna de ellas, así como en favor de qué órgano de la administración puede operar la delegación.

De conformidad con nuestro sistema constitucional, en atención al principio de división de poderes, no asiste determinación concreta para que la ley haga remisión directa a la potestad administrativa facultada para emitir el ordenamiento con carácter de ley, así las excepciones quedan ceñidas directamente por la Constitución al transmitir al

(13)Ibidem, pág. 171

Ejecutivo aquella facultad de la que ya nos hemos referido para la formulación de normas con carácter de ley y con el rango que la misma observa como ejercicio de las propiedades legislativas.

Sobre este último argumento, no puede descansar el fundamento jurídico de las Reglas Generales para la Contratación y Ejecución de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas para las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, toda vez, que si éstas quedaran comprendidas en ese orden tendrían un contenido material y formalmente reglamentario, de tal manera que sería sobre esa base un mero reglamento el cual debería ser expedido por el Ejecutivo Federal de conformidad con el Artículo 89, Fracción I de la Constitución Política, acatando las formalidades previas para la emisión de dicho acto.

En virtud de lo anterior, si se considera a las citadas Reglas Generales de Contratación como verdaderos Reglamentos, éstas quedan al margen de la propia legalidad al ser expedidas por órganos sin atribución competencial para la formulación y expedición de ese acto.

Por otra parte, si se refiere directamente a disposiciones administrativas con efectos internos, según lo previene el mismo numeral, aquellas se enunciarán y cumplirán su cometido bajo las bases propias de las circulares, como resultado de la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico sin rebasar los límites señalados por éste.

Sobre el anterior argumento quedan comprendidas las Reglas Generales para la Contratación y Ejecución de Obra Pública; sin embargo, no puede reconocerse por sí misma la obligación que puede generar a cargo del contratista dichas disposiciones, toda vez que se previene su vigencia para efectos meramente administrativos sin incidir en la situación jurídica particular del contratista.

En este orden de ideas, el único reconocimiento que pudiera acreditar la existencia de esas disposiciones como reguladoras del contrato, es precisamente el alcance que le dan las partes en el acto contractual. La aceptación que el cocontratante hace de dicha disposición origina un efecto obligacional por parte de éste a su ejecución y cumplimiento, conforme a esas disposiciones. Lo anterior sin perjuicio de que en dichas disposiciones se contengan aquellas potestades comprendidas en el ordenamiento jurídico, las cuales se originan de éste y no de las Reglas Generales para la contratación.

Como resultado de lo anterior, podríamos considerar que el reconocimiento contractual queda completamente al margen de la Administración Pública Federal, pues como acto normativo con efectos administrativos obliga al propio órgano, pero no al contratista si no lo ha aceptado expresamente en el contrato. Ante esta situación existe un bloqueo mutuo entre el acto contractual y las Reglas Generales de Contratación, como resultado de la falta de reconocimiento que pudiera preverse en el contrato, o bien como efecto trascendente al nuevo aspecto negocial, el cual puede no ser aceptado por el contratista por requerir de una expresa manifestación de voluntad por parte de éste.

Por lo demás debe tenerse presente que dichas disposiciones son irrenunciables por parte del órgano administrativo, por formar parte de la legalidad que atañe a la acción administrativa. Sin embargo, como normativa propia del contrato según lo hemos previsto, queda vigente dentro del ámbito subjetivo del contrato.

A diferencia de lo que previmos para las Reglas Generales de Contratación, en el supuesto de que éstas fueren emitidas por el Ejecutivo Federal, a través de la dependencia correspondiente y cuyos efectos no estuvieran limitados al ámbito administrativo, la potestad administrativa de emitir dichas normas internas, estaría encaminada a regular el desarrollo de la relación principal a la que esa relación de supremacía especial se une, normas que son obligatorias para los individuos a los que esta relación se dirige, en virtud de la especial sujeción personal por la que quedan afectados desde el momento mismo en que son investidos como titulares de la relación principal. (14)

Previsto lo anterior, se pretende comprender el contenido de la supremacía especial de la administración, a fin de regular la relación de contenido complejo derivada del contrato de obra pública, para lograr el sometimiento del comportamiento personal de los individuos que entran en contacto con la esfera administrativa.

Sin embargo, no debe alterarse el alcance obligacional de esas disposiciones según lo comprenden los principios que las rigen, toda vez que ello podría implicar el que dichas disposiciones queden al margen de la legalidad por sobrepasar los límites previstos en la norma positiva.

(14) Renato Alessi, ob. cit. pág. 230

Aún queda por considerar los derechos que emanan a favor del contratista y del órgano administrativo, es decir, visto desde el ámbito contractual podría generar derechos para el particular con estricta observancia a su cumplimiento por el ente administrativo, pero como potestad pública de éste, deberíamos remitirnos directamente a lo argüido por el autor antes citado, lo cual resulta inverosímil si estas disposiciones confieren más poderes públicos o los amplían en constante detrimento del cocontratante, si no quedan comprendidos con antelación a su ejercicio por la norma positiva.

1.3 La Declaración Unilateral de la Administración Pública Federal

Dentro de las prerrogativas reservadas con exclusividad a la Administración Pública en el cumplimiento de la relación contractual, está el privilegio de la decisión unilateral del órgano administrativo. Sin embargo, esa declaración administrativa se presenta como el ejercicio de una potestad pública, lo cual produce necesariamente efectos jurídicos que inciden en la esfera del administrado. Así la declaración como resultado de una expresión necesaria de la potestad, queda en conexión directa con la legalidad y la funcionaliza de una manera peculiar de acuerdo al acto que se emite. (15)

Pero como esa declaración expresa fehacientemente una de las potestades conferidas al órgano administrativo por el ordenamiento, puede deducirse que no hay acto declarativo sin norma específica que lo autorice y lo prevea; por ello sobra reiterar, que la naturaleza de la potestad administrativa como técnica con la que se manifiesta el principio de legalidad de la administración, es completamente opuesto al principio de autonomía de la voluntad. (16)

Antes de continuar con el acto de declaración unilateral de la Administración Pública Federal como prerrogativa de la relación contractual, según el alcance que el Derecho Público le otorga, hemos de considerar la declaración unilateral como resultado del alcance jurídico que el derecho privado da como fuente de las obligaciones.

(15) Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Tomo I, ob. cit. pág. 344

(16) Ibidem, pág. 344

Desde el punto meramente contractual, las obligaciones y derechos han quedado precisados de antemano, por lo cual la fuente de toda obligación es por sí misma derivada del contrato; sin embargo, la modificación o alteración unilateral del contrato en aras del cumplimiento de éste, por parte del órgano administrativo, supone de por sí el que exista previo acuerdo de voluntades. Así queda confiada la facultad contractual reservada al ente público para que se lleve a cabo dicha modificación. Lo anterior presupone que no hay tal declaración unilateral porque le antecede una relación jurídica de carácter contractual en donde se previenen derechos y obligaciones, así como facultades para alterar el contenido del contrato.

Ante ello, resulta inconcebible pensar en la declaración unilateral dentro de la vida del contrato administrativo, para explicar desde un punto de vista privatista dicha facultad, más aún dentro del carácter de la cláusula exorbitante de derecho privado que conlleva el contrato administrativo como manifestación de aquella potestad, ésta se origina por disposición del ordenamiento jurídico.

Asimismo, la fuerza creadora de la voluntad unilateral radica en el efecto que la autonomía de la voluntad tiene para producir consecuencias de derecho que en estado potencial se encuentran en la norma; pero la facultad jurídica de auto-obligarse y autodeterminarse subsiste por sí misma sin encontrar como base otro tipo de relaciones jurídicas que con efecto directo hagan suponer que la declaración unilateral deriva de aquélla. (17)

De acuerdo a lo anterior, la tangibilidad del contrato no queda explicada desde el ángulo privatista, sino que, sobre la base de supremacía jurídica del órgano administrativo manifiesta por sí la facultad reservada a éste, según lo presupone la formalidad normativa que imprime de legalidad al acto declarado.

Ha sido objeto de constante insistencia el que la Administración no puede actuar por su propia autoridad, sino amparándose en la autoridad de la ley (lo que puede extenderse a las demás fuentes del ordenamiento, en la medida en que se produzcan legítimamente), pero ello implica principalmente el que a ese mecanismo se le califique de

(17)Rafael Rojina Villegas, Tomo V, Volumen I, ob. cit.
pág. 435

Proceso de ejecución de la ley (o de la legalidad, de conformidad con lo previsto con anterioridad).

Pero aun siendo objeto de estudio la concreción del contenido del proceso ejecutivo de la ley, hemos de comenzar por precisar el alcance que tienen en el ámbito jurídico del administrado las Reglas Generales de Contratación, como fundamento del acto declarativo por el órgano administrativo en la vida del contrato. La cuestión, desde ese planteamiento se complica con la facultad legislativa de trasladar un poder normativo propio del Ejecutivo Federal a otro organismo que forma parte de éste, según la jerarquía institucional de la Administración Pública Federal.

A fin de determinar en qué sentido el ordenamiento opera para determinar la posición jurídica de la administración y su actuación concreta, o inversamente qué tipo de vinculación alcanza a la administración respecto al ordenamiento que rige el acto, hemos de insistir en que el proceso de producción jurídica es paulatino a partir de la norma fundamental. En la medida en que la administración se inserta necesariamente en una fase de ese proceso no puede actuar más que ejecutando normas antecedentes (tanto cuando ella misma dicta reglamentos como cuando desciende a los últimos grados de la aplicación singular, o aun de los actos ejecutivos de mero hecho). (18)

Así, pues, en los últimos peldaños de la ejecución de la norma está la facultad de un órgano de la administración de interpretar la Ley de Obras Públicas. Esto implica la ejecución de la legalidad por la administración, como una simple particularización en la actuación concreta de los mandatos abstractos de las normas. Pero el carácter vinculante de la normativa expedida con base en el precepto supremo nos hace cuestionar si se puede atribuir directamente una potestad a la administración suficiente para que ésta modifique una situación jurídica previamente determinada por la norma jurídica.

Consideramos al respecto, por nuestra parte, que si en dicha normativa sólo se precisa el contenido de la ley sobre la estructura y cobertura legal de ésta, la administración actuará conforme a las potestades que le han sido previamente atribuidas sin traspasar los límites ceñidos por el ordenamiento jurídico.

(18) Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Tomo I, ob. cit. pág. 254

Si aquella normativa atribuye mayores potestades al órgano administrativo extralimitando las facultades que en forma directa le confiere el sistema normativo, la legalidad del acto es cuestionada en cuanto a su validez y eficacia, por lo cual quedaría expedita la acción para obtener el reparo a los intereses lesionados.

Ahora bien, si las multicitadas Reglas Generales de Contratación, confieren potestades distintas de las que se ha previsto para el ente administrativo y de ellas deriva la declaración unilateral de la administración que incide en la ejecución del contrato, aquella potestad quedará bajo los siguientes contextos: Si ha de comprenderse a dicha normativa dentro de la aceptación que hace el cocontratante de la Administración Pública por ser previamente reconocidas por éste, no hay duda de que dicha FACULTAD (Derecho) queda contractualmente determinada sin que ello implique una extralimitación al ejercicio de lo pactado. Lo anterior dista mucho de lo que hemos de entender cuando lo previsto en las reglas tiene como antecedente una norma jurídica y más aún cuando en aquella normativa quedan insitas potestades eminentemente públicas con un presupuesto jurídico de Derecho Público.

Sobre este último punto, hemos de remitirnos a la técnica propia de la atribución de potestades de la Administración Pública Federal la cual descansa en los siguientes aspectos:

- a) Autoatribución de potestades. Si la Administración pretende iniciar una actuación concreta y no cuenta con potestades previamente atribuidas para ello por la legalidad existente, habrá de comenzar por promover una modificación de esa legalidad, de forma que la misma resulte la habilitación que hasta ese momento faltaba.

Ese mecanismo de la previa innovación normativa para producir la atribución de potestades con las cuales seguidamente podrá actuar, implica necesariamente la autoatribución de potestades concretizadas al momento de emitir la declaración unilateral de la administración.

- b) Autoatribución expresa y poderes inherentes o implícitos: la atribución de potestades a la administración tiene que ser, en primer término expresa. Ahora bien, esta exigencia debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes

o implícitos, que por excepción pueden inferirse por interpretación de las normas más que sobre su texto directo. Sin embargo, este proceso deductivo no legitima por sí mismo ninguna interpretación extensiva, y ni siquiera analógica, de la legalidad como atributiva de poderes a la administración. Se trata simplemente, de hacer coherente el sistema legal que ha de suponerse que responde a un orden de razón y no a un casuismo meramente arbitrario.

De lo anterior concluimos en principio que aquellas potestades propias de la Administración Pública, según lo prevengan las Reglas Generales de Contratación quedan comprendidas dentro de los poderes inherentes o implícitos para el cabal cumplimiento de las funciones públicas de la administración. Sin embargo, de ello podemos sostener que se trata siempre de una acotación de supuestos que no son ellos mismos ilimitados sino simplemente imprecisos en su definición previa, pero necesariamente delimitables en su aplicación concreta mediante la técnica de los conceptos jurídicos imprecisos; así los supuestos son perfectamente delimitables por aplicación del concepto legal a situaciones reales que no encuadran en absoluto bajo el concepto, pero que denotan en su interpretación la limitación a dicha potestad.

Sobre estos argumentos hemos preferido hacer descansar la potestad pública derivada de las citadas Reglas Generales de Contratación cuando aducen facultades determinables por el ordenamiento jurídico y que implican necesariamente una relación directa con el administrado como es el caso del contrato administrativo.

Lo anterior nos hace suponer que objetivamente las potestades públicas son resultado dentro del ámbito que nos ocupa, de aquellas facultades implícitas o inherentes pero en mutua relación con la interpretación administrativa del sistema normativo.

Son de discutible aceptación las extensiones analógicas en adhesión a una exigencia de coherencia legal que, en conjunto logren identificar los poderes inherentes o implícitos de la administración por el ordenamiento, aunque no por el componente escrito del mismo.

Así, queda excluido completamente el orden privatista para explicar aquella parte de las declaraciones unilaterales de la administración, cuando encuentran como base aquella parte extracontractual, pero de interés propio del órgano administrativo como resultado de la norma dispuesta para el caso que nos ocupa.

Hasta aquí objetivamente se ha considerado la disposición de la normativa dictada para el cabal cumplimiento del contrato; sin embargo, queda por examinar el aspecto subjetivo, que de igual manera resulta objetable por el órgano al que se le atribuye directamente la facultad de interpretar una ley y un reglamento, según lo previene la Ley de Obras Públicas.

Visto lo anterior, la Administración Pública cuenta con un medio formal determinado de ejercitar más que sus derechos contractuales, de hacer cumplir los objetivos del contrato como resultado del interés público como imprescindible en el cometido administrativo. Así, la potestad pública del órgano no resulta propiamente del contrato, sino de la posición jurídica general y particular por la propia norma positiva, que imprime al acto un sentido superior al contractual; por ello se habla de que el acto es resultado de la decisión unilateral en un plano extracontractual.

En este orden de ideas, es característica insita del contrato administrativo la decisión unilateral de la administración, en mérito de la cual puede intervenir en la ejecución del contrato. Esa intervención por parte de la administración comporta la existencia de determinados poderes de la misma que habrán de aplicarse a la ejecución, en aras del cumplimiento del contrato. En los poderes a los que podríamos referirnos en principio, están el de control y dirección del contrato y posteriormente las sanciones que pudieran ser impuestas como resultado de su ejecución defectuosa y por último, hemos de aludir a las modificaciones que sufra dicho documento. (19)

Antes de continuar con el contenido y objeto de toda declaración unilateral de la administración, nos hemos de referir brevemente al acto de declaración administrativa como resultado de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.

(19) Manuel María Díez, MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo I ob. cit. pág. 310

Esto nos hace suponer que son aplicables a todas las formas jurídicas del obrar administrativo las reglas del procedimiento y no sólo al acto administrativo, como tradicionalmente se ha hecho, por ello comprende tanto la etapa constitutiva (de preparación y formación), como la etapa impugnativa (recursiva o reclamativa según lo prevenga la ley). Así ha de nacer el acto por el cual la administración declara unilateralmente su voluntad trascendiendo a la esfera jurídica del cocontratante. (20)

El objeto del acto declarativo es la materia o contenido sobre lo que se decide, certifica, valora u opina. El objeto debe ser cierto, claro, preciso y posible física y jurídicamente. Así, la voluntad administrativa es el resultado del concurso de elementos subjetivos y objetivos que preceden y concurren a la declaración, de tal manera que la voluntad del acto a declarar está compuesta de la voluntad subjetiva y la voluntad objetiva del legislador según se ha previsto.

En virtud de lo anterior, los vicios de la voluntad pueden aparecer tanto en la misma declaración, como en la voluntad psíquica del funcionario que produjo la misma declaración (subjetivamente). (21)

Según se prevenga en el contrato administrativo, deben cumplirse para la emisión del acto los procedimientos esenciales y sustanciales previstos por el ordenamiento jurídico y los que resulten implícitos del mismo. Se consideran esenciales en principio los dictámenes, la motivación y la notificación del acto por el cual la administración deberá unilateralmente decidir la procedencia de aquél.

Como efecto de las potestades administrativas, quedan dentro de la observancia legal en la formación y declaración del acto que incide en la modificación del contrato, el dictamen emitido por el ente público, el cual deberá estar sujeto por lo que al contenido se refiere, a lo siguiente: 1) descripción sucinta de las cuestiones objeto del dictamen; 2) relación objetiva de los antecedentes que sirvan como elementos de juicio para resolver la cuestión planteada; y 3) decisión concreta fundada y motivada en las normas jurídicas o técnicas aplicables a la situación planteada, o en su caso, las consideraciones sobre la oportunidad y conveniencia del acto.

(20) José Roberto Dromi, ob. cit. pág. 138

(21) Lot. cit.

No obstante las formalidades a las que debe atenerse el acto de declaración de la voluntad administrativa, esta queda prevista en el marco legal como resultado de la determinación objetiva que fija la alteración sustancial del contrato, la cual incide directamente en el cumplimiento de los intereses concretos que persigue el órgano administrativo a través de la celebración del acto contractual.

Sin embargo, esa declaración unilateral de voluntad no implica necesariamente el que ésta se forme y emita bajo las mismas bases legales que para el caso ha previsto previamente el ordenamiento jurídico, sino que por el contrario, ha de quedar libre de los medios formales de declaración unilateral de voluntad; ello no implica necesariamente la negociabilidad del acto por parte del contratista y órgano administrativo, en sentido inverso a la estricta formalidad: el agente administrativo queda implícitamente facultado para elegir los medios de observancia en el momento de formar y emitir el acto si la norma jurídica no ha determinado en forma reglada dicho acontecimiento. (22)

Ha de ser objeto de distinción el que ambos tipos de actos declarativos, según sean formales o no formales, deben quedar confiados a los principios rectores que limitan los alcances de la formalidad, en virtud de que esos principios forman parte de la norma suprema cuya observancia resulta incuestionable, aun cuando la norma secundaria no lo prevea determinadamente; verbigracia la garantía de audiencia.

Como resultado de la declaración unilateral de voluntad de la Administración Pública Federal, el contratista no queda ante una nueva situación jurídica, en tanto el acto declarativo no modifique directa y substancialmente la relación especial de sujeción en la que se encuentra el cocontratante en relación al órgano administrativo. Por ello, el acto en sí no sufre alteración sino en la medida en que dicho acto sólo incide directamente en el cumplimiento del contrato por parte del contratista.

Ambas partes guardan la misma situación en que se encontraba al momento de nacer el acto, por lo cual éste es substancialmente el mismo. A diferencia de que el acto declarativo determinará una nueva situación jurídica del cocontratante en base a nuevas consideraciones ya de hecho o de derecho según se prevenga.

En este último supuesto preferimos referirnos al acto con carácter de decisión que al acto meramente declarativo, por consignar en sí y por sí mismo la modificación sustancial de la situación jurídica derivada del acto contractual. Es decir, aquél es la especie del acto declarativo de la Administración Pública, por lo que aun cuando se comprenden mutuamente quedan bajo dos órdenes diferentes en cuanto a los efectos se refiere. (23)

En virtud de lo anterior, la administración actúa en los contratos administrativos con poder público en vista de un fin de interés público; por así considerarlo el ordenamiento jurídico, el contratista no puede por el estado de subordinación jurídica en que se halla con motivo del contrato, oponerle reparo alguno que frustre las decisiones que tome. Al igual que contra cualquier decisión administrativa, lo único que puede hacer es interponer los recursos que la norma jurídica vigente le conceda. (24)

Ahora bien, esa decisión, que viene a constituir un acto del ente público, goza de las propiedades de los actos administrativos en cuanto a la presunción de legitimidad que los acompaña y del privilegio de ejecutividad inherente al acto. Es aquí donde se manifiesta de nueva cuenta el estado de subordinación jurídica en que se halla el cocontratante en el contrato de obra pública.

I.4 Resoluciones Administrativas emitidas por Autoridades

(23) Sobre este punto nos remitimos a la obra de Jorge Héctor Escola, TRATADO TEORICO PRACTICO DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS (Ediciones Depalma, Buenos Aires 1967, pag. 121), que al respecto señala que el acto decisorio de una situación determinada se perfecciona cuando se reúnen todas las condiciones y elementos que dan lugar a su ejecución inmediata, cualquiera que sea la forma en que éste comience a tener lugar consagrados así, de modo general, el principio de que siempre debe coincidir el perfeccionamiento y eficacia del acto. La mismo ocurre cuando el acto incluye un término o una condición que suspende o dilata el cumplimiento de sus efectos.

(24) Miguel A. Bercaitz, ob. cit. pág. 361

Independientemente del acto administrativo en cuanto al carácter determinativo de situaciones jurídicas del súbdito en relación con la propia Administración Pública, hemos de atenernos en este apartado a la precisión de las resoluciones emitidas por autoridades administrativas, incluyendo las interpretaciones o consultas que al efecto se emitan para señalar el cauce normativo en el cumplimiento del contrato.

En principio ha de reiterarse lo preceptuado por la norma en cuanto a la potestad pública del órgano administrativo; de ahí dependerá el que esa potestad sea suficiente para que la resolución que se emita como resultado del ejercicio de aquélla incida en la esfera jurídica particular del cocontratante, modificando la situación subjetiva de éste, tal y como lo precisaría el ordenamiento legal.

El ámbito de la situación objetiva en la cual incide directamente la potestad pública queda en primer lugar aquella potestad para la formación y emisión de la resolución, quedando en segundo orden el alcance de esa resolución en el ámbito personal del administrado o contratante. De ahí podemos partir para precisar nuestro objetivo en cuanto a las facultades conferidas al órgano administrativo para interpretar y emitir opiniones con carácter definitivo.

De acuerdo al artículo sexto segundo párrafo de la Ley de Obras Públicas queda facultada la Secretaría de Programación y Presupuesto para interpretar las disposiciones de la ley, para efectos meramente administrativos. Ello supone que dicha Dependencia de la Administración Pública Federal cuenta con facultades limitadas para la interpretación de un ordenamiento jurídico con consecuencias propias para la administración. Así, ha de preverse que para efectos administrativos queda como vínculo obligatorio de éste, dentro de la jerarquía institucional de la Administración Pública.

Como potestad pública de ese órgano queda cedida al acto interpretativo para efectos meramente administrativos, lo cual permite confirmar el criterio que hasta aquí hemos reiterado en cuanto a que las Reglas Generales de Contratación son producto de la potestad normativa de carácter interpretativo, con la obligación de ser observadas por los órganos de la Administración Pública Federal.

Ha de quedar confirmado el carácter interpretativo de las Reglas Generales de Contratación en cuanto determinan las

bases sobre las cuales se fija la ejecución del contrato. Pero, según lo prevé la misma ley, el alcance es puramente interno, por lo cual no puede trascender ni directa ni indirectamente al ámbito particular.

De acuerdo a lo anterior, hemos de entender que la facultad conferida a la Dependencia de la Administración Pública queda bajo la posición de una circular en la que coinciden como elementos de determinación, la de ser expedida por los superiores jerárquicos en la esfera administrativa. Sin embargo, nos encontramos como principal obstáculo, al que dentro de la organización institucional de la administración están los órganos que guardan una relación jerárquica, por lo cual sí resulta previsible el que la observancia de la circular sea obligatoria para el órgano inmediato inferior, no lo será para otro ente no sujeto a dicha relación.

En virtud de lo antes expuesto, no asiste obligación alguna para que un órgano de la Administración Pública Paraestatal quede en estricta sujeción a dicha normativa interpretativa por parte de una Dependencia de la Administración Pública Centralizada, según queda precisado por la Organización Administrativa. (25)

A pesar de que el criterio sostenido por la corte no goza del todo aceptación, en virtud de que las circulares no pueden comprenderse como actos administrativos; las Reglas Generales de Contratación quedan al margen de considerarlas como circulares en cuanto al ámbito de aplicación. La Entidad Paraestatal no guarda ningún tipo de relación jerárquica con la Dependencia de la Administración Centralizada.

(25) Es objeto de confirmación, según lo que hemos aseverado el criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia 1212 CIRCULARES. NO TIENE CARACTER DE DISPOSICIONES LEGISLATIVAS. Dada la naturaleza de las circulares, debe entenderse que las mismas constituyen meros actos administrativos tendientes a complementar la ley, pues contienen exclusivamente explicaciones enderezadas a orientar a los funcionarios de la administración y por ello no tienen ni pueden tener el carácter de disposiciones legislativas, ya que se trata de un instructivo u opinión de los superiores jerárquicos administrativos, por lo que se puede afirmar que las Salas del Tribunal Fiscal de la Federación no carecen de competencia para conocer de los casos en que sean impugnadas.

Por otro lado queda por precisar si dichas disposiciones de carácter interpretativo pueden originar una situación especial de sujeción con motivo del acto que con base en aquéllas emita el órgano administrativo. Sobre el particular la Ley de Obras Públicas presupone los efectos administrativos en lo que queda confiada la vigencia de las multicitadas reglas, motivo por el cual su limitación se encuentra prevista por el propio ordenamiento jurídico.

No obstante la situación totalmente ajena entre las resoluciones administrativas emitidas por autoridades administrativas, así como demás disposiciones de carácter interpretativo y las circulares, no podemos soslayar los recientes criterios sostenidos por el Tribunal Fiscal de la Federación que han originado una verdadera mutación al concepto original que se tenía de las circulares, y que de alguna manera podrían justificar tanto la facultad interpretativa como la de la emisión de las citadas Reglas Generales de Contratación.

CIRCULARES. Deben clasificarse en dos términos diversos comprendiéndose en uno, regla general, las que consignan instrucciones de los superiores jerárquicos en la esfera administrativa, a los inferiores, acerca del régimen interior de las oficinas, de su funcionamiento con relación al público, o de aclaraciones para debida inteligencia de las disposiciones legales ya existentes, mediante las cuales no se pueden establecer derechos ni imponer restricciones al ejercicio de ellos; y en el otro término quedan incluidas las que tienen el carácter de disposiciones de observancia general, siendo verdaderamente normas reglamentarias de las leyes, que están supeditadas en cuanto a su validez a las circunstancias de que deben concretarse a proveer a la ejecución de precepto de la ley, sin contradecir disposición alguna de jerarquía superior ni invadir una materia reservada a la ley en el sentido formal, y emanar de la autoridad que tenga competencia para ejecutar las normas que reglamenta, siendo necesario para su eficacia que sean disposiciones de carácter general que se hayan publicado en el Diario Oficial de la Federación.

Resolución del Pleno de 8 de febrero de 1938
Resoluciones contradictorias en los Juicios 4126/937 y
4547/937
Tesis del Pleno 1937 a 1948

El carácter que le atribuyen a las circulares corresponde a dos sentidos concretamente opuestos, por un lado quedan aquellas disposiciones instruidas para la esfera administrativa, por otro lado las de carácter obligatorio para el súbdito, en el cumplimiento del ordenamiento legal.

Aun cuando resulta discutible el valor que una circular tenga para obligar directamente a un particular, cuando aquella implica situaciones ajenas a las previstas por la norma jurídica, hemos de reiterar los criterios sostenidos en materia fiscal por el Tribunal Fiscal de la Federación.

No obstante lo anterior, a pesar de lo viable que resulta el remitirnos al segundo orden de lo que nos referimos para explicar a la circular, preferimos abstenernos de ello, por lo discutible que resulta. Ante ello, ha de comprenderse que las Reglas Generales de Contratación quedan excluidas de lo que hasta ahora hemos considerado para explicar a las circulares.

En virtud de lo anterior la obligación que deriva de dichas disposiciones es motivo de un análisis contractual si nos atenemos con exclusividad al fin y objetivo de las Reglas Generales de Contratación, es decir, la aceptación previa que el cocontratante de la Administración Pública Federal realiza al formular el documento contractual, de tal manera que la obligación prevista en esa disposición adquiere relevancia cuando es objeto del contrato.

Pero para efectos administrativos es objetivamente obligatoria por así disponerlo expresamente la norma jurídica. Sin embargo, cuando de esa disposición se tratan de desprender situaciones que por sí modifican la situación jurídica que guardan las partes en el contrato, y toda vez que es de observancia obligatoria en la conducción de la acción administrativa, debe ésta quedar sujeta no sólo a ese régimen, sino que por principio de legalidad deben acatarse los principios propios que en forma general se prevén, para la emisión de aquellos actos administrativos sustancialmente inherentes a la función pública del órgano administrativo.

Por otra parte, las resoluciones emitidas por autoridades administrativas quedarán bajo la misma posición que las Reglas Generales de Contratación siempre y cuando con dicha resolución se modifiquen aquellas situaciones propias del contrato; asimismo han de comprenderse bajo este orden las interpretaciones concretas que sean el fundamento para lograr aquella alteración contractual.

II ASPECTOS JURIDICOS DE LAS OBLIGACIONES Y DE LOS DERECHOS EN EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA.

II.1 El Principio de lex inter partes en el Contrato Administrativo de Obra Pública.

En la teoría de la voluntad descansa la exaltación de la soberana voluntad creadora de relaciones jurídicas. Ello implica el que esa voluntad sólo debe limitarse por motivos imperiosos de orden público, pero que deben reducirse al mínimo porque los intereses privados libremente discutidos concuerdan con el bien público tutelado por el ordenamiento jurídico; así ninguna injusticia puede nacer del contrato, toda vez que las obligaciones se asumen libremente con efectos meramente jurídicos.

Contra el predominio de esa teoría formulada en términos tan absolutos, cabe precisar el alcance legal que la norma le da al contrato para producir efecto por motivos eminentemente sociales (1) a diferencia de aquella, el ordenamiento jurídico puede regular sobre bases estrictamente normativas al acto contractual. Así, el contrato de obra pública queda bajo la previsión de la Ley de Obras Públicas por ser un acto de interés público.

En los contratos de la administración, la máxima lex inter partes es consecuencia directa de aquello que la voluntad contractual es suficiente para producir efectos jurídicos, según la disposición normativa, lo cual no implica necesariamente el que ante una limitación en la autonomía de la voluntad quede al margen esa máxima: como principio contractual es irrefutable en la existencia del contrato. Es

- (1) Sobre éste punto nos remitimos a la obra de Ramón Sánchez Meda, ob. cit. pag. 10, que al respecto señala que la autonomía de voluntad, evoca hoy a los excesos a que se le dejó llegar durante el auge del liberalismo y del individualismo, no por ello puede afirmarse que las frecuentes limitaciones sociales a la libertad de contratar y a la libertad contractual, han hecho desaparecer ese poder de autodeterminación de la persona, al cual suele llamarse en nuestros días la autonomía privada, que implica tanto el poder contractual como al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos.

decir, prevalece aquella en el acto contractual dentro de los límites que la norma jurídica prevé tanto en el ámbito del cocontratante como en el de la administración.

Por otra parte, hemos de referirnos a lo que por el momento se reconoce por autonomía privada, en la cual queda comprendido aquel poder complejo de la persona para el ejercicio de sus facultades dentro del ámbito de las libertades que le pertenecen, como sujeto de derecho y el cual podrá ejercer por las referidas facultades o derechos subjetivos, o bien para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto a la actuación en la vida social. Así, bajo aquél aspecto quedan comprendidas situaciones privadas, mismas que son objeto de una concreción particular por el acto contractual.

De acuerdo a lo anterior, el cumplimiento de los derechos y obligaciones contractuales descansa en aquella parte negocial en la cual tanto el contratista como la Administración Pública Federal, han dispuesto y de la cual incide directamente la norma administrativa que regule al acto. Ante ello, esos derechos y obligaciones son resultado de la alteridad en la que se encuentran ambas partes con motivo del contrato, pero la situación subjetiva no es motivo de variación si la norma objetiva no prevé una modificación sustancial en tal evento, de manera que se experimente con ello un cambio de situaciones.

Así, los derechos y obligaciones contractuales inherentes al objeto del contrato se encuentran en mutua correlatividad, en tanto correspondan a la disponibilidad por las partes para el cumplimiento de éste, es decir, bajo la exigibilidad del derecho que tiene una de la partes frente a la obligación de la otra; existe lo que por principio hemos de precisar como efecto jurídico, el cual prevé que ante el incumplimiento por uno de los contratantes el otro queda eximido del cumplimiento a su obligación o en su caso, a lo dispuesto contractualmente. Así cabe la exceptio non adimpleti contractus, cuando el objeto del derecho por el cual se opone dicha excepción no se contrapone a lo previsto por el ordenamiento jurídico siendo consecuencia de la disponibilidad contractual. (2)

(2) Miguel Angel Bercaitz, ob. cit. pag. 441

De acuerdo con lo anterior, en los contratos de la administración se plantea la posibilidad de que se viertan aspectos eminentemente contractuales, ello no implica una renuncia por parte de la Administración Pública de servirse de la superioridad del interés público sobre los intereses privados, renunciando así a su posición de supremacía y sometiéndose voluntariamente al ordenamiento privado en posición de paridad jurídica con los particulares (3); por el contrario, sobre el mismo acto contractual incide el interés público, lo cual implica el que el ordenamiento jurídico admita que sobre el contrato sean consideradas cuestiones en el que las partes pueden disponer, sin que ello represente en forma absoluta que la Administración Pública ha quedado sobre el contrato en una posición de igualdad jurídica.

Dentro de las potestades propias de la Administración Pública existe el poder de exigir a su cocontratante el cumplimiento del acto tal y como fue estipulado en dicho documento, pero, por lo mismo queda como potestad, más allá de un derecho contractual en cuanto existe la posibilidad de verse afectados los intereses públicos como consecuencia de la previsión normativa.

Se trata por tanto de una posición jurídica soberana de la Entidad que emplea, aunque sea dentro de límites bien concretos o precisos el poder de imperio del Estado; sin embargo, hemos de aclarar que no sólo por el fin al que queda ceñida la actividad que busca aquel objetivo, sino por la función que por sí misma se comprende en el régimen jurídico que consigna el acto objeto de este estudio.

El concepto de potestad se perfila a través de su contraste dialéctico con el derecho. Ambas figuras son especies del género poderes jurídicos, en sentido amplio, esto es, facultades de querer y de obrar conferidas por el ordenamiento a los sujetos. El derecho se caracteriza por tener su origen en una relación jurídica concreta, recaer sobre un objeto específico y determinado, consistir en una pretensión concreta y corresponder con un deber atribuible a un sujeto pasivo, que es, en este sentido un sujeto obligado.

Frente a la potestad nadie está en una situación de deber y obligación, sino en la abstracta sujeción que vincula a soportar los efectos jurídicos que dimanen del ejercicio de las potestades y su eventual incidencia sobre la propia esfera jurídica; sometidos o vinculados a esa sujeción pueden

(3) Renato Alessi, ob. cit. pag. 223

encontrarse sujetos indeterminados si se trata de una relación general de sujeción, o por el contrario sujetos determinados, la relación será de especial sujeción.

Así explicando el mecanismo de las potestades, conviene insistir en su origen directo en el ordenamiento y no en actos jurídicos determinados. La potestad es siempre una derivación de un status legal, por lo cual resulta inexcusable una norma previa que, además de configurarla, la atribuye en concreto.

La función es el poder concebido en relación con la realización de determinados intereses, mismos que resultan ser precisos o imprecisos. Bajo el primer orden, la administración no cuenta con potestades para valorar en orden a la oportunidad o mérito para actuar o no, por lo que su actividad es reglada según se ha previsto. Por el contrario, para el caso de referirnos a intereses imprecisos, a la administración le queda la potestad de valorar la oportunidad de actuar o no, potestad que es, más o menos amplia según la conveniencia del acto.

Para efectos de comprender los objetivos de este apartado, es necesario que se prevea dentro de los agentes jurídicos directos la determinación precisa del interés público, toda vez que en la vida del contrato el órgano administrativo actúa con las facultades conferidas por la norma jurídica, así la legalidad del actuar administrativo tiene como efecto la subordinación del cocontratante a dicho órgano.

No obstante lo anterior, el acto concreto de derecho público incide en la vida del contrato, siendo objetivamente suficiente para modificar la situación contractual según lo determine la ley. Así, resulta que dicha potestad queda en un plano extracontractual por derivar de una regla jurídica de derecho público.

Ante tal situación no podremos referirnos propiamente a una obligación sino a una sujeción especial, concreta y particular por parte del cocontratante de la Administración Pública Federal, lo que implica que ambas partes se encuentran ante una nueva posición, completamente distinta de la convención privada. Los efectos de esa sujeción necesariamente hacen alusión al efecto de la decisión, que implica en principio la unilateralidad e imperatividad del acto producto de una disposición de derecho público.

Lo anterior, dista mucho de aquella obligación reglada por disposiciones de carácter administrativo con efectos internos, propios de los órganos administrativos y que por un acto de mero reconocimiento contractual resultan relevantes en este plano.

Ahora bien, no debe ser objeto de confusión en los contratos de la administración la previsión de la sujeción especial con aquella obligación que resulta de la naturaleza eminentemente convencional de derecho privado, toda vez que los efectos alcanzados por cada uno de esos elementos no hacen suponer la evidente distinción de la competencia jurisdiccional.

En virtud de lo antes expuesto, el contrato administrativo es ley para las partes y las obliga en todo aquello que como fin incida el interés público. Las partes, tanto la Administración Pública como su cocontratante deben someterse y respetar en sus términos las estipulaciones hechas en esos actos y en la norma que lo rige.

Pero la diferencia entre unos y otros, en este aspecto, reside en principio en que el contrato administrativo no goza de la inmutabilidad e inflexibilidad rigurosa propia de la convención privada con la administración, sino que admite la mutabilidad cuando lo impone el interés público que constituye la finalidad del contrato. (4)

Por otra parte, resulta factible precisar los efectos de la indudable adhesión que el contratista manifiesta a las condiciones fijadas previa y libremente por la propia administración en los llamados contratos de la administración; sin embargo, ello nos permite señalar que el contrato comprende en el apartado de su clausulado la determinación reglada o discrecional del acto, ello como consecuencia de las potestades administrativas a las que ya nos hemos referido con anterioridad, y de las cuales resulta irrelevante su mención en dicho documento pues constituye lo que a tal fin ha previsto la norma jurídica. (5)

Así, el carácter de la obligación en el contrato administrativo representa el reconocimiento por el cocontratante de la Administración Pública de toda aquella norma que para efectos administrativos se ha dispuesto, y que

-
- (4) Jorge Héctor Escola, TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, ob. cit. pag. 374.
 (5) Fernando Garrido Falla, Vol. II, ob. cit. pag. 78

por la obligatoriedad que reporta en el ámbito interno necesita del reconocimiento particular si es que pretende incidir en el contrato.

Sobre las llamadas cláusulas exorbitantes del contrato administrativo quedan previstas todas aquellas prerrogativas que se reserva la Administración Pública en aras de la ejecución del contrato, de tal manera que quedan implicadas con exclusividad aquellas potestades indicadas en el contrato ya sea directa o indirectamente por la norma jurídica, por lo cual están al margen aquellos agentes externos indirectos que inciden en la vida del contrato, como el Hecho de Principio o la Teoría de la Imprevisión.

Sin embargo, tal y como lo hemos precisado, sujeción es el término correlativo al de potestad y por ello, según lo hemos anticipado, la sujeción supone sólo la eventualidad de soportar los efectos de una potestad sobre el propio ámbito jurídico, pero una vez que la potestad es ejercida surgen otras situaciones jurídicas subjetivas, como derechos, deberes, obligaciones, distintas de la indicada sujeción. Así por ejemplo, el contratista está sometido al suscribir el contrato a la potestad de control por parte del órgano, pero una vez que se ha emitido el acto rescisorio como efecto de la verificación en el cumplimiento del contrato, incide concretamente el acto en la esfera jurídica de aquel, en una u otra de esas distintas situaciones jurídicas. (6)

II.2 Las Potestades de la Administración Pública Federal en la Ejecución del Contrato Administrativo de Obra Pública.

El principio de legalidad de la Administración como resultado de la cobertura legal de toda la actuación administrativa, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, la legalidad otorga facultades de actuación definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la administración para su acción confiriéndole el efecto potestativo jurídico. Según ya hemos anticipado, toda acción administrativa se nos presenta como el ejercicio de un poder

(6) Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Tomo II, ob. cit. pag. 30

atribuido previamente por la ley y por ella es delimitado y construido.

Para comprender ese mecanismo, hemos de fijar nuestra atención en el concepto de potestad, mismo que figura como género de un poder jurídico en sentido amplio, esto es facultad de querer y de obrar por disposición del ordenamiento jurídico.

Frente a la potestad pública no hay un sujeto obligado, sino una situación pasiva de inercia, que implica un sometimiento a los efectos que la potestad puede crear en su ejercicio. No obstante la distinción entre potestades de supremacía general o de supremacía especial, hemos de atenernos para los objetivos de este trabajo a las segundas, las cuales sólo son ejercitables sobre quienes están en una situación determinada de sumisión derivada de un título concreto; es decir, en el acto contractual el contratista se encuentra en una relación de sujeción respecto del órgano administrativo, lo cual implica necesariamente el deber estricto de ceñirse a los mandatos públicos, pero reporta tal deber, los efectos jurídicos que dimanen del ejercicio de dichas potestades y su incidencia sobre la propia esfera jurídica del contratista. (7)

Como consecuencia de ese origen legal y no negocial, las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente porque son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del Derecho objetivo supraordenado al mismo. El titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla; en fin, las potestades son inagotables e idénticas a través de su ejercicio, que más que consumirlas las confirman. Son también insusceptibles de modificación por el titular, sólo la ley en que tienen su origen puede alterarlas o extinguirlas.

La legalidad define la acción administrativa, misma que es producto del ejercicio de tales potestades las cuales como tales crearán, modificarán, extinguirán, protegerán o ejercerán relaciones jurídicas concretas. De lo anterior queda como clasificación doctrinaria aquella que distingue a las potestades en innovativas y conservativas.

Las primeras consisten en la posibilidad de crear, modificar o extinguir situaciones o relaciones jurídicas concretas; las segundas se ordenan a conservar, tutelar

(7) Ibidem, pag. 260

situaciones jurídicas preexistentes sin modificarlas o extinguirlas.

En virtud de lo antes expuesto, hemos de referirnos a las potestades administrativas previstas en el contrato de obra pública, mismas que quedan comprendidas en la clasificación que con antelación ha sido precisada.

- A) LA POTESTAD DE DIRECCIÓN Y CONTROL: Como consecuencia de la situación en la que se encuentran las partes en el contrato de obra pública, es la de que en este tipo de contratos la Administración Pública tiene facultades de dirección y control sobre la forma y modo como dicho cocontratante cumple las obligaciones a su cargo. (8)

En palabras de Miguel A. Bercaitz, la administración no puede desentenderse con respecto a la forma en que su colaborador, a quien mueve únicamente un interés privado cumpla con la ejecución de la obra, por ello asume la administración en la ejecución del contrato para salvaguardar el interés público comprometido un papel dinámico, que se traduce en un poder, más que un derecho de control y dirección.

Existe por lo tanto, aún en caso de silencio del contrato y aún a pesar de cualquier cláusula que establezca lo contrario, una potestad irrenunciable e indisponible por las partes; por eso, el cocontratante debe cumplir las órdenes que le imparta la Administración Pública relativas al modo en que ejecutará las prestaciones que el contrato le impone, aún cuando introduzca modificaciones en lo convenido, quedándole siempre a salvo el derecho a ejercer las acciones que correspondan en defensa de sus intereses. (9)

A efecto de fijar los objetivos de la potestad de control por parte del órgano administrativo en la ejecución del contrato, hemos de precisar que ésta queda comprendida sobre la función esencial de

(8) Jorge Héctor Escola, TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Tomo I, ob. cit. pag. 387

(9) Miguel A. Bercaitz, ob. cit. pag. 367

mantener la juridicidad de la actividad administrativa, misma que se involucra en la vida del contrato por consecuencia directa de la comparecencia de la Administración Pública en la formulación del contrato, así como por los fines del acto, según lo previene la norma positiva.

No obstante lo anterior, la potestad controladora del acto contractual tiene un fin directo que incide no sólo en obtener la seguridad del principio de legalidad que mira a la acción administrativa, sino el control del acto en la ejecución de este por el cocontratante de la Administración Pública. Es decir, resulta inminente el fin público al que se refiere el cumplimiento del contrato de obra pública, por lo cual el control, más que limitado a la observancia normativa en el cumplimiento obligatorio del acto por parte del contratista, queda bajo cuatro fases o aspectos distintos de la actividad del cocontratante. Por ello el poder de control versa sobre dichos aspectos, a saber:

- 1) Un aspecto material, en el cual se precisa y determina si éste cumple con los actos o ejecuta los hechos que constituyen las prestaciones a su cargo, es decir, si ejecuta debidamente el contrato.
- 2) Un aspecto técnico, por el cual se determina si la ejecución del contrato se lleva a cabo con todos los requisitos de ese tipo que debían observarse, es decir, siguiendo los planos aprobados, las especificaciones que integraron los pliegos de condiciones, las calidades exigidas en los materiales empleados, la ejecución conforme a las reglas del arte, etc.
- 3) Un aspecto financiero; a través de éste se verifica el respeto de las inversiones, la formalización de las adquisiciones y acopios en la forma debida, etc.
- 4) Un aspecto legal, a fin de precisar si se respetan las condiciones jurídicas impuestas por el ordenamiento jurídico para la ejecución

del contrato, así como lo previsible por las partes para tal cometido. (10)

En virtud de lo anterior, la potestad de la Administración Pública de dirigir y controlar la ejecución del contrato de obra pública dista mucho del derecho del cual puede servirse o de un derecho que surja para ella de lo terminantemente acordado con su cocontratante. Es un verdadero poder público inherente, puesto que el acto tiene un fin previsto en los intereses administrativos y un objetivo para la ejecución del acto según queda determinado por la norma positiva.

De igual manera hemos de referirnos a la potestad de dirección del contrato por la Administración Pública. La dirección, a diferencia del control, queda en el acto previo a ser ejecutado por el cocontratante; el control del acto se reduce según lo hemos señalado, al momento mismo de la ejecución o como efecto de éste y que se contempla por lo regular como verificación del control.

Tanto la potestad de control como de dirección pueden producir consecuencias jurídicas que trasciendan en el cumplimiento del contrato, de tal modo que puede modificar las situaciones jurídicas de la parte contratante. Por ello, los derechos y obligaciones contractuales serán susceptibles de alteración cuando en el cumplimiento del contrato se vean afectados los intereses concretos de carácter administrativos.

- B) LA POTESTAD DE MUTABILIDAD DEL CONTRATO. El contrato de obra pública presenta la singularidad de que en él, se prevé el ius variandi o poder de modificación unilateral del contrato; sin embargo, esa potestad queda limitada al objeto del acto, por lo cual el límite de dicho poder está en el fin del contrato y en el presupuesto normativo de la ley.

A diferencia de lo anterior, es conocido en el derecho privado el principio clásico "pacta sunt servanda", mismo que revela la inmutabilidad de las

(10) Jorge Héctor Escola, TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Tomo I, ob. cit. pag. 383.

convenciones y que se mantiene como norma general fundamental, de tal modo que lo que se ha pactado debe cumplirse ineludiblemente y debe cumplirse tal como fue convenido, ya que lo que el mutuus consensus ha establecido, sólo el mutuus disensus puede modificar, puesto que ninguno de los contratantes puede unilateralmente alterar el contrato. (11)

El principio de inmutabilidad del derecho privado pierde su trascendencia en el campo administrativo para dar inicio a un principio opuesto, que es precisamente el de la mutabilidad de las relaciones contractuales administrativas, lo que significa la quiebra en el derecho público, de una estricta y rigurosa aplicación de la regla pacta sunt servanda.

Dicha potestad, al igual que las otras, resulta de la necesaria atención del interés público confiado a la Administración Pública y la cual obtiene la colaboración de su cocontratante.

Por su parte, el tratadista argentino Miguel S. Marienhoff, sostiene que la facultad de modificación de los contratos administrativos es insita a estos, de modo que no necesita cláusula que lo contemple, y que si existe es únicamente para regular las condiciones del ejercicio de tal prerrogativa, como potestad y no como derecho, tal atribución es irrenunciable, en tal orden de ideas constituye una cláusula exorbitante del derecho común. (12)

Pero la mutabilidad del contrato no es consecuencia del mismo, sino resulta del carácter administrativo del acto y sobre todo de la facultad conferida directamente por el ordenamiento jurídico. No obstante, esa potestad de modificar un contrato no es ilimitada; al contrario, tiene sus límites y sus equivalentes consecuencias. Si así no fuere, quedaría desvirtuada la noción misma del contrato. Por eso, con acierto se contempla como principios que limitan dicha potestad los siguientes: 1) La necesidad de mantener el equilibrio financiero en

(11) *Ibidem*, pag. 392

(12) Miguel S. Marienhoff, Tomo III-A, ob. cit. pag. 395

favor del cocontratante; 2) La ineludible obligación estatal de respetar las garantías constitucionales que pudieran resultar afectadas por la modificación introducida; 3) El mantener los fines y objetivos esenciales por los cuales fue concertado dicho acto; 4) La finalidad de que dicha modificación debe ser cierta, legal, suficiente para el cumplimiento del contrato sin que implique la desviación de poder para fines totalmente distintos. (13)

De acuerdo a lo anterior, tales modificaciones aún las limitaciones impuestas, tienen como resultado el aumentar o reducir la extensión y la calidad de las prestaciones que el contrato administrativo impone al cocontratante, para ajustarlo a las fluctuaciones que el tiempo y la técnica exigen, en aras de satisfacer de la mejor manera el interés público al que está destinado el acto.

Así, implican modificaciones directas aquellas que van al encuentro del contrato o de alguna de sus disposiciones, sea que incidan en el aumento o disminución de las obligaciones y derechos de las partes, sea que tengan por no ciertos los compromisos contraídos, o bien, que transformen el modo de ejecución del contrato. Cualquiera que sea la causa, deberá mantenerse el equilibrio contractual como resultado de las prestaciones que mutuamente se deben las partes.

A diferencia de esas modificaciones directas nos encontramos con las indirectas, que no inciden terminantemente en las prestaciones, sino en actos de segundo orden que imperan en el modo de ejecutar el contrato, pero que no afectan derechos u obligaciones directamente sino que hacen variar la ejecución, de tal manera que la consecuencia de esto sería el hacerla más difícil, menos remuneratoria o en su caso más onerosa.

En ambos casos, pueden resultar afectados los intereses particulares del cocontratante de la Administración, lo cual no impediría el ejercicio de las acciones contenciosas para impugnar el acto que dio como resultado dicha modificación.

(13) *Ibidem*, pag. 403

- c) LA POTESTAD SANCIONADORA. En relación con el poder de control y dirección que tiene la Administración Pública en la ejecución del trabajo, está la potestad de sanción que también posee y que constituye otra manifestación del estado de subordinación que crea el contrato administrativo para el cocontratante.

La presencia en el Contrato Administrativo de cláusulas que prevean ciertas facultades contractuales y las sanciones que ante su comisión deban aplicarse, no implica la exclusión de la potestad de la Administración para reprimir otras facultades, además de las previstas, ni menos aún la de alterar las sanciones establecidas para aquellas faltas si se estimare que no son adecuadas para asegurar el cumplimiento correcto del contrato. Las sanciones previstas en el acuerdo contractual no son ni excluyentes ni limitativas, toda vez que éstas no pueden coartar el ejercicio de la potestad sancionatoria.

Ahora bien, como ya se ha indicado, por su propia naturaleza la potestad sancionadora no exige para su aplicación el que esté pactada, sino que se hace efectiva en distintas formas que la doctrina clasifica en: a) Pecuniarias; b) Coercitivas; c) Represivas; d) Suspensivas. (14)

Las sanciones pecuniarias revisten dos modalidades distintas: la de sanciones predeterminadas en el documento contractual, o bien la que se determina para la reparación de los daños y perjuicios causados, es decir la indemnización; ésta reporta un reparo patrimonial a la administración, la cual es objeto de determinación por la propia administración bajo la estricta interpretación del ordenamiento jurídico.

Así, como sanciones predeterminadas, nos encontramos con aquellas que son necesariamente previstas en el contrato, quedando fuera de ese contexto las que derivan de una mera interpretación

(14) Jorge Héctor Escola, TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Vol. I, ob. cit. pag. 409

normativa que faculta a la Entidad para su determinación.

Lo anterior hace suponer que los daños y perjuicios ocasionados por el cocontratante de la Administración Pública, implican por una parte que el ente administrativo queda facultado para determinar y hacer efectiva la sanción, ya sea previa a la terminación del contrato o posterior. En el primer supuesto, a través de la restricción de los pagos; para el segundo, de los casos por la imputación del daño causado y de la determinación de ésta.

Las sanciones coercitivas tienen como fin la sustitución del cocontratante particular, llevando a cabo la Administración Pública el cumplimiento de tales prestaciones o haciéndolas cumplir por una tercera persona; por eso, estas sanciones también suelen llamarse sustitutivas.

De acuerdo al tratadista Jorge Héctor Escola, la justificación de las sanciones coercitivas reposa en la idea de que los contratos administrativos deben ser cumplidos por el interés público que el acto representa para el logro de dicho cometido. A este fin, no se constriñe al cocontratante a cumplir, sino que es la propia Administración la que por sí misma o por medio de un tercero ejecuta el contrato.

Por otra parte, debe tenerse presente que las sanciones coercitivas no buscan poner fin al contrato, excluyendo definitivamente al cocontratante particular, sino que son, al contrario, medidas siempre temporales, transitorias, de modo de que el reemplazo de éste en la ejecución de las prestaciones del contrato es meramente provisorio y hasta tanto puede volver a ser realizado por el contratista. (15)

Las sanciones represivas comprenden la rescisión unilateral y la caducidad.

La caducidad procede cuando el cocontratante incurre en incumplimiento de las obligaciones a su

(15) *Ibidem*, pag. 415

cargo, siempre que dicho incumplimiento le sea imputable pero, el efecto es el extinguir el derecho nacido del contrato administrativo, es decir, extingue relaciones o vínculos jurídicos. Una vez declarada la caducidad, ésta produce consecuencias con relación a los siguientes aspectos: a) al tiempo; b) al ejercicio o ejecución del contrato; c) a los bienes del cocontratante; d) a la procedencia o improcedencia de una indemnización al cocontratante; e) al derecho del Estado o un resarcimiento, etc. (16)

Las sanciones suspensivas son aquellas que tienen como objetivo suprimir todas aquellas condiciones benéficas para el contratista, de tal modo que sin aumentar las obligaciones de éste inciden en las cargas probatorias a fin de restituir los derechos generados a favor del contratista, sin embargo, aún cuando se considera que esta sanción es consecuencia del incumplimiento, mismo que da origen a otro tipo de sanciones como las coercitivas o represivas, hemos de contemplar a esta sanción para efectos de inhabilitar al contratista tanto en lo relativo a la continuación de la ejecución del contrato como a la afectación de los derechos adquiridos por el contratista en el acto contractual o, en la realización de posibles contratos.

A diferencia de las sanciones coercitivas, aquellas inciden únicamente sobre la forma en que queda habilitado el contratista para continuar con la ejecución de los trabajos. Es decir, no afecta directamente a los derechos adquiridos sino al medio de ejecución del contrato, verbigracia, el procedimiento de revisión de los costos, la suspensión del Registro del Contratista, entre otros.

Por último, cabe reiterar que el ejercicio de las potestades anteriormente precisadas no son contractuales, sino funcionales en tanto descienden de la norma jurídica, por lo que no son objeto de convención alguna por las partes. Así, juntamente con el respeto de las prescripciones formales de que son objeto para cada caso en particular, resulta de

(16) Miguel S. Marienhoff, Tomo III-A, ob. cit. pag. 569

ello la condición necesaria para la legalidad formal del acto.

Al igual que el respeto a las prescripciones formales constituye condición necesaria para la legalidad sustancial, queda en el mismo plano, la presencia concreta del interés público exigido en cumplimiento del acto.

II.3 Las Potestades Regladas y Discrecionales en el Contrato de Obra Pública.

La manifestación de las potestades administrativas en el contrato constituye el ejercicio de la supremacía jurídica general de la administración, en primer orden y, especial en el acto contractual, que ejerce aquella como expresión del Estado. Pero, debe tenerse presente que no es preciso para concretar un acto, que el ejercicio del poder de la supremacía se mantenga dentro de los límites señalados por el ordenamiento jurídico, es decir, no es fundamental el que el otorgamiento del poder relativo a aquel efecto que persigue el Órgano Administrativo exista efectivamente sobre los mismos aspectos jurídicos previstos por la norma, y aún que aquel se cifa a los límites señalados por la ley; esto implica que a diferencia de lo estrictamente reglado, está lo estrictamente discrecional del acto. (17)

Ahora bien, el ejercicio de las potestades de la Administración en ambos planos ha de encontrar en principio como condicionantes, el que el ejercicio de ese poder tenga cierta conformidad en sentido formal como en sentido sustancial con la norma jurídica. En otros términos

(17) Sobre este punto el tratadista Rafael Bielsa, tomo II, ob. cit. pag. 2, nos señala que la distinción entre la actividad reglada y discrecional radica en la libertad de apreciación y de juicio que la Administración tiene en la producción del acto con respecto a la ley, como grado o coeficiente de sujeción a la norma. Dicho en otros términos, la facultad reglada se desarrolla según las normas legales; en la facultad discrecional la actividad se desenvuelve dentro de la esfera legal, pero en esa esfera la voluntad de la administración se desarrolla en mayor o menor grado libremente, según el criterio del órgano.

existirán requisitos de legalidad de carácter formal y requisitos de legalidad de carácter sustancial. (18)

Sobre el primer aspecto, hemos de precisar que se comprenden todos aquellos requisitos esenciales por virtud de los cuales queda habilitada la administración para actuar en la emisión del acto, así como aquellas formas o formalidades que deben observarse para el ejercicio de las potestades y emisión del acto. Por ello, con acierto se dice que limitan la facultad del Órgano Administrativo en orden al fin exclusivamente, visto desde este punto, revistiendo con ello de legalidad al propio acto.

Por otra parte, resta aludir los requisitos o principios sustanciales, que consisten específicamente en la existencia concreta de un interés público. Este queda comprendido en la causa de los actos, de tal manera que ante su ausencia nos encontramos con el ejercicio de una potestad y la emisión de un acto al margen de la legalidad. Así, la relación entre el acto y el interés público se resuelve en un elemento fundamental, intrínseco al acto producto de la potestad pública, pero con el fin de limitar, desde el punto de vista sustancial el ejercicio de esa potestad, el interés público ha de tener una concreción objetiva y determinada tanto en la medida como en la naturaleza y en el grado. De esta forma, el interés público junto con la prescripción normativa viene a constituir el límite según el fin al que está determinado el acto; así las potestades administrativas quedan revestidas de legalidad por dicho fin.

Pero, aún cuando se ha hecho descansar el poder administrativo en aspectos de sentido formal y sustancial, como principios que logran investir al acto de legalidad, no obstante la necesidad de apreciaciones de circunstancias singulares de estimación de la oportunidad o mérito concreta en el ejercicio del poder público, es ideclinable y ello alimenta inevitablemente la técnica del apoderamiento discrecional. Hay por ello potestades que en sí mismas son y no pueden dejar de ser discrecionales, por su propia naturaleza; así, la potestad directiva en el contrato de obra pública expresa la apreciación subjetiva que caracteriza al tipo de potestad referido.

Cuando las condiciones de hecho o el interés público concurren en grado mínimo al requerido en el ejercicio potestativo y en su producto, existirá una adherencia

(18) Renato Alessi, ob. cit. pág. 271

imperfecta, a diferencia de la existencia de un interés público, suficiente en base a una falta de apreciación de conveniencia que justifique el acto, lo cual constituye un vicio de oportunidad, con la posibilidad de trascender en el aspecto sustancial del acto si es afectado directamente por la apreciación errónea de la Administración. Ello sin afectar necesariamente la observancia formal que al efecto se haya dispuesto. (19)

En atención a lo expuesto con anterioridad, el ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa, aplicando en presencia del mismo lo que la propia ley ha determinado. Hay aquí un proceso aplicativo de la ley que no deja resquicio o juicio subjetivo ninguno salvo a la constatación o verificación del supuesto mismo para constatarlo con el tipo legal. La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia ley ha previsto sobre ese contenido de modo preciso y completo. (20)

Por otro lado, si resulta que el poder es discrecional en cuanto que es atribuido como tal por la ley a la administración, resulta que esa ley ha tenido que configurar necesariamente varios elementos de dicha potestad y que la discrecionalidad entendida como libertad de apreciación por la administración, sólo puede referirse a algunos elementos, nunca a todos de tal potestad.

En concreto, puede decirse que son cuatro por lo menos los elementos reglados por ley en toda potestad discrecional y que no pueden dejar de serlo: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia para actuarla y el fin, aunque todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública. (21)

(19) Renato Alessi, ob. cit. pág. 280

(20) Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Tomo I, ob. cit. pág. 430

(21) Ibidem, pág. 431

Para determinar con precisión el ámbito de libertad estimativa que comporta la discrecionalidad, resulta necesario distinguir ésta del supuesto de aplicación de los llamados conceptos jurídicos indeterminados. Por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca.

Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenten delimitar un supuesto concreto.

La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosa, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación pues bien, cuando la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados es utilizada por las normas de Derecho Administrativo surge el problema de que se produce una aplicación inicial de los mismos por la administración.

Importa mucho no confundir el hecho de esa aplicación unilateral previa, que la administración realiza en virtud de su privilegio posicional de la decisión previa, con el uso de una potestad discrecional. Si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación sólo permite una solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o en otros términos optan entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del derecho.

Así, la adjudicación de un contrato de obra pública puede realizarse sin llevar a cabo el procedimiento licitatorio, lo cual permite considerar igualmente justa la elección de cualquier contratista 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; en cambio si se tratase de aplicar el concepto jurídico indeterminado de falta de adjudicación directa en materia de obra pública no sería igualmente justo

la elección del contratista; sólo una solución sería la justa con exclusión de otra.

La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extra jurídicos no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acatar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas justamente, por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no influye ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es el propio de quien ejercita una potestad discrecional.

Ahora bien, hasta aquí nos hemos ocupado estrictamente de la configuración potestativa de la Administración Pública en el ámbito meramente interno, es decir de los conceptos vigentes para la constitución de los actos de la administración. Resta ocuparnos de la incidencia de esas potestades administrativas en la esfera jurídica de su cocontratante, como resultado de la relación jurídico administrativa en la que se encuentran vinculados por el acto contractual.

En virtud del contrato administrativo de obra pública, el contratista, al desplegar su propia personalidad dentro de los límites de la capacidad jurídica y de obrar que le reconoce la ley puede resultar titular de una serie de situaciones jurídicas que comportan para el caso que nos ocupa una ampliación de su esfera jurídica, por lo que se habla de situaciones jurídicas de ventaja o activas. (22)

Como efecto de estas situaciones quedan incluidas las potestades, los derechos subjetivos, los intereses legítimos y las cargas. Por el momento hemos de ocuparnos de la figura instrumental de la carga, misma que exige como presupuesto de la obtención de los beneficios inherentes, la realización de una actividad y que como tal debe ser considerada por la Administración Pública en el ejercicio potestativo. Ha de

(22) Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Tomo II, ob. cit. pag. 422.

ser objeto de distinción aquella cuestión en la que la realización de dicha carga implica necesariamente el cumplimiento de un deber y no un derecho que se encuentra en contraposición a una obligación.

Bajo el primer orden, la carga tiene una relevancia primordial en los límites potestativos, más que en los derechos reservados al ente administrativo, por el acto contractual, en virtud del contenido normativo, el cual prevé al mismo tiempo el contenido potestativo. La figura de la carga por cuenta del contratista y el acatamiento a los deberes que constriñen al cocontratante de la Administración Pública a su cumplimiento, originan la condicionante de obtener los beneficios que reporta el ejercicio de las potestades públicas que con exclusividad atañen a aquél.

Por último, ha de adquirir relevancia la incidencia de la norma y la concreción de las potestades administrativas en el ejercicio de los derechos del contratista, dejando inalterados todos los demás elementos que confluyen a la constitución del derecho. Esa incidencia sobre las facultades de ejercicio de los derechos está determinada por la necesidad de coordinarlos con los intereses superiores que están implícitos en el propio acto, porque la misma ley los fija y determina en alcance de la potestad.

Ahora bien, el ejercicio de todo tipo de potestades tiene un fin objetivamente administrativo, aún cuando son aplicados al particular. Sin embargo, desde el punto de vista de la afectación que ocasiona no a los derechos sino al ejercicio de éstos, podemos mencionar entre otros los siguientes: a) Prohibición relativa o con reserva de excepción a otorgar por la administración, la subcontratación en el contrato de obra pública; b) Prohibición absoluta, está la de su subcontratar con persona distinta de la autorizada por el órgano administrativo; c) El ejercicio libre de los derechos con reserva de excepciones prohibitivas, impuestas por la administración. Estas situaciones permiten por una parte que la potestad de control y dirección del contrato tenga una relación directa con las prohibiciones, las cuales de su actamiento reporta un aprovechamiento al contratista.

Cabe aclarar que si bien nos encontramos como correlativo de las potestades los deberes, las limitaciones a las que nos hemos referido no quedan comprendidas dentro de los deberes, en tanto no exista una correspondiente potestad que así lo exija, por ello en los límites del ejercicio de

los derechos del cocontratante pueden concretarse jurídicamente deberes si así lo exige normativamente la ley.

Asimismo, sin ánimo reiterativo, resulta obvio recordar que toda limitación al ejercicio de los derechos particulares por parte de la administración, requiere un respaldo normativo explícito, de tal manera que no hay posibilidad de que el órgano administrativo pueda imponer medidas limitativas de los derechos remitiéndose a un sólo juicio ocasional, aún cuando quede pactado o convenido contractualmente, toda vez, que en este plano la limitante está en principio por la equivalencia de prestaciones.

Aparte de las limitaciones administrativas, han de considerarse aquellas limitaciones de derechos en cumplimiento de disposiciones administrativas, que pueden implicar la subordinación a determinada actuación; o bien, la concurrencia de una actuación administrativa con el ejercicio de esos derechos; de ahí podemos partir para explicar el contenido de las previsiones que en algunos supuestos requieren las propias Reglas Generales de Contratación durante la vida del acto contractual; por ello quedan excluidas para ser el fundamento potestativo y así comprenderse dentro del ejercicio de dicho acto como eventuales limitaciones sin implicaciones de orden potestativo.

II.4 La Prevalencia del Equilibrio Contractual en el Contrato de Obra Pública.

En la ejecución del contrato administrativo, el contratista como hemos dicho, se halla en una situación de subordinación jurídica frente a la Administración Pública. Sin embargo, el particular que contrata con la administración lo hace bajo un móvil eminentemente particular, es decir el obtener de esa relación contractual un beneficio, el cual resultará de la diferencia que existe entre el costo que para él significan las prestaciones y obligaciones que debe cumplir y el precio contractual que tiene derecho a percibir y el de los demás importes complementarios que le correspondan. (23)

(23) Jorge Héctor Escola, TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Tomo I, ob. cit. pág. 452

Así en el contrato de obra pública surge la idea de considerar el acto como un todo en el cual se vierten los intereses de las partes, intereses que son, por un lado el de la Administración, y por el otro el del particular a fin de lograr un beneficio inicialmente calculado.

Lo anterior nos hace suponer que el equilibrio de las prestaciones del acto en relación con la utilidad calculada es el resultado de la parte contractual de este, el cual debe ser cumplida en los términos que al efecto se convinieron, de tal manera que cualquier modificación o alteración a la retribución del contratista deberá ser acordada previamente, no siendo objeto de decisión unilateral propia y directa del órgano administrativo.

En relación a lo antes expuesto, el equilibrio económico financiero según lo hemos previsto puede resultar afectado por causas imputables a la Administración Pública o por causas no imputables a ésta, sobrevenientes, imprevisibles y por tanto no tenidas en cuenta al celebrarse el contrato, lo que se traduciría irremediablemente en una disminución del beneficio calculado, aún cuando no queden directamente afectados los fines que se persiguen con la celebración del contrato. (24)

Si el contratista debe soportar como en todo contrato el riesgo normal propio de cualquier negocio, no debe cargar con un riesgo anormal, que lo privaría de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiera podido cumplirse en las condiciones que prevalecían con anterioridad a las originadas.

En virtud de ello, el equilibrio financiero del contrato implica una relación determinada por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, sobre un conjunto de obligaciones y derechos; de ahí que el equilibrio es la respuesta del principio equitativo de donde se vierte la igualdad y equivalencia en las prestaciones económicas que mutuamente se deben las partes. (25)

De acuerdo al tratadista Sayagués Laso, el fundamento del equilibrio contractual está en la buena fe, que no es exclusiva del derecho privado, por que aún cuando la Administración posea las potestades excepcionales para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses

(24) Lot. cit.

(25) Osvaldo Maximo Bezzi, ob. cit. pág. 203

públicos, no puede significar el desconocimiento de los derechos de quienes han contratado con ella; según el autor en cita, esto se logra protegiendo el resultado económico que perseguía el contratante, es decir, usando la denominación generalizada en el derecho francés; la ecuación financiera del contrato. (26)

El objetivo anterior tiene como última finalidad el lograr que el contratista, ante una situación ya de hecho o de derecho impuesta, obtenga las ganancias que razonablemente habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originales.

De las consideraciones objetivas que alteran el beneficio, sea por causas imputables a la Administración Pública o por causas no imputables a ésta, al contratista en principio le asiste un derecho eminentemente contractual de reclamar que el beneficio previsto sea establecido, o en su caso, que los perjuicios ocasionados sean atenuados. Así, el derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, o restablecimiento de la ecuación financiera, encuentra su apoyo en la mera convención como efecto de la evaluación previamente formulada en el momento de concertar el acto.

Esto implica necesariamente el reconocer el carácter conmutativo del contrato de obra pública, en el que las obligaciones que asumen las partes son ciertas y apreciables, en su significación económica social, en el acto mismo en que se perfecciona el contrato. Por lo mismo, la doctrina se refiere a la intangibilidad de los elementos remuneratorios en cuanto resulta independiente de cualquier otra cuestión material del acto que por sí suele ser modificada por la administración, lo cual implica un efecto indirecto en la remuneración si el producto del acto administrativo tiene una repercusión directa en los beneficios calculados, para el contratista. (27)

Es decir, ya sea que los efectos del acto o hecho incidan directa o indirectamente en esos beneficios, comprendemos bajo el primer aspecto aquella modificación que afecta en las ventajas económicas que obtendría el contratista; indirectamente, a través de las consecuencias que produce necesariamente el producto del hecho o acto

(26) Comentarios de Pequignot y Bercaitz; citados por Enrique Saragués Laso, Tomo II, ob. cit. pág. 570

(27) Osvaldo Maximo Bezzi, ob. cit. pág. 204-205

relevante en cuanto a sus efectos en el contrato de obra pública.

A fin de ocuparnos de las causas que afectan al contrato según hemos mencionado con anterioridad y en atención a la doctrina, destacan :

- a) Modificaciones ordenadas por la Administración Pública en la ejecución del contrato.
- b) Modificaciones introducidas por la autoridad pública a la situación legal o reglamentaria.
- c) Dificultades naturales excepcionales e imprevistas que han surgido durante la ejecución del trabajo.
- d) Eventos económicos que alteran el contrato. (28)

En relación con el primero de los aspectos señalados, se contempla la consecuencia de la potestad de la Administración Pública de modificar el contrato por efecto de las facultades conferidas por la norma jurídica.

Ante ese supuesto, la potestad pública queda inherente al contrato por quedar previamente dispuesto por la norma jurídica, es decir el presupuesto normativo se actualiza por el ejercicio de esa potestad, lo cual implica que queda completamente fuera de aquella situación extraña y ajena al acto, según ha de comprenderse en las causas que menoscaban el equilibrio contractual.

Otra de las cuestiones planteadas significa la apreciación de toda intervención de los poderes públicos, misma que tiene como resultado afectar de cualquier manera las condiciones jurídicas o sólo la de hecho, de acuerdo a las cuales el contratista de la administración ejecuta el contrato. (29) Tales actos de los poderes públicos son de carácter general, pero en un sentido más preciso, esos poderes pueden derivar tanto del órgano administrativo que celebró el contrato, como de otros de mayor o de menor jerarquía, según la atribución normativa para emitir un acto en ejercicio de los poderes públicos.

La doctrina ha denominado a esa situación que incide en la vida del contrato, como HECHO DEL PRINCIPE, el cual a

(28) Ibidem, pág. 184

(29) Miguel S. Marienhoff, Tomo III-A, ob. cit. pág. 477

diferencia del hecho de la Administración, queda vinculado a decisiones que la autoridad pública adopta, en éste supuesto no quedan comprendidas aquellas potestades previsibles en el contrato y de las cuales únicamente nos hemos ocupado de los efectos, por resultar del órgano administrativo como parte en el contrato. El hecho de la administración se relaciona directamente con el contrato, con el carácter de parte en el acto, es decir, como verdaderas conductas materiales al margen de la legalidad.

El Hecho del Príncipe se produce como resultado del ejercicio de aquellas potestades públicas, no previsibles previamente en el ordenamiento para el caso del órgano administrativo que es parte en el contrato, sino por otra autoridad distinta en el ejercicio de sus funciones públicas, de acuerdo a la disposición normativa que la faculta.

La tipificación del Hecho del Príncipe presupone una resolución o disposición de carácter general, objetiva, incidiendo en los efectos económicos del contrato de obra pública existente, con menoscabo de los beneficios del cocontratante, es decir, el perjuicio debe ser real cierto, directo y especial al cocontratante particular, que éste no haya podido prever al tiempo de celebrar el contrato.

Bajo el riesgo imprevisible se conoce la Teoría de la Imprevisión, la cual está en función de que la utilidad calculada se modifica en razón de circunstancias totalmente ajenas al contratista, provenientes de hechos extraordinarios que no pudieron razonablemente preverse, y que tornan excesivamente más onerosos el cumplimiento de sus obligaciones; el cocontratante tiene derecho a lograr el equilibrio contractual de las prestaciones, a fin de obtener lo previsiblemente calculado. (30)

Esas circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, deben de ser las transitorias que alteran la ecuación económica financiera en perjuicio del contratista. Ello implica necesariamente un estado de sujeción imprevisto, pero que al fin cesará sobre dos órdenes distintos, primero por que desaparece la causa que le dio origen a tal situación

(30) Jorge Héctor Escola, TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Vol. I, ob. cit. pág. 461

o bien, porque la relación contractual queda extinguida y con ello el objeto del contrato. (31)

El restablecimiento de la ecuación económica financiera requiere de la determinación de las condiciones previsibles que las partes han determinado para mantener dicha ecuación. Sin embargo, por el carácter temporal, el estado de imprevisión así como la situación originada por el Hecho del Principio, puede eximir al contratista de su obligación de ejecutar o cumplir el contrato. No sucede lo mismo con el hecho de la administración o con el caso fortuito, toda vez que en estos casos puede imposibilitar la ejecución del contrato con carácter definitivo.

Por tanto, para que proceda la indemnización, el acontecimiento causante del desequilibrio económico financiero del contrato no debe ser imputable al Estado; si lo fuere tendría vigencia el Hecho del Principio, pero en ambos existe la tendencia a indemnizar al cocontratante; sin embargo aún en este orden de ideas, se disocian por la consideración de que en el Hecho del Principio la indemnización es integral a diferencia de la imprevisión en la cual la indemnización es sólo parcial. (32)

El fundamento de la indemnización queda desde un punto de vista contractual al abrigo del principio de igualdad y desde el punto de vista de la equidad, en cuanto a que corresponde al alea económica anormal del contrato implicando necesariamente una contravención a dichos principios, los cuales como efecto de esa imprevisión crea por cuenta del contratista una verdadera carga pública, es decir, el acto contractual se agrava para el contratista por el efecto producido.

Implica una carga pública, como resultado directo de las potestades públicas que la Administración ha ejercido; por eso, la indemnización debe ser integral en cuanto ésta rompe por sí el equilibrio contractual.

De acuerdo a lo anterior, al cocontratante de la administración le asiste ante dichas situaciones una verdadera acción en la cual se reclama la agravación de ejecutar el contrato de obra pública, de tal manera, que

(31) Gastón Jeze, PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (Ediciones Depalma, Buenos Aires 1948-1950) Tomo IV, pág. 243

(32) Miguel S. Marienhoff, Tomo III-A, ob. cit. pág. 506

implicaría una verdadera carga pública consecuente de lo que se denomina el álea económica y el álea administrativa.

Por último, hemos de referirnos a los eventos económicos que alteran el contrato y que de conformidad con el ordenamiento positivo da lugar a distintas formas de lograr, que ante dicha situación, se continúe con la ejecución del contrato. Es decir, ha de preverse que por eventos económicos entendemos precisamente aquellas alteraciones económicas que se dan en el contrato respecto de las cuales la norma positiva determina y faculta a las partes contratantes, para la instrumentación jurídica de dichos eventos.

Así, nacen verdaderos derechos a favor del contratista de la Administración Pública, derivados estos del propio sistema legal objetivo, para exigir de esta la celebración del acto que regularice la relación jurídica afectada por aquellos eventos económicos que trascienden en la vida del contrato.

El derecho del contratista para obtener la regularización de esa relación no es meramente contractual, por quedar dispuesto en la norma, siendo que sólo se ejerce con motivo del contrato; por ello ante la supuesta negativa del órgano administrativo para obtener esa regularización que le permita continuar con la ejecución del contrato, asiste al contratista una verdadera acción ante la decisión negativa de la administración de cumplir el acto contractual. (*)

(*) La Ley de Obras Públicas, en sus artículos 41 y 45 reconocen expresamente el derecho que tiene el contratista para la regularización del acto y su cabal ejecución ante eventos económicos que inciden en el contrato, pero a su vez se reconoce la facultad de la Administración para decidir si proceden o no, por eso el derecho asume el carácter subjetivo de orden público ante una resolución de la Administración que trasciendan sobre aquella relación jurídico-administrativa.

III LA SITUACION JURIDICA DEL ADMINISTRADO EN EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO Y EN EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA.

III.1 Consideraciones Jurídicas sobre el Derecho Subjetivo derivado del acto contractual.

Al lado de la posición general de supremacía de que goza la Administración Pública, según se ha visto, como expresión del Estado y, por tanto, como titular del poder de imperio, pueden existir posiciones especiales de supremacía de la administración frente a los administrados (supremacía más acentuada que la general) las cuales, por lo tanto, tienen un fundamento distinto al de la simple titularidad del poder de imperio.

El fundamento de estas posiciones especiales de más acentuada supremacía radica en la necesaria accesoriadad de estas posiciones en cuestión respecto a otras relaciones intercurrentes entre la administración y los administrados, cuya determinación se encuentra en el ordenamiento jurídico. Dichas relaciones requieren para un mejor ejercicio una más destacada supremacía de la administración frente al otro sujeto de la relación, siendo por ello que aparecen como relaciones de supremacía accesorios de otras relaciones principales. No obstante, no siempre y necesariamente la administración se encuentra en una posición de supremacía, se encuentra también disciplinado por el mismo en cuanto sujeto jurídico, en cuanto es, por definición, centro de imputación de normas, a semejanza de cualquier otro sujeto jurídico. Precisamente como sujeto jurídico, el Estado se encuentra frente al ordenamiento en posición de igualdad con cualquier otro sujeto jurídico, estando sometido a los mismos deberes jurídicos que nacen del ordenamiento, y siendo también titular de los mismos poderes jurídicos y derechos que el ordenamiento reconoce a todo sujeto jurídico.

Poderes y derechos de los que sería propiamente titular el Estado, persona como sujeto jurídico, pero de los que están investidos, para su ejercicio, unos órganos estatales, generalmente los mismos órganos investidos de funciones administrativas. Por ello, un mismo órgano de la administración puede encontrarse investido, a un mismo tiempo, además de aquellos poderes de supremacía que integran la soberanía de los poderes jurídicos y derechos

sustancialmente análogos a los poderes y derechos que corresponden a cualquier otro sujeto jurídico con arreglo al ordenamiento. Poderes y derechos, por lo tanto, en cuya titularidad los órganos estatales se encuentran en la misma posición de cualquier otro sujeto jurídico, esto es, una posición equiparada a la de los sujetos privados, teniendo tales poderes y derechos la misma extensión y límites que tienen los análogos que el ordenamiento atribuye a favor de cualquier otro sujeto no estatal.

En relación con lo expuesto, el administrado no es en el sistema jurídico actual un mejor objeto del derecho público, ni tampoco un término de referencia de simples posiciones pasivas (deberes, sujeciones, obligaciones), que era como la teoría jurídica del absolutismo, poniendo siempre en primer término la eminencia del bien general sobre el bien particular o privado.

Por el contrario, el administrado, sin perjuicio de resultar destinatario de situaciones jurídicas pasivas es, a la vez titular de situaciones jurídicas activas de entre las cuales destaca por excelencia los derechos subjetivos. Esta situación activa se edifica sobre el reconocimiento por el derecho de un poder en favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición.

Así en la relación jurídica de carácter privado originada del acto contractual, el mecanismo técnico del derecho subjetivo se expresa en un sentido tradicional por tratarse de situaciones de interés evidentemente privados, en servicio de los cuales el ordenamiento confiere un poder en favor de su titular, con el cual pueda imponer a la administración una conducta.

No obstante lo anterior, el problema que se plantea en la relación jurídica administrativa en materia de obra pública, no es el de las peculiaridades de las formas típicas de derechos subjetivos de contenido técnico común que concede el derecho privado, sino precisamente su extraordinaria limitación de ámbito. Si el administrado con motivo del contrato de obra pública solo dispusiese del poder jurídico reconocido en el ámbito del derecho privado, la mayor parte de la legalidad administrativa de los actos quedaría fuera del alcance de los particulares.

Las atribuciones de los poderes de la administración que se configuran como verdaderas potestades públicas o de

superioridad (por ejemplo en materia de obra pública de acuerdo a la legislación vigente) presuponen su trascendencia a la posible afectación de las garantías tuteladas por el ordenamiento jurídico dependiendo del acto emitido por la administración.

Para comprender el sentido que corresponde a las situaciones jurídicas activas con motivo del acto contractual, el derecho subjetivo se caracteriza por aquella garantía legal de una utilidad sustancial y directa para el sujeto titular. (1) De esa noción conviene hacer referencia a los siguientes aspectos:

- a) El interés no constituye un elemento intrínseco del derecho subjetivo, sino un elemento extrínseco; no se encuentra dentro del derecho subjetivo, como sustancia o sustrato del mismo, sino como elemento teleológico del vínculo del que nace el derecho.
- b) El derecho subjetivo no es la protección del interés, es decir la tutela del interés no se lleva a cabo mediante el derecho subjetivo, sino lógicamente antes del derecho subjetivo directamente por parte de la norma jurídica, y es por el hecho de la protección del interés (por medio del vínculo) que nace el derecho subjetivo, el cual es, por lo tanto, efecto de la protección y no el medio de la misma.
- c) El ejercicio de la actividad personal por parte del titular del derecho no constituye ejercicio de un poder jurídico, sino de un poder de hecho, cuyo ejercicio viene a ser jurídico sólo a través de la licitud y, sobre todo, de la garantía de la posibilidad de gozar o disfrutar de hecho ofrecida por la ley.

En otros términos, el titular del derecho usa del bien, disfruta de la prestación, no a través de un poder jurídico de gozar o disfrutar, y tanto menos de un poder de obligar a dejar gozar, a dejar obrar o a prestar. La obligación, al menos en el orden jurídico, está en la norma, siendo ésta la que obliga a los otros sujetos; o sea, el titular del derecho se limita a recoger, de hecho, el fruto del mandato legal y su goce adquiere relieve jurídico

(1) Renato Alessi Tomo II ob. cit. pág. 450

únicamente a través de su licitud y especialmente de la garantía o la posibilidad de goce.

- d) Si el tercero obligado no permite gozar o no presta entonces, de un lado, nos encontramos fuera del orden jurídico y, de otro lado, si es preciso efectivamente obligarse se recurre al derecho de acción por el cual existe un poder dirigido a los órganos jurisdiccionales para conseguir su intervención a fin de establecer el orden jurídico transgredido.

De acuerdo a lo expuesto la relación jurídica como relación que liga directamente al titular del derecho subjetivo con el sujeto obligado, debe considerarse en el sentido de que la relación se establece entre la norma jurídica y el sujeto obligado (dando lugar al vínculo), y por otro entre la norma y el titular del derecho subjetivo (dando lugar a la garantía).

En la sistemática jurídica de la materia publicística es preciso distinguir las distintas situaciones, siendo la mayor parte peculiares del Derecho Público que pueden presentarse en las relaciones entre la Administración Pública y los administrados.

Ante esta situación está por un lado un vínculo impuesto por la norma a la administración y, de otro, la idoneidad de este vínculo para garantizar a un individuo una utilidad sustancial y directa; tal sucede, por ejemplo, en el caso de que la norma específica que impone al órgano de la administración el pago de los trabajos ejecutados por el contratista dentro de un plazo no mayor de 30 días hábiles, contados a partir de la fecha en que se hubieran aceptado y firmado las estimaciones por las partes, y en el caso de la norma de carácter general que impone a cualquiera (y por lo tanto a la propia administración, en cuanto es un sujeto jurídico distinto) el respeto de la propiedad de todo individuo. En el primer caso genera en el contratista la expectativa garantizada de una utilidad sustancial inmediata y directa, como es el pago de los trabajos ejecutados; en el segundo caso, el vínculo genera en el propietario la garantía, aun frente a la administración, del libre goce de su propiedad, existiendo también aquí una utilidad directa inmediata y sustancial.

En ambos casos, reconociéndose la garantía de una utilidad sustancial inmediata y directa a favor del particular como consecuencia del vínculo impuesto a la

administración, así se puede hablar de un derecho subjetivo a favor del individuo frente a dicho órgano de la administración.

En caso de violación por parte de la administración de este vínculo, por incumplimiento del mandato legal, nada impide que el particular pueda recurrir a los medios establecidos precisamente para el caso de violación del derecho subjetivo por parte de cualquier sujeto que esté obligado por un mandato legal frente a otro.

Otra situación que presenta la característica de un vínculo capaz únicamente de garantizar una utilidad instrumental para el individuo, representada por un determinado comportamiento de la administración, ajustado al interés público (y como tal establecido por la norma) y susceptible de satisfacer sólo de modo eventual y mediato un interés individual de naturaleza sustancial, pero inadecuado para garantizar al individuo una utilidad sustancial directa e inmediata, de manera que no podrá aparecer aquí la figura del derecho subjetivo, sino una figura menor y distinta, caracterizada precisamente por la garantía de una utilidad instrumental.

Se trata por lo tanto, de la garantía de la legalidad del comportamiento administrativo y, por lo tanto, la garantía de que dicho comportamiento se ajustará al interés público.

En estos casos no se puede hablar de un derecho subjetivo del individuo frente a la administración, porque la obligación impuesta a ésta no es adecuada para garantizar una utilidad sustancial directa sino únicamente una utilidad instrumental. Y es obvio que en caso de violación por parte de la administración, adoptando un comportamiento ilegal es impropio el derecho de acción, dado que la función de la acción y de los órganos judiciales que la acción pone en marcha es el restablecimiento de la utilidad sustancial garantizada por los derechos subjetivos, siendo en cambio, lógico el que en tal situación de violación se admita únicamente el que se recurra a aquellos medios establecidos por el ordenamiento para garantizar la legalidad de la actuación administrativa, siendo igualmente lógico que el fundamento de la reclamación no pueda ser el menoscabo de una utilidad sustancial, puesto que ésta no estaba garantizada, sino únicamente el menoscabo de una utilidad instrumental representada por la legalidad del comportamiento administrativo. (2)

(2) *Ibidem.* pág. 456

Del exacto conocimiento de las situaciones subjetivas activas del administrado se podrán intentar la vía de petición o denuncia, o bien la de acción que convierta en un verdadero proceso por medio del cual se asegure el cumplimiento de la ley por el órgano administrativo. No obstante de la regla de derechos depende el admitir de entrada que el medio de defensa implica una justicia subjetiva, en la que los recurrentes defienden como es común, derechos propios. Por otra parte puede tratarse de aquella legalidad objetiva si se esta refiriendo a los intereses legítimos, lo cual implica necesariamente la valoración y fallo del acto recurrido. Por eso mismo se señala que no se trata de un verdadero proceso entre partes, sino de un mero proceso al acto; así la resolución que ha de emitirse sólo puede concluir en la simple anulación del acto administrativo atacado y no en la declaración de ningún derecho (ni aún de una indemnización de daños y perjuicios) en favor del recurrente, ni siquiera en ninguna condena de cualquier especie dirigida a la administración como sujeto, la cual, propiamente no es parte.(3)

Como se desprende de lo expuesto la inicial articulación entre legalidad administrativa y situación jurídica del administrado queda difuminada cuando se considera dicha legalidad como algo abstracto, supraordenado y objetivo, construido al margen de dicha situación subjetiva de los administrados, desde la pura perspectiva inminente de la administración. Al reconocer al administrado una acción jurisdiccional para lograr la eliminación de los actos administrativos que incurren en cualquier forma de infracción al ordenamiento jurídico, la ley no está atribuyendo al administrado una función abstracta de fiscalizador de la observancia objetiva de la legalidad por la administración; por el contrario le está reconociendo un verdadero derecho subjetivo.

Así cuando el administrado se ve perjudicado en su ámbito material o moral de intereses por actuaciones administrativas ilegales adquiere, por la conjunción de los dos elementos de perjuicio y de ilegalidad, un derecho subjetivo a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integridad de sus intereses. Ese derecho subjetivo se revela en la atribución por el ordenamiento de una acción jurisdiccional, cuya titularidad y consiguiente disponibilidad ostenta a partir de ese momento plenamente.

(3) Eduardo García de Enterría. Tomás Ramón Fernández Tomo II ob. cit. pag. 39

Con el ejercicio de esa acción dirigida a la protección y restauración de su círculo vital injustamente perturbado, pueden derivarse consecuencias para terceros, como efecto de la trascendencia de la actuación administrativa eliminada, dicho efecto resulta accidental en cuanto a que la acción y, consiguientemente el derecho: no están dirigidos a purificar por razones objetivas la actuación administrativa, sino a la defensa de los derechos del administrado. El recurrente es, pues, parte en el proceso y no un representante de la ley; la administración también es parte procesal genuina en cuanto que destinataria de una pretensión procesal que la afecta y a la que se opone activamente; la acción jurisdiccional es en ese sentido subjetiva y no objetiva, lo que se hace valer en el proceso es un verdadero derecho subjetivo y no una simple garantía que por lo que respecta al administrado implica únicamente la realización de un interés instrumental en la legalidad del comportamiento administrativo. (4)

Ha de ser objeto de distinción la relación entre el administrado y la administración como efecto del acto contractual, la cual genera una relación jurídica bilateral en la que ambos concurren en calidad de partes como sujetos titulares de derechos y deberes recíprocos, de aquella relación jurisdiccional.

En la primera relación aparecen los sujetos ocupando una determinada situación o posición jurídica con motivo de regulaciones normativas que se conocen con el nombre de legalidad administrativa, la cual no es en sí una simple exigencia a ella misma, que pudiese derivar de su condición

(4) Por ello la afirmación de Bachof, citada por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Tomo II ob. cit. pág. 52, en el sentido de que todas las ventajas derivadas del ordenamiento para cada ciudadano se han constituido en verdaderos derechos subjetivos, expresando un principio capital del actual Estado de Derecho; pero debe matizarse para evitar problemas equívocos con la observación de que la constitución de derechos subjetivos no surge directamente por la ingerencia de tales ventajas desde el ordenamiento, sino sólo y únicamente cuando las mismas sufren una agresión injusta por parte de la administración, derechos subjetivos que tienden entonces al restablecimiento de dichas ventajas por vía reaccional o de eliminación del injusto que las niega las desconoce o las perturba.

de organización burocrática y racionalizada; es también antes que eso, una técnica de garantizar la libertad.

Toda acción administrativa que fuerce a un ciudadano a soportar lo que la ley no autoriza o le impida hacer lo que la ley permite no sólo, es una acción ilegal, es una agresión a la libertad de los administrados. De este modo la oposición a un acto administrativo ilegal es, en último extremo una defensa a los derechos debidamente tutelados por el ordenamiento jurídico, justifica el segundo tipo de relación comprendida en el ejercicio de la acción jurisdiccional.

Según la base de la legalidad subsiste el acto cuando la administración no tiene hacia el administrado la obligación jurídica de observar la legalidad; por eso al referirnos a los intereses legítimos no puede hablarse de que los administrados tengan un derecho subjetivo a la observancia de la legalidad por la administración.

III.2 La Situación Jurídica Subjetiva del Administrado en el Procedimiento Unilateral de Selección del Contratista.

Según hemos señalado en su oportunidad, el procedimiento unilateral de la administración se integra de diversas etapas procedimentales que conducen a la selección del contratista de la Administración Pública Federal. A fin de precisar la situación jurídica subjetiva del administrado como resultado de su participación en el procedimiento selectivo, resulta primordial considerar las categorías jurídicas que guarda la situación del particular en relación con dicho procedimiento.

El administrado es cualquier persona física o jurídica, considerada desde su posición privada respecto a la Administración Pública, pero cabe mencionar aquella distinción básica efectuada con anterioridad entre administrado simple y administrado cualificado o determinado por una situación concreta y particular. El administrado simple ostenta una posición puramente genérica de ciudadano, el administrado cualificado matiza su posición en una situación especial que lo singulariza de aquella genérica,

por virtud de un tipo de relación concreta que lo liga con la administración de una manera específica.(5)

De acuerdo a lo anterior, la condición de administrado cualificado, se constata, según lo hemos dicho, cuando éste asume un grado especial de dependencia respecto de la administración, pero se produce esta situación cuando existe una inserción del administrado en una organización administrativa cuyas exigencias funcionales producen un estado de libertad restringido.

En este sentido, la situación de sujeción especial puede experimentar sobre la esfera jurídica del administrado, una acción administrativa vinculante de una manera más directa que la del ciudadano ordinario, sin las formalidades que la administración ha de utilizar para dirigirse hacia el simple administrado.(6)

La distinción va siempre en el sentido de que el administrado que está en una situación de sujeción especial puede experimentar sobre su esfera jurídica la acción administrativa vinculante de manera más expedita que el administrado ordinario; así, a diferencia de lo que sucede con el cocontratante de la administración, la situación del licitador es distinta con motivo del procedimiento unilateral de selección del contratista.

En dicho procedimiento, la situación que guarda el licitador es de mero interés en que ese procedimiento sea conducido conforme a la ley para lograr los objetivos de éste, a saber, de acuerdo al pliego de condiciones que con carácter normativo instrumenta técnicamente al procedimiento.

En principio asiste al licitador un interés legítimo en que los actos procedimentales queden investidos de la legalidad, según se determine la acción administrativa por el propio pliego de requisitos.

Al momento de la convocatoria, resulta para el futuro licitador un interés simple en participar en la licitación pública, que a tal fin realizará el órgano administrativo, así, aun cuando el futuro oferente prepare su propuesta de acuerdo al pliego de condiciones, si por alguna causa imputable a la administración, no llega a realizarse la licitación pública en el tiempo previsto, o aquella es

(5) Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Tomo II, ob. cit. pág. 17

(6) Otto Mayer, Tomo I, ob. cit. pág. 134-137

suspendida, queda expedita la acción de una denuncia, misma que tiene como objeto el que la administración revise de oficio la decisión que se haya considerado al respecto.

El objetivo de la denuncia es la revisión por la autoridad administrativa respecto a la subsistencia legal del acto, sin que ello implique por ningún motivo algún tipo de declaración en el orden subjetivo. No sucede lo mismo si la acción jurisdiccional va dirigida al reparo de determinados derechos.

El interés simple, corresponde a todo particular para que la ley sea cumplida, sin que le asista un derecho a interponer acciones judiciales, ni recursos administrativos. De oficio se instrumenta el procedimiento necesario para que el acto quede investido de la mayor legalidad y oportunidad que se prevea.(7)

Los alcances que tiene la denuncia por los actos ejecutados por la administración puede radicar en la ratificación de éstos o en la ejecución de éstos según las consideraciones apreciadas por el órgano revisor de aquellos, sin que ello implique la existencia de derechos subjetivos del denunciante.

A diferencia del interés simple, nos encontramos con el interés legítimo que le asista al licitador en el momento en que se tramita el procedimiento unilateral de selección del contratista.

El interés legítimo, corresponde al licitador, en virtud de la especial y particular situación de hecho en que se halla respecto de los demás administrados, en relación con la debida observancia y cumplimiento por parte del órgano licitante de la normatividad establecida en vista del interés general, dado que de tal observancia o inobservancia pueden resultar beneficios o perjuicios en modo particular y concreto.(8)

En la licitación pública los intereses de los licitadores en dicho procedimiento se caracterizan por los siguientes aspectos: a) La presencia de una normatividad de orden público que predetermina concretamente la actuación administrativa debida; b) que esa conducta no sea debida a un

(7) Manuel María Díez, DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo V, ob. cit. pág. 307

(8) Jorge Héctor Escola, COMPENDIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Vol. 1, ob. cit. pag. 193

sujeto particular en situación de exclusividad, sino a un conjunto de licitadores concurrentes al acto; c) la disposición de un interés personal y directo de los licitadores en el cabal cumplimiento de la conducta administrativa debida. (9)

Por otra parte, no se considera que en el procedimiento licitatorio el interés legítimo que corresponde a los licitadores sea especial, en cuanto a que la conducta debida del órgano licitante se conduce por el pliego de condiciones, toda vez que es presupuesto normativo de la obligatoriedad de conducirse sobre dichas bases, para adjudicar el contrato administrativo de obra pública.

Asimismo, cabe destacar que la acción u omisión administrativa resulta en forma indirecta por la interrelación del pliego de requisitos con otras normas positivas que inciden en la conducta debida por la administración, de ahí que los intereses legítimos correspondan a aquéllos del orden común.

Lo anterior presupone al mismo tiempo una verdadera relación jurídica por la cual el licitador que participa hace exigible la conducta administrativa, sin resultar por ningún motivo admisible la alegación de un interés patrimonial o moral; que no sería suficiente para legitimar al o los licitadores. Pero esa relación tiene su origen en el presupuesto normativo en cuanto prevé los actos de la administración para la presentación de propuestas previa convocatoria y formulación del pliego de requisitos.

La debida conducta por parte de la administración produce una verdadera ventaja a los licitadores aun cuando el resultado de ello sea el adjudicar la obra pública a uno de los tantos licitadores, pero estos cuentan con la seguridad de que sus propuestas fueron debidamente analizadas conforme al pliego de requisitos, lo cual hace verdaderamente equitativa la elección de uno, de entre todos los licitadores.

Así ante cualquier anomalía el licitador se encuentra legitimado por ese interés legítimo para hacer prosperar una verdadera acción entablada, originando en su caso un beneficio jurídico en favor del accionante para revaluar de

(9) José Roberto Dromi, ob. cit. pág. 169

nueva cuenta su propuesta, obteniendo una ventaja en cuanto a que sea considerada de nueva cuenta la propuesta.(10)

Con el fin de proseguir en la exposición de las situaciones jurídicas subjetivas del administrado en el procedimiento de selección del contratista, han de considerarse los medios que tienden a proteger al administrado derivado de las situaciones jurídicas en materia de obra pública.

Este aspecto se aclara, según se ha visto desde el orden normativo con las dos clases de normas que presupone el derecho administrativo. Las de relación y las de acción. Las primeras tienden a proteger la esfera jurídica del administrado, por lo que su infracción comporta el desconocimiento de un derecho subjetivo. Inversamente las de acción u organización persiguen el interés público, en el cual todos los ciudadanos tienen un interés en que se respete también este segundo grupo de normas. Pero tal interés no es relevante desde el punto de vista jurídico, únicamente se convierte en interés legítimo cuando existe una particular conexión entre un sujeto y la norma de acción de que se trate. Así, se permite que dicho sujeto recurra contra el acto por el que se cometió la infracción de aquella norma establecida en interés general y con la cual guarda el administrado cierta relación.(11)

Lo anterior supone necesariamente que la norma de relación, será la que tiene como fin resolver los conflictos de intereses entre la administración y los particulares; en ese sentido puede considerarse que protege al contratista, al que le ha sido adjudicado un contrato de obra pública, sea otorgándole beneficios, prohibiendo al Estado invadir ciertas áreas de la actividad individual, sea determinando las obligaciones del particular, entre otras.

En tanto la norma de acción, sería aquella que regula el procedimiento unilateral de selección del contratista, que la misma administración debe seguir en sus actos, pero siempre apuntando a la mejor atención de los intereses generales, más que a la situación de los licitadores que podrían verse afectados por la actividad estatal.(12)

(10) Jorge Hector Escola, TRATADO GENERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, ob. cit. pag. 187

(11) Rafael Entrena Cuesta, ob. cit. pág. 160

(12) Hector A. Mairal, ob. cit. pag. 78. En cita del tratadista argentino Agustín A. Gordillo, que al respecto manifiesta, que si el particular puede solicitar la

En virtud de lo antes expuesto, y considerando la situación subjetiva de los licitadores en el procedimiento unilateral de selección del contratista, se ha destacado que las normas que regulan el procedimiento licitatorio son normas de acción, por lo tanto esa situación jurídica de los licitadores podrá quedar categorizada de la manera siguiente:

- a) Los particulares que no intervienen en la licitación tienen un interés simple en que el Estado cumpla con las normas que lo rigen.
- b) Los oferentes tienen un interés legítimo en que dichas normas se respeten por la propia administración.
- c) El adjudicatario es titular de un verdadero derecho subjetivo frente al Estado, con motivo del acto de adjudicación con el cual culminó el procedimiento licitatorio. (13)

Es evidente la protección de los particulares frente al Estado como resultado de la situación jurídica que guardan tanto el administrado como la propia administración. Sin embargo, hemos de aclarar, si en el procedimiento administrativo de selección del contratista, él o los licitadores se encuentran en una verdadera relación jurídica de derecho público en la cual exista aquella parte de potestades y deberes entre ambas partes, o mejor dicho entre aquella situación especial de subordinación y sujeción.

Sobre el particular, hemos de precisar que no existe una relación jurídica derivada del procedimiento en la cual se considere aquella relación especial de sujeción, y considerando que la licitación pública es un procedimiento unilateral, al licitador sólo le asiste ese interés legítimo como resultado forzoso de su participación en la licitación pública, de tal modo que el status jurídico de licitador y como consecuencia el derecho a ser contratista de la

conducta estatal en situación de exclusividad o de concurrencia en aquellos casos en que la conducta debida a una pluralidad de individuos, puede ser necesario tomar en consideración el fin de la norma transgredida, es decir, si ella tendía primordialmente a proteger al individuo o a resguardar intereses públicos, de esta manera se introduce el criterio de normas de relación y normas de acción.

(13) Ibidem, pag. 80

administración lo adquiere el administrado al momento en que queda inscrito en el padrón de contratista de la propia Administración Pública.

Lo anterior presupone que la actualización del presupuesto hecho por el administrado, constituye el nacimiento de ese derecho sin que ello implique el derecho a suscribir el contrato, toda vez que para la formalización de este se requiere la tramitación del procedimiento administrativo. Ahora bien, las implicaciones del derecho al contrato presuponen el que la propuesta del licitador sea analizada por el órgano licitante mediante el procedimiento dispuesto por el ordenamiento jurídico, lo que origina a favor del licitador un mero interés en que sea conducido dicho procedimiento en los términos prescritos por la norma jurídica, para que el acto que adjudique el contrato se encuentre investido de legalidad.

Como consecuencia de lo anterior, el acto por el cual la autoridad rechaza al margen de cualquier consideración legal la propuesta del licitador, trae aparejada una evidente transgresión a las garantías del administrado, en lo particular al artículo quinto de la Constitución.

Por lo anterior en el procedimiento licitatorio no existe una relación jurídica cierta y calificada por el derecho público dispuesta por el procedimiento administrativo, en cuanto a que la norma jurídica disponga verdaderas situaciones de sujeción y de poder que se deben los administrados y la administración como lo estarían en el contrato de obra pública.

Así, la participación de los licitadores en la apertura de propuestas solo representa parte de la legalidad que debe observarse en el procedimiento de selección del contratista, sin que ello implique necesariamente una relación a la que nos hemos referido con anterioridad.

No obstante, los actos que recaen con motivo del procedimiento unilateral de selección del contratista y que logran incidir en la esfera jurídica del licitador, son resultado en principio, de los efectos de la legalidad del procedimiento, implicando necesariamente el interés legítimo del licitador, quedando reducida la relación jurídica especial al momento de emitir el acto administrativo.

En virtud de lo antes previsto, el procedimiento de selección del contratista guarda una naturaleza eminentemente unilateral sin que en el mismo se prevea una relación

jurídica entre el órgano administrativo y el licitador; sin embargo, ello no es obstáculo para que la relación especial de sujeción sea considerada al momento de que los actos administrativos se particularicen o individualicen en la esfera administrativa y en la del administrado, previendo la situación que al respecto guarda el o los licitadores.

Por último conviene hacer especial referencia a los actos producto de la legalidad del procedimiento administrativo, mismos que guardan una relación estrecha con la situación jurídica de los licitadores, quedando en primer orden el acto de admisión de las propuestas con el cual la administración declara, pero no constituye la cualidad de licitador. Los actos de admisión proporcionan una ventaja a las personas admitidas.

En la categoría de los actos administrativos por sus efectos, se suelen establecer actos que crean derechos y actos que declaran la existencia de derechos y con ello, hacen posible su ejercicio. En ese sentido la administración, al admitir las propuestas no las acepta; no celebra con cada uno de los licitadores una promesa de contrato sometida a la condición resolutoria de que exista una oferta mejor. Únicamente comprueba que concurren en los licitadores y en sus ofertas las condiciones exigidas para poder licitar y convertirse en contratistas.

Al admitir una propuesta, la administración que pretende contratar declara que el autor de la misma es titular del derecho a ser contratista y le recibe en el procedimiento de selección; no obstante ello no crea ni derechos ni deberes, por ello no existe un derecho subjetivo a que el licitador sea con quien la administración suscriba el contrato de obra pública. (14)

(14)Al respecto Forsthoff citado por José Ma. Boquera Oliver LA SELECCIÓN DE CONTRATISTAS ob. cit. pág. 121, señala que para la debida comprensión de la naturaleza y efectos de la admisión de propuestas, debe tenerse en cuenta que la admisión es un acto necesitado de coadyuvante. Es decir, que no puede tener lugar sin previa solicitud del destinatario. En el caso que nos ocupa, la solicitud de participar en el procedimiento de selección implica la presentación de una proposición. El destinatario del acto administrativo necesitado de coadyuvante participa con su voluntad en el nacimiento del acto. Su cooperación consiste en que por medio de la manifestación de su voluntad, se pone en movimiento

Tal y como se analizó en su oportunidad, el acto de adjudicación produce efectivamente consecuencias jurídicas: la elección del licitador de entre los admitidos y la determinación de su situación jurídica; por ello con la adjudicación sobre cual es el licitador con quien desea contratar ni crea ni declara en favor de éste el derecho a ser contratista, toda vez que este derecho existe en los particulares incluso al momento de publicarse la convocatoria, y lo declara, en cada caso singular, el acto de admisión. La elección no es más que condición para el ejercicio del derecho a ser contratista. Sólo quien ha sido elegido puede ejercitar el derecho sobre el contrato.

El acto de selección niega a los licitadores admitidos, pero no elegidos, el disfrute de su derecho a ser contratista. Puede, en ese sentido lesionar los derechos que legalmente tienen reconocidos los licitadores a convertirse en contratistas. Sus consecuencias se proyectan sobre la esfera jurídica de los no elegidos restringiendo su capacidad de obrar.

Con el objeto de precisar lo antes expuesto, la condición para el ejercicio del derecho se reduce a que la acción administrativa sea conducida sobre la legalidad y, sólo en este aspecto al administrado le asiste el interés legítimo de que la actuación administrativa quede investida por la ley.

El ejercicio del derecho a ser contratista se encuentra condicionado a la legalidad del procedimiento unilateral de selección, por lo cual al momento del acto de adjudicación determina al licitador seleccionado gozando éste del derecho a ser contratista.

Las personas que se consideren lesionadas por la adjudicación pueden en aplicación de los principios sobre los que descansa nuestro régimen jurídico-administrativo, acudir ante las propias autoridades administrativas para que éstas procedan a la revisión de los actos que constituyeron el procedimiento confirmándolos y, en su caso, quedando subsistente la legalidad del procedimiento, o en su caso, resolver sobre aquellos aspectos que viciaron el procedimiento, pero sin que el sentido de la resolución configure la pretensión del recurrente.

la actividad de la administración cuyo término es el acto administrativo.

III.3Las Acciones de los Licitadores en contra de los Actos de la Administración en el Procedimiento Unilateral de Selección del Contratista.

Como efecto del Estado de Derecho las relaciones jurídico administrativas entre la administración pública con otros sujetos sean o no estatales, quedan normadas por el ordenamiento jurídico, sin embargo, rescansa sobre el mismo principio aquella relación especial de sujeción entre el órgano estatal y el súbdito.

En relación a lo anterior, en el contrato administrativo de obra pública se presupone necesariamente los efectos de las relaciones jurídico administrativas, con la diferencia de que toda relación especial de sujeción, implica el ejercicio de las potestades públicas determinadas por la Ley. En el procedimiento unilateral de selección del contratista no existe aquella relación jurídico administrativa entre él o los licitadores y la administración pública, únicamente como procedimiento de formación del acto de adjudicación, y por efecto del interés legítimo que le asiste a los licitadores, puede implicar una modificación de la situación que guardan como resultado de la propuesta formulada, de tal manera que no existe una relación especial de sujeción de éstos, al momento de ser admitida la propuesta.

Desde este punto de vista, cualquier acción que pretenda formular el o los licitadores quedará limitada, según se ha señalado a la consideración objetiva de su propuesta, sin formulaciones subjetivas, ni acciones por daños y perjuicios o indemnizaciones de cualquier tipo, derivadas del acto de adjudicación. No obstante ello, este tipo de acciones puede considerarse como efecto indirecto de la falta de apreciación por parte del órgano licitante de la oferta o propuesta formulada, siempre y cuando la consideración hecha a la propuesta resulte ser la que mejor convenga a la administración pública.

Con el objeto de abordar el análisis de las instancias ejercidas por los licitadores en contra de los actos de la administración, hemos de referirnos en principio a la función administrativa de carácter jurisdiccional.

Producido el acto de la administración, en seguimiento del procedimiento unilateral de selección correspondiente, el

ordenamiento jurídico reconoce a sus destinatarios la posibilidad de inconformarse obteniendo con ello la revisión del procedimiento, bien ante el propio ente licitante de quien el acto procede, o en su caso, ante un órgano de la administración distinta al que convocó a la licitación Pública. (*)

A pesar de que a los licitadores no les asiste un derecho subjetivo concreto y particular, invocan los intereses legítimos que como presupuesto necesario producen indiscutiblemente el que la autoridad legitimada para conocer de la vía recursiva entre el fondo del asunto, revisando objetivamente el procedimiento de selección del contratista.

La inconformidad prevista en la Ley de Obras Públicas implica una verdadera pretensión en cuanto de cuya articulación técnica, es requerida para tener acceso a la vía jurisdiccional, ello tiene como resultado en principio, el de un auténtico privilegio de la administración y correlativamente, el de una carga efectiva para el administrado si se pretende juzgar los actos de autoridad.

En virtud de lo anterior, la inconformidad administrativa es ejercida con la pretensión de revisar los actos procedimentales a fin de obtener de ellos la legalidad que deben observar; ello dista mucho del recurso administrativo, en cuanto a que el efecto directo es el obtener la revocación del acto lesivo a los derechos concretos o particulares, o bien la defensa de los intereses legítimos del propio administrado.

Ha de señalarse que de la llamada autotutela de la Administración Pública deriva la posibilidad de que la administración proceda a revocar o reformar, anular o suspender una decisión administrativa sin que estas medidas sean específicamente la consecuencia de un derecho subjetivo hecho valer por un particular frente a la administración, sino de una acción espontánea, oficiosa, de ésta o de una

(*) Sobre este aspecto hemos de remitirnos a lo señalado por el tratadista argentino Rafael Bielsa, tomo II ob. cit. pág. 2 en lo relativo a que la función administrativa queda sobre el grado jurisdiccional cuando se impugna un acto administrativo fundado en la lesión de un derecho o un interés legítimo del recurrente y que por tanto, en ese primer momento la misma autoridad o superior jerárquico en funciones decide o declara por sí mismo la pretensión.

simple denuncia del particular, que puede ser un interesado en el caso, pero titular de un interés simple. (15)

La autotutela de la Administración Pública se manifiesta fundamentalmente en esas medidas que puede ésta tomar: la revocación, la reforma, la anulación y la suspensión del acto (*), pero de conformidad con la Ley de Obras Públicas, el o los licitadores deberán incoar la inconformidad a efecto de que el órgano administrativo proceda al examen de las consideraciones alegadas por el inconforme. No obstante ello, en atención al fin que persigue la obra pública, así como los intereses que destacan en la ejecución de esta, al órgano administrativo no sólo le asiste competencia para resolver los argumentos vertidos por el licitador, sino que por principio debe referirse a todas aquellas situaciones que han viciado el procedimiento licitatorio y al acto de adjudicación.

Es decir, la inconformidad lleva implícito el determinar la verdad material, o sea, la realidad de los hechos tal cual éstos son y no como pueden resultar de lo dicho por el promovente. Por ello, la autoridad administrativa investiga los hechos, acumula las pruebas que estima convenientes, aclara los puntos que le parezcan dudosos y, en fin, llega a precisar sobre bases efectivas los supuestos sobre los cuales ha de fundar su decisión de actividad posterior.

Por otra parte, de acuerdo a lo preceptuado por la Ley de Obras Públicas la inconformidad prevista en dicho ordenamiento no se considera como recurso administrativo, lo cual implica el que por el momento debemos atender a otro tipo de figuras administrativas como lo es la instancia administrativa.

(15) Antonio Carrillo Flores LA JUSTICIA FEDERAL Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (1a. Edición, Editorial Porrúa, México 1973) pág. 105

(*) El tratadista mexicano Antonio Carrillo Flores, al referirse a la autotutela de la administración, cita lo que la doctrina alemana ha de llamar "El Reflejo del Derecho", lo cual implica necesariamente una defensa real para el particular. Así una determinación tomada por la Administración Pública en ejercicio de sus facultades puede favorecer al particular inconformista. Inclusive es concebible la coincidencia entre el favorecido y el promovente, en cuanto el acto ha sido ajustado a la norma jurídica; sin embargo, seguirá tratándose de un fenómeno reflejo.

Cabe precisar en términos generales que la instancia administrativa desde un punto de vista doctrinario, es una mera pretensión que tiene como finalidad prevenir el nacimiento de un acto administrativo desfavorable, es un medio de defensa con que cuenta el particular para hacer frente a los actos de la autoridad administrativa.

Lo anterior hace suponer que la negativa por parte del ordenamiento jurídico en cuanto a considerar a la inconformidad como un recurso administrativo, ha de responder en principio a aquella técnica de la instancia. Sin embargo, cabe aclarar que el acto de adjudicación contra el cual procede la inconformidad, es un acto administrativo resultado de la observancia de un procedimiento unilateral que persigue la administración previendo la selección del contratista.

Con el objeto de comprender dentro del marco jurídico a la inconformidad, se ha de considerar la relación que guarda el licitador en el procedimiento licitatorio para que, con motivo de la ilegalidad de los actos de la administración, la inconformidad se reduzca a una pretensión objetiva no calificada ni determinada por la ley, pero con un fin inherente a su gestión, en cuanto a la revisión de los actos motivo de la pretensión, en su caso obtener de ello la máxima legalidad de aquéllos, según lo prevea la normatividad dictada para ese cometido.

En atención a los dos objetivos ceñidos por el ejercicio de la inconformidad preferimos darle el calificativo de recurso, previendo para tal fin los obstáculos que necesariamente implica.

En principio para dar vida al recurso administrativo se requiere que el derecho objetivo establezca la posibilidad de que un particular impugne ante una autoridad administrativa una decisión, con el derecho de que la autoridad a quien se dirige emita una nueva resolución administrativa sobre el fondo del asunto, examinando sólo la legalidad o la oportunidad, según la órbita de facultades conferidas a la autoridad por el derecho positivo.

El recurso administrativo no existe en ausencia de la ley. Cuando el derecho objetivo que regule el acto primario o el procedimiento en general dentro del cual se obra, no da el derecho de ocurrir, no debe hablarse de un recurso administrativo. (16)

Además de la vigencia del derecho que lo conceda, se requiere la existencia de una decisión impugnada, de una impugnación por persona a quien el derecho objetivo reconozca como interesado directo, que la impugnación se haga ante una autoridad administrativa y que esta deba proveer sobre el fondo de la controversia con una nueva decisión administrativa.

Sobre esta base, ha de admitirse que la inconformidad prevista en la Ley de Obras Públicas, a pesar de su carente determinación objetiva por lo que se refiere al procedimiento que ha de seguirse por la autoridad para su tramitación alcanzando la decisión definitiva, ha de tratarse en principio de un verdadero recurso por el cual la autoridad está obligada a resolver la cuestión controvertida, acatando indiscutiblemente los principios rectores que fija la ley como resultado del Estado de Derecho, que se traduce en lograr la máxima legalidad de los actos de autoridad.

A pesar de que son variadas las peticiones y alegaciones que se pueden efectuar ante la administración, siendo muy diverso también, su carácter y objeto, los recursos se tipifican por constituir una impugnación formulada contra decisiones de la administración es decir, una objeción del acto dictado, que queda así cuestionado por la sustancia del recurso.(17)

En general, el recurso administrativo implica la impugnación del acto administrativo con el efecto directo de que se modifique o revoque el acto que se está impugnando. Pero, estos efectos alcanzados directamente por el recurso administrativo, son de igual manera objetivizados por la inconformidad precisada en la Ley de Obras Públicas, ello es así por el fin al que necesariamente se cife el procedimiento de selección del contratista, previendo por ello la elección de la propuesta que mejor convenga para la ejecución de la obra pública, la cual refleja un interés preponderantemente público.

Con ello, queda acreditado desde un punto de vista finalista el que la inconformidad sea un recurso por cuanto al objeto logrado, así es traducida la pretensión de un mero interés legítimo, mismo que no encuentra obstáculo en la admisión del recurso administrativo por ser resultado de la máxima defensa a la legalidad en los actos calificados

(17) Jorge Héctor Escola TRATADO TEORICO PRACTICO DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS, ob. cit. pág. 211.

conforme a la normatividad dispuesta para la licitación pública.

Dentro del concepto de los recursos administrativos, se admite el que los administrados puedan deducir tanto un derecho en sentido estricto, como un interés legítimo, de los que asiste a los licitadores (recurso objetivo a diferencia del recurso subjetivo). En general, no hay obstáculo alguno para que desde esta situación la inconformidad se comprenda dentro de las vías recursivas.

Antes de proseguir con la caracterización intrínseca de los recursos administrativos, es decir con aquellos valores inherentes que se persiguen con el recurso, hemos de precisar que de conformidad con la Ley de Obras Públicas, resulta competente para el conocimiento de la inconformidad el órgano licitante, así como la Dependencia de la Administración Pública Federal (Secretaría de la Contraloría General de la Federación).

Aún cuando hemos sostenido que la inconformidad prevista en materia de obra pública, es en principio un recurso, ha de ser objeto de estudio el valor que distingue a la inconformidad de una simple denuncia, en cuanto a los efectos que dicha pretensión pueda alcanzar en relación con el acto definitivo.

La inconformidad como medio de impugnación de una resolución definitiva de la administración, por virtud de la cual se adjudica una obra pública, constituye una garantía para los afectados por aquella, en la medida en que les asegura la posibilidad de reaccionar contra ella y, eventualmente, de eliminar el efecto que reporta el acto de adjudicación.(18)

Como garantía para los licitadores, queda limitada principalmente a dos aspectos fundamentales; por una parte se refleja en el interés legítimo que le asiste al promovente para que los actos de la administración queden investidos de la máxima legalidad, de modo que sean producto de lo que la misma norma positiva ordena.

Por otro lado, queda el daño o perjuicio ocasionado por el acto de la administración; así, desde el punto de vista de los intereses del licitador, queda reducido a un ámbito objetivo, por tanto sus intereses serán reducidos al daño o

(18)Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Tomo II ob. cit. pag. 419.

perjuicio ocasionado por el acto de adjudicación, pero como efecto de la modificación del acto.

Desde el punto de vista de la autoridad emisora del acto de la administración, la transgresión al orden normativo implica necesariamente el correlativo daño objetivo y subjetivo a los intereses de los licitadores.

Otra situación a considerar, es la que consiste en que la vía recursiva constituye en cierta medida, un privilegio para la administración y una correlativa carga para los administrados. Es decir, la vía recursiva está configurada tradicionalmente con carácter obligatorio para poder acceder a la garantía judicial; al parecer, este modo de articular la vía administrativa y jurisdiccional, responde necesariamente a la definitividad de intentar obligatoriamente la propia revisión administrativa, la cual se da a través del recurso, y sobre esa resolución se logra el acceso a esa garantía judicial.

Ante el no ejercicio del recurso, dentro del plazo previsto para tal fin, el acto objeto de la pretensión queda firme, subsanados sus posibles vicios de mera forma, siendo inatacable de acuerdo a los principios a que responden las vías administrativas. (*)

No obstante lo anterior, resulta discutible el que el acto que se encuentra viciado de nulidad se convalide ante la ausencia del medio impugnativo.

Queda al margen de cualquier apreciación análoga con el recurso administrativo, la denuncia, toda vez que esta queda ceñida en cuanto a sus efectos al ámbito meramente interno de la administración, sin trascender a los intereses objetivos de los particulares.

Hasta aquí, nos hemos ocupado de sostener la sustantividad de la inconformidad como recurso administrativo; sin embargo, queda por superar la parte formal de esta vía, la cual se traduce en el procedimiento administrativo en vía de recurso.

(*) Podría ser objeto de reconsideración el hecho de que tratándose la inconformidad de una pretensión objetiva no es necesario agotar dicha vía, si la pretensión es subjetiva para acudir a la garantía judicial, siendo ello la excepción a la definitividad de los actos de autoridad.

En atención a los principios que atañen a todo recurso administrativo, la interposición de éste da lugar a la incoación de un procedimiento distinto e independiente del que fue seguido para elaborar el acto recurrido, pero al igual que éste, de carácter administrativo. En virtud de ello, los principios generales que rigen a aquel procedimiento prevalecen en el segundo de éstos, para alcanzar la decisión final del recurso.

Tenemos en principio la sencillez, la cual reporta la reducción de todos aquellos elementos que obstaculicen la pronta expedición de la resolución. El mantenimiento de la unidad de la actuación y la resolución, son principios inquebrantables, aplicables a la inconformidad en materia de obra pública.

El formalismo moderado, tiene como objetivo fundamental evitar el excesivo formalismo, coadyuvando con ello al control de la juridicidad administrativa. Por lo que se refiere a la oficiocidad del procedimiento, si la inconformidad representa un acto de control dependiente de instancia privada, no excluye el que una vez cumplida esa exigencia se aplique el principio de oficiocidad, de modo que la autoridad administrativa sea la que a partir de ese momento mueva el procedimiento, hasta obtener la resolución definitiva. (19)

Cabe aclarar, que con el desistimiento de la acción intentada, queda excluida cualquier consideración relativa a las acciones independientes de instancia privada, de tal forma que concluye el procedimiento, a menos que de su seguimiento exista la certeza de vicios de legalidad, que independientemente de afectar los intereses particulares del licitador, atente en contra del interés público. (20)

De conformidad con estos principios de seguimiento en el procedimiento recursivo, la acción que tiene por objeto incoar dicho procedimiento debe reunir diversos elementos, así como condiciones tanto en el orden subjetivo como objetivo.

Como elementos resultan: a) Los sujetos, en los que se distinguen un sujeto particular que es quien deduce el recurso, y un sujeto administrativo; b) El objeto, implica el efecto que se persigue con el recurso de inconformidad; c) La

(19) Jorge Hector Escola TRATADO TEORICO PRACTICO DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS, ob. cit., pág. 234.

(20) Lot. cit.

causa, consiste en un acto determinado cuyos efectos inciden en los intereses de los administrados. Las condiciones de los recursos, a su vez comprenden:

- a) Condiciones del ejercicio del recurso, o sea aquéllas que deben reunirse para que se instrumente el procedimiento del recurso. Estas condiciones son: la pretensión objetiva o subjetiva y el cumplimiento de los requisitos formales exigidos por la ley aplicable.
- b) Condiciones de la admisión del recurso, o sea aquéllas que deben reunirse para que la promoción formulada en el recurso sea admitida y resuelta, por ello debe entenderse, a la legitimación de las partes, la existencia de un interés concreto y de un derecho aplicable a la relación existente.(21)

De conformidad con los criterios anteriormente vertidos, la inconformidad prevista en la Ley de Obras Públicas no contradice los aspectos fundamentales que rigen al recurso administrativo. No obstante ello, nos encontramos con tres cuestiones procedimentales que merecen destacarse para ratificar el criterio hasta aquí sostenido respecto a la inconformidad: El principio de libertad de formas, el carácter preclusivo de los plazos y la regla del efecto suspensivo de los recursos.

La libertad de formas no sólo se reduce a las exigencias de la interposición del recurso, sino que atañen al procedimiento seguido ante autoridad administrativa, de tal manera que los límites a la forma procedimental quedan ceñidos a aquellas situaciones imprescindibles de las que no puede sustraerse la autoridad competente; en ese orden, se comprenden todos aquellos instrumentos que la norma positiva dispone, y entre los cuales quedan implicados los derechos objetivos de orden constitucional, si éstos se comprenden en la vía recursiva.

Lo anterior, equivale a afirmar que es la Administración Pública quien está obligada a dar al recurso la tramitación que legalmente corresponda de acuerdo con su concreto contenido y con el fin propuesto.

La interposición del recurso tiene un efecto principal, el de interrumpir las consecuencias del acto recurrido, toda

(21) Jorge Héctor Escola TRATADO TEORICO PRACTICO DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS ob. cit., pág. 246

vez que éste queda sometido a revisión o nuevo examen, constituyendo a la administración en la obligación de pronunciarse expresamente sobre su legalidad, deber del que no queda exonerada por el simple transcurso de los plazos, de ahí que con anterioridad nos hemos referido a la oficiocidad del procedimiento.

A pesar de que la Ley de Obras Públicas es omisa respecto a plazos o terminos para el procedimiento recursivo, la Administración Pública no puede abstenerse de resolver lo conducente. Sin embargo, el efecto suspensivo del acto por causas de interés público, implica, que aún cuando no se prevea en la ley, la autoridad administrativa que conoce de la acción puede pedir al particular inconforme cualquier tipo de prueba o consideración pertinente para esclarecer lo alegado por éste sobre la legalidad del procedimiento.

En relación con lo antes expuesto, al resolver la inconformidad, la autoridad quedará obligada a oír al inconforme antes de emitir la resolución si ello implica el esclarecimiento del procedimiento licitatorio, de modo que con ello se busca lograr la máxima legalidad de los actos procedimentales, más no satisfacer el interés privado del recurrente. (22)

Dentro de las consideraciones que los oferentes vencidos pueden alegar con motivo del acto de adjudicación, se encuentran aquellos vicios en que la autoridad incurrió durante el procedimiento administrativo, así como al momento de emitir el acto cuyos efectos inciden en el ámbito jurídico del licitador. No obstante, dentro de los aspectos que podrán alegarse como consecuencia del acto y que generalmente tendrán que demostrar, será el relativo a la privación de un hipotético lucro cesante, el cual quedaría al margen del interés público por resultar de un mero interés particular del licitador. (23)

En consecuencia, si la irregularidad cometida en el procedimiento licitatorio resulta imprescindible pasar por alto, la adjudicación resultaría viciada de nulidad absoluta y por tanto, la alegación fundada de tal irregularidad por parte del licitador vencido, imputado esta al ente convocante, tornaría procedente el que quedara sin efectos el acto de adjudicación; ante dicha situación, resulta factible además otro tipo de instancias como la imputación de

(22) Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Tomo II ob. cit. pág. 435.

(23) Hector A. Mairal, ob. cit., pág. 88.

responsabilidades a los servidores públicos que tramitaron el procedimiento licitatorio.

Cabe aclarar, que a pesar de que la Ley de Obras Públicas prevé que todo acto celebrado en contravención a la norma positiva es nulo de pleno derecho, consideramos que la propia autoridad convocante al dejar sin efectos el acto de adjudicación o actos procedimentales por estar viciados de nulidad, implicaría una declaración de insubsistencia del acto por contravenir disposiciones de derecho público.

Sobre estas bases, cabría un último argumento, en cuanto a la oposición de los intereses públicos; por una parte está la conveniencia de no demorar la ejecución de la obra pública, imprescindible para satisfacer necesidades colectivas; por la otra parte, está el interés de respetar el precepto de la legalidad administrativa.

En este orden, y desde el punto de vista de la administración, se enfrentan los valores de legalidad y eficacia. Desde el punto de vista de los particulares, entra en juego la seguridad jurídica como valor y garantía que interesa primordialmente al adjudicatario de la licitación pública afectada de vicios de legalidad.

Sobre estas bases descansa lo que en repetidas ocasiones hemos aludido por obtener la máxima legalidad en los actos de la administración, con ello se logra no sólo el que dichos actos queden investidos de juridicidad, sino que se obtiene la seguridad jurídica para el oferente vencido y demás licitadores, en cuanto a que se observó el debido procedimiento licitatorio.

No obstante lo anterior, la eficiencia que se busca con el procedimiento licitatorio debe quedar de antemano en el marco normativo de la licitación, con ello queda valorada para emitir el acto de adjudicación, pero sobre la base normativa del pliego de requisitos. En consecuencia, sobre las bases de la licitación pública, sólo asiste al licitador un interés legítimo en que se cumplan tal y como lo propone el propio órgano convocante, naciendo el derecho subjetivo al momento de emitir el acto de adjudicación, por el cual queda a la luz del acto definitivo la seguridad jurídica de que el procedimiento licitatorio se llevó a cabo conforme a lo establecido en el propio ordenamiento jurídico.

La inconformidad en materia de obra pública, forma parte de la autotutela de la administración, con el efecto de control de los actos administrativos, lo cual implica en la

resolución de la pretensión objetiva la emisión de un nuevo acto, o la ratificación de aquél por el propio órgano.

III.4 Los efectos de la Acción Administrativa en el Contrato de Obra Pública sobre las Situaciones Jurídicas del Contratista.

Según hemos expuesto, la actividad administrativa está ligada a la posición de la administración, es decir a la superioridad de que goza como titular del poder de imperio a efecto de satisfacer los intereses públicos. Así, como la actividad negocial del particular constituye el ejercicio del poder jurídico del que es titular con el fin de satisfacer su propio y personal interés; sin duda, ello permite que el ejercicio del poder conferido a la Administración Pública, dada su supremacía jurídica, puede extenderse a la modificación de la esfera jurídica de sujetos extraños, subordinados, mediante manifestaciones unilaterales de poder.

La intervención de la administración sobre la esfera jurídica de los particulares puede manifestarse en el ordenamiento (a través de la atribución de potestades, que suponen la posibilidad de producir efectos jurídicos en situaciones afectantes a otros sujetos) mediante alguna de las cuatro formas jurídicas: Reglamentos, actos administrativos, contratos, coacciones. (24)

En lo relativo a la incidencia intersubjetiva que pueda ser obra de los contratos perfeccionados entre la administración y su cocontratante se producen, modifican o extinguen a la vez situaciones activas o de ventaja y pasivas o de desventaja para el particular contratista, en los términos y condiciones ejercidos por la Administración Pública.

Conviene notar que en el contrato de obra pública se contemplan, además de las situaciones activas o pasivas que por sí se reconocen al propio administrado, aquellas decisiones administrativas que modifican unilateralmente las situaciones guardadas por las partes en el contrato de obra pública. Es decir, tanto el acto administrativo como el contrato de esta especie, suponen la incidencia jurídica en

(24) Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Tomo II, co. cit. pág. 92.

la esfera del administrado; ello implica la creación y ampliación de situaciones activas favorables, o en su caso desfavorables para el administrado.

Así, una disposición administrativa en el sentido de guardar el equilibrio ecológico en la ejecución de una obra pública, necesariamente tiene como resultado una restricción o limitación a las titularidades activas previas. Como título, en la ampliación de derechos, facultades o poderes, o bien aquellos actos que tiendan a eliminar limitaciones que afectaban a su extensión o a su desenvolvimiento, quedando comprendidas todas aquellas autorizaciones necesarias que otorga la Administración Pública, para la ejecución del contrato de obra pública.

Cabe aclarar, que tanto las situaciones activas como pasivas que a través del acto administrativo se otorgan, son en relación con los derechos u obligaciones que les asisten a los administrados; sin embargo dichas situaciones tienen relación directa con el estado que guarda el administrado en su carácter de cocontratante de la Administración Pública Federal.

No obstante lo anterior, de la celebración del contrato de obra pública derivan por sí limitaciones o prerrogativas al ejercicio de los derechos u obligaciones comunes, previstas para un contrato de derecho privado. Es decir, quedan fuera del orden privatista por el carácter administrativo del acto, por el fin que persigue y por los sujetos que intervienen, según lo hemos anticipado con anterioridad.

Se presupone en este orden, que los derechos u obligaciones a cargo del cocontratante de la administración pública se encuentran sujetos en cuanto a su ejercicio, al acto que por sí celebran y aquellos actos administrativos que en ejercicio de las potestades públicas trasciendan a aquellas situaciones contractuales.

Se trata por tanto, de que el interés público adquiera relevancia jurídica directa, por lo que se refiere al motivo del acto, como al momento de la valoración comparativa entre el interés a satisfacer y el medio de satisfacerlo. Por otro lado, según lo hemos señalado, la normatividad pública exige una conformidad a las formas del acto más estrecha y rigurosa; ello implica que como ejercicio del poder del Estado personificado en la autoridad administrativa tiene un

contenido amplio, extroverso, suficiente para producir modificaciones en las esferas jurídicas de otros. (26)

Ante todo, debemos precisar que la supremacía de la administración y la potestad de imponer coactivamente su voluntad, se sintetiza en la naturaleza necesariamente complementaria del acto de producción jurídico administrativa, acto que debe ser simplemente actuación concreta de un acto abstracto contenido en la ley, de ahí deriva aquella supremacía y relación especial de sujeción por parte del administrado a todo acto que dicte la Administración Pública Federal.

En el contrato de obra pública, la relación directa del contratista con la Administración Pública con vista al ejercicio de una relación administrativa, implica con motivo de ese ejercicio una sujeción especial del particular respecto a la administración, con el fin de disciplinar el comportamiento personal del particular, sujeción paralelamente a la cual aparece una especial y más acentuada supremacía de la administración. (27) Lo anterior tiene sentido, según lo expone el autor en cita, en la medida en que la relación implique un contacto personal y directo, con cierto carácter de permanencia y continuidad, entre el individuo titular de la relación y la esfera de la administración, de manera que surja la necesidad de regular el comportamiento personal de su cocontratante, a fin de asegurar el mejor ejercicio de la propia relación.

Sobre esta base descansa el acto de autoridad, que puede comprenderse en aquella relación jurídico administrativa que implica el contrato de obra pública. Aquel como producto del ejercicio de un poder jurídico, a decir, como un poder fundado en el derecho objetivo y presupuesto dentro de los límites señalados por el derecho; así ofrece ciertamente una garantía de protección de los particulares contra las posibles arbitrariedades y opresiones del Órgano Administrativo, pero encuentra ese acto además de un límite jurídico un fin concedido en relación con la realización de determinados intereses.

En principio se ha de señalar que el acto de autoridad se ha considerado por la doctrina como el hecho voluntario e intencional, negativo o positivo, imputable a un órgano del Estado, consistente en una decisión o en una ejecución o en ambas conjuntamente, que produzcan una afectación en

(26) Renato Alessi, Tomo I, ob. cit. pág. 252

(27) Ibidem, pág. 227

situaciones jurídicas o facticas dadas, y que se impongan imperativa, unilateral y coercitivamente.(28)

Consecuentemente, el acto de autoridad constituye un acto de gobierno o de imperio, mediante el cual el organo estatal afecta coactivamente la esfera del gobernado.

De conformidad con la ratificación hecha por parte de la doctrina en el sentido de los tres elementos fundamentales del acto de autoridad, a saber, la imperatividad, unilateralidad y coercitividad; estos son resultado del ejercicio de las potestades públicas, de modo que al parecer no existe acto de autoridad si carece éste de alguno de esos elementos que lo configuran.

Al respecto, guarda el acto administrativo como principios: el de ejecutividad, acción de oficio y presunción de legalidad. La doctrina ha clasificado el grado de ejecutividad del acto administrativo, en ejecutividad propia e impropia. La primera de ellas radica en que el acto lo ejecuta la misma Administración Pública, reservándose la ejecutividad impropia para aquél que es ejecutado por un organo eminentemente jurisdiccional.

Está en íntima relación con los actos de autoridad aquello que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido en cuanto a los actos de autoridad de decisión y actos de autoridad de ejecución.

En ese orden, dichos actos implican como contenido una decisión, que se manifiesta en un acto de voluntad de la Administración Pública dirigido a un fin, el cual se prevé cuando el ente administrativo obra en ejercicio de sus propias funciones, ejerciendo un poder inherente a su calidad de tal y siendo esa función el medio objetivo de alcanzar el fin encomendado por la norma positiva.(29)

Pero el carácter del acto como decisión definitiva es especial o concreto, a diferencia del que se le atribuye a la norma jurídica, resulta aquél, individualmente determinado, y en ello se manifiesta de manera concreta el acto. Como última apreciación de este tipo de actos, está aquella por la cual emana de una autoridad u organo administrativo con

(28)Ignacio Burgoa Orihuela,"EL JUICIO DE AMPARO" (23A. Edición, Editorial Porrúa, Mexico, D.F., 1986), pág. 206.

(29)Rafael Bielsa, Tomo I, ob. cit. pág. 18.

competencia para emitir aquel acto que alcanza la presunción de legalidad en la esfera propia del derecho público. (30)

De los principios que se reserva para el acto administrativo y la decisión que estos conllevan, se desprenden, de los aspectos internos antes previstos, el de la individualidad o concreción del acto, de tal manera que va dirigido a uno o varios sujetos determinados, mismos que se encuentran en virtud de esa situación en una relación especial de sujeción, por la cual, tiene como efecto la modificación de la situación jurídica hasta antes de que la autoridad emitiera el acto.

Así, el acto de autoridad administrativa modifica por sí y ante sí, con las condiciones inherentes de unilateralidad, imperatividad, y ejecutividad la situación particular del administrado, de modo que a la par de dichas condiciones implícitas, están aquellos aspectos que perfeccionan el contenido del acto, el cual una vez nacido goza de aquellas propiedades.

Sobre estas bases, podemos sostener que el acto de la administración que consigna necesariamente una decisión alcanza su perfección cuando preve aquellos aspectos antes referidos, gozando de las propiedades que aún cuando se encuentran limitadas por la propia norma jurídica o por un simple hecho de la administración, norman el carácter dispositivo de la decisión.

Es decir, la norma jurídica así lo ha dispuesto, previendo aquellos elementos existenciales o de contenido del acto, quedando como consecuencia de éste las propiedades implícitas de las cuales no se contemplan expresamente en la norma primaria abstracta.

Ahora bien, ese acto ante la posibilidad de afectar derechos subjetivos o intereses legítimos, es objeto de impugnación cuando tal acontecimiento sucede, a través de las vías contenciosas administrativas, o en su caso, de las acciones judiciales correspondientes. Para alcanzar tal cometido, el acto debe lesionar directamente esos derechos o intereses, pero ello, como efecto de la modificación unilateral de las situaciones de los administrados. El resultado de ello se expresa en el ejercicio de las instancias o acciones contempladas por la norma jurídica para combatir dichas decisiones.

(30) Ibidem, pág. 20.

Lo antes expuesto, nos lleva a considerar que el contratista de la Administración Pública, está sujeto con motivo de la ejecución de un contrato administrativo a que la situación jurídica que guarda con respecto a la Administración Pública como resultado de dicho acto, sea modificada por la propia administración, por las facultades legales que se le atribuyen al ente administrativo, así como por la objetividad que se persigue con el acto, los cuales se consignan en el interés público como fin del contrato administrativo.

En virtud de ello, los actos de autoridad de la administración son objeto de previsión por la norma jurídica, según lo hemos previsto, aun cuando se precisen en el documento contractual, toda vez que aquellos actos que presuponen la acción autoritaria no son objeto del acto negocial, ni menos aún, los derechos subjetivos consignados en la norma suprema y de los cuales resulta obligatoria su observancia por parte de la misma autoridad administrativa.

III.5 Las Autoridades Administrativas como Titulares de los Intereses Administrativos en la ejecución del Contrato de Obra Pública.

Según se hizo referencia, el sujeto activo de la función administrativa, es precisamente la Administración Pública Federal en cuanto que, como se ha señalado, representa el conjunto de centros de las funciones estatales. El particular como colaborador del órgano administrativo en la ejecución de esas funciones queda sujeto a una relación especial que así como se ha denominado de sujeción, queda de igual modo sujeto a una serie de prerrogativas o derechos que van más allá de los que pudiera reconocerse a alguna de las partes con motivo de un acto contractual de orden común.

A pesar de que en el contrato existen aquellas cuestiones regidas bajo los principios privatistas, nunca se han descartado que en el contrato de obra pública exista una relación que va más allá de la de derecho común; ello implica ratificar lo ya expuesto con anterioridad, en el sentido de que el órgano administrativo goza de facultades y atribuciones potestativas de orden público por las cuales queda en un nivel soberano respecto de su cocontratante.

En principio ha de considerarse que la posición y función natural, normal y significativa de la Administración Pública resulta de la expresión del Estado actuando para la satisfacción de intereses públicos concretos y confiados a la misma; se trata, por tanto, de una posición jurídica soberana, es decir, de entidad que emplea aunque sea dentro de límites concretos y precisos, el poder de imperio del Estado desplegando la función de satisfacer intereses públicos concretos inherentes a la misma. (31)

Por lo tanto, el carácter de autoridad administrativa está determinado por la norma jurídica directa o indirectamente según las funciones que le atañen al órgano administrativo.

Asimismo, las facultades confiadas a la Administración Pública para el ejercicio y cumplimiento de sus fines, pueden quedar previstas de manera expresa por la norma jurídica, o en su caso, de manera indirecta por dicha norma como resultado del cometido que en términos generales e imprecisos queda a cargo de la administración.

El concepto de autoridad para efectos del Juicio de Amparo no queda ceñido a la determinación por el órgano estatal de emplear el poder de imperio del Estado, entendido éste como la potestad o parte de la fuerza pública necesaria para asegurar la ejecución de las decisiones y mandatos de la justicia. El concepto de autoridad presupone necesariamente la facultad atribuida al órgano estatal para la disposición de aquellos actos que modifican la situación jurídica de los administrados, en virtud de que el sistema legal ha dotado al órgano administrativo de esas potestades públicas de cuyo ejercicio ha de incidir al ámbito jurídico de los administrados.

Cabe aclarar que los argumentos expuestos, adquieren relevancia cuando el acto de autoridad trasciende a la esfera del administrado, y ello es así, porque el mismo concepto de autoridad implica dos sujetos en dos situaciones distintas; una activa y la otra pasiva o bien de dominio y sujeción.

Así, el que el órgano administrativo tenga o no imperio para hacer cumplir sus determinaciones, es ahora una cuestión que se reduce a un segundo plano para determinar, por sí sola, si ese órgano en caso de tener ese imperio es autoridad. Un acto de autoridad puede ser también una resolución que afecte a los interesados, resolución que pueda

(31) Renato Alessi, Tomo I ob. cit. pág. 250

hacerse exigible mediante el uso directo o indirecto de la fuerza pública; por lo cual no es necesario el que dicho órgano administrativo tenga por sí mismo la fuerza pública para hacer cumplir sus determinaciones, toda vez que ésta es el efecto de aquella resolución contenida en el acto de autoridad. (32)

En el orden antes expuesto, cabe acotar que el criterio que debe servir de norma para definir en qué casos se está en presencia de una autoridad, es el relativo a que en las modernas formas de Estado rige el principio de que el derecho objetivo debe regular toda exteriorización de la vida y de la actividad estatal, por lo que el poder de imperio del Estado no puede concebirse como un mero poder de hecho, basado en una nueva relación de fuerza, en una prevalencia de hecho, sino como un poder jurídico, a decir como un poder fundado en el derecho objetivo y ejercitado dentro de los límites señalados por la norma jurídica.

Así tal y como se expresó con anterioridad, los órganos administrativos podrán imponer coactivamente su voluntad como efecto de la prevalencia establecida en abstracto con referencia a una futura aplicación concreta de un acto primario dispuesto por la norma legislativa. El caso de atribuciones potestativas a los órganos estatales se encuentra imbuido en el principio de legalidad de la administración, a decir se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la administración. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la administración para su acción confiriéndole al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley y por ella delimitado y construido.

(32) Gerardo D. Góngora Pimental y Miguel Acosta Romero CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL FEDERAL (2a. Edición, Editorial Porrúa, México 1986) pág. 20. Al respecto se señala en dicha obra que el concepto tradicional de autoridad, estimado como aquella que se confiere al funcionamiento estatal para imponer coactivamente sus resoluciones a los particulares, se encuentra completamente superado, ya que el órgano del Estado puede hacer exigible su resolución al particular mediante el uso indirecto de la fuerza pública, pidiéndole a otras autoridades que disponen de esa fuerza.

La figura jurídica de la potestad resulta de la figura subjetiva creada normalmente por la ley en su relación con la administración, de tal manera que la legalidad de la actuación administrativa opera en la forma de una cobertura legal de toda su acción; sólo cuando la administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación, surgen todos aquellos efectos y consecuencias que el mismo sistema normativo contiene, de cuya actualización se originan situaciones que inciden en el ámbito de los administrados.

Con la figura subjetiva de la potestad se articula el concepto de autoridad, pero siempre referido a los gobernados o administrados en cuanto se han de determinar las situaciones jurídicas de éstos.

En relación con los argumentos expuestos, las potestades públicas de los órganos administrativos quedan dispuestas a determinados órganos de la administración, en ese orden el derecho objetivo atribuye específicamente las potestades de tal manera que la autoridad por disposición expresa de la ley queda facultada para emitir el acto que ha de incidir en la esfera jurídica de los administrados. Asimismo, el sujeto administrativo para el cumplimiento de sus funciones y ejecución de sus objetivos, cuenta con aquellas potestades que invisten el carácter de autoridad en relación con los administrados, pero como consecuencia de la atribución que hace la norma jurídica al resultar su aplicabilidad y obligatoriedad del cumplimiento de sus funciones y objetivos previamente señalados por el sistema normativo.

Así, las autoridades por disposición indirecta de la norma jurídica son competentes para realizar lo que la regla jurídica concreta prevé, comprendiendo como efecto el que para el cumplimiento de sus funciones administrativas guarde una relación directa entre la ejecución de lo que implica la ejecución de sus cometidos y, aquello en lo que para dicha ejecución el sistema normativo ha atribuido potestades públicas que están al amparo de esa norma reguladora de la parte ejecutiva de los actos que conllevan al cumplimiento de las funciones del órgano estatal.

Sobre esta base, se considera que en materia de obra pública, las disposiciones de ese orden confieren potestades públicas al órgano administrativo, en cuanto a que éste para el cumplimiento de su cometido debe limitarse a lo que prevengan esas disposiciones, consignando el carácter de autoridad por una relación directa con esa norma originada de una relación indirecta por los efectos de la obligatoriedad de su observancia para el cumplimiento de sus funciones.

Dentro de las autoridades de hecho se comprenden a aquéllas que emiten actos al margen de cualquier consideración legal, transgrediendo al mismo tiempo la esfera jurídica de los administrados. Los actos producto de una actividad material implican la vía de hecho administrativa no calificada ni determinada por la legalidad, pero cuyos efectos transitan por el ámbito jurídico del administrado.

TERCERA PARTE: LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DEL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA.

I EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SEGUIDO ANTE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.

1.1 Objetivos Esenciales del Procedimiento Administrativo.

Para la realización del Estado de Derecho como modelo jurídico, los actos de la administración están en íntima relación con la técnica jurídico formal, sin desconocer el racionalismo de aquella declaración constitutiva de los actos, emitidos al margen de cualquier formalidad jurídica, sino que el acto haya sido dictado dentro de lo que de una manera general se llama la vía de derecho público. (1)

El procedimiento administrativo, como efecto de esa unidad formal, está referido al desarrollo de una serie de actividades funcionalmente unitarias por estar dirigidas a la realización de un único interés sustancial, mediante el ejercicio de una prerrogativa pública; desempeña un papel formal para el cumplimiento de un objetivo esencial. Es el cauce formal por el que se exterioriza la actuación administrativa del Estado.

El principio de legalidad constituye aquella parte formal de los actos de la administración, vale decir, de una serie de operaciones legalmente establecidas, que aseguran la perfección y eficacia de los actos de la administración. Con ello, el producto jurídico del ejercicio de las potestades públicas se dirige a la realización del interés concreto bajo el cumplimiento de una serie de actividades a cuyo acatamiento está condicionada dicha actuación. (2)

A pesar de que el procedimiento administrativo implica una actividad coordinada hacia un fin precisado por la norma jurídica, hemos de referirnos al procedimiento administrativo, para traducir la relación jurídica sustantiva entre la administración y el administrado. Así, con la legalidad formal que atañe al procedimiento quedan aseguradas las situaciones subjetivas públicas, tanto de la administración como de los administrados, por aquella relación jurídica que los une.

(1) Antonio Carrillo Flores, ob. cit. pag. 73.

(2) Renato Alessi, Tomo II, ob. cit. pag. 283.

Con ello el procedimiento administrativo como instrumento de gobierno describe, articula, regula y a la vez habilita, el ejercicio de las distintas prerrogativas públicas que componen la capacidad estatal primigenia llamada poder. Las prerrogativas integran el poder, son sus atributos inseparables, que el ordenamiento jurídico regula, compatibilizando la actuación del órgano administrativo con aquellos medios por los cuales ha de participar el administrado en el nacimiento del acto. (3)

En el alcance de los efectos del acto administrativo, producto del procedimiento administrativo radica fundamentalmente la participación del propio administrado y de la relación jurídica que guarda con la administración. Es decir, en la medida en que radica la perfección y eficacia del acto, producto de aquella potestad pública, queda asegurada la participación directa del particular en el acto; por ello nos hemos referido al efecto de su intervención para lograr aquel cometido; un acto de la administración con las propiedades inherentes que la misma disposición administrativa ha previsto para tal fin.

Cuando el acto estatal incide en la esfera del administrado, de tal manera que afecte las situaciones jurídicas de éste, no hay obstáculo para que ante la ausencia normativa se observen aquellos principios rectores de orden jurídico previstos en la norma suprema, por formar parte del orden institucional de ésta, y como resultado de las garantías constitucionales que asisten al administrado.

Cabe aclarar dos tipos de procedimientos que implican necesariamente actos distintos, aquel procedimiento que tiene como fin la constitución del acto previa formación de la voluntad administrativa o de los actos procedimentales ya sea de origen unilateral o bilateral con consecuencias individuales o generales; y otro de fiscalización, control e impugnación que comienza cuando aquél ha concluido, gozando de todas las propiedades que al efecto consigna el sistema legal objetivo. (4)

De cualquier modo, entre el procedimiento administrativo jurídicamente regulado es posible destacar algunos que están impuestos con un expreso carácter obligatorio, por lo cual se tornan ineludibles para el órgano de la administración; ello hace suponer que la relación procedimental queda en orden a la norma jurídica, mientras que en la previsión de otro tipo de procedimientos, los órganos administrativos pueden no adoptar en su integridad aquellos presupuestos normativos de carácter concreto, según resulte más oportuno. No obstante

(3) José Roberto Dromi, ob. cit. pag. 23.

(4) *Ibidem*, pag. 31.

las prescripciones de carácter general deben ser acatadas, aún cuando no sean objeto de consideración por la norma particular. (5)

En atención a lo anterior, destaca como principio fundamental en el procedimiento administrativo el que la actuación administrativa quede sujeta a la prescripción legal, para asegurar la perfección y eficacia del acto, así como para garantizar la participación de los administrados en el proceso constitutivo del acto, tutelando al mismo tiempo la defensa de la propia legalidad.

Según lo hemos señalado, el ordenamiento jurídico prevé aquellas condiciones esenciales en el ejercicio de los poderes públicos, garantizando con ello la ejecución del acto en aras de la realización del fin público. Así, encontramos como aspectos propios de raíz constitucional que predicen en todo momento, la existencia de esa legalidad y la norma jurídica, mismas que se acogen a lo que ya hemos señalado con anterioridad.

En la jerarquía normativa se reconoce aquella parte que mantiene la unidad del sistema normativo, de manera que ninguna norma o acto emanado de un órgano inferior podrá dejar sin efectos lo dispuesto por otra de rango superior. La Constitución es la norma fundamental, suprema fuente de validez de todo el ordenamiento jurídico. La validez formal de una norma o de un acto depende de que haya sido creado por el órgano y con el procedimiento establecido por la superior, mientras que la validez sustancial existe en cuanto el contenido jurídico de la norma sea congruente con el abstracto de derecho del acto antecesor. (6)

Por otra parte, dentro de lo que la doctrina denomina la razonabilidad, todo acto de la administración deben encontrar su justificación con preceptos legales y hechos, conductas y circunstancias que le causan. Bajo estas consideraciones encontramos la motivación y fin del acto procedimental.

De acuerdo al tratadista argentino José Roberto Dromi, la razonabilidad del acto responde al debido proceso de verificación de los hechos que los justifican y la apreciación objetiva al valorarlos. Debe haber una relación lógica y proporcionada entre el consecuente los antecedentes, entre el objeto y el fin. Por ello los agentes públicos deben valorar razonablemente las circunstancias de hecho y de derecho aplicable y disponer de medidas proporcionalmente adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico.

(5) Jorge Héctor Escola, EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, ob. cit. pag. 28.

(6) José Roberto Dromi, ob. cit. pag. 63.

En adición al grado de participación del administrado, se añaden otros principios que independientemente de aspectos jurídicos de orden interno que inciden en el perfeccionamiento y eficacia del acto, atienden aquellas cuestiones en las cuales el administrado guarda una relación directa con el ente estatal a fin de dar nacimiento al acto administrativo.

Dentro de esos principios generales a los que ya nos hemos referido, se agrega el relativo a la defensa, en el orden constitucional. La defensa en juicio o del debido proceso es también aplicable al procedimiento administrativo. La garantía de defensa, como efectiva posibilidad de participación útil por parte del administrado en el procedimiento administrativo comprende como derechos en la secuencia de aquel, el de ser oído, ofrecer y producir pruebas y el de una decisión fundada con la cual se obtenga aquella seguridad jurídica en el acto.

No obstante lo anterior, la facultad reservada al administrado para impugnar aquella decisión, queda comprendida dentro de las consecuencias del acto, que como resultado del grado lesivo a los intereses o derechos del gobernado, puede recurrir en su defensa a las instancias o medios impugnativos correspondientes.

La participación activa del administrado en los actos estatales no se reduce a una simple presencia del interesado en el acto, ni tampoco a un derecho común de ser oído antes del nacimiento de aquél, responde necesariamente a un derecho tutelado por la norma suprema, a una garantía que representa una activa participación bajo los parámetros que el ordenamiento jurídico prevea. (7)

Ese derecho no responde a lo convenido o acordado entre el órgano estatal y el gobernado, no forma parte de la disponibilidad que en el orden común puede ser objeto de convenio; de ello dista, el que el propio administrado no ejerza bajo los términos y condiciones aquellos derechos que prescribe la norma para ese fin.

Corresponde al órgano estatal que interviene en el procedimiento administrativo, la realización de todos aquellos actos que tienden a consignar los hechos necesarios para alcanzar la decisión final. En virtud de ello, la realización de las diligencias tendientes a la constatación de los hechos que fundamentan la decisión queda a cargo del ente público, en tanto la norma jurídica no imponga la obligación al administrado de traducir su conducta en una participación colaborativa con el órgano estatal.

(7) Ibidem. Pag. 67.

Por parte del gobernado se comprende necesariamente el derecho de ofrecer y producir las pruebas pertinentes, asegurando con ello la veracidad de los hechos o actos que han de tomarse en consideración por parte del órgano administrativo, en tal virtud se encuentra el que toda prueba razonablemente propuesta sea producida, de que ésta sea considerada antes de tomar la decisión y la sustanciación que a tal fin disponga la Administración Pública sobre la prueba ofrecida.

De acuerdo con lo anterior, podemos precisar que el derecho a una decisión fundada importa en sí un criterio de eficacia administrativa, en donde se han respetado todos aquellos principios que la norma jurídica prescribe para la constitución del acto. Sobre estas bases, la motivación y fundamentación de la decisión implica una declaración de cuales han sido las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación del acto; constituye por tanto los presupuestos o razones del acto, su fundamentación jurídica con que la administración entiendo sostener la legitimidad y oportunidad del acto decisorio.

Según quedó precisado en el capítulo correspondiente a la licitación pública, el acto de adjudicación como resultado de un procedimiento administrativo de carácter unilateral, al quedar debidamente fundado y motivado, y toda vez que con él concluye aquel procedimiento, el efecto jurídico que incide en la esfera jurídica del licitador es indiscutiblemente el de lograr la seguridad jurídica para el mismo adjudicatario, así como a los demás oferentes; sin embargo, si en ese procedimiento no se vierten los presupuestos que se han consignado para aquél, en el que interviene activamente el particular en la formación del acto administrativo, éste quedará viciado, siendo objeto de impugnación por el propio administrado.

En relación con lo señalado en el párrafo anterior, como se ha indicado, el debido proceso adjetivo y el derecho de defensa constitucionalmente resguardado exigen que no se cercene, prohíba u obstaculice con limitaciones inconstitucionales la posibilidad real de impugnar las decisiones administrativas.

En ese orden de ideas no debe de ser impedimento del derecho de defensa las creaciones procesales excluyentes o limitativas de la vía judicial, ni recursiva, por ello se ha hecho hincapié en el grado que guarda el recurso de inconformidad previsto en la Ley de Obras Públicas, aún cuando carezca de aquella regulación obligatoria que todo recurso debe consignar.

Los principios formales del procedimiento administrativo desde el punto de vista de su integración son: la oficialidad, el informalismo y la eficacia.

La oficialidad o impulsión de oficio, implica el que la propia autoridad administrativa insta las actuaciones, la cual tiene potestades y al mismo tiempo el deber de mover el procedimiento hasta llegar al dictado del acto administrativo que sea resultado del proceso desarrollado y con el cual se lleva a cabo la gestión del interés público. (8)

Lo anterior obedece al imprescindible e irrenunciable cometido normativo que atiende a un interés supremo a todo particular y al del mismo agente administrativo, siendo el móvil de su acción, el interés público. Aún cuando el propio administrado juega un papel activo en dicho procedimiento, ello es así por disposición normativa, quedando en estos casos la impulsión del procedimiento a cargo del propio ente público.

El informalismo tiene como objetivo esencial una interpretación menos estricta al sistema legal objetivo, de manera que ante el excesivo formalismo, pernicioso para la administración así como para los remedios procesales constitucionalizados que merecen amplio amparo, y ante el escollo de la técnica formal, la interpretación normativa debe engrosar la máxima legalidad sin implicaciones obsoletas que impidan alcanzar efectivamente la eficacia del acto de la administración.

El procedimiento administrativo no debe ser concebido como mera carrera de obstáculos, sino como un cauce ordenado capaz de garantizar la legalidad y el mérito del obrar administrativo dentro del respeto y la salvaguarda de los derechos subjetivos e intereses legítimos. Lo anterior supone que ante la ausencia legislativa de una estricta regulación de los actos procedimentales, la unidad formal debe caminar hacia la juridicidad de los actos con los mínimos presupuestos no esenciales para la eficacia del acto.

Por último, hemos de referirnos a la eficacia de la actuación administrativa en orden al mismo procedimiento, en cuanto se caracteriza este principio por todos aquellos aspectos que le dan unidad, a saber; le celeridad, sencillez y economía procesal. (9)

De conformidad con los intereses de carácter público, el fin de la función administrativa queda ceñido al cumplimiento de esos intereses, ello representa que bajo el marco legal

(8) Jorge Héctor Escola, EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, ob. cit. pag. 125

(9) José Roberto Dromi, ob. cit. pag. 79

quede expedido el acto con la prontitud que se requiere para la satisfacción de los intereses supremos. Sobre este mismo orden queda la sencillez de los actos procedimentales, en cuanto posibilitan una tutela efectiva de derechos y poderes jurídicos, se trata, de acuerdo con el autor en cita, de la pronta solución que reclama el ejercicio del poder y el respeto del derecho.

Con base en los argumentos generales que deben prevenirse para la ejecución del procedimiento administrativo con el alcance que hemos fijado, cabe aludir a la doble finalidad que con precisión se le asigna; como garantía administrativa, ya que por un lado procura la tutela de los derechos e intereses de los administrados, mientras que por el otro persigue la buena marcha de la administración. (10)

Hasta aquí nos hemos ocupado de aquellos principios objetivos del procedimiento administrativo, en el cual existe la ingerencia del administrado para alcanzar los efectos propios del acto estatal. Sin embargo, queda por abordar una situación relevante para los efectos que nos ocupa, el de los actos procedimentales.

En ese sentido, la unidad funcional del procedimiento administrativo y de las actividades que se desarrollan en el mismo, no se traducen en una identidad funcional de dichas actividades, por lo que concierne a su acción a su posición respecto de su formación, manifestación y ejecución del actividad administrativa en función de la cual se desarrolla todo procedimiento. (11)

De acuerdo a lo anterior, las actividades que se desarrollan en el seno del procedimiento se sitúan en diversos planos, según la diversidad funcional en relación a la unitaria realización del interés concreto como último objetivo del procedimiento. Así podemos ejemplificar en principio por aquella fase preparatoria, como manifestación esencial que constituye el ejercicio del poder para iniciar e instrumentar el procedimiento; por otro lado están aquellas actividades que representan la función verdadera y propia de la manifestación realizadora y directa del interés concreto. (12)

Sobre esta última fase, esencial en el procedimiento administrativo, se vierten todos aquellos actos producto de la relación jurídica de carácter administrativo que guarda el administrado con el ente público. Ante ello, resulta que se reconoce como elementos constitutivos, solamente aquellas

(10) Jorge Héctor Escola, EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, ob. cit. pag. 151

(11) Renato Alessi, Tomo II, ob. cit. pag. 284

(12) Lot. cit.

manifestaciones de actividad de cuya realización deriva el interés público, mientras que tienen naturaleza de elementos meramente confirmativos aquellas manifestaciones de actividad que si bien hacen posible tal actuación, lo hacen de manera que el origen de ésta parta de un momento anterior, no pudiendo reconocérseles evidentemente naturaleza de elementos constitutivos.

En la licitación pública como procedimiento unilateral de selección del contratista, los elementos confirmativos se configuran por los actos de los licitadores en cuando conllevan a que el órgano administrativo de una manera unilateral seleccione al contratista.

No sucede lo mismo cuando factores imprevisibles amenazan el equilibrio económico financiero del contrato, de tal manera que de acuerdo con el Artículo 46 de la Ley de Obras Públicas, cuando ocurran circunstancias de orden económico no previstas en el contrato, pero que de hecho y sin dolo o culpa de las partes determinan un aumento o reducción en un cinco por ciento de los trabajos aún no ejecutados, dichos costos podrán ser revisados, de conformidad con los procedimientos previstos en el Artículo 50 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas.

En ese sentido, los elementos constitutivos de los procedimientos se realizan por los actos del contratista y del órgano administrativo, en cuanto aquellas manifestaciones de voluntad, así como la actividad implicada en la ejecución del contrato reportan la realización de una obra de evidente interés público.

Así en el procedimiento se consideran aquellos aspectos propios de los actos que inciden en el cometido final de aquél, con ello, los actos adquieren verdadera relevancia constitutiva aún cuando provengan de los propios particulares. Sin embargo, sobre esta consideración versan aquellos actos compuestos, de modo que la determinaciones volitivas se presentan unidas por vínculos tan estrechos que pueden llegar a considerarse externamente como un acto único.

1.2 La Titularidad de las Potestades y de los Derechos en el Procedimiento Administrativo

La importancia del procedimiento administrativo queda reconocida tan pronto como se reconoce la existencia de una función administrativa. Esa función representa el objeto al que se limitan las condiciones del procedimiento. De acuerdo al crecimiento de aquellas funciones y en atención a los cometidos estatales, ha dado como resultado la invasión a

muchas zonas y esferas de la actividad privada y ante ello ha nacido la justa demanda del particular, para que estas intervenciones se hagan de conformidad con una forma que ofrezca al gobernado las garantías para el proceder de la actividad administrativa.

La autolimitación y autodeterminación son atributos inherentes al poder público que implican la negación misma a la arbitrariedad, al traducirse en la creación de un orden jurídico. Lo anterior implica, que el Estado de Derecho quede constatado en el ejercicio de las funciones públicas, cuando las potestades públicas, así como el producto de éstas se ciñen a lo estrictamente jurídico. En ese orden el gobernado no está al margen de acto estatal, el instrumento procedimental es una de las formas por virtud de las cuales aquél participa activamente en el ejercicio de esas funciones públicas irrenunciables para las partes.

Según se ha señalado con anterioridad, en el procedimiento donde tiene ingerencia el gobernado, deben atenderse todos aquellos derechos e intereses que le atañen, como reflejo de la tutela jurídica y de las directrices normativas que se prevén para el nacimiento del acto producto del procedimiento.

Los derechos e intereses del gobernado están protegidos por el sistema normativo, sin embargo, independientemente de la jerarquía normativa, hemos de prestar atención a la regulación secundaria que rige los actos de la administración hacia su instrumentación para emitir el acto de autoridad.

A pesar de que el procedimiento administrativo queda previsto por normas de carácter secundario, deben atenderse aquellos presupuestos jurídicos imprescindibles para la eficacia y perfeccionamiento del acto, de tal manera que ante su ausencia el acto queda viciado, según el grado de afectación por la transgresión jurídica al ordenamiento supremo.

En el procedimiento administrativo, hay una nota dominante que ha sido la preocupación fundamental para asegurar la colaboración del particular, o mejor dicho la audiencia del gobernado; en ello radica la valoración jurídica del procedimiento, en cuanto a que queda garantizada esa intervención del administrado por efecto directo de aquellos derechos jurídicamente tutelados, más que por la simple determinación normativa de carácter administrativo.

Una menor o una mayor formalidad en los actos estatales debe implicar necesariamente esa participación, como resultado de la potestad jurídica de la administración. Pero, independientemente de aquel acto, cuyos efectos no trascienden a la esfera del particular, los actos

administrativos que inciden en el álea privada del gobernado deben consignar las pretensiones o alegaciones que éste haga valer de modo que manifiesten el objetivo de la garantía de audiencia prescrita por el ordenamiento positivo.(*)

La más eficaz de las garantías es realizada por la colaboración en el procedimiento administrativo, de aquellas personas cuyos derechos y obligaciones van a quedar afectadas por el mismo acto, por lo cual, la reglamentación de esa colaboración vendría a ser el reflejo de la institución fundamental donde se tutelan las garantías del gobernado.

En virtud de que en el procedimiento administrativo se encuentran implicados los derechos o intereses del administrado, se genera una relación jurídica de derecho público por la cual la autoridad y los interesados titularizan diversos derechos y deberes que la norma jurídica reconoce a cada uno de ellos, a fin de cumplir con la función administrativa.

Pero antes de considerar los deberes que pudieran ser objeto de apreciación en la relación procedimental, ha de aclararse, si como contraposición de las potestades jurídicas que le asisten al ente público se encuentran los derechos subjetivos, mismos que en seguimiento de la doctrina común quedarían como una pretensión que lleva consigo un poder de ejercicio frente a aquella potestad pública.

De acuerdo con los fines y cometidos que se han previsto para el procedimiento administrativo, esas potestades son poderes de obrar en el mundo del derecho, que inciden en la situación jurídica del administrado, en tanto el derecho subjetivo, no representa sino una garantía (que deriva de un vínculo impuesto directamente por la norma a otros sujetos) con una utilidad sustancial directa al sujeto que le asiste,

(*) En relación a este aspecto, el Presidente Hughes, citado por Antonio Carrillo Flores, ob. cit. pag. 100, señalaba que el campo de regulación administrativa para atender las necesidades sociales debe atenderse a tres condiciones: primera la adhesión a los principios básicos del sistema constitucional (es decir, por el respeto a las garantías fundamentales de la Constitución); segunda, la previa determinación que la legislatura deberá de hacer de los padrones de la acción administrativa (la Corte no acepta que se encargue a un órgano administrativo la decisión de asuntos sin que al propio tiempo la ley que lo encargue los asuntos fije por vía imperativa el procedimiento a seguir para la decisión) y tercera, en los procedimientos administrativos de carácter semijudicial, la libertad y la propiedad de los ciudadanos han de estar protegidas por las exigencias rudimentarias de un trato justo.

de modo que en un primer orden está el poder de obrar libremente, o bien gozar de aquellas prestaciones ofrecidas por otros sujetos de carácter administrativo; como efecto de su contravención está el ejercicio de las acciones judiciales correspondientes. (13)

Es decir, por la relación que guarda la norma jurídica con el sujeto, el administrado comparece al acto procedimental, según se ha reconocido; a tal fin la actuación administrativa debe ceñirse a los lineamientos normativos con el objeto de lograr la juridicidad de los actos, así, forman parte de esa observancia legal la facultad o poder que le asiste al administrado para comparecer en el procedimiento, con el objeto de constituir la decisión definitiva.

En virtud de lo anterior, queda excluida aquella consideración por la cual como contraposición de los derechos que le corresponden a una de las partes, están las obligaciones a cargo de la otra. En el acto procedimental, tanto las potestades públicas como el derecho del administrado implican dos poderes jurídicos de distinto orden, calificados en distintos grados por el sistema legal.

Esos poderes no implican la imprecisión de aquella situación especial que guardan tanto el administrado como el órgano estatal en el procedimiento administrativo. Por ello, destaca como contenido particular de la supremacía estatal la situación de especial sujeción personal del individuo frente a la administración, como consecuencia del procedimiento administrativo y por el cual, se prevé a la administración como titular del poder de imperio, suficiente para mantener aquella situación de sujeción.

A pesar de que esa relación jurídico procedimental constituye la referida situación de supremacía no es, sin embargo, suficiente para la identificación de las relaciones a las que se une la sujeción especial del gobernado frente a la administración. En el contrato de obra pública, el contratista se encuentra sujeto en un relación especial de subordinación a la potestad del órgano contratante, de manera que las situaciones están definidas, siendo éstas el antecedente directo de aquel acto, que ha de quedar dentro de las formas procedimentales como puede ser la de aquella forma anormal de concluir el contrato de obra pública, dentro del cual queda comprendida la rescisión administrativa. Es decir con motivo de la celebración del contrato de obra pública el contratista es titular de derechos aún cuando su situación jurídica se encuentre determinada. Lo anterior en virtud de que con el procedimiento administrativo se garantizan los derechos del contratista, sin que en ello agote su función el procedimiento, toda vez que permite asegurar la pronta y

eficaz satisfacción del interés general mediante la adopción de las medidas y decisiones necesarias por los órganos de la administración, intérpretes de ese interés y, al propio tiempo, parte del procedimiento y árbitro del mismo.

El procedimiento administrativo tiene como fin el nacimiento del acto definiendo las situaciones jurídicas del administrado, pero cuyo valor radica en la instrumentación de aquellos intereses tutelados objetivamente, y de los cuales se desprende como efectos imprescindibles, el que el órgano administrativo conozca de aquellos hechos o actos que no ha tomado en consideración o de los que no tiene conocimiento, garantizando con ello los derechos que le asisten al administrado por virtud del ordenamiento jurídico.

Tal vez con éstos dos últimos objetivos, el ente público mantiene la eficacia del procedimiento administrativo, pero, éste adquiere relevancia jurídica en cuanto prevea aquella parte que mantiene en el marco de la legalidad, el respecto a las garantías constitucionales de los administrados. Aunado a lo anterior, está la eficacia y perfección del acto producto del procedimiento administrativo, mismo que en ese orden está configurado normativamente.

Por otra parte, hemos de referirnos a los deberes que al parecer quedan consignados en el procedimiento administrativo. Ante ello, hemos de argumentar que más que un deber por observar el ordenamiento jurídico, reporta un verdadero imperativo normativo que va más allá de observar tal o cual actividad como resultado de aquél derecho que le asiste a la otra parte.

La actividad administrativa, queda sujeta al orden jurídico para lograr los cometidos de las funciones encomendadas directamente por la norma suprema. Por eso la potestad pública no se genera en relación jurídica alguna que haga determinable su contenido, sino que por el contrario ésta surge única y directamente por disposición legal. A la potestad no corresponde ningún deber positivo o negativo de parte del sujeto administrado, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados del ejercicio de la potestad. (14).

Esa sujeción puede ser para esos sujetos ventajosa o desventajosa, o bien indiferente, pero en ningún caso implica un deber o una obligación por parte del sujeto sometido al ejercicio de la actividad administrativa. En fin, como producto de la norma jurídica, no existe un deber, ni de

(14) Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Tomo I, ob. cit. pag. 257

parte del órgano administrativo, ni de parte de otro sujeto frente al ejercicio de las potestades conferidas.

Si las potestades administrativas encierran las posibilidades de una actuación concreta de la administración, es precisamente en esa actuación donde se funcionalizarán las exigencias y limitaciones que el principio de legalidad impone a dichas potestades al regular sus particulares condiciones de ejercicio. En ese orden, la autoridad administrativa queda sujeta en el procedimiento a la observancia de los siguientes aspectos: 1) adoptar las medidas necesarias para la celeridad económica y eficacia del trámite; 2) impulsar de oficio el procedimiento; 3) realizar todas aquellas diligencias necesarias, a efecto de conocer con certeza los elementos que han de incidir en la decisión final; 4) respetar las garantías constitucionales de los gobernados, así como los requisitos procesales que ante tal observancia aseguran al administrado sus respectivos derechos.

En fin, frente a esas potestades públicas del órgano administrativo como consecuencia del contrato de obra pública, y en virtud del procedimiento administrativo, no existe para ese acto una situación de deber u obligación por parte de la autoridad administrativa. Los deberes y derechos procesales que le asisten a las partes con motivo del procedimiento, sólo son reflejo de aquella parte dispositiva por el ordenamiento jurídico.

Una vez precisada la doble finalidad del procedimiento administrativo, como garantía de los derechos individuales de los administrados y como garantía de orden de la administración y de justicia y acierto en sus resoluciones, han de quedar comprendidos entre los interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos, o bien, los que sin haber iniciado el procedimiento, ostenten derechos que puedan resultar directamente afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

Así, la condición de interesado se sustenta por sí sola en la titularidad del derecho subjetivo, que por ser tal y existir con anterioridad a la iniciación misma del procedimiento de que se trate, como lo es el caso del contrato de obra pública, comporta una correlativa obligación por parte de la administración de garantizar el derecho del administrado antes de emitir el acto, pues la adquisición de la condición de interesado no depende de la promoción del procedimiento por el titular del derecho ni de su comparecencia en un procedimiento ya iniciado. En ello radica la importancia de la forma procedimental en cuanto queda asegurada la garantía de los derechos de los

administrados, como efecto de un acto anterior de cuyos ejercicios actualiza la hipótesis normativa y como consecuencia la titularidad de esos derechos.

I.3 El Procedimiento Administrativo seguido en forma de Juicio.

De acuerdo con los objetivos esenciales del procedimiento administrativo, y en virtud de que éste representa aquel instrumento democratizador de los mecanismos de decisión que las instancias propiamente administrativas distan mucho de asegurar, por sí solas los actos objeto de la función administrativa, el orden jurídico reserva a través de las garantías constitucionales, una participación más intensa de los administrados en los actos que han de incidir su esfera jurídica.

Asegurar las garantías del gobernado mediante el procedimiento administrativo, implica necesariamente reconocer aquellos principios rectores del obrar administrativo que, aún cuando no se prevén en la norma secundaria son objeto de su cumplimiento para que aquél quede investido de la juridicidad necesaria, quedando en ese orden perfeccionado el acto.

De conformidad con lo expuesto, no queda al margen de cualquier consideración jurídica, el que en el procedimiento administrativo se consagren aquellas situaciones que al parecer han quedado con exclusividad reservadas al proceso judicial. No obstante ello, y con meros efectos expositivos, hemos de referirnos en principio a la garantía constitucional vista en el procedimiento.

En primer lugar, cabe resaltar la común pertenencia de aquellas, al proceso judicial y al procedimiento administrativo, de tal modo que con ello se ha contribuido a realizar la función garantizadora que en el ámbito específico del procedimiento administrativo corresponde prever como efecto de las relaciones jurídicas que surgen en el marco legal. Sin embargo, a pesar de lo antes precisado, los intentos de asimilación del proceso judicial y del procedimiento administrativo, impulsados por el afán de reforzar al máximo las garantías de los administrados, tienden como consecuencia a jurisdiccionalizar al

procedimiento administrativo en contra de lo que postulan las concretas necesidades de aquél. (15)

En razón al desenvolvimiento sistemático del procedimiento administrativo, se ha aludido al concepto de jurisdiccionalizar como aquello que se rige bajo los mismos parámetros del proceso judicial seguido ante un tribunal competente. Ello no es óbice, para referirnos al fin a que uno y otro sirven y, sobre todo, a la posición y carácter de los órganos cuya actividad disciplina. Pero el hecho de que el procedimiento administrativo se ha seguido en forma de juicio lleva implícita la prescripción de la garantía de audiencia, la cual demanda esencialmente que aquel a quien deba concederse la audiencia tenga derecho de apoyar sus pretensiones con alegatos por breves que ellos sean, y en caso necesario, con pruebas aunque carezcan de formalidad. (16)

El procedimiento administrativo en tanto queda sujeto a las bases de obtener la legalidad exige pues, la audiencia, que a su vez se descompone en la posibilidad de alegar, presentando la argumentación jurídica que favorezca al particular y de rendir las pruebas sobre los hechos. Pero no basta tal exhibición, sino que al igual que en el proceso judicial, las pruebas y alegatos deben producirse en tal forma que quede garantizado que al dictarse el acto administrativo, dichas pruebas y alegatos habrán sido estudiados y tomados en cuenta. (17)

La garantía procedimental completa, de algún modo, la garantía judicial desde otras dos perspectivas. Por una parte, porque aquella actúa antes de que la decisión sea adoptada, mientras que ésta entra en juego a posteriori, revisando conductas cumplidas cuya potencialidad lesiva no siempre puede contrarrestarse debidamente por la dificultad intrínseca de corregir situaciones ilegalmente alteradas. Por otra parte, porque la garantía procedimental opera, incluso, en el ámbito de la simple oportunidad, aspecto éste que escapa al control judicial, que es y no puede dejar de ser un control de derecho. (18)

Tal y como se hizo referencia en el apartado anterior un aspecto de la institución del procedimiento de una importante proyección en la legalidad de los actos de la administración, está en la colaboración en el procedimiento de aquellas personas cuyos derechos y obligaciones van a quedar afectados

(15) Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Tomo II, ob. cit. pag. 365.

(16) Antonio Carrillo Flores, ob. cit. pag. 96

(17) Lot. cit.

(18) Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Tomo II ob. cit. pag. 384.

por el mismo, por lo que la reglamentación de esa colaboración vendría a ser la institución fundamental del derecho de procedimiento.

Independientemente del alcance formal que debe seguir la autoridad administrativa para emitir el acto producto del procedimiento administrativo, es decir lo que constituyen los trámites que preparan, forman o ejecutan la decisión administrativa, hemos de referirnos a la garantía de audiencia como proyección legal de observancia obligatoria por disposición normativa para el nacimiento del acto administrativo.

El goce de la garantía de audiencia, como derecho público subjetivo, corresponde a todo sujeto en su calidad de administrado, de manera que éste concepto es inseparable y correlativo, por modo necesario, al de la idea de autoridad, de tal suerte que tal como lo hemos expresado, no es posible la existencia del primero sin la de la segunda. En palabras del tratadista Ignacio Burgoa Orihuela, el sujeto como gobernado y la autoridad se encuentran en la relación de supra a subordinación, que se traduce indispensablemente en multitud de actos de autoridad que tienden, para ser tales, como ámbito de operatividad la esfera del particular.(19)

En razón, de que están comprendidos dentro de los bienes jurídicos tutelados por la garantía de audiencia los derechos del gobernado, ha de comprenderse dentro de su connotación el derecho subjetivo, sea real o personal. Así, en atención a las consideraciones apuntadas con anterioridad, la idea de derechos subjetivos se concibe, para el caso que nos ocupa, como aquella facultad que incumbe a un sujeto nacida de una situación jurídica concreta, como lo es el contrato de obra pública y el posterior procedimiento de rescisión, establecida por la actualización del status normativo abstracto y que importa a cargo de otro sujeto la observancia y cumplimiento de lo dispuesto por la norma jurídica (20)

La situación jurídica determinada por el acto contractual, queda como antecedente del procedimiento administrativo de rescisión; con ello, el acto rescisorio reporta una verdadera modificación a esa situación jurídica en perjuicio de los derechos que le asisten al contratista, si el ente público emite al margen del orden jurídico el acto transgresor de los derechos subjetivos.

(19) Ignacio Burgoa Orihuela, LAS GARANTIAS INDIVIDUALES (20a.) Edición, Editorial Porrúa, México, 1985), pag. 531.

(20) Ibidem, pag. 542

De conformidad con la connotación que hemos dado en cuanto al procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, ha de consignarse en este grado la garantía de seguridad jurídica integrante de la audiencia en cuanto previo el cumplimiento de la disposición normativa, y asegurada la audiencia al gobernado, se alcanza la seguridad jurídica por el acatamiento de la actividad administrativa al orden jurídico.

No obstante ello, y para efectos expositivos nos referimos brevemente a las cuatro garantías específicas y necesariamente concurrentes que componen a la garantía de audiencia. Lo anterior a fin, de definir en nuestro concepto lo que hemos de entender por procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, según lo hemos apuntado con anterioridad.

En principio el concepto de juicio, según lo expone el autor antes citado, no necesariamente supone un real y verdadero conflicto jurídico que debe ser resuelto por una resolución jurisdiccional. En tal sentido basta que en un procedimiento cualquiera, se dé la oportunidad a la persona a la que se pretende privar de algún bien jurídico para que aquella se oponga al acto respectivo, o instaurar las pretensiones que trate de obtener en su favor, para que se establezca la posibilidad de que surja una verdadera y positiva controversia.

En este sentido, el juicio estriba en aquellos actos cuya característica específica radica en que el gobernado deduzca sus derechos ante el inminente acto de autoridad, mismo que es motivo de sustanciación en el procedimiento.

De lo antes previsto se colige que el acto administrativo que modifica la situación jurídica del gobernado en forma unilateral, de tal manera que de esa modificación se indica en aquellos bienes jurídicos tutelados por el Artículo 14 Constitucional, el juicio o procedimiento, es susceptible de ventilarse, de acuerdo con los ordenamientos legales aplicables, ante las mismas autoridades de las que provenga el acto. Ahora bien, dicho procedimiento debe instituirse legalmente como medio para que el administrado formule su defensa antes de que se realice en su perjuicio el acto administrativo.

En relación con lo anterior, preferimos referirnos al acto que probablemente modifique las situaciones jurídicas del gobernado, que aludir al acto lesivo, toda vez que no se conoce su alcance, en la esfera del particular.

La segunda garantía específica de seguridad jurídica que concurre en la integración de la audiencia, es la que señala que debe el juicio seguirse ante tribunales previamente

establecidos; ello implica la preexistencia de esos órganos judiciales ante el caso de cualquier modificación sustancial a la situación jurídica del gobernado. No obstante el alcance limitativo que al parecer tiene el sentido de dicho concepto, se ha interpretado por nuestro máximo tribunal que los alcances de esta garantía deben ser extensivos a las autoridades administrativas.

En este orden de ideas, el juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, según el Artículo 14 Constitucional no es privativo exclusivamente de los tribunales judiciales, sino también de las autoridades administrativas, a quienes la ley ordinaria confiere competencia para emitir el acto, pero respetando la previa audiencia. (*)

En el procedimiento seguido en forma de juicio deben observarse o cumplirse las formalidades procesales esenciales, lo cual implica la tercera garantía específica, integrante de la de audiencia.

Las formalidades a las que tanto hemos hecho referencia encuentran su razón de ser en la propia naturaleza de todo procedimiento. En éste se consignan dos oportunidades al administrado, mismas que resultan de la garantía de audiencia, a saber: la defensa y la probatoria. En ese orden se erigen en formalidades procesales, las cuales asumen el carácter de esenciales, por que sin ellas la función procedimental no se desempeñaría debida y exhaustivamente.

En sentido inverso, si el ordenamiento procesal sólo consigna como formalidades esenciales una de ellas, dicho ordenamiento ostenta un vicio de inconstitucionalidad. Sin embargo, el acto de la administración puede quedar subsanado si la propia Administración Pública ha dado debida observancia a las implicaciones fundamentales de la garantía de audiencia. (21)

En relación con lo anterior, ha de ser objeto de consideración que aquellas formalidades de carácter secundario, cuya violación no importa contravención a la garantía de audiencia, consistiendo aquellos en todos los actos, elementos, formas o requisitos procesales que no implican las sustentación normativa de las dos formalidades esenciales a que hemos hecho referencia, no implican transgresión alguna al ordenamiento fundamental.

(*) Informe de 1969, Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno, Primera Parte, pag. 216.

(21) Ignacio Burgoa Orihuela, LAS GARANTIAS INDIVIDUALES, ob. cit. pag. 551

La garantía específica de seguridad jurídica que configura la de audiencia, estriba en que el fallo o resolución culminatorio del juicio o procedimiento en que se desarrolla la función administrativa, debe ser conforme con las leyes y disposiciones expedidas con anterioridad al hecho, es decir, al que constituya la causa eficiente de la privación.

En ese orden de ideas, la garantía de audiencia queda integrada por aquellas consideraciones que el ordenamiento jurídico prevé para el nacimiento de cualquier acto de la administración que ha de incidir en la esfera del administrado, modificando su situación jurídica respecto con el ente público. Con ello, el acto en sí, tiene el efecto de alcanzar con relación al administrado la seguridad jurídica para éste, en el sentido de que han sido cumplidas las prescripciones normativas; por eso nos encontramos con aquella integración de las garantías constitucionales cuando éstas han sido cumplidas por el Órgano de la Administración.

La garantía de audiencia, de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, y en virtud de lo manifestado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación consiste en que las autoridades administrativas están obligadas a llenar los requisitos que señale la norma secundaria aplicable y, además, a cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, de tal suerte que, aunque la ley del acto no establezca, en manera alguna, requisitos ni formalidades previamente a la emisión del acto, de todas suertes queda la autoridad gubernativa obligada a observar las formalidades necesarias para respetar la garantía de previa audiencia que consagra el Artículo 14 Constitucional.

En esas condiciones ha reconocido la Suprema Corte, que no es indispensable para el quejoso atacar la inconstitucionalidad de la ley respectiva, puesto que, para alcanzar el otorgamiento del amparo, basta que el mismo agraviado demuestre la contradicción entre el acto combatido y la Carta Fundamental. (*)

-
- (*) -Amparo en revisión 2125/59, Antonio García Michel, 23 de marzo de 1960. 5 votos. Ponente Felipe Tena Ramírez. Sexta Época. Tomo XXXIII, Segunda Sala, pag. 37.
 -Amparo en revisión 2255/61, Venancio López Fernández, 9 de octubre de 1961, 5 votos. Ponente José Rivera P. C. Sexta Época, Tomo LII, Segunda Sala, pag. 10 y 11.
 -Amparo en revisión 4043/61, Rosalino Bafuelos Carreni, 5 de octubre de 1961. Unanimidad 4 votos. Ponente Felipe Tena Ramírez. Sexta Época, tomo LII, Segunda Sala pag. 99. Idem, Tesis 338 del Apéndice 1985.

Por otra parte, se ha destacado la importancia de que si la garantía de audiencia ha de tener una verdadera eficacia, debe constituir un derecho de los particulares no sólo frente a las autoridades administrativa y judiciales, sino también frente a la autoridad legislativa, de tal manera que ésta quede obligada, para cumplir el expreso mandato constitucional, a consignar en sus leyes los procedimientos necesarios para que se oiga a los interesados y se les de oportunidad de defenderse, en todos aquellos casos en que puedan resultar afectados sus derechos. (22)

Entre proceso judicial y procedimiento administrativo existen semejanzas indudables, dada la pertenencia de ambas instituciones a un tronco común, pero hay también profundas diferencias como consecuencias necesaria de la diversa naturaleza de los fines a que una y otra sirven y, sobre todo de la distinta posición y carácter de los órganos cuya actividad disciplinan. El proceso tiene como fin esencial la averiguación de la verdad y la satisfacción de las pretensiones ejercitadas por las partes, mediante la decisión de una instancia neutral e independiente de ellas, el Juez o Tribunal.

La condición del procedimiento administrativo, según quedó expuesto, como cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un fin, reporta la necesaria presencia del Estado en todas las esferas de la vida social, exigiendo un procedimiento rápido, ágil y flexible, que permita dar satisfacción a las necesidades públicas sin olvidar sus garantías debidas al administrado, en cumplimiento de los principios consagrados en nuestras leyes fundamentales.

Como resultado de lo anterior, el procedimiento administrativo tiene un mayor efecto en las relaciones que guardan los administrados con la administración, de tal modo que como consecuencia de la garantía de audiencia, queda articulada la actividad de una pluralidad de sujetos y de órganos en el seno de una relación jurídica (distinta de las relaciones materiales subyacentes), que se traba entre la Administración y quien tiene la condición de partes en el procedimiento y de cuyo seno se coordinan las distintas intervenciones en torno a un vínculo, esencialmente dinámico que culmina con la decisión final.

De lo antes expuesto, hemos de acotar que aquellos elementos esenciales o fundamentales del procedimiento administrativo no son objeto de transacción entre el Governado y la propia Administración Pública; ello nos hace suponer que por ningún motivo debe quedar a la libre voluntad

(22) Ignacio Burgoa Orihuela, LAS GARANTIAS INDIVIDUALES, ob. cit. pag. 558.

de las partes contratantes el destino que ha de tener aquella garantía de audiencia que le asiste irremediamente al cocontratante de la Administración ante cualquier acto administrativo, que unilateralmente decida sobre la situación jurídica del particular.

Como consecuencia de lo anterior, cuando la propia Administración Pública dentro del marco de las competencias que le atañen a los Organos comprendidos dentro de la jerarquía institucional, han de expedir aquellas bases sobre las cuales ha de regirse el procedimiento administrativo, por el cual se instrumenta la rescisión administrativa, resulta a todas luces vigente cuando prevé aquellas consideraciones fundamentales que tienen como fin su observancia, asegurando con ello aquellos beneficios que se desprenden del ejercicio de la garantía de audiencia que le asiste al contratista antes de que la administración emita el acto de autoridad.

El acto definitivo así observado, queda investido de la juridicidad necesaria para producir efectos; aún cuando pueda ser objeto de impugnación ante el superior jerárquico, o bien ante un tribunal judicial.

1.4 La Rescisión Administrativa como efecto del Procedimiento Administrativo.

En lo relativo a las cláusulas exorbitantes de derecho privado en el contrato de obra pública, la presencia del interés público en el acto determinará en principio que el cocontratante de la Administración, titular de la realización de ese interés, no está obligado solamente a cumplir su obligación como lo haría un particular con otro particular, sino que, por extensión, lo esté también a todo lo que sea absolutamente necesario para asegurar la ejecución de la obra, según lo prescriba el ordenamiento jurídico.

A través de la cláusula exorbitante de derecho común, se contienen en el acto contractual aquellos poderes inherentes a la administración, mismos que ésta no puede legalmente desentenderse en la marcha de las actividades que en ejecución de la obra pública son de su competencia, porque ésta es irrenunciable por ser de igual modo la prescripción normativa; así, el acto, según lo hemos expuesto, no debe ser objeto de disponibilidad contractual en aquella parte regulada por la norma jurídica y de la cual no queda al arbitrio de las partes cocontratantes.

De acuerdo al contenido del contrato de obra pública, el texto de dicho documento previene que para el caso de incumplimiento por parte del contratista a cualquiera de las estipulaciones del contrato, el órgano administrativo podría

exigir el cumplimiento del mismo o declarar su rescisión administrativa; bajo esta premisa conviene aclarar el alcance del contenido de esta estipulación tanto en el ámbito del derecho privado como en el derecho público.

Bajo el régimen ordinario común, la cláusula de resolución del contrato encuentra su alcance en aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derecho, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, es decir, comprende tanto definición y extinción de relaciones jurídicas en el ámbito del negocio jurídico.

Así la libertad o autonomía contractual tiene varios significados, siendo los más útiles para este estudio, tanto la libertad para fijar el contenido de cada contrato, insertando dentro de él las cláusulas que elijan las partes, como la facultad de derogar las normas supletorias o dispositivas establecidas especialmente para determinados contratos. En ese sentido, la consecuencia del ejercicio de esa libertad contractual está en la determinación de aquellas sanciones de los compromisos contractuales dentro de las cuales podemos referirnos a la resolución del contrato que, aún cuando constituya una sanción inherente a la ley contractual, no es en modo alguno de orden público, sino interpretativa de las partes, y, por tanto, desde el momento en que el pacto comisorio no existe más que en función de la voluntad presunta de las partes, depende de éstas su exigibilidad y como efecto la realización efectiva de lo acordado en el contrato.

De acuerdo con lo expuesto, para la eficacia de la resolución mediante simple declaración y sin necesidad de la sentencia judicial, se requieren dos precisiones en el contrato, a saber: la determinación de los incumplimientos que puedan dar lugar a la resolución, y el expreso reconocimiento de la facultad concedida al acreedor perjudicado para obtener tal resolución, en cualquiera de esos eventos sin tener que acudir al tribunal y en virtud de su sola manifestación de voluntad.

Bajo el marco comparativo del acto de rescisión contractual entre el Derecho Privado y el Derecho Público, la rescisión bajo éste último régimen se contempla como práctica administrativa en el que, antes de rescindir el contrato, se deja que el afectado ofrezca razones válidas que justifiquen su incumplimiento, y si ellas son satisfactorias no se

declara la rescisión; en caso contrario, si se procede a rescindir el acto que fue plenamente válido. (24)

Al referirnos al régimen ordinario, el derecho de resolver el contrato queda comprendido dentro del contenido del acto previamente consignado por las partes, de tal manera que puede conceptuarse dentro de la categoría generica de derechos subjetivos denominados de extinción, cuyo nombre se origina de la facultad para dejar sin efectos, mediante una manifestación unilateral de voluntad de sus titulares, un acto jurídico concluido. (25)

A pesar de las consideraciones expuestas, cobra importancia en la determinación de aquellos derechos de extinción la figura del pacto comisorio, la cual denota la estipulación obligatoria o válida y convenida por las partes cuyos efectos quedan comprendidos en la esfera jurídica de los contratantes con motivo del acto jurídico.

Respecto al alcance que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dado al pacto comisorio se ha señalado lo siguiente :

FACTO COMISORIO.— El pacto comisorio expreso es legítimo y en virtud de él y diversamente a lo que acontece con el tácito en que en el incumplimiento se requiere la declaración judicial para lograr la rescisión, el contrato se resuelve automáticamente por el sólo efecto del incumplimiento y sin intervención de los Tribunales; por tanto, si el pacto comisorio no es expreso sino lícito, es evidente que una de las partes no pudo rescindir por sí y ante sí el contrato tan sólo porque la otra haya dejado de cumplir con las obligaciones que el propio contrato le impuso. Si el pacto comisorio o sea la cláusula por la que las partes convienen en que el contrato será resuelto si una u otra de ellas no cumpliera con su obligación, no figura expresamente en el documento en que consta el contrato

(24) Ernesto Gutiérrez y González DERECHO DE LAS OBLIGACIONES (5a. edición, Editorial Cajica, S.A., México 1984) pág. 517.

(25) José Ramón Sánchez-Medal Urquiza LA RESOLUCION DE LOS CONTRATOS POR INCUMPLIMIENTO (4a. Edición Editorial Porrúa, México, 1989) pág. 89. Al respecto se señala que a los derechos de extinción la doctrina alemana los ha designado derechos negativos o contraderechos por su función extintiva. A su vez estos derechos de extinción constituyen una especie más amplia del género derechos de formación, los cuales se caracterizan por comprender el poder de transformar un estado jurídico mediante la sola manifestación de voluntad del titular.

respectivo, es evidente que tal pacto no pudo operar de pleno derecho. (26)

Sobre los criterios expresados por el máximo Tribunal Judicial se esgrime la crítica en el sentido de que si se pacta expresamente la resolución ipso jure, ésta opere, y en cambio si no se dice nada, aunque exista el pacto tácito, no opere de pleno derecho; con este criterio, expresa el conocido tratadista Ernesto Gutiérrez y González, se está demostrando la ignorancia sobre el contenido del artículo 1949 del Código Civil que como norma supletoria, como cláusula natural, opera siempre que las partes no digan otra cosa en contrario. (27)

A pesar de los argumentos expuestos, la determinación de la resolución ipso jure tiene un efecto en el acto jurídico en cuanto a que la declaración que conlleva la rescisión del contrato incide en la esfera de los contratistas, sin que exista por sí mismo la posibilidad de hacer efectiva aún por medios coercitivos el cumplimiento de la declaración. La necesidad de hacer efectiva la rescisión del contrato implica por sí mismo el conocimiento del Tribunal Judicial, toda vez que los efectos declarativos de rescisión del contrato por ningún motivo comprenden la ejecución material por medios coactivos a instancia de aquella parte que ha declarado la resolución del contrato.

En el contrato de obra pública se prevé la rescisión del acto, con la particularidad de que la Administración Pública tiene la facultad para declarar la resolución del contrato, facultad con la que no cuenta el contratista en el caso de que el órgano administrativo haya incumplido con lo pactado en el contrato.

De acuerdo con el contenido del documento contractual se contempla que para el caso de incumplimiento por parte del contratista a cualquiera de las estipulaciones contenidas en el contrato, la administración podrá exigir el cumplimiento del mismo o declarar su rescisión administrativa, conforme al procedimiento previsto en dicho acto.

La instrumentación del procedimiento administrativo de rescisión inicia con la notificación al contratista de las causas incurridas por este que configuran el incumplimiento a las obligaciones contractuales. Lo anterior, a fin de que manifieste lo que a su derecho convenga dentro de un plazo de 20 días. Al transcurso del plazo fijado si el contratista no manifiesta nada en su defensa o si después de analizar las razones aducidas por éste, el órgano administrativo estima

(26) Amparo Directo 6803/55 México Tractor and Machinery Co, S.A. 15 de julio de 1957. Mayoría de 4 votos.

(27) Ernesto Gutiérrez González, ob. cit. pág. 537.

que las mismas no son satisfactorias, dictará la resolución que proceda.

Sobre esta base surgen dos cuestiones que es necesario dilucidar con el objeto de precisar las facultades atribuibles a los contratantes para declarar la rescisión del contrato. Por una parte, bajo el régimen ordinario puede entenderse que el contenido previsto en el documento contractual para producir la declaración de rescisión del acto descansa sobre el pacto comisorio expreso.

Por otro lado, surge la determinación de aquellas potestades públicas del órgano administrativo para declarar la rescisión administrativa del contrato, con motivo de las facultades contenidas en la norma jurídica, en lo particular en el artículo 43 de la Ley de Obras Públicas.

Según quedó señalado con anterioridad, la legalidad define y atribuye con normalidad potestades a la administración, así, la acción administrativa es el ejercicio de tales potestades, ejercicio que creará, modificará, extinguirá, protegerá, ejercitará, relaciones jurídicas concretas.

Las potestades administrativas pertenecen a la especie llamada potestad función, esto es, aquellas potestades que deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio egoísta del titular, por ello con acierto se señala que las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo. Como consecuencia de este origen legal y no negocial, las potestades son inalienables, intransmisibles e irrenunciables, justamente por que son indisponibles por el sujeto en cuanto creación del derecho objetivo supraordenado al mismo.

En ese sentido, el titular de la potestad puede ejercitarla o no, pero no puede transferirla; la propia ley puede a lo sumo permitir su delegación del ejercicio. Así explicado el mecanismo de las potestades; el contenido del artículo 43 de la Ley de Obras Públicas contempla la potestad de rescisión administrativa, en virtud de que el referido precepto además de atribuir dicha potestad acata las razones de su ejercicio; al interés general o por contravención de los términos del contrato o de las disposiciones normativas.

Por lo que se refiere a dichos causales de rescisión contempladas en el referido precepto; las razones de interés general, al parecer no corresponde técnicamente al lugar de su ubicación en el artículo 43 de la Ley de Obras Públicas, pudiendo más bien constituir una habilitación genérica de terminación, en las hipótesis en que una valoración

subsecuente del interés general comprometido en el contrato determine la insubsistencia de éste.

La rescisión presupone necesariamente como condición constitutiva de su operación el incumplimiento del contratante, por lo cual carece de precisión el que esta figura sea considerada como rescisión, toda vez que la invocación de tal interés general no podría hacerse valer como causal de incumplimiento si, correlativamente, no existe, en el contrato, algún contenido obligacional de tal interés constituido como materia específica del contrato, a manera de que su violación pudiera engendrar la acción de que se trata. (*)

Respecto de la contravención a los términos del contrato y de las violaciones a la propia ley, debe admitirse su conjunción como efecto del régimen de derecho objetivo incorporado al contrato por la vía dispositiva de la propia norma jurídica; así la inirración a la Ley de Obras Públicas coloca a la Administración Pública en el plano de autoridad respecto del contratista, toda vez que la rescisión operaría como una especie de sanción independientemente de otro tipo de castigos.

Demostración de lo anterior es que la violación al sistema normativo supone distintos órdenes de consecuencias: a) Que la rescisión es sólo una modalidad de las posibles sanciones a su inobservancia; b) Que en este caso la Administración Pública no puede hacer valer la rescisión como incumplimiento a la parte negocial del contrato; c) Que la rescisión puede decretarse con independencia de otras sanciones.

En consecuencia la transgresión a la Ley de Obras Públicas, genera la sanción de rescisión, lo que implica que es impuesta como acto de autoridad, no proveniente del incumplimiento alguno al contrato como acto negocial. (28)

De lo anterior se desprende la inaplicabilidad de los conceptos del pacto comisorio expreso en el contrato de obra pública, toda vez que en principio el acto del cual nos ocupamos queda sujeto al régimen jurídico de derecho público y como consecuencia de ello, la previsión concreta y determinada de aquella potestad administrativa para declarar la rescisión del contrato, como efecto de la contravención del contratista a lo estipulado en el contrato o a las disposiciones normativas.

(*) Gabriel Ortiz Reyes, ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA EN CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA (Publicaciones en la Revista Jurídica de Petróleos Mexicanos No. 5; Diciembre de 1988) pág. 18-19

(28) Lot. cit.

Ahora bien, la consecuencia del ejercicio postestativo por parte del órgano administrativo para rescindir el contrato comprende necesariamente la incursión de aquellas potestades innovativas consistentes en la posibilidad de crear, modificar o extinguir situaciones o relaciones jurídicas concretas, derechos, deberes u obligaciones derivadas de un título determinado; de ahí se origina el que esa potestad sea de supremacía especial en cuanto es consecuencia de una relación especial de poder.

Lo anterior nos lleva a retomar lo expuesto en relación al procedimiento administrativo, el acto administrativo se forma a través de una serie de trámites y formalidades que concurren a su constitución, los cuales responden a la circunstancia de que la administración no sólo tiene que aplicar un derecho sustancial, material, sino que además, debe hacerlo con sujeción a ciertos trámites y formas fijados por un derecho adjetivo y formal, de modo que se perfila, por tal medio, la forma jurídica en que actúa la administración, es decir, su *modus procedendi*; pero la finalidad del procedimiento, además de ser el instrumento jurídico para la canalización de la voluntad pública, como un requerimiento legal que protege el ejercicio de las prerrogativas públicas, asegura por otro lado las garantías individuales de los administrados. (29)

El debido procedimiento legal no sólo comprende el conjunto de trámites administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que el acto administrativo sea formalmente válido (aspecto objetivo del debido proceso), sino también para que sea un cierto orden, una cierta seguridad, una cierta justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado liberal (aspecto sustantivo del debido proceso).

Así, en el procedimiento administrativo se admite la garantía del debido proceso legal, no ya por aplicación de preceptos constitucionales que la administración pública no puede desconocer, sino incluso como exigencia de una mejor administración ya que el administrado, como se sabe, con sus peticiones y reclamaciones es coadyuvante importante en el logro de una actividad administrativa legítima y eficaz. (30) La garantía referida tiene valor constitucional, de carácter general, constituyendo un principio aplicable a todas las situaciones asimilables a aquella que, originalmente puede haber dado lugar a su formulación.

(29) José Roberto Dromi, EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. ob. cit. pág. 24-25

(30) Jorge Héctor Escola, TRATADO GENERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, ob. cit. pág. 143

Cabe aclarar que la determinación del procedimiento administrativo aún cuando no se encuentra objetivamente regulado por el sistema normativo; pero previsto en el documento contractual, resulta su configuración de la proyección de aquellos instrumentos jurídicos que conllevan a garantizar la legalidad del ejercicio de las prerrogativas Públicas de las cuales se desprende el poder de declarar la rescisión del contrato de obra pública. No obstante, como consecuencia de esa potestad, se encuentra la determinación de las situaciones jurídicas del contratista en la cual incide el poder público del Estado que declara la rescisión administrativa del contrato.

Así el contratista de la administración, sujeto de aquella relación especial de sujeción debe saber siempre a donde va el órgano administrativo, éste no debe guardar en secreto sus intenciones. Desde el momento en que inicie el procedimiento administrativo y llame al particular, debe decirle que es lo que se propone o todavía más; que se propondrán hacer los agentes administrativos si encuentran comprobados tales o cuales hechos. (31)

A pesar de la ausencia normativa que regule los actos que comprendan el procedimiento administrativo, las disposiciones contenidas en las Reglas Generales de Contratación de Obra Pública son de observancia obligatoria para efectos administrativos, lo cual implica como rasgos fundamentales: primero, el principio de la audiencia de las partes, segundo, la determinación del plazo en el cual el contratista ha de manifestar lo que a su derecho convenga, así como aquél por el cual la autoridad ha de resolver; tercero, la necesidad de fundar y motivar el acto administrativo por el cual declara la rescisión del contrato de obra pública y cuarto las condiciones por las cuales la decisión debe ser notificada al contratista.

Como se desprende de las precisiones anteriores, el interés en el procedimiento administrativo responde al carácter de asumir por las partes lo dispuesto por la norma jurídica, como efecto del contenido obligacional de los diversos preceptos del rango constitucional y puramente legal para la determinación del acto administrativo que ha de incidir en el esfera jurídica del contratista.

(31) Antonio Carrillo Flores, ob. cit. pag. 100. Al respecto señalara que la Suprema Corte Norteamericana entiende al procedimiento administrativo en esta forma: cada vez que pueda culminar en una afectación de los intereses del particular hay una contienda; en ella son partes el particular y el agente de la administración que haya promovido el acto por el cual ha de iniciarse el procedimiento.

I.5 El carácter del acto de rescisión del contrato emitido por la Administración Pública Federal.

La primera consecuencia que se desprende de los contratos de obra pública celebrados entre la Administración Pública con terceros, es la sujeción de aquellas relaciones que se comprenden en el ordenamiento jurídico, de tal manera que viene a constituir un régimen jurídico indisponible para las partes que con base en el celebran el contrato.

El Artículo 43 de la Ley de Obras Públicas confiere a las dependencias y entidades de la Administración Pública, la facultad de rescindir unilateralmente los contratos, es de una fuente de derecho público, cuyo ejercicio conlleva la modificación o extinción, por sí y ante sí de la esfera jurídica del particular en sede administrativa. (32)

Así como el instrumento jurídico protector de los intereses individuales es el derecho subjetivo, reconocido u otorgado por el ordenamiento jurídico exclusivamente a su titular; la potestad, en tanto poder jurídico, es el instrumento de protección de los intereses públicos confiados a los órganos estatales en la medida de una determinada competencia limitada y expresa o razonablemente deducida.

Por esta razón, si en el derecho subjetivo es factible la renunciabilidad de su ejercicio (por afectar exclusivamente a su titular), en el caso de la potestad pública el depositario de la misma carece de la facultad de su renunciabilidad, ahí donde la vinculación de su ejercicio con la orden del otorgante (Estado), impide la aparición de la libertad. (33)

Si previamente a la decisión de convertirse en contratista, la Administración Pública debió valorar la parte y grado del interés público a satisfacerse con la puntual realización material del objeto del pacto, es lógico concluir que subsistiendo su deber de atender tal interés, una vez producido el incumplimiento grave del particular, aquella debe sin posibilidades de elección desvincularse de los nexos contractuales con el constructor incumplido, a efecto de procurar por sí o por conducto de terceros la cabal satisfacción de este interés. Se entiende que la gravedad causal de la rescisión si es típica, confortará una simple constatación de los hechos respectivos de acuerdo a la disposición que la prevenga. En sentido opuesto, se pondrá en marcha la discrecionalidad de la Administración Pública,

(32) Gabriel Ortiz Reyes, artículo citado, pag 23.

(33) Lot. cit.

que se concretará precisamente en la formación del contenido del acto.

En tales condiciones del ejercicio de la potestad deriva un acto de autoridad, toda vez que el poder jurídico de su emanación es de fuente pública (ley de Obras Públicas) y por y ante sí afecta la situación jurídica del particular en el contrato. Como tal acto de autoridad, se halla provisto de la presunción de legalidad y adquiere por ello ejecutividad inmediata en la esfera administrativa.

En la noción tradicional de la ejecutoriedad de los actos de autoridad en la doctrina administrativa, encuentra sentido en la breve exposición de Renalleti (34), quien al respecto señala que la ejecutoriedad del acto administrativo implicaría la ejecución material del acto por la propia Administración; posibilidad de ejecución forzosa de un acto por el propio autor de la decisión. La autoridad administrativa tiene el poder de exigir coactivamente el cumplimiento de sus resoluciones, si no las obedecen los obligados, sin intervención de los administrados, en acción coercitiva directa sobre las personas o sobre los bienes; de allanar, pues directamente, con el uso de la fuerza física, el obstáculo que se opone a la actuación de la propia voluntad.

Así la posibilidad que tiene el acto administrativo de ser exigido coactivamente por la Administración Pública, con sus propios medios, sin necesidad de acudir a la autoridad judicial, constituye la ejecutoriedad.

Lo que singulariza a la decisión ejecutoria, dentro de los actos administrativos de las autoridades de ese orden, es su forma ejecutoria, la decisión ejecutoria es administrativa por razón de la autoridad que la emite, pero su condición de ejecutoria la singulariza dentro del grupo de actos de la administración.

Hauriou añade: la decisión administrativa debe ser ejecutoria, es decir, una decisión cuya ejecución puede ser inmediatamente llevada a efecto por la vía administrativa, en otras palabras, por el procedimiento de oficio. La indicación de la circunstancia de que la decisión podrá ser ejecutada por vía administrativa es capital, porque es la posibilidad de esta ejecución privilegiada por la acción de oficio la que lesiona al particular y justifica el recurso.

A partir de las ideas de Hauriou, un sector de la doctrina francesa ha puesto de manifiesto que el origen o causa de las lesiones de las situaciones jurídicas

(34) José María Boquera Oliver, ESTUDIOS SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO, ob. cit. pag. 376

individuales no es la acción de oficio, la fuerza material, sino la especial eficacia jurídica de las decisiones de la Administración Pública calificadas de ejecutorias. Eficacia que tiene su origen en la sólo voluntad administrativa, y por eso mismo se denomina ejecutoriedad, la ejecución material por la propia Administración Pública no es nota esencial o característica de algunos de sus actos, pero sí lo es la ejecutoriedad, la creación unilateral e imposición de situaciones jurídicas a los administrados. Así la ejecutoriedad es un especial efecto jurídico y no un simple poder material. (35)

En ese sentido la decisión ejecutoria y acción de oficio, significan la eficacia jurídica unilateral y no posibilidad de ejecución forzosa. La decisión es ejecutoria no porque la materialización la lleve a efecto la propia administración incluso coactivamente si los administrados no la cumplen voluntariamente, sino porque modifica unilateralmente situaciones jurídicas.

Las breves referencias doctrinales que se acaban de recoger permiten afirmar que, unas veces, se emplea el término ejecutoriedad como sinónimo de ejecutividad con el significado de ejecución forzosa de los actos administrativos por la propia administración. Sin embargo, otras veces, aunque con menor frecuencia ejecutoriedad expresa también, la cualidad jurídica específica del acto administrativo; la facultad, con fundamento en la presunción iuris tantum de legalidad, de crear e imponer unilateralmente derechos y obligaciones lo cual podría concluirse en principio que este es el sentido nuevo de un término que antes no se entendía. (36)

Ahora bien; respecto a la atribución de la potestad rescisoria en favor de las entidades institucionales de la Administración Pública, el planteamiento de su carácter de autoridad tendrá que hacerse desde el concepto mismo de autoridad administrativa y no desde la perspectiva del acto administrativo, ya que éste resulta ser una manifestación regular del poder público por la vía de un sujeto administrativo.

(35) Ibidem. pag. 379

(36) El fundamento jurídico de la posibilidad de ejecución forzosa por la propia administración, es la propia naturaleza de la decisión administrativa. La presunción iuris tantum de legalidad es el fundamento de la ejecutoriedad de la decisión administrativa, o sea, de su poder de crear unilateralmente e imponer obligaciones y derechos. La decisión administrativa, por su ejecutoriedad sirve de fundamento a la prerrogativa de la acción de oficio (ejecución material o forzosa) de la que goza la Administración Pública autora de aquella.

No obstante conviene reiterar que la potestad del órgano de la administración para producir el acto se comprende en razón a la especialización funcional que preside la organización administrativa, la cual no es genérica sino específica. Esto es, no toda clase de órganos pueden producir toda clase de actos y en cualquier lugar, la particularidad de la potestad rescisoria queda atribuida al sujeto administrativo que celebra el contrato, excluyéndose a otros sujetos distintos al de la administración contratante. (37)

En el marco jurídico de la constitución política, se dispone que la Administración Pública, será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso (Artículo 90).

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal reúne por un lado las Dependencias y por otro las entidades (artículo 45, 46 y 47), caracterizándose éstos últimos por la posibilidad de gozar de una personalidad jurídica y patrimonio propio con distintos grados de autarquía.

En el caso de las dependencias agrupadas en la organización centralizada, las atribuciones que ejercen se encuentran vinculadas de manera directa e inmediata al poder Ejecutivo Federal, como órganos de las funciones públicas en el ramo administrativo. El ejercicio de tales competencias viene caracterizado por su estirpe autoritaria.

Comúnmente, las actuaciones de las dependencias se fundan en preceptos legales que revela la posición de sujeción directa de los particulares a los efectos de sus resoluciones, dentro de los límites que impone la constitución a la libertad y propiedad de aquéllos. Desde este punto de vista, la posibilidad de arbitrar en favor de las dependencias una competencia especial para rescindir unilateralmente los contratos en que sean parte, constituye una mera técnica de distribución de competencias de autotutela dispuesta por el legislador federal para la organización administrativa.

De igual forma las entidades de la Administración Pública, tienen atribuciones legales que revelan esa posición de sujeción directa de los administrados como efecto de la concreción normativa en el ejercicio y cumplimiento de sus funciones. De acuerdo a lo manifestado, no existe ni constitucional ni legalmente obstáculo de ningún género para admitir que las instituciones paraestatales resulten titulares de la potestad rescisoria, siempre y cuando tal facultad se encuentre prevista en la ley y se ajuste a los

requisitos formales y de fondo de cualquier acto de autoridad. (38)

El Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, se ha orientado a conferir el carácter de autoridad a los sujetos administrativos con aptitud legal para modificar por sí y ante sí, situaciones jurídicas particulares, creando o extinguiendo, por el efecto mismo de su propia unilateralidad, derechos y obligaciones. (39)

Como se desprende de las consideraciones anteriores, el acto administrativo por el cual la autoridad rescinde para efectos administrativos un contrato de obra pública tiene la particularidad de incidir en la esfera jurídica del administrado, de tal modo que su situación jurídica queda modificada, sin que dicha modificación quede al amparo de consecuencias negociales, sino como resultado del acto de autoridad que por disposición de la norma debe quedar configurado.

(38) Gabriel Ortíz Reyes, artículo citado pag. 25

(39) AUTORIDADES, QUIENES LO SON.- Amparo 201/75, 870/80, 811/80, 884/80, 191/80. Autoridad para los efectos del Juicio de Amparo, caso en el cual un organismo descentralizado resuelve una controversia administrativa entre particulares.- Amparo en revisión.

II EL EJERCICIO DE LA ACCION JUDICIAL ANTE EL TRIBUNAL FEDERAL COMO EFECTO DE LA CONTROVERSI A CONTRACTUAL

II.1 La Acción Ordinaria

II.1.1 El Juicio Ordinario Civil

Sobre el argumento de la falta de afectación al interés de la federación, como resultado de la controversia del acto jurídico celebrado entre la Administración Pública Federal y el gobernado, se pretende fijar la competencia entre los Tribunales del fuero federal y común en materia civil. (1)

El principal aspecto esgrimido en la determinación competencial radica en la identificación de intereses de los sujetos que intervienen en la concertación del acto, quedando al margen cualquier participación de intereses de orden público que pudiesen quedar involucrados, atendiendo a las finalidades que persigue el órgano de la administración.

De acuerdo al Artículo 54 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, fracción VI, se señala que los Jueces de Distrito en Materia Civil conocerán de las controversias en que la federación fuere parte. Al respecto conviene precisar que el concepto de federación tiene su antecedente en aquella forma de organización política, por lo cual no es un concepto que por sí mismo permita establecer un criterio para fijar la competencia de los tribunales. No obstante, facilita el

(1) COMPETENCIA FEDERAL. CASO EN QUE NO SURTE EN FAVOR DE UN JUEZ DE DISTRITO AUN CUANDO INTERVENGA EN ALGUNA CONTROVERSI A UNA EMPRESA DE PARTICIPACION ESTATAL MAYORITARIA.

- Competencia 116/86, Juez 18o. de lo Civil en el D.F. y el Juez 3o. de Distrito en Materia Civil en el D. F. 28 de noviembre de 1986.

- Competencia 242/86, Juez 5o. de Distrito en Materia Civil en el D. F. y 10o. de lo Civil en el D. F. 7 de mayo de 1986.

COMPETENCIA FEDERAL. NO SURTE EN FAVOR DE UN JUEZ DE DISTRITO EN EL CASO DE QUE FUERE PARTE EN ALGUN JUICIO UN ORGANISMO PUBLICO DESCENTRALIZADO CON PERSONALIDAD JURIDICA Y PATRIMONIO PROPIO.

- Competencia Civil 25/86, solicitada entre los jueces 20o. de lo Civil antes 32o. del D.F. y el 2o. de Distrito en Materia Civil en el D. F. 21 de marzo de 1986.

tratamiento de este apartado comprender a la Administración Pública Federal como parte integrante de la Organización Política del Estado, por ser el Ejecutivo Federal uno de los Organos que lo implican.

En ese sentido, al formar parte las Empresas de Participación Estatal Mayoritaria y los Organismos Públicos Descentralizados de la Administración Pública, necesariamente el Tribunal Federal es competente para el conocimiento de las controversias que se susciten, toda vez que en atención a los sujetos de los actos origen del conflicto, aquellos órganos de la administración forman parte del Estado.

Por otra parte, el citado numeral en su fracción IX prevé como competencia de los Juzgados de Distrito en Materia Civil, el de que todos aquellos asuntos de la competencia de los Juzgados de Distrito, conforme a la Ley, y que no estén encomendados a los otros juzgados federales, éste será el competente. Así le asiste competencia a ese tribunal para resolver las controversias que se originen con motivo de la aplicación e interpretación del contrato, con las excepciones que posteriormente se precisarán.

El artículo 50 de la Ley de Obras Públicas, señala en su segundo párrafo que: "las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de esta ley o de los contratos celebrados, serán resueltos por los tribunales federales".

Con la precisión anterior, aún cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial no señale expresamente la competencia del tribunal federal que ha de conocer de la controversia del contrato de obra pública, la Ley de Obras Públicas atribuye expresamente a los tribunales de ese fuero competencia para su conocimiento y resolución.

Ahora bien, la competencia por la materia de los tribunales del fuero federal esta dada por la atribución contenida en el artículo 54, fracción IX de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No obstante, cuando la controversia del acto de derecho público tenga su origen en la declaración sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad o de un procedimiento seguido por autoridades administrativas; la competencia se atribuye al Juzgado de Distrito en Materia Administrativa en los términos señalados por el Artículo 52, fracción I del ordenamiento referido.

Hechas las precisiones anteriores conviene aclarar que el acto objeto de la controversia, cuyo conocimiento es de la competencia del tribunal federal en materia civil no puede implicar un acto de autoridad. Es decir la controversia puede derivar de aquellas situaciones en las que se reclamen cantidades o importes como consecuencia del cumplimiento del contrato, o bien de retenciones efectuadas por la administración sin acuerdo previo de las partes. En fin del cumplimiento del acto contractual pueden surgir controversias que necesariamente conllevan a la competencia del tribunal federal en materia civil.

El pago oportuno de estimaciones, los actos de verificación de obra ejecutada, las diferencias técnicas o numéricas que surjan con motivo de la ejecución de la obra ejecutada, o en su caso, vicios ocultos en ésta, etc., permiten conocer la competencia que le asiste al Juzgado de Distrito en Materia Civil, toda vez que no necesariamente conlleva un acto de autoridad por parte de la Administración Pública, en virtud de que no existe una disposición normativa que atribuya facultades al órgano de la Administración para emitir un acto administrativo.

Ahora bien, conforme al artículo 75, fracción VI del Código de Comercio, se reputan actos de comercio "las empresas de construcción y trabajos públicos y privados". Lo anterior, debe aclararse en el sentido de que el acto objeto del presente estudio no puede quedar al margen del ordenamiento que lo rige, de tal manera que la naturaleza corresponden al orden administrativo de acuerdo al régimen de derecho público.

El proceso que corresponde seguir con motivo de la controversia judicial, no puede quedar determinado por los actos de comercio, según la fracción citada del numeral 75 del Código de Comercio. Los trabajos públicos a los que nos referimos en la primera parte encuentran su excepción al ordenamiento mercantil al quedar incorporados con motivo de la obra pública al régimen de derecho público, de conformidad con la Ley de Obras Públicas y con su respectivo reglamento.

Con el objeto de aclarar dicha situación, el trabajo público tal y como fue precisado con anterioridad, implica necesariamente lo que ha de ser motivo de ejecución para la obra pública, es decir, como medio para erigir aquello que el contratista se ha obligado a realizar o ejecutar como resultado del contrato de obra pública.

En ese orden de ideas, los trabajos sujetos a la realización de la obra no determinan el régimen jurídico de la Obra Pública, lo que implica reconocer la subsistencia legal del régimen que acota al contrato administrativo. Asimismo debe considerarse que al momento de expedirse la Ley de Obras Públicas y su correspondiente reglamento, ya atribuía el Código de Comercio la naturaleza de acto de comercio a los trabajos públicos, por lo cual ante la distinción eminente que realiza la vigente Ley de Obras Públicas, resulta impreciso consignar como acto de comercio aquellos trabajos comprendidos en la realización de la obra pública.

Las controversias judiciales del acto negocial serán resueltas por el Juzgado de Distrito en Materia Civil, cuando ello no implique un acto administrativo, como resultado del ejercicio de las potestades administrativas conferidas directamente por la Ley de Obras Públicas.

En el Juicio Ordinario de carácter federal se van a dilucidar todas aquellas acciones cuya controversia tiene su origen en aquellos actos a los que ya se hizo referencia, aún aquella en la cual se pretenda exigir el cumplimiento del contrato en los términos y condiciones previstos en este, ante la ausencia de un acto de la administración que pretenda modificar o dar por terminada la relación contractual que lo vincula con el administrado. (*)

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir en principio que en el Juicio Ordinario de carácter federal radicado en el Juzgado de Distrito en Materia Civil, se van a ventilar aquellas controversias que no impliquen actos de autoridad, sin que ello permita desconocer la situación en la que se encuentran los sujetos contratantes.

(*) Sobre este aspecto hemos de remitirnos a lo citado por los tratadistas españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en el sentido de que cualquier sujeto que pretenda alterar frente a otro la situación de hecho existente (status quo) no puede hacerlo por propia autoridad; si el otro sujeto no aceptase de grado esa alteración, tiene la carga de cometer su pretensión a un tribunal, el cual la valorará desde la perspectiva del derecho y la declarará conforme o no con éste, dándole en el primer caso fuerza ejecutoria, esto es, una virtud especial que la hace indiscutible y de cumplimiento forzoso por la parte obligada.

II.1.2 El Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción

A diferencia de la vía recursiva en la cual la propia Administración Pública es juez y parte, en la vía contenciosa administrativa la situación es totalmente distinta, pues la controversia se ventila ante un Tribunal Administrativo que funciona en un plano semejante al Tribunal Común, pero en orden a cuestiones eminentemente administrativas donde comparecen tanto el administrado como la administración.

En el proceso contencioso administrativo, los tribunales están llamados a valorar y enjuiciar a posteriori actos y conductas ya efectivamente producidas, cuyo proceso de materialización y ejecución no se detiene sino por un acto jurisdiccional de aquel tribunal que tiende a asegurar la verificación del cumplimiento por la administración de la legalidad objetiva y su eventual restablecimiento en aquellos casos en que haya resultado vulnerada en perjuicio de los particulares, para quienes la posibilidad de acudir a una instancia neutral e independiente, en defensa de sus derechos constituye la garantía máxima.

Como premisas del proceso contencioso administrativo y con el propósito de equiparar esta jurisdicción a la ordinaria en lo relativo a su eficacia garantizadora, encontramos dos momentos distintos que conviene destacar. En primer lugar, está el asegurar la posibilidad de residenciar ante los Tribunales todas las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública, sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones de categoría análoga. En un segundo orden se proclama con el proceso contencioso administrativo un auténtico juicio o proceso entre partes, el administrado y el propio ente estatal, seguido ante una jurisdicción que no es más que una especie de la genérica función jurisdiccional; en fin, su naturaleza no difiere esencialmente de los demás procesos de conocimiento. (2)

En este sentido no existe limitación extrínseca que merme los poderes de decisión del Juez, que pueda no sólo pronunciar la resolución, sino también hacer cuantas

(2) Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Tomo II, ob. cit. pag. 480.

declaraciones procedan sobre los derechos de las partes y adoptar cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la situación jurídica individualizada, alterada contra derecho por dicho acto. Todo ello contribuye a asegurar la plena eficacia de la garantía jurisdiccional. (3)

De acuerdo con las premisas anteriores, lo contencioso administrativo es estrictamente la contienda que surge por el obrar de la Administración Pública, por ello no pierde dentro del cauce procesal aquello que como instrumento logra proteger los derechos de los particulares. No obstante ello, hemos de fijar la atención en principio, en aquellos actos administrativos configurativos de verdaderos actos de autoridad y no simplemente por la ingerencia de la Administración Pública en los diversos actos que realiza.

Así, independientemente de la justificación que en nuestro sistema constitucional encuentran los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, hemos de fijar en principio nuestra atención en la distinción que existe entre el contencioso administrativo de mera nulidad y el contencioso administrativo de plena jurisdicción. Ambos tipos corresponden a la competencia de tribunales de distinto orden. Sin embargo, para el cometido que nos ocupa sólo hemos de referirnos a la acción deducida por el administrado.

El juicio contencioso de nulidad se rige conforme a lo previsto por el Código Fiscal de la Federación, el cual por el contenido y objetivos de este trabajo no ha de ser considerado en este apartado. Por otro lado, el contencioso administrativo de plena jurisdicción se cife a la controversia de verdaderos derechos subjetivos individualizados, por lo cual cuenta con la facultad de hacer cumplir sus determinaciones; en el contencioso de mera nulidad o ilegalidad del acto controvertido, son actos de constatación, lo que implica el carecer de facultad para hacer cumplir sus determinaciones.

Otra distinción que se esgrime es la relativa a que en el contencioso administrativo de plena jurisdicción el efecto de la sentencia es interpartes; en el contencioso de anulación el efecto de la sentencia es general o sea erga omnes. En efecto, en el contencioso de plena jurisdicción, la sentencia sólo produce efectos contra las autoridades

(3) Lot. cit.

señaladas como responsables lo cual no sucede en el de anulación. (4)

La Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación en su Artículo 23, Fracción VII prevé la competencia que le asiste a las salas del Tribunal Fiscal de la Federación para conocer de aquellas resoluciones definitivas que se dicten sobre la interpretación y cumplimiento de contratos de obra pública celebrados por Dependencias de la Administración Pública Federal.

En este supuesto, sólo es competente dicho Tribunal cuando el acto contractual es suscrito por una Dependencia, quedando excluidas las Entidades de la Administración Pública Federal. Asimismo, de acuerdo a los principios que rigen el contencioso administrativo de nulidad, los tribunales de este orden estarían sujetos a la prescripción dispositiva que precisa el Código Fiscal de la Federación.

Antes de continuar con los alcances del proceso contencioso administrativo, hemos de referirnos a la vía recursiva para determinar si ésta queda comprendida dentro del fenómeno contencioso o bien, es objeto de una consideración totalmente distinta al caso que nos ocupa.

De acuerdo con lo expuesto por el tratadista Antonio Carrillo Flores, lo contencioso administrativo es, estrictamente, la contienda que nace por el obrar de la Administración Pública, tanto en su seno mismo como fuera de ella. En virtud de ello, se entiende que lo contencioso administrativo debe comprender incluso el proceder propio de la Administración activa cuando interviene para decidir un punto contencioso: el problema de los recursos administrativos forma según lo señalado por el autor en cita, lo contencioso administrativo. (5)

La justicia administrativa, en cambio, se refiere a la intervención jurisdiccional que tiene como materia o como antecedente una acción administrativa, pero que no se desarrolla por órganos directos de la Administración Pública Activa, sino por órganos que frente a la Administración han alcanzado la autonomía indispensable para ser considerados como jueces, como tribunales.

(4) Emilio Margain Manautou DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACION O DE ILEGITIMIDAD (3a. Edición Universidad Autónoma de San Luis Potosí México 1980) pag. 14.

(5) Antonio Carrillo Flores, ob. cit. pag. 141.

Para los efectos que aquí nos interesa, el contencioso administrativo de plena jurisdicción queda ceñido a la competencia de los Tribunales Federales que tienen conocimiento de los actos de la Administración Pública Federal y que la norma positiva expresamente les atribuye.

En la vía administrativa son resueltos todos aquellos recursos o instancias de los cuales tiene conocimiento la propia Administración Pública Federal. Es decir, como órgano activo que resuelve la pretensión intentada por el mismo gobernado. Sobre esta base, la competencia que se prevé a cada uno de los tribunales federales para deducir la acción intentada por los administrados, está en el artículo 23 fracción VII de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, y artículo 52 fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal. En ambos supuestos, tanto la Dependencia como la Entidad quedan investidas del carácter de autoridad por lo que, de cuyo acto la legalidad se impugna.

En el artículo 52, fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, se establece una competencia ordinaria genérica en favor de los jueces de Distrito en materia administrativa, distinta de la mencionada por las fracciones II a V, que instituyen su competencia en materia de amparo. Por lo cual, resultando esta vía de carácter excepcional, su agotamiento debe en todo caso ajustarse a los límites de la ley que la establece.

De acuerdo con estas premisas debe consignarse que la defensa jurisdiccional de los derechos del contratista se orientará en sentidos diferentes por lo que toca a las acciones, órganos y procedimientos según el contenido de la pretensión, pues ciertamente una es la controversia determinada por la lesión directa de sus intereses jurídicos y otra, muy distinta, es aquella que comporta queja sobre la violación a las garantías individuales. (6)

En primer orden, nos encontramos con la competencia ordinaria al Juez de Distrito en Materia Administrativa deducida de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de leyes federales, cuando deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad o de un

(6) Revista Jurídica de Petróleos Mexicanos. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA. Lic. Gabriel Ortiz Reyes.

procedimiento seguido por autoridades administrativas (Artículo 52, fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal).

En los antecedentes expositivos de esta fracción, quedaban comprendidos todos los procedimientos de oposición que algunas leyes federales consagran para que los particulares pidan judicialmente la revocación de algún acto administrativo o de todo un procedimiento seguido ante autoridades de ese orden. No obstante, aún cuando en la exposición se hace referencia a los procedimientos instrumentados en leyes federales y del cual nace el acto administrativo, ha resultado en la actualidad escasa efectividad práctica el recurrir a dicho Tribunal en ejercicio de esa acción contenciosa administrativa para obtener la revocación del acto, toda vez que a ello se hace eco de los recursos administrativos tan en boga, como efecto de la autotutela de la Administración Pública, y de los cuales puede obtenerse la modificación o revocación del acto lesivo por la misma autoridad.

Del mismo modo, el Tribunal Fiscal de la Federación y el Contencioso Administrativo del Distrito Federal, han hecho poco común el obtener una resolución del Juzgado de Distrito en Materia Administrativa, por la competencia que le surte a aquellos tribunales. Sin embargo, consideramos que el ejercicio de esta acción no resulta intrascendente en cuanto es previsible por el ordenamiento jurídico.

En la exposición de motivos de dicha prescripción normativa, se argumentó lo siguiente: Aún dentro de la orientación que piensa que la fracción I del Artículo 97 de la Constitución de 1857, correspondiente a la fracción I del Artículo 104 de la Constitución de Querétaro, (actualmente Artículo 52, fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial), da un camino diverso del juicio de garantías, se exige necesariamente la existencia de una ley reglamentaria para que lo que se considera como una simple posibilidad constitucional, se traduzca en un procedimiento que efectivamente pueda abrirse ante los Tribunales Federales. (7)

Aún cuando se carezca de aquella reglamentación específica del Contencioso Administrativo seguido ante un Juez de Distrito, queda expedido en el orden federal el Código Federal de Procedimientos Civiles, ordenamiento de

(7) Antonio Carrillo Flores, ob. cit. pag. 184.

naturaleza adjetiva que en nada se contraponen en cuanto a la naturaleza de los actos, objeto del conocimiento del Juzgado administrativo pronunciar resolución con base en dicho ordenamiento.

De acuerdo con lo antes expuesto, el contencioso administrativo de plena jurisdicción queda en definitiva al conocimiento del Juez de Distrito en Materia Administrativa, con independencia del amparo administrativo que de igual forma es competente para su conocimiento y resolución. Ambas situaciones no entran en conflicto en cuanto a que el acto deducido en el Contencioso Administrativo y resuelto en esta vía pueda ser objetable en apelación ante los Tribunales Unitarios de Circuito y posteriormente en amparo ante los Tribunales Colegiados de Circuito del ramo correspondiente.

II.2 La Acción Extraordinaria.

II.2.1 El Ejercicio de las Acciones en contra de los Actos de Autoridad.

En el marco de la legislación vigente que regula la contratación de obra pública, existe la atribución expresa y específica de las potestades administrativas, la cual determina agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construye un supuesto legal complejo y una potestad aplicable al mismo, definida en todos sus términos.

La rescisión administrativa del contrato de obra pública, implica en el orden expuesto una atribución normativa que faculta al órgano administrativo, para emitir una resolución que se traduce en un acto de autoridad por el cual se modifica la relación jurídica existente entre el órgano administrativo y la administración. Así este medio extintivo del contrato de obra pública puede ser actuado directamente por la Administración Pública sin perjuicio de la revisión jurisdiccional de la decisión, podría ejemplificarse en el ejercicio del poder sancionatorio por el incumplimiento del cocontratante.

La rescisión del contrato de obra pública es, para la administración, una potestad pública que puede ejercerla y materializarla con la sola declaración y emisión del acto, previo el procedimiento administrativo cuya observancia condiciona la legalidad del acto.

Ahora bien, contra el acto de autoridad que ocasiona perjuicios al cocontratante de la Administración Pública con motivo de la rescisión del acto, quedan dispuestas a favor del administrado el ejercicio de acciones que tendencialmente aseguran la posibilidad de residenciar ante los tribunales todas las pretensiones que se deduzcan en relación con el acto de autoridad.

En ese sentido hemos de referirnos al Tribunal Fiscal de la Federación y al Juzgado de Distrito en materia administrativa, con las particularidades que distinguen la competencia de dichos tribunales por tratarse de las Dependencias o Entidades de la Administración Pública Federal que emiten el acto de autoridad.

No obstante, a pesar de la función garantizadora que tiene el administrado en sede jurisdiccional, el Ejecutivo Federal pretende asegurar los derechos del contratista en vía administrativa, al disponer el Reglamento de la Ley de Obras Públicas que los contratistas podrán inconformarse en contra del acto de rescisión, mediante escrito ante la autoridad correspondiente, dentro de los diez días hábiles siguientes al del acto motivo de dicha inconformidad, para lo cual deberán acompañar a su inconformidad las pruebas documentales necesarias.

El sentido del último párrafo del artículo 52 del reglamento de la Ley de Obras Públicas, no contiene en principio una medida que permita garantizar los derechos del contratista, toda vez que el alcance de dicha disposición parece reducirse a asegurar la legalidad del acto administrativo quedando al margen el ejercicio de cualquier acción deducida por el contratista con motivo del acto de autoridad. Es decir la relación que guarda la inconformidad prevista en el reglamento, con la señalada en la Ley de Obras Públicas en sus artículos 36 y 58 bis pertenecen a la misma categoría de recursos de mera legalidad objetiva, por lo cual resulta en principio insuficiente la determinación del reglamento invocado, para garantizar en vía recursiva los derechos del contratista posiblemente afectados con motivo del acto que rescinde unilateralmente el contrato de obra pública.

La individualidad objetiva del administrado en la referida vía recursiva se origina de lo puramente contemplativo de los actos de la administración, de tal

manera que si de la revocación del acto por la administración con motivo del recurso interpuesto, se produce en el recurrente la desaparición del daño o perjuicio pretendido o, lo que es igual, la obtención de alguna ventaja o beneficio, debe estimarse que existe un interés en la revocación del acto, pero dicho interés tiene proyección en cuanto a la participación que guarda el administrado con el órgano administrativo como efecto del procedimiento de licitación pública. Lo anterior no corresponde a la relación material originada con motivo del acto contractual, toda vez que el acto que declara la rescisión del contrato proyecta sus efectos en la esfera jurídica del contratista, el cual es sujeto de una posible afectación a sus derechos.

En el orden expuesto, la inconformidad opera como recurso contra el acto administrativo considerando aisladamente cualquier aspecto de naturaleza subjetiva del recurrente, es decir como un medio de control, en fin, de la legalidad de la decisión ejecutoria.

De acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Obras Públicas, de intentarse la vía recursiva el acto de rescisión unilateral del contrato queda sujeto al conocimiento de la propia autoridad que emitió el acto, o bien, ante la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, dichos órganos conocerán únicamente sobre la legalidad del acto sin concluir en la calificación de los perjuicios ocasionados al contratista. Es decir, si el recurso de inconformidad por su propia naturaleza es objetivo, el interés del contratista va encaminado a la aplicación legal del acto, de tal manera que cualquier aspecto subjetivo queda al margen del recurso de inconformidad.

En relación con lo anterior, resulta necesario aclarar si la necesidad de su agotamiento es indispensable para intentar cualquier otra vía contenciosa e incluso el juicio de amparo.

Al respecto, la falta de una estricta regulación normativa que garantice en principio los derechos del contratista en la vía recursiva, permite concluir la improcedencia del recurso como requisito para intentar con posterioridad el ejercicio de otro tipo de acciones ante los tribunales federales.

Ahora bien, todas aquellas cuestiones de ilegalidad sólo quedan depuradas en el Juicio Ordinario, de tal manera que debe comprenderse como principio de definitividad en el

Juicio de Amparo el agotamiento de la vía ordinaria, sin que ello represente la improcedencia de las excepciones a dicho principio y de las cuales tanto la legislación como el poder judicial han definido.

En los términos expuestos, no se encuentran debidamente garantizados los derechos del contratante del órgano administrativo ante el ejercicio del recurso de inconformidad, asimismo aún cuando se ha explicado el sentido de la inconformidad, la Ley de Obras Públicas niega el carácter de recurso y con ello aún cuando de manera configurada lo sea, no hay una determinación expresa en cuanto a la obligación de resolver por la autoridad administrativa la pretensión del contratista.

Con ello se pretende sostener el efecto de la inconformidad, en cuanto sólo hay un resultado al que ha de ceñirse estrictamente la autoridad, el cual corresponde a determinar que la acción administrativa y los actos que la configuran quedan investidos de la suficiente legalidad, como para producir por sí y ante sí los efectos necesarios frente a los administrados.

Ahora bien, la acción contenciosa administrativa encierra la garantía de legalidad del acto en cuanto a que el administrado podrá accionar la jurisdicción ordinaria para evitar en su caso los perjuicios del acto combatido. No obstante otro aspecto que debe considerarse, es el relativo a los actos procedimentales que han de constituir el acto de autoridad; así cuando deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un procedimiento administrativo la competencia ordinaria se reduce a que la acción ha de radicarse ante el Juzgado de Distrito en materia administrativa.

Sobre esta base, se puede comprender que el procedimiento que da lugar al acto de rescisión del contrato corresponde a la determinación hecha en el artículo 52, fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal. Lo anterior no puede entenderse cuando, a través de la acción ordinaria han de controvertirse los actos del procedimiento licitatorio, en virtud de que la naturaleza de dicho procedimiento excluye por completo los derechos del administrado quedando únicamente determinados los intereses legítimos de los licitadores.

Asimismo bajo el ejercicio de la acción contenciosa administrativa puede lograrse la suspensión de los efectos del acto en cuanto a que el tribunal federal puede decretar, con base en el artículo 394 del Código Federal de Procedimientos Civiles, todas las medidas y acciones necesarias para mantener la situación de hecho existente.

II.2.2 El Juicio de Amparo

Ha sido criterio de los Jueces de Distrito declarar la improcedencia del amparo propuesto en contra de actos que resuelven el contrato administrativo, por considerar que no provienen de autoridad, sino de parte, por lo que no reúnen el requisito de procedencia a que se contrae el artículo 10., fracción I de la Ley de Amparo. (*)

Asimismo, se discute la calidad de autoridad de las instituciones públicas del sector paraestatal de la Administración Pública Federal, en cuanto a la falta de disponibilidad de la fuerza pública para hacer cumplir sus determinaciones. Al respecto debe considerarse que la materia del acto de autoridad no es algo que quede en la parte coercitiva, sino en la posibilidad de modificar legalmente, por sí y ante sí la situación jurídica de los administrados. Lo anterior resulta de esa facultad de derecho público conferida directamente por la norma jurídica al órgano estatal para emitir el acto con efectos administrativos.

No obstante lo precisado con anterioridad, merece especial atención la determinación del procedimiento administrativo de rescisión del contrato de obra pública, en cuanto a que éste se encuentra previsto en el reglamento, dicho procedimiento formaba parte del contenido contractual quedando su observación obligatoria para el órgano administrativo, toda vez que se encontraba inmerso en las disposiciones administrativas cuya obligatoriedad era propia de la administración.

(*) 955 CONTRATO CELEBRADO POR AUTORIDAD ADMINISTRATIVA COMO PERSONA MORAL DE DERECHO PRIVADO. AMPARO IMPROCEDENTE CONTRA ACTOS QUE SON CONSECUENCIA DEL MISMO.

356 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Por otra parte de la determinación jurídica del procedimiento, según quedo expuesto se conoce la garantía de audiencia y la debida observancia del procedimiento, de tal manera que dichas garantías no han quedado modificadas por la regulación prevista en el reglamento del ordenamiento invocado. Así, el procedimiento para declarar la rescisión del contrato descansa en la forma de juicio seguido ante autoridad administrativa.

De acuerdo con lo anterior, el poder judicial ha interpretado la fracción II en relación con la IV del artículo 114 de la Ley de Amparo, en el sentido de que tratándose de actos que provengan de un procedimiento seguido en forma de juicio, el amparo sólo podrá promoverse contra la resolución definitiva por violaciones cometidas en la misma resolución o durante el procedimiento; la relación que guarda esa disposición con la contenida en la fracción IV del mismo precepto, radica en la procedencia del amparo indirecto contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación.

Así, ha interpretado la Suprema Corte de Justicia que si bien la fracción IV alude a actos en el juicio, por igualdad de razón debe aplicarse a actos en procedimientos seguidos en forma de juicio, pues lo que se pretende a través de ese precepto es que los actos que tengan una ejecución de imposible reparación puedan ser impugnados de inmediato en la vía de amparo sin necesidad de esperar la resolución definitiva, y tales actos pueden producirse tanto en juicios propiamente dichos como en procedimientos seguidos en forma de juicio. (*)

Como se desprende de lo anterior, si con motivo del procedimiento administrativo para declarar la rescisión del contrato existen actos que tengan una ejecución de imposible reparación, como lo será la ejecución de la obra por un tercero ajeno al contrato durante la tramitación del procedimiento, puede impugnarse de inmediato en la vía de amparo sin necesidad de esperar la resolución definitiva.

Ahora bien, retomando la idea contenida en el principio de definitividad, la cuestión que debe plantearse es la de

(*) PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS EN FORMA DE JUICIO. APLICACION DE LA FRACCION II, EN RELACION CON LA IV. DEL ARTICULO 114 DE LA LEY DE AMPARO.
Precedentes 2a. Sala Séptima Epoca, Volumen Semestral 133-138, Tercera Parte, pag. 81

determinar si previamente al juicio de garantías, el contratista deberá demandar la insubsistencia de la declaratoria de rescisión ante el Juez de Distrito en un juicio ordinario conforme a la fracción I del artículo 52 de la Ley Organica del Poder Judicial Federal.

De frente a las posibilidades de impugnación de tal resolución, el ordenamiento jurídico dispone dos vías al efecto: por un lado, el juicio de amparo y en segundo término, el juicio ordinario ante el Juez de Distrito, combatiéndose en ambos casos el acto de autoridad, en el primer supuesto por razones de constitucionalidad y en el segundo, por cuestiones de mera legalidad relacionadas éstas de manera directa e inmediata con el fondo del asunto.

Teniendo presente que el ámbito propio del juicio de amparo es la controversia derivada de la oposición del acto reclamado a las garantías individuales, se sigue de ello que tal materia impide al juzgador del amparo el prejuzgamiento de las cuestiones de fondo (contractuales). En este sentido, y de manera semejante la Suprema Corte de Justicia sostuvo que los jueces de amparo se encuentran impedidos para conocer de las cuestiones de propiedad, lo que se reserva de manera exclusiva a los jueces ordinarios.

Por lo demás, la subsistencia de la fracción I del artículo 52 de la Ley Organica del Poder Judicial Federal, cuya vigencia es indudable, permite al contratista impugnar la resolución de rescisión en el juicio ordinario, en el cual se deducirá una prestación material en términos del artículo I del Código Federal de Procedimientos Civiles, dentro de un juicio en el que ya evidentemente se ventilará una oposición de intereses y de legalidad al margen de la apreciación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la resolución o procedimiento administrativo que les hubiere lesionado.

Incluso así, en contra de la resolución definitiva que pusiera fin a la controversia ordinaria quedaría expedita la vía de amparo directo. No obstante, en las condiciones señaladas, el efecto de la sentencia de amparo, dependiendo del tipo de violaciones hechas valer, se agotaría en la insubsistencia del acto y la correlativa reposición del quejoso en el goce de las garantías violadas, sin pronunciamiento sobre el fondo del negocio jurídico.

Opuestamente, si la setencia resultara desfavorable al quejoso, nada impediría que éste acudiera a la vía ordinaria, sin considerar al respecto cuestiones de plazo, ni de

proponer cuestión alguna de constitucionalidad propia de un acto de autoridad, por aplicación del principio de cosa juzgada alcanzado por la sentencia de amparo.

Por lo que se refiere a la suspensión del acto reclamado, en las condiciones consideradas, dicha medida cautelar no debería otorgarse, toda vez que se contravendría el artículo 124, fracción II de la Ley de Amparo, además de que con violación a los principios del juicio de garantías, se daría efectos restitutorios a la providencia suspensiva, desde el punto y momento en que el quejoso quedaría en condiciones de continuar ejerciendo el contrato respectivo con ostensible afectación del interés general. (*)

(*) Gabriel Ortiz Reyes, artículo referido, pag. 27-28

CONCLUSIONES

1. Los contratos de la administración constituyen el género que integran a los contratos administrativos y a los contratos de derecho privado celebrados por el órgano estatal; la diferencia entre ambos es material objetiva, no subjetiva, y hallanse regulados por reglas similares en lo atinente a la voluntad y competencia; sin embargo no representan dichas reglas la generalidad o la exclusión cuando se ha de atender por imperio del principio de especialidad de las normas vinculado con la capacidad o competencia de las personas jurídicas que, cuando la actividad de la Administración tiende a satisfacer directa e inmediatamente la finalidad de su existencia, cumple una actividad administrativa regida necesariamente por el Derecho Público.

No sucede lo mismo cuando el órgano estatal despliega una actividad en forma concreta y determinada por el régimen de derecho privado, aún cuando se pretende la satisfacción de una finalidad de interés público. De esa manera la estructura de los contratos de la administración se organiza por efecto de la acción gestora del interés público específico, con arreglo a determinaciones normativas de consecuencias disponibles o indisponibles para la Administración Pública y para sus contratantes.

Sobre ese esquema queda comprendido el contrato de obra pública, el cual por su determinación jurídica al amparo de normas de derecho público se concretiza la titularidad de la potestad propia del sujeto público frente al sujeto privado, titular de derechos subjetivos. Así, la concertación del contrato se da por un equilibrio entre interés público e interés privado, en un acto que los armoniza, separándolos al mismo tiempo del negocio privado y del acto de autoridad.

2. Dentro de los efectos jurídicos del acto administrativo como especie del acto jurídico, se encuentran los derechos y obligaciones producidos por la declaración de voluntad, así queda determinado el contenido del acto administrativo. No obstante, unas veces dicho contenido es el que el sujeto quiere; otra veces es el que las

leyes y reglamentos tienen previstos para la causa de la declaración de voluntad. Es decir, los actos de la administración por diferencia sustancial con el negocio jurídico privado son esencialmente típicos desde el punto de vista legal, no obedecen a ningún principio genérico de autonomía de la voluntad, sino exclusivamente a la previsión de la Ley.

En ese sentido, el contrato de obra pública implica la formalización de un acto cuyo contenido obligacional ha sido determinado por el órgano estatal, de manera que el ordenamiento jurídico permite a la voluntad que determine, para el acto que surge, parte de los efectos jurídicos (contenido parcialmente discrecional), representando la inclusión en el proceso aplicativo de la ley de una estimación de la propia voluntad administrativa.

Así, el juicio subjetivo del órgano estatal no puede ser más que parcial, en cuanto va dirigido al ejercicio de una potestad discrecional, cuyos elementos de su ejecución se encuentran reglados por la Ley.

Sobre esta base descansa la determinación jurídica del contrato de obra pública, el cual implica un acto negocial que contempla la bilateralidad como resultado de la disposición de dos sujetos que encontrándose en distinta situación jurídica determinan la existencia del acto. En ese sentido, el efecto de la celebración del contrato trae aparejada la indisponibilidad para las partes de aquello que constituye la materia de la obra pública y de su respectivo reglamento.

3. De acuerdo con las disposiciones positivas vigentes en materia de obra pública, ésta comprende todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles, de tal manera que el concepto de obra pública asume dentro de la fase ejecutiva de ésta lo que debe entenderse por trabajo público. La obra pública implica el objeto del contrato, la materialización del fin tutelado por el ordenamiento jurídico y, el trabajo público debe contener aquella fase ejecutiva de la materia del contrato y del sistema normativo.

En relación con lo anterior, a la luz del ordenamiento positivo en comento, se entiende que la obra pública comprende el concepto de trabajo público, quedando por tal motivo determinado este último en aquello que se califica como obra pública.

Asimismo quedan comprendidos dentro del concepto de obra pública aquellas acciones relativas al gasto, planeación, programación, presupuestación y control, de tal manera que la indeterminación del concepto original de obra pública, sobreviene cuando las acciones tendientes a su realización no guarda una relación directa con el fin por el cual se originaron, si la obra pública no fue realizada o ejecutada en su totalidad en los términos previsible. En el orden expuesto, las acciones tendientes a la ejecución de la obra pública pueden contener la intención de la voluntad estatal, quedando por tal hecho comprendidas en el concepto de obra pública.

4. De conformidad con la Ley de Obras Públicas, para la celebración del contrato debe atenderse a la selección del contratista, a través del procedimiento administrativo de Licitación Pública. Dicho procedimiento aparece como una ordenación material de una pluralidad de operaciones expresadas en actos diversos realizados heterogéneamente (por la función, por la naturaleza, por el fin), por diversos sujetos o por uno mismo; operaciones y actos, que no obstante su relativa autonomía se articulan todos ellos en orden a la producción de un acto decisorio final.

Así, aparece en el procedimiento una distinción fundamental entre decisión final o resolución y actos procedimentales, los cuales adoptan una posición instrumental respecto de aquella. El pliego de condiciones, la Convocatoria o llamado a la formulación de propuestas, de Apertura de Propuestas y Evaluación de las mismas, son entre otros actos procedimentales o de trámite, gozan no obstante estar ordenados a la producción final de la resolución (adjudicación), de singularidad y de relativa autonomía (producen efectos procedimentales propios, tienen sus reglas propias de validez, incluso tienen causa propia), de ahí que pueden ser impugnados en forma independiente sin trascender al acto de adjudicación.

Ahora bien, la situación jurídica de los licitadores originada con motivo de los actos de la administración durante el procedimiento unilateral de selección del contratista, representa la titularidad de intereses legítimos, cuyo contenido evoca el vínculo objetivo que guardan en relación con la legalidad de los actos de la administración.

Es decir, la relación que guarda el órgano administrativo con la norma jurídica es de tal naturaleza que representa para el administrado un interés objetivo en que la conducta del órgano estatal sea debida como tal, porque la legitimidad deriva de la relación estrecha entre el interés y la producción del acto en el procedimiento. Así, aún tratándose de facultades regladas o discrecionales concurre en ambos aspectos el interés legítimo, cuando los actos presuponen la intervención del administrado sin implicar la titularidad de otro tipo de derechos.

No sucede lo mismo con el acto de adjudicación, por el cual concluye el procedimiento administrativo de selección del contratista, toda vez que en virtud de su formación constituye un derecho irrenunciable en favor del administrado, de tal manera que mientras para los demás licitadores implique la legitimidad de un interés en que el acto sea acorde con la legalidad, reporta para el licitador seleccionado un derecho subjetivo cuya transgresión presupone el ejercicio de acciones judiciales para combatir el efecto de la violación incurrida.

5. Según se señaló en su oportunidad el contrato de obra pública como acto negocial bilateral implica la determinación concreta de la situación jurídica de las partes, de tal manera que frente a la potestad administrativa del órgano estatal se encuentra la especial situación de subordinación del contratista. En ese sentido, los efectos que pueden implicar el negocio privado como la determinación de derechos y obligaciones quedan al margen de su consideración para el acto jurídico, en cuanto a que el proceso de aplicación subjetivo que realiza el órgano estatal respecto a la ley origina la determinación del contenido del acto, siendo

por tal motivo suficiente para concluir que los derechos y obligaciones no son calificados por el régimen de derecho privado.

No obstante, una situación que merece un tratamiento especial en lo relativo a aquellas obligaciones originadas por disposiciones administrativas que resultan imperativas para el órgano estatal con exclusión del contratista, comprende de acuerdo con la propia Ley de Obras Públicas, aquellas reglas de carácter general expedidas por los órganos de jerarquía superior en materia de interpretación del ordenamiento referido siendo de obligatoria observancia para efectos administrativos; sin embargo, en virtud de la relación jurídica que guardan tanto el órgano estatal como el contratista, la obligatoriedad de esas disposiciones para el contratante de la administración sólo deben obedecer a los principios rectores del negocio jurídico privado.

De acuerdo con lo anterior, en el contrato de obra pública los elementos determinantes del acto quedan comprendidos por el sistema normativo, de tal manera que no implica para la determinación del acto, aquellos aspectos negociales previstos en las Reglas Generales de Contratación, en virtud de que para la Administración Pública reporta una obligación su observancia, como efecto de la interpretación que hace el mismo órgano administrativo al ordenamiento jurídico y de cuya observancia legal no queda exceptuado.

6. La vinculación positiva de la Administración por la legalidad, expresa la disposición de que no hay en Derecho ningún espacio franco o libre en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre, los actos y las resoluciones del órgano estatal han de someterse a Derecho, han de ser conformes a Derecho. El desajuste, la disconformidad, constituyen infracción del ordenamiento jurídico y los priva, actual o potencialmente de validez.

El sentido de lo expuesto se reduce a que el ejercicio de la potestad administrativa se encuentra condicionado y determinado por el Derecho de manera positiva, y no será válido sino responde a una previsión normativa. Así, a la potestad sólo corresponde la simple sujeción o

sometimiento de otros sujetos a soportar sobre la esfera jurídica del contratante de la Administración los eventuales efectos derivados del ejercicio de esa potestad pública.

No obstante, cuando el ordenamiento jurídico no regula los elementos de un acto, permite implícitamente que la potestad administrativa los configure discrecionalmente, en ello consiste la delegación por el producto legislativo de la facultad de determinación, según el interés público el elemento del acto de que se trata, a lo anterior corresponde el ejercicio de las potestades de dirección y control de los trabajos que implican la obra pública. No sucede lo mismo tratándose de aquellos elementos del acto que están reglados, al configurarlos de manera expresa el ordenamiento jurídico.

Al respecto la declaración de rescisión del contrato de obra pública comprende el ejercicio de una potestad reglada, en virtud de que cualquier contravención por parte del contratista a los términos del contrato origina la causa para que el órgano declare la rescisión del contrato. En el mismo sentido, queda comprendida cualquier transgresión al ordenamiento jurídico.

Asimismo, en virtud de que la rescisión conlleva necesariamente una situación de incumplimiento por alguna de las partes, debe entenderse que la rescisión por razones de interés general tal y como lo precisa la Ley de Obras Públicas, implica en estricta técnica la declaración de terminación del contrato.

7. Como efecto de la formalización del contrato administrativo de obra pública, surge una relación especial de sujeción en razón a la supremacía del órgano estatal por disposición del ordenamiento jurídico y como tal, por la titularidad de la potestad pública. En virtud de ello, el contratista no sólo está obligado a ejecutar el contrato de obra pública de conformidad con el contenido obligacional prescrito en el documento, sino que, como resultado de su regulación normativa prevista en la Ley de Obras Públicas y en su respectivo reglamento, el contratista se encuentra vinculado por el ordenamiento jurídico siendo de aplicación reglada o

discrecional de acuerdo a la disposición contenida por la norma.

Así, esa relación especial de sujeción permite considerar otro aspecto distinto del negocial, en cuanto a que implica aquella posición jurídica soberana del órgano estatal, bajo los límites y situaciones concretas de la norma positiva. Por ello en aquellos aspectos previstos por la norma jurídica que confiere potestades al órgano administrativo no existe frente a ésta una obligación, sino una verdadera sujeción especial, concreta y particular a los designios públicos, a través de la acción administrativa.

No obstante la situación prevaleciente del contratista con motivo del contrato de obra pública, éste es a su vez titular de situaciones jurídicas activas de entre las cuales destacan: los derechos subjetivos. Esta situación se edifica sobre el reconocimiento por el derecho de un poder jurídico en favor del contratista que lo hace efectivo frente a otros sujetos de carácter público o privado con la intervención del poder judicial imponiéndole obligaciones o deberes en su interés propio.

De acuerdo con lo expuesto, la relación jurídica que liga directamente al titular del derecho subjetivo con el sujeto obligado comprende directamente aquella relación dada entre la norma jurídica y el sujeto obligado, lo cual da lugar al vínculo, y por otro entre la norma y el titular del derecho subjetivo implicando necesariamente la garantía.

8. Como se desprende de la Ley de Obras Públicas en su artículo 43, el órgano administrativo podrá rescindir administrativamente el contrato de obra pública por contravención a los términos del contrato o de las disposiciones de la ley. En ese sentido, la potestad para declarar la rescisión del contrato tiene su origen en el sistema normativo, siendo la causa del ejercicio de tal declaración el incumplimiento en que incurrió el contratista al contenido contractual o al ordenamiento jurídico.

De acuerdo con lo anterior, la determinación del contenido del acto se encuentra en la propia ley, por lo cual aquellos aspectos que impliquen obligaciones a cargo del contratista podrán constituir la posibilidad de determinar el ejercicio de una potestad rescisoria en caso de incumplimiento por el contratista.

No obstante a pesar del efecto contenido por la declaración rescisoria del contrato, ésta sólo puede comprenderse para efectos administrativos como un acto de autoridad determinado objetivamente por la norma jurídica, de tal manera que su ejercicio implica la investidura subjetiva del acto administrativo que ha de incidir en la esfera jurídica del administrado. El carácter del acto de rescisión del contrato de obra pública se haya vinculado al concepto de autoridad, toda vez que éste resulta ser una manifestación regular del poder público cuyo efecto va dirigido a la modificación unilateral de situaciones jurídicas.

El concepto de ejecutoriedad no se materializa en el hecho coactivo, sino en la determinación de la situación jurídica del administrado, de modo que el status jurídico del contratista queda modificada al emitirse el acto de rescisión del contrato siendo un efecto de tal declaración la ejecución coactiva de la decisión. Es decir, por no comprenderse la disposición de la fuerza pública como determinante del contenido legal del acto, la eficacia de éste subsiste para producir por si mismo efectos jurídicos.

9. El concepto de autoridad debe entenderse al considerar aquellos aspectos que como causa y efecto inciden en la determinación de éste, al respecto basta advertir que su configuración comprende una potestad administrativa que implica un poder jurídico de origen público, siendo irrenunciable su ejercicio, sin que implique con motivo de dicho ejercicio la consunción de la facultad por su determinación en el acto concreto.

Sobre esta base surgen los actos de autoridad como producto del ejercicio potestativo del órgano estatal; en ese sentido, tanto las Entidades como las Dependencias de la Administración Pública Federal son autoridades, en cuanto para el cumplimiento de sus funciones cuentan con

aquellas facultades para ejercer las acciones que se desprenden de la actualización normativa.

10. En contra del acto de rescisión del contrato de obra pública el contratista ejercerá la acción ordinaria, radicándose en el Tribunal Fiscal de la Federación si se trata de Dependencias de la Administración Pública o bien, ante el Juzgado de Distrito en materia administrativa tratándose de Entidades.

La competencia atribuida al Juez de Distrito en materia de obra pública, se reduce a aquellos aspectos en los que se discute la subsistencia del acto por cuestiones de mera legalidad o bien, cuando éstas recaen sobre un procedimiento seguido ante la autoridad del mismo orden.

De acuerdo con lo anterior, la pretensión objetiva cuya competencia corresponde al Tribunal Fiscal de la Federación, corresponde al Contencioso Administrativo de nulidad, cuya resolución constata la legalidad o ilegalidad del acto, lo cual implica el que dicho tribunal carezca de facultades para hacer cumplir sus determinaciones.

No sucede lo mismo con la competencia atribuida al Juzgado de Distrito, en la cual el proceso contencioso administrativo es de plena jurisdicción, por lo que la sentencia tiene un efecto interpartes, por tratarse de una pretensión en la que se ventilará una oposición de intereses y de legalidad al margen de cualquier apreciación sobre la constitucionalidad de la resolución.

En contra de la resolución definitiva que pone fin a la controversia ordinaria, el administrado podrá interponer contra dicha resolución el juicio de amparo. No obstante conviene precisar si el contencioso administrativo de plena jurisdicción debe invocarse en principio, para depurar las ilegalidades del acto impugnado, comprendiendo la incoación del juicio de amparo con posterioridad.

Sobre el particular, se debe considerar que al tratarse del ejercicio de una acción judicial, las ilegalidades

del acto relacionadas directamente con la relación material del contrato y no meramente con el acto de autoridad, encuentran como medio de defensa mayor protección en el contencioso administrativo que en la vía de amparo.

BIBLIOGRAFIA

- Alessi Renato. INSTITUCIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Bosch Casa Editorial Barcelona, España 1970. Tomo I y II.
- Acosta Romero Miguel. TEORIA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. 8a. Edición. Ed. Porrúa, México, 1988.
- Bercaitz Miguel Angel. TEORIA GENERAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 2a. Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1980.
- Bezzi Osvaldo Maximo. EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA. 2a. Edición, Abeledo Perrot, S. A. Editores, Buenos Aires 1981.
- Bielsa Rafael. DERECHO ADMINISTRATIVO. 6a. Edición, La Ley S. A., Editora e Impresora Buenos Aires 1964, Tomo I y II.
- Boquera Oliver José Ma. ESTUDIOS SOBRE EL ACTO ADMINISTRATIVO. 5a. Edición, Editorial Civitas, S.A., España 1988.
- Boquera Oliver José Ma. LA SELECCION DE CONTRATISTAS. Instituto de Estudios Politicos, Madrid 1963.
- Burgoa Orihuela Ignacio. EL JUICIO DE AMPARO. 23a. Edición, Editorial Porrúa, México 1986.
- Burgoa Orihuela Ignacio. LAS GARANTIAS INDIVIDUALES. 20a. Edición, Editorial Porrúa, México 1988.
- Canassi José. DERECHO ADMINISTRATIVO. Ediciones Depalma, Buenos Aires 1974, Volumen II Parte Especial.

- Carrillo Flores Antonio. LA JUSTICIA FEDERAL Y LA ADMINISTRACION PUBLICA, 1a. Edición 1939, Editorial Porrúa, México 1973.
- Diez Manuel María. DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires 1974, Tomo II y VI.
- Diez Manuel María. MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Plus Ultra 1985, Buenos Aires Argentina, Tomo I.
- Dromi José Roberto. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, Instituto de Administración Local Madrid 1986.
- Dromi José Roberto. DERECHO SUBJETIVO Y RESPONSABILIDAD PUBLICA, Editorial Temis 1980, Bogotá Colombia.
- Dromi José Roberto. LA LICITACION PUBLICA, 1a. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires 1985.
- Entrena Cuesta Rafael. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 3a. Edición, Editorial Tecnos, Madrid 1971.
- Escola Jorge Héctor. TRATADO GENERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, 2a. Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1967.
- Escola Jorge Héctor. TRATADO INTEGRAL DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1981.
- Escola Jorge Héctor. COMPENDIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Ediciones Depalma, Buenos Aires 1984, Vol. I y II.
- Fernández de Velazco Recaredo. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Espalsa Calpe, S.A., Madrid 1927.
- Fraga Gabino. DERECHO ADMINISTRATIVO, 25a. Edición Editorial Porrúa, México 1986.

- García de Enterría Eduardo, Ramón Fernández Tomás. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 2a. Edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid 1977, Vol. I y II.
- García Maynez Eduardo. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa, México 1982.
- García Oviedo Carlos. DERECHO ADMINISTRATIVO, 6a. Edición EISA, Madrid 1957, Tomo I.
- Garrido Falla Fernando. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 6a. Edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1973, Vol. I y II.
- Gascón y Marin José. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Madrid Bermejo, Impresor 1946, tomo I Doctrina General.
- Góngora Pimentel Genaro David, Acosta Romero Miguel. LEY DE AMPARO; 2a. Edición, Editorial Porrúa, México 1985.
- Góngora Pimentel Genaro David, Acosta Romero Miguel. CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL FEDERAL, 2a. Edición, Editorial Porrúa, Mexico 1986.
- Gutiérrez y González Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES, 5a. Edición, Editorial Cajica, S.A., México 1984.
- Jeze Gastón. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO. 3a. Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires 1950.
- Mairal Héctor A. LICITACION PUBLICA, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1975.

- Margain Manautou Emilio. DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE ANULACION O DE LEGITIMIDAD, 3a. Edición Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Mexico 1980.
- Marienhoff Miguel S. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 2a. Edición, Abeledo Perrot, S.A., Editores Buenos Aires 1978, Tomo III A y III B.
- Mayer Otto. DERECHO ADMINISTRATIVO ALEMAN, 2a. Edición, Depalma, Ediciones Buenos Aires 1982, Parte General, Tomo I.
- Rojina villegas Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO, 4a. Edición, Editorial Porrúa, México 1981, Tomo V, Volumen I y II.
- Sánchez Medal Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES, 8a. Edición, Editorial Porrúa, México 1988.
- Sánchez Medal Urquiza José Ramón. LA RESOLUCION DE LOS CONTRATOS POR INCUMPLIMIENTO, 4a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1989.
- Silva Cimma Enrique. DERECHO ADMINISTRATIVO, Editorial Universitaria, S.A. Santiago de Chile 1958, Tomo II.
- Soyagués Laso Enrique. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 3a. Edición, Montevideo 1963, Volumen I y II.
- Vallespinos Carlos Gustavo. EL CONTRATO POR ADHESION A CONDICIONES GENERALES. Editorial Universidad, Buenos Aires 1984.
- Vidal Perdomo Jaime. EL CONTRATO DE OBRA PUBLICA, Universidad Externado de Colombia, Bogotá Colombia 1979.
- Vidal Perdomo Jaime. DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL, Editorial Temis, Bogotá 1966.

PUBLICACION DEL PODER JUDICIAL.

- MANUAL DEL JUICIO DE AMPARO. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. Edición, Editorial Themis, México 1989.

PUBLICACIONES DE OTRAS INSTITUCIONES.

- Revista de la Facultad de Derecho UNAM, Tomo XIII, Julio-Septiembre 1963 No. 51.
- Revista Jurídica de Petróleos Mexicanos No. 5-6, Noviembre-Diciembre 1988.

LEGISLACION

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Amparo.
- Ley de Obras Públicas.
- Código Civil.
- Código Federal de Procedimientos Civiles.
- Reglamento de la Ley de Obras Públicas.