

620
2e



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y AMPARO

**EL DERECHO DE LAS CONCESIONES
Y PERMISOS EN LOS SERVICIOS Y
OBRAS PUBLICAS EN MEXICO. ESTUDIO
CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO**

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

CESAR NAVA ESCUDERO

DIRECTOR DE TESIS. LIC. ALFONSO NAVA NEGRETE

MEXICO, D. F.

1 9 9 2

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

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

En gran medida, la idea original de realizar un estudio sobre las concesiones y permisos en los servicios públicos y obras públicas en nuestro país, surgió a raíz de los ininterrumpidos acercamientos que he tenido con estas materias en mi calidad de académico en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Como colaborador en el llamado "Sistema UNAM/JURE" ---proyecto jurídico-informático que el propio Instituto ha venido elaborando durante más de ocho años--- pude percatarme de la gran cantidad de disposiciones normativas que hacían referencia, de alguna manera u otra, a los servicios públicos y obras públicas. Leyes, reglamentos, decretos, acuerdos, etc., cualquiera que fuera el nombre de la disposición legislativa, una a una, provocaron una serie de inquietudes que culminaron en la decisión de optar por la realización y desarrollo de cada una de las figuras jurídicas antes mencionadas.

Reconozco, asimismo, que esas inquietudes se vieron enriquecidas por esa motivación que en su momento, supieron darme mis maestros con sus comentarios jurídicos y opiniones respecto al giro económico, político, social, educativo de nuestro país y su impacto en el sistema jurídico mexicano; cambios que bañaron día a día mi vida estudiantil en la Facultad de Derecho.

Emprender un estudio jurídico sobre las concesiones y permisos en los servicios y obras públicas, sin dejar de pasar por alto algunas notas de tipo económico, social y cultural, fue

posible gracias a la supervisión de mi asesor de tesis, y muy --- querido maestro Lic. Alfonso Nava Negrete.

Se presenta, como primera parte de este trabajo, un estudio constitucional y administrativo -que contempla doctrina mexicana y extranjera- sobre las concesiones y permisos en los servicios públicos, el cual se ha complementado con jurisprudencia y disposiciones legislativas. La segunda parte, abarca el tema -- poco estudiado en México, de las obras públicas, haciendo refe--- rencia, lógicamente al sistema más común de su realización: la - contratación, tanto desde un punto de vista constitucional, como administrativo.

No me resta más que agradecer al prestigioso Instituto de Investigaciones Jurídicas y a su personal, el apoyo brindado - para la elaboración de este trabajo, y en especial, a su titular, Dr. José Luis Soberanes Fernández por las facilidades otorgadas - en todo momento.

A todos ellos mi agradecimiento y reconocimiento, con - la firme y futura esperanza de seguir contribuyendo en la noble - causa del propio Instituto que ha encontrado en sus directores, - uno a uno, el fiel y digno cumplimiento de los fines para el que fue creado.

I N D I C E

pags.

INTRODUCCION..... XI

CAPITULO I.-

LA CONCESION Y EL PERMISO ADMINISTRATIVOS

1.- La Concesión Administrativa	
1.1.- Concepto.....	1
1.2.- Naturaleza jurídica.....	9
1.3.- Concesión y Contrato administrativos.....	17
1.4.- Concesión y Patente.....	19
1.5.- Concesión de servicio público y concesión de explotación de bienes del Estado. Clasificación.....	22
1.6.- Características.....	25
2.- El Permiso Administrativo	
2.1.- Concepto y naturaleza jurídica. Análisis.....	25
2.2.- Permisos, licencias y autorizaciones.....	28
3.- Diferencias entre las concesiones y los permisos. Crítica a la legislación mexicana.....	34

CAPITULO II.-

REGIMEN CONSTITUCIONAL DE LAS CONCESIONES DE SERVICIO PUBLICO. LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.

1.- Artículo 28 constitucional.	
1.1.- Reformas constitucionales de 1917 a nuestros días.....	39
2.- Legislación Federal.....	45
3.- Legislación del D. F.....	49
4.- Jurisprudencia, precedentes y tesis relacionadas.	
4.1.- Tribunales Judiciales.....	55
4.1.1.- Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	56
4.1.2.- Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	62
4.1.3.- Tribunales Colegiados de Circuito.....	65

CAPITULO III.-

LA CONCESION DE SERVICIO PUBLICO

1.- Servicio Público.....	73
1.1.- Concepto y naturaleza jurídica. Análisis.....	73
1.2.- Evolución y desarrollo. Ejemplos.....	86
1.3.- Clasificación y determinación de los servicios públicos. (Teorías objetiva y subjetiva).....	90
1.4.- Formas jurídicas de prestación de los --- servicios públicos.....	98
2.- La Concesión de servicio público en general	
2.1.- Concepto y naturaleza jurídica. Análisis.....	101
2.2.- Características.....	104
2.3.- D. F. y zonas conurbadas. Problemática.....	111
2.4.- Perspectivas de las concesiones de servicios públicos en México. Crítica.....	117
2.5.- La incertidumbre e inseguridad de concesionarios.....	121
3.- La Concesión de Transporte.....	122
3.1.- Terrestre.....	123
3.2.- Aéreo.....	125
3.3.- Marítimo.....	126
4.- La Concesión de radio y televisión comerciales.....	129

CAPITULO IV.-

REGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS PERMISOS DE SERVICIO PUBLICO. LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.

1.- Normas constitucionales.....	133
2.- Legislación Federal.....	134
3.- Legislación del D. F.....	135
4.- Jurisprudencia, precedentes y tesis relacionadas	
4.1.- Tribunales Judiciales.	
4.1.1.- Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	137
4.1.2.- Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	139
4.1.3.- Tribunales Colegiados de Circuito.....	140
5.- Servicios públicos sin concesión ni permiso, --- prestados por los particulares.....	143

CAPITULO V.-

LAS OBRAS PUBLICAS. REGIMEN CONSTITUCIONAL

1.- Obra Pública	
1.1.- Concepto	
1.1.1.- Doctrinal.....	147
1.1.2.- Legal.....	151
2.- Base Constitucional. El artículo 134	
2.1.- Texto original de 1917.....	154
2.2.- Texto reformado de 1982.....	157

CAPITULO VI.-

LAS OBRAS PUBLICAS. REGIMEN LEGAL

1.- Naturaleza Jurídica.....	163
1.1.- Federal.....	169
1.2.- Estatal.....	173
1.3.- Municipal.....	176
2.- Sistemas de realización de las obras públicas.....	179
2.1.- Administración Directa.....	180
2.2.- Contratación.....	183
3.- Contrato de Obra Pública	
3.1.- Concepto.....	184
3.2.- Contratación de obra pública. Procedimiento.....	189
3.3.- Contratos celebrados por la Administración Pública.....	198
3.3.1.- Contratos privados.....	201
3.3.2.- Contratos públicos.....	206
3.3.3.- Contratos administrativos.....	210

CAPITULO VII.-

REGIMEN LEGAL DE CONTRATOS Y CONCESIONES DE OBRAS PUBLICAS.

1.- Antecedentes.	
1.1.- Las obras públicas de 1917 a 1965.....	214
1.2.- Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 1958.....	215
1.3.- Reglas generales de contratación.....	220
1.4.- Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas de 1965.	
1.4.1.- Contenido general.....	221

2.- Régimen vigente	
2.1.- Ley de Obras Públicas de 1980.....	225
2.2.- Reglamento de la Ley de Obras Públicas.....	232
2.3.- Ley General de Bienes Nacionales.....	233
3.- Contratación de las Obras Públicas	
3.1.- Sistemas de contratación.....	235
3.1.1.- Libre contratación.....	236
3.1.2.- Concurso abierto.....	236
3.1.3.- Concurso cerrado.....	237
3.2.- Sistema a precio alzado.....	238
3.3.- Sistema a precio unitario.....	239
4.- Concesión de Obras Públicas	
4.1.- Concepto.....	240
4.2.- Carreteras, puertos y autopistas.....	245
CONCLUSIONES.....	249
BIBLIOGRAFIA.....	255

C A P I T U L O I

LA CONCESION Y EL PERMISO ADMINISTRATIVOS

Ingente resulta en nuestros días, el interés que brinda el estudio de las concesiones y permisos administrativos como figuras jurídicas en el derecho administrativo mexicano, inmerso éste en el mar neoliberalista de principios de la década de los noventa. Figuras jurídicas que a finales de milenio, viven su expansionismo a raíz del giro económico que se gesta en nuestro país.

Enfocados no sólo a la ya conocida explotación de bienes del Estado, sino también a la prestación de servicios públicos, las concesiones y los permisos representan para el gobierno mexicano un mecanismo adecuado para el mejor crecimiento y -- desarrollo del país. Este último enfoque, el de la prestación de los servicios públicos, será la primera parte a desarrollar -- en este trabajo.

Un previo y breve estudio de estas dos figuras adm---nistrativas --la concesión y el permiso-- y las diferencias que -- guardan entre sí, es necesario. Sea pues este primer capítulo, el compás inicial para el desarrollo y estudio constitucional y administrativo de las concesiones y permisos en los servicios -- públicos en México. Compás que servirá como punto de referencia, asimismo, para la segunda y última parte de esta investigación: las obras públicas.

1.- La Concesión Administrativa.

1.1.- Concepto.

Antes de analizar la naturaleza jurídica de la conce--sion administrativa, es necesario acudir al bagaje conceptuali--zador que ha hecho la doctrina a este respecto.

En Europa, diversos autores han tratado el tema de las concesiones. En Francia, por ejemplo, Gastón JEZE, al estudiar los servicios públicos, señala que "se habla de concesión de --- servicio público...si la Administración encomienda a un indivi-- duo o a una sociedad que haga funcionar el servicio público, que los explote..." (1)

Considera -el autor francés- a la concesión de servi-- cio público como contrato, de ahí que afirme que "todos los con-- tratos de concesión de servicio público son contratos adminis--- trativos." (2) Respecto a la concesión de obras públicas dice que se trata de la "...combinación del contrato de obras públi-- cas y del contrato de concesión de servicio público..." (3)

Por su parte, el alemán Adolfo Merkl define a las con-- cesiones no como contratos, sino más bien como actos administrativos "...unas veces como medio para fundamentar la personalidad jurídica...otras, como manifestación de la autorización otorgada para el desarrollo de actividades que no se permiten sin más --- (permiso para abrir una escuela privada, para explotar un teatro concesiones industriales, de aguas, eléctricas, ferroviarias, de transportes marítimos o aéreos, permiso para abrir un estableci-- miento, para edificar, etc.)" (4)

En el mismo sentido, Otto Mayer decía que la concesión "...es un acto administrativo por el cual se da poder a un indivi-- duos sobre una parte de Administración pública." (5)

En Italia, encontramos -entre otros- a Renato Alessi -- quien estima a la concesión como una disposición administrativa. El autor comenta que "verdaderamente el concepto de concesión, - como ya sabemos, es más bien amplio, comprendiendo, según la ---

(1) JEZE, Gastón. Principios Generales del Derecho Administrativo, tomo III, pp. 362. Editorial Depalma, Buenos Aires. 1949.

(2) JEZE, Gastón, op. cit., tomo III, pp. 363.

(3) JEZE, Gastón, op. cit., tomo III, pp. 364 y 365.

(4) MERKL, Adolfo. Teoría General del Derecho Administrativo, pp. 250. Editora Nacional. 1975.

(5) MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán, tomo IV, pp. 149 Ediciones Arayú. Buenos Aires. 1954.

doctrina, cualquier disposición que sirve para ampliar la esfera jurídica de los particulares, confiriéndoles ventajas jurídicas - de manera directa e inmediata." (6)

Entre los españoles, Fernández de Velasco -quien fuera catedrático de la Universidad de Murcia- hace notar que con la - palabra concesión "se expresa toda aquella serie de actos que la Administración emite...para ceder a los particulares el uso de -- medios o condiciones para que desarrollen actividades de natura-- leza especial..." (7) Pero al referirse ya en lo particular a - las concesiones de servicios públicos y obras públicas, las define como contratos administrativos.

Por su lado, Rojo-Villanova considera a las concesiones administrativas como actos administrativos. "...es un acto -ex- plica el autor- que procede de la soberanía, que se concreta en un acto de Administración y se formaliza en un contrato especia-- lizado por su materia..." (8)

Fernando Garrido Falla, acudiendo al italiano Zanobini, señala que al hablar de concesiones "...se alude tanto a aquellos actos que transfieren a un particular facultades originariamente administrativas, como a los que crean a su favor un derecho o capacidad previstas en el Ordenamiento jurídico." (9) Al igual -- que Rojo-Villanova, concibe a las concesiones como actos admi-- nistrativos.

El también español Ramón Martín Mateo, afirma que las -- concesiones son actos administrativos y que "implican la adjudici--

(6) ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo, tomo I, pp. 165 y 166. Bosch, Casa Editorial, Barcelona. 1970.

(7) FERNANDEZ DE VELASCO, Recaredo. Los Contratos Administrativos pp. 4 y 237. Espasa-Calpe S. A., Madrid. 1927.

(8) ROJO-VILLANOVA, Antonio. Elementos de Derecho Administrativo, tomo I, pp. 102 y 103. Editorial Santarén, Valladolid. 1955.

(9) GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, -- vol. I, pp. 455 y 456. Instituto de Estudios Políticos, Ma-- drid. 1970.

cación de determinadas potestades, originariamente administrativas, a un sujeto, lo cual lleva aparejado ciertos controles por parte de la Administración...sin embargo...se caracteriza mejor por el otorgamiento de una situación de privilegio en comparación con los restantes ciudadanos." (10)

En América Latina, en particular en Argentina, Rafael - Bielsa, al estudiar los actos administrativos, ha incluido a la concesión como contrato administrativo. Define a la conce- sión de servicios públicos como "un acto administrativo -contra- to de derecho público- por el cual se atribuye a una persona con el fin de que ella gestione o realice el servicio público con- cedido, un poder jurídico sobre una manifestación de la Adminis- tración pública." (11)

El tratadista Miguel S. Marienhoff, define a la conce- sión de servicio público como "el acto mediante el cual el Esta- do encomienda a una persona -individual o jurídica, privada o -- pública- por tiempo determinado, la organización y el funciona- miento de un servicio público; dicha persona, llamada "concesio- nario", actúa a su propia costa y riesgo, percibiendo por su la- bor la retribución correspondiente, que puede consistir en el -- precio pagado por los usuarios o en subvenciones y garantías o-- torgadas por el Estado, o en ambas cosas a la vez." (12)

Al parecer, la doctrina administrativa argentina ha u- nificado sus criterios para definir a la concesión administrati- va como un acto administrativo. El también argentino Manuel -- Ma. Díez ha expresado que "la doctrina considera la concesión, -

(10) MARTIN MATEO, Ramón. Manual de Derecho Administrativo, pp. 284 y 285. Madrid. 1980.

(11) BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo, tomo I, pp. 495 y - tomo II, pp. 217. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1955.

(12) MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, -- tomo III-B, pp. 581. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. --- 1983.

sea la traslativa o la constitutiva, como un acto administrativo, vale decir, una declaración unilateral de voluntad de un órgano - ejecutivo." (13)

José Roberto Dromi, en su obra "Instituciones de Derecho Administrativo" considera al acto administrativo de concesión como "aquél en que la Administración, en virtud de las atribuciones derivadas del ordenamiento positivo confiere a una persona un derecho o un poder que antes no tenía." (14)

En Colombia, Jaime Vidal Perdomo concibe a la concesión de servicios como un contrato administrativo, en donde se "...pone en manos de un particular la administración de un bien o servicio público..." (15)

Lo mismo sucede con la concesión de obras públicas, es - decir, se trata de un contrato en el que se "...conjugan elementos típicos de la concesión y particularidades del contrato dentro del cual se injertan." (16)

Apunta el colombiano Francisco Eladio Gómez Mejía, que - la concesión "...es aquel acto que confiere facultades o derechos, originariamente administrativos, o previstos anteriormente en el ordenamiento jurídico, a una o más personas naturales o colectivas, públicas o privadas." (17)

En Uruguay, destaca la definición de Sayagués Laso que, en su "Tratado de Derecho Administrativo", establece que la con-

(13) DIEZ, Manuel Ma. Derecho Administrativo, tomo II, pp. 221, - Ed. Plus Ultra, Buenos Aires. 1978.

(14) DROMI, José Roberto. Instituciones de Derecho Administrativo, pp. 275. Ed. Astrea, Buenos Aires. 1976.

(15) VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo, pp. 374. Biblioteca Banco Popular. Textos Universitarios, Bogotá. 1980.

(16) VIDAL PERDOMO, Jaime, op. cit., pp. 376.

(17) GÓMEZ MEJÍA, Francisco Eladio. Fundamentos de Derecho Administrativo Colombiano, pp. 85. Editorial Kelly, Bogotá 1969.

cesión es "...el acto de derecho público que confiere a una persona un derecho o un poder que antes no tenía, mediante la --- transmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la administración." (18)

Diversos son los autores mexicanos que han dado su opinión respecto a lo que debe entenderse por concesión administrativa. La profundidad en su estudio ha hecho que se encuentren, en esta figura jurídica, grandes semejanzas en las definiciones dadas, aun cuando subsistan pequeñas notas diferenciadoras. Notas que en muchas ocasiones no alteran esencialmente el concepto de concesión, pero que en otras incurren en imprecisiones como más adelante veremos.

El gran administrativista mexicano, don Gabino Fraga, definió a la concesión como "...el acto por el cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del -- Estado." (19) El profesor emérito de la entonces Universidad Nacional de México, incluyó dicho concepto dentro de la clasificación de los actos administrativos; la consideraba pues, un acto administrativo.

El tratadista Andrés Serra Rojas, precisa que, es la concesión "...un acto administrativo discrecional por medio del cual la Administración pública federal, confiere a una persona una condición o poder jurídico, para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del Estado o los privilegios exclusivos que comprenden la propiedad industrial." (20)

- (18) SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, pp. 421. Montevideo. 1963.
 (19) FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo, pp. 239 y 242. Ed. Porrúa, México. 1982.
 (20) SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo, tomo segundo, pp. 269. Ed. Porrúa. México. 1985.

Por su parte, el maestro Alfonso Nava Negrete ha establecido claramente, que se trata -la concesión- de un "...acto administrativo a través del cual la administración pública, concedente, otorga a los particulares, concesionarios, el derecho para explotar un bien propiedad del Estado o para explotar un servicio público." (21)

Sin diferir mucho de los conceptos anteriormente expuestos por los autores mexicanos citados, nosotros entendemos a la concesión administrativa como un acto administrativo por el que la administración pública crea un derecho en favor de los particulares para explotar un bien propiedad del Estado o para la prestación de un servicio público.

Como se puede observar, al hablar de concesión administrativa, se le define como un acto administrativo. En opinión de Manuel Ma. Díez, autor argentino que ha estudiado con profundidad el tema de los actos administrativos, el acto administrativo puro "es una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la administración activa en ejercicio de la potestad administrativa." (22) Otra opinión respecto a la definición de acto administrativo, es la que vierte Juan Carlos Cassagne en su obra "Derecho Administrativo", donde establece que esta noción "...comprende toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa... que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto." (23)

Es para nosotros, el acto administrativo, la manifestación de voluntad de la administración pública creadora de situaciones jurídicas individuales para satisfacer necesidades colectivas o generales.

(21) NAVA NEGRETE, Alfonso. "Concesión Administrativa", Diccionario Jurídico Mexicano, tomo I, pp. 566. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa-UNAM, México. 1987.

(22) DIEZ, Manuel Ma. El Acto Administrativo, pp. 77. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1956.

(23) CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo, tomo II, pp. 56. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1987.

Se hace hincapié en que este acto administrativo debe provenir de la administración pública. Porque hay que recordar que, aunque fundamentalmente los actos administrativos ---proviene del Ejecutivo, tanto el Poder Judicial como el Le---gislativo pueden realizar también actos de naturaleza administrativa. En este mismo sentido, Nava Negrete indica que el -acto administrativo también es realizado por autoridades le---gislativas o judiciales, "...cumpliendo funciones de autoridad administrativa." (24)

Es la administración pública la que a través de este acto administrativo, otorga, confiere, o mejor aún, crea un --derecho en favor de los particulares: personas físicas o morales, mexicanos o extranjeros según las limitaciones legales. Dicho otorgamiento no es privativo de la administración pública federal, sino que también pueden intervenir la estatal y --municipal dentro de su respectivas áreas de atribuciones.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que el gobierno otorgue la "concesión" a sus propios organismos públicos (tratañdose de la concesión de bienes). En éste caso, se estará no ante un acto de concesión, sino ante un acto de asignación. Este cambio se debe a que el gobierno no puede otorgarse a sí mismo algo que es de su propiedad. De esta manera, para que no fuera incompatible con el contenido y esencia de las concesiones, se creó la figura de la asignación. Y el gobierno --puede, hoy en día, otorgar a sus organismos públicos áreas o -actividades para su mejor explotación.

Alberto Real Benítez dice respecto a la asignación --que "...es una figura paralela a la concesión, pero otorgada -

(24) NAVA NEGRETE, Alfonso. "Acto Administrativo", Diccionario Jurídico Mexicano, tomo I, pp. 76. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa-UNAM, México. 1987.

de manera exclusiva a sujetos de derecho público y con reglas -- propias; difiere de la concesión en aquellos aspectos que solo -- son aplicables a sujetos de derecho público o por la naturaleza de la actividad (áreas estratégicas); y es aplicable a actividades en que los particulares no pueden intervenir." (25)

Sin embargo, no desarrollaremos este tema en virtud de que la asignación se ha usado más bien para bienes del dominio -- público de la Federación o áreas estratégicas y no para servi-- cios públicos u obras públicas.

Finalmente, este derecho creado en favor de particula-- res, está enfocado a dos actividades primordialmente: 1) la ex-- plotación de un bien propiedad del Estado, y 2) la prestación de un servicio público.

1.2.- Naturaleza jurídica.

Resta tan solo hablar de la naturaleza jurídica de la concesión administrativa. Tres son las teorías que, en lo ge-- neral, han agrupado las diferentes opiniones acerca de la natu-- raleza de la concesión:

- 1) la concesión es un acto administrativo unilateral,
- 2) la concesión es un contrato y,
- 3) la concesión es un acto mixto

1) Nos explica Rafael Bielsa que dentro de esta teoría --acto de poder público (de índole unilateral)-- se sostiene que la concesión "...es un acto de poder soberano del Estado, jure -- imperii...no se concibe --continúa el autor-- cómo el concesiona-- rio puede tener derechos respecto del Estado, o frente a éste." (26)

(25) REAL BENITEZ, Alberto. La Concesión de Bienes del Dominio -- Público de la Federación en la Legislación Nacional, pp. 8. Tesis Profesional. México. 1989.

(26) BIELSA, Rafael, op. cit., tomo II, pp. 220 y 221.

Por su parte, Marienhoff nos dice que, en esta tésis, la concesión consiste en un acto unilateral de la autoridad, - basándose [esta tésis] en "...una subestimación de la voluntad del administrado que actuará como concesionario." (27) Los - partidarios de esta teoría -afirma- no aceptan la posibilidad de contratación entre Estado y particulares dentro del derecho público.

En Francia, Gastón Jéze al referirse a los servicios públicos concedidos, señala que "son las autoridades públicas, y únicamente ellas, las que tienen competencia para decidir -- cómo deberá organizarse el servicio público concedido y cómo - deberá funcionar." (28) Advierte el autor la intervención -- del concesionario antes de que se modifique el servicio concedido, en virtud de que "...toda modificación puede entrañar -- gastos de tal naturaleza que trastornen los cálculos financieros hechos por el concesionario antes de aceptar la conce----- sión." (29)

Sin embargo, insiste en que el concesionario "...no - es y no puede ser más que una opinión, que no obliga a la Administración...el interés general representado por el servicio público no puede quedar subordinado al interés particular del concesionario." (30)

En México, Serra Rojas señala que para esta teoría, - "...la concesión es un acto jurídico unilateral que se somete por un mandato del poder público, a una situación legal y reglamentaria predeterminada, sin que la voluntad del concesio--

(27) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., tomo III-B, pp. 596 y -- 597.

(28) JEZE, Gastón, op. cit., tomo II, vol. I, pp. 73.

(29) JEZE, Gastón, op. cit., tomo II, vol. I, pp. 73.

(30) JEZE, Gastón, op. cit., tomo II, vol. I, pp. 73 y 74.

nario intervenga en ningún momento, ya que se concreta a aceptar las condiciones preestablecidas." (31)

Jorge Olivera Toro, por su parte, nos indica que esta teoría estima que se trata de un "...acto unilateral, o sea, un acto típico del Poder público, en ejercicio exclusivo de la potestad de soberanía." (32)

En realidad, la concesión administrativa no es una decisión única y absoluta del poder público. El maestro Nava Negrete ha sostenido que esta figura jurídica "...aparece en la legislación administrativa, como decisión casi exclusiva del poder público. El concesionario se subordina a las reglas de la ley que rige la concesión y se adapta a casi todas las condiciones que se fijan para y en el otorgamiento de la misma por la autoridad administrativa." (33)

En efecto, el concesionario puede intervenir para debatir sobre el clausulado de una concesión de servicio público. Es cierto que estará sujeto a lo que diga la ley o la autoridad, protegiéndose así un interés general, pero queda la posibilidad de discutir y ponerse de acuerdo con la propia autoridad, por ejemplo, en tarifas (precio que se fija para limitar los intereses particulares de los propios concesionarios); duración de la concesión; reglas para la prestación del servicio; horarios; etc. Esta intervención, se hace más comprensible si se piensa que con ella, el concesionario puede prestar mejor el servicio y recuperar lo invertido.

(31) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit. tomo segundo, pp. 281.

(32) OLIVERA TORO, Jorge. Manual de Derecho Administrativo, pp. 244. Ed. Porrúa, S.A., México. 1988.

(33) NAVA NEGRETE, Alfonso. "Concesión..." pp. 567.

De esta manera, consideramos a la concesión como un -- verdadero acto administrativo unilateral del poder público, sin dejar de reconocer la necesaria intervención del particular---- concesionario.

2) La teoría contractual de la concesión sostiene que al hablar de concesión se está frente a un "contrato" celebrado entre la administración pública y los particulares.

Bielsa comenta que, cuando se habla de concesión como contrato de derecho público, se está ante un contrato administrativo. (34) Se inclina el autor por considerar esta doctrina "...la más lógica según los principios y la más conforme con la realidad..." (35)

Enfatiza, asimismo, que "...la concesión de servicios públicos es un contrato de derecho público, contrato administrativo por excelencia." (36)

En el mismo sentido, Marienhoff comparte la tesis contractualista. Explica que la "...concesión de servicio público es un contrato administrativo de estructura homogénea y única: contractual en todos sus aspectos y contenido." (37) La -concesión de obra pública, asimismo -según afirma- constituye -un contrato de derecho público.

Antes de continuar con el análisis de esta teoría, hay que aclarar lo siguiente. En páginas anteriores, al definir -la concesión, se señaló que la doctrina administrativa argentina -entre ellos Marienhoff- considera esta figura jurídica co-

(34) BIELSA, Rafael, op. cit., tomo II, pp. 221 y sigs.

(35) BIELSA, Rafael, op. cit., tomo II, pp. 223.

(36) BIELSA, Rafael, op. cit., tomo II, pp. 225.

(37) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., tomo III-B, pp. 528 y 602

mo acto administrativo. ¿Cómo es, entonces, que Marienhoff acepta la teoría contractualista? La razón es sencilla: según el autor citado, el contrato administrativo es un acto administrativo. Efectivamente, en su "Tratado de Derecho Administrativo, precisa que "Todo contrato administrativo es, substancial y esencialmente, un acto administrativo bilateral. Esto es -- trascendente, pues de ello resulta que las reglas fundamentales que constituyen el régimen de los actos administrativos son, -- por principio, aplicables a los contratos administrativos."

(38)

En España, Royo-Villanova indica que las concesiones -- tienen cierto carácter contractual, por lo que "nadie está o--- bligado a ser concesionario de cosas ni de servicios públicos.. ...la concesión supone la aceptación formal por parte del con--- cesionario. No quiere decir esto que la concesión sea pura y --- simplemente un contrato, sino que el contrato es el que hace e--- ficaz la concesión y el medio práctico con que la Administra--- ción obtiene la cooperación de un particular para la realiza--- ción de un servicio público..." (39)

Por su lado, Garrido Falla, asevera que una "...de las formas de gestión indirecta de los servicios públicos está --- constituida por la concesión...supone...un acuerdo previo entre la Administración y concesionario que se obtiene, al menos en - nuestro Derecho, a través del mecanismo contractual." (40) In- siste, que para el acto administrativo de concesión, en parti--- cular para los servicios públicos, se emplea el mecanismo del - contrato.

(38) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., tomo III-A, pp. 39 y --- sigs.

(39) ROYO-VILLANOVA, Antonio, op. cit., tomo primero, pp. 103.

(40) GARRIDO FALLA, Fernando, op. cit., vol. II, pp. 390 y --- sigs.

En México, esta tesis contractual no es aceptada. El maestro Gabino Fraga comenta que "por mucho tiempo, y no sólo - en nuestro país, se ha considerado que la concesión de servicio público tiene la naturaleza de un simple acto contractual. Sin embargo...la doctrina jurídica contemporánea ya considera que - la concesión es un acto mixto..." (41)

Ni Serra Rojas (42), ni Olivera Toro (43) aceptan la - idea de una teoría contractual para determinar la naturaleza -- jurídica de la concesión administrativa.

Es muy cuestionable considerar la concesión adminis--- trativa como un contrato administrativo. Esto en virtud de la existencia de varios problemas aún sin resolver en definitiva. Lo son, por ejemplo, el de definir claramente el contrato admini--- strativo cuando se trata de concesiones de servicios públi--- cos; peor aún, cuando como se sabe, no se tiene dentro de la -- legislación mexicana un ordenamiento que señale qué contratos - son administrativos o públicos, salvo la excepción de la Ley de Obras Públicas que tiene al contrato de obras públicas como --- contrato público. El artículo 50 de la ley establece:

"Artículo 50.- Los contratos que con base en la presente ley, celebren las dependencias y entidades, se considerarán de derecho públi--- co."

3) La teoría mixta señala que existe tanto un acto --- contractual como uno unilateral. Unilateral, por cuanto en -- éste se establece todo lo relativo a la organización y funcio--- namiento de la actividad de que se trata (un servicio público); contractual, por cuanto es la parte que representa esa seguri---

(41) FRAGA, Gabino, op. cit., pp. 244 y 245.

(42) Infra, mismo rubro.

(43) Jorge Olivera Toro es partidario de la tesis del acto mixto. Infra, mismo rubro.

dad económica que tiene el concesionario para recuperar lo que invierte por la prestación del servicio público que realiza.

Garrido Falla, al hablar sobre la naturaleza jurídica de la concesión, nos dice que una de las tesis para explicar dicha naturaleza, es la que considera a la concesión como una situación mixta (en parte contractual y en parte reglamentaria), en donde "...la situación jurídica del concesionario se regula, tanto por las cláusulas específicas de la concesión, - cuanto por los preceptos reglamentarios unilateralmente dictados por la Administración para la regulación del servicio concedido." (44)

Desecha el autor español esta tesis arguyendo que --- "...tal calificación resulta discutible, pues la denominada -- situación reglamentaria del concesionario no deriva de ningún título jurídico especial, sino del estado de sumisión en que - se encuentra frente al ejercicio por la Administración de su - potestad reglamentaria en materia de organización de los ser-- vicios públicos." (45)

En América Latina, el catedrático de la Universidad - Nacional de la Plata, Miguel S. Marienhoff, nos explica que -- existen para esta teoría dos situaciones jurídicas diferentes: una "legal o reglamentaria" y otra "contractual". "De acuerdo a dicha teoría -comenta el autor- la situación legal o -- reglamentaria tiene por objeto regular el servicio, y es modificable toda vez que éste lo exija. Se adscribe a esa parte - legal o reglamentaria todo lo atinente a la organización y --- funcionamiento del servicio. La situación contractual se re-- fiere al contenido económico de la concesión (en general, ré--

(44) GARRIDO FALLA, Fernando, op. cit., pp. 393.

(45) GARRIDO FALLA, Fernando, op. cit., pp. 395.

gimen financiero de la misma), a la duración de la concesión, a ciertas cláusulas de caducidad, etc." (46)

Critica esta teoría al no aceptar, ni concebir que una persona se coloque al mismo tiempo en una situación contractual y legal o reglamentaria.

El colombiano Jaime Vidal Perdomo, en su obra "Derecho Administrativo", nos comenta que "la doctrina y la jurisprudencia modernas presentan la concesión como un acto mixto, mitad - reglamentario y mitad contractual... cláusulas reglamentarias -- son... las que organizan el servicio, y contractuales, las que -- se refieren a las ventajas financieras del concesionario." (47)

En México, el administrativista Gabino Fraga, dice que el acto mixto está compuesto de tres elementos: acto reglamentario, acto condición y contrato.

Según nos explica, el acto reglamentario fija normas a las que se sujetan la organización y funcionamiento del servicio (se incluyen disposiciones relativas a horarios, tarifas, etc); el acto condición, hace que la atribución al concesionario esté condicionada a las facultades que la ley señala para expropiar, gozar de franquicias postales, etc.; y por último, el contrato tiene la finalidad de proteger intereses del particular. (48)

Participa Olivera Toro de esta tesis cuando señala que "...es indudable que en la concesión existe una situación reglamentaria-contractual..." (49)

(46) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., tomo III-B, pp. 599 y 600

(47) VIDAL PERDOMO, Jaime, op. cit., pp. 377.

(48) FRAGA, Gabino, op. cit., pp. 245.

(49) OLIVERA TORO, Jorge, op. cit., pp. 248.

Sin embargo, apunta Serra Rojas que, un Estado no puede aceptar tésis contractualistas o complejas, y sustituir [como anteriormente señalaba Jéze] el interés general por intereses particulares; debe ajustarse a leyes administrativas. (50)

Claro está que ahora el Estado Mexicano Neoliberalista tiene el reto de cuidar que esas leyes administrativas, y sobre todo, sus autoridades, cumplan verdaderamente con el interés -- colectivo que se exige, y no permitir que se generen, a la luz de "disposiciones administrativas de apertura" intereses egoístas de particulares ya mexicanos, ya extranjeros.

Nuestra inclinación, como ya lo anotamos, es la de aceptar la tésis del acto unilateral; no la contractual, ni la mixta.

1.3.- Concesión y Contrato administrativos.

Diferencias, semejanzas, relaciones, todas ellas sólo son posibles de determinar si de antemano se reconoce y acepta la existencia jurídica de las dos figuras en cuestión. No cabe duda alguna sobre la existencia de la concesión administrativa. Al contrato administrativo, de la misma manera, lo aceptamos como figura jurídica autónoma dentro del derecho administrativo mexicano.

Cuando se habla de contrato administrativo se hace referencia, generalmente, al acuerdo de voluntades que existe entre la administración pública y los particulares para la satisfacción de un interés general. Al llegar al análisis de los contratos de obra pública, se hará de forma más detallada el --

(50) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 282.

estudio de los contratos administrativos. Por el momento, baste conocer su significado y hacer una breve comparación con la concesión administrativa.

Las principales semejanzas entre las dos figuras jurídicas son:

- 1) Tanto en la concesión como en el contrato siempre intervendrá la administración pública. Como concedente en la concesión, y como una de las partes en el contrato.
- 2) De lo anterior se desprende lo siguiente: ni en la concesión, ni en el contrato, pueden participar solamente los particulares.
- 3) Para el otorgamiento de la concesión se tomará en cuenta el interés público. El objeto del contrato es de interés público.
- 4) En ambas figuras administrativas, se analizan las características técnicas y económicas de quien solicita la concesión o de quien pretende contratar, según corresponda.
- 5) Una vez que se lleva a cabo la concesión, los particulares hacen suyos los productos de los bienes o los beneficios de la tarifa, logrando de esta manera, recuperar lo invertido. En el contrato, los particulares prestan trabajos (a eso se concretan) y luego reciben el precio de los mismos.

Las diferencias consisten en:

- 1) En la concesión se está ante un acto administrativo unilateral del poder público; en el contrato ante un acuerdo de voluntades (administración pública y particulares).

2) el otorgamiento de la concesión habrá de sujetarse a disposiciones de derecho público. El contrato, aunque también está -- sujeto a disposiciones de derecho público en cuanto a su proce-- dimiento y ejecución, se regirá por las cláusulas del pacto.

3) La concesión se otorga a través de un título; el contrato se celebra en un documento precisamente llamado contrato (convenio para el caso de que contraten órganos de la administración pú--- blica entre sí o, incluso, entre la administración pública y los particulares).

4) La concesión se solicita por los particulares. Para la contratación se llama a los particulares por medio de convocatoria o licitación pública. (51)

Finalmente, encontramos que existe una relación entre - concesión y contrato cuando se trata de obras públicas. Esto - es, que el contrato de obra pública se traduce en concesión ---- cuando el propio particular que la realizó, presta ahora el servicio público al que estaba destinada dicha obra pública.

1.4.- Concesión y Patente.

¿Existe una semejanza de tipo jurídico entre la conce-- sión administrativa y la concesión de patente? ¿Puede acaso hablarse de una misma concesión para las dos figuras jurídicas, una propia del derecho administrativo, la otra del derecho intelectual?

(51) Remitimos a los capítulos V, VI y VII relativo a obras pú-- blicas.

El artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece el fundamento tanto para las concesiones (administrativas) de servicios públicos, como para los derechos intelectuales. Hay que recordar que esta disposición constitucional sirve de apoyo a la legislación sobre -- derechos de autor y propiedad industrial. El Derecho de Propiedad Industrial comprende cuatro grupos de instituciones, y el primero lo constituyen las creaciones industriales nuevas. Dentro de este primer grupo se encuentran las llamadas patentes de invención. (52)

El citado artículo constitucional en su párrafo séptimo establece: "Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se conceden a los autores y -- artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora." Como se observa, utiliza la voz de "conceder", por lo que en principio podría pensarse que se trata de una concesión administrativa, tal como lo hace en el párrafo octavo para el caso de los servicios públicos.

Por otro lado, hay autores como el maestro emérito -- Andrés Serra Rojas, que incluyen a los derechos de propiedad industrial como objeto de concesión administrativa. (53)

Aunado a lo anterior, las llamadas concesiones de patente tienen características similares a las de las concesiones administrativas. Como es el caso de que, para su obtención, se llene una solicitud y se presente ante autoridad administrativa (Dirección General de Desarrollo Tecnológico de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial SECOFI); que su

(52) RANGEL MEDINA, David. Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual en la obra El Derecho en México. Una Visión de Conjunto, tomo II, pp. 878 y sigs. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 1991.

(53) Supra, rubro 1.1., en el mismo capítulo.

expedición sea a través de un título (54); que su otorgamiento sea temporal, que dicho otorgamiento lo realice el Estado (55); que -- sea considerado por razón de su contenido en acto administrativo -- directamente destinado a ampliar la esfera jurídica de los particulares; etc.

En nuestra opinión, no creemos que las patentes tengan la misma naturaleza jurídica que la concesión administrativa. El -- hecho de que un mismo artículo constitucional (28) utilice el -- término "concesión" (conceder) para servicios públicos y derechos intelectuales, no implica que forzosamente se hable del mismo acto jurídico.

Más bien se trata, para el caso de los derechos intelectuales, de un acto de protección administrativa frente a terceros. "...la tutela de la patente es universal, en cuanto que se otorga frente a todos y de todos se exige la abstención en el uso y el -- empleo de la invención, como objeto patentado..." (56) según afirma don Jorge Barrera Graf. El propio maestro comenta que en la -- obtención de la patente, se "...atribuye a su titular un derecho -- absoluto e incondicionado de explotación exclusiva del objeto de -- la invención." (57)

De manera clara y precisa, el Dr. David Rangel Medina --- conceptualiza a la patente como "...el documento expedido por el -- Estado para hacer constar el derecho exclusivo temporal que una -- persona física o jurídica tiene para explotar industrialmente un -- invento que reñna las exigencias legales." (58)

- (54) Respecto a la expedición del título de la patente, Rangel Medina dice que el otorgamiento de la patente "...mediante un -- documento autónomo, llamado título de la patente, ha sido --- sustituida con la anotación de los datos propios del título -- que se hace en el original y en la copia sellada de la soli- -- citud de la patente." RANGEL MEDINA, David, op. cit. pp. 898.
- (55) Remitimos a la nueva Ley de Fomento y Protección de la Pro- -- piedad Industrial (D.O. 27/VI/91).
- (56) BARRERA GRAF, Jorge. Tratado de Derecho Mercantil, pp. 356. -- Ed. Porrúa. México. 1957.
- (57) BARRERA GRAF, Jorge, op. cit., pp. 360.
- (58) RANGEL MEDINA, David, op. cit., pp. 894.

Díaz Bravo, por su lado, explica que con la patente, se "...confiere el derecho exclusivo para explotar la invención...- directamente o a través de terceros con el consentimiento del - titular." (59) Agrega, que no obstante las diferencias que --- existen, "...para los efectos de su reconocimiento y protección por el Estado, los derechos del inventor tienen un contenido similar al de las concesiones estatales." (60)

Es cierto que ambas figuras coinciden en característi-- cas jurídico-administrativas, pero también lo es que difieren. - En la concesión administrativa se crea un derecho a favor de un particular, en la patente solo se hace constar un derecho exclu-- sivo temporal, o sea, se hace un reconocimiento de un derecho -- preexistente del individuo. La finalidad en aquélla es la ex-- plotación de un servicio público o un bien del dominio de la Fe-- deración; en ésta, es la de explotar en exclusividad un derecho del particular. La propia Ley de Fomento y Protección de la -- Propiedad Industrial señala a este respecto que:

"Artículo 9º.- La persona física que realice una invención...o su causahabiente, tendrán - el derecho exclusivo de su explotación en su provecho..."

"Artículo 10º.- El derecho a que se refiere - el artículo anterior se otorgará a través de patente en el caso de las invenciones..."

1.5.- Concesión de servicio público y concesión de explotación - de bienes del Estado. Clasificación.

Coinciden algunos autores argentinos respecto a la cla-

(59) DIAZ BRAVO, Arturo. "Patente", Diccionario Jurídico Mexicano, tomo IV, pp. 2350. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa-UNAM. México. 1987.

(60) DIAZ BRAVO, Arturo, op. cit., tomo IV, pp. 2349.

sificación de la concesión administrativa. Empezando por que - aceptan la clasificación hecha por la doctrina italiana, teniendo ésta como representantes a Zanobini, Vitta y Alessi.

Así, tenemos que hablan de concesiones constitutivas y traslativas. Para el caso de las constitutivas, tanto Dromi -- como Manuel Ma. Díez, dicen que se trata de concesiones donde se otorgan a los particulares nuevos derechos o nuevas capacidades y la consideran como acto administrativo. Y cuando se trata -- del traspaso o delegación de derechos y poderes por parte de la administración, Dromi habla de concesión traslativa y Díez de -- declarativa, concluyendo ambos que se está frente a un contrato administrativo; dan como ejemplo la concesión de servicio público. (61)

En España, Garrido Falla no se aleja mucho de la posición italiana y argentina y clasifica a las concesiones también en traslativas, que "...implican la subrogación del particular - en las facultades de gestión o disfrute de que la Administración pública es titular en relación con el servicio público o el dominio público (concesiones de servicios públicos y concesiones - sobre el dominio público)...constitutivas, mediante las que, en base a los poderes que le vienen atribuidos por la ley, la Administración constituye a favor de particulares nuevos derechos o facultades." (62) Aunque advierte el autor, que sólo las traslativas, responden verdaderamente a la definición de concesión, criticando además, el abuso del concepto concesional que se ha - hecho para las constitutivas en las que se incluyen cuanto acto administrativo amplíe la esfera de los particulares.

(61) DROMI, José Roberto, "Instituciones...", pp. 276 y DIEZ, -- Manuel Ma., "Derecho...", tomo II, pp. 222.

(62) GARRIDO FALLA, Fernando, op. cit., vol. I, pp. 456 y 457.

En la actualidad, las concesiones administrativas en México se consideran como actos que amplían la esfera jurídica de los particulares. Así, Fraga las incluye dentro de la clasificación de los actos administrativos por razón de su contenido, y señala que se trata de actos directamente destinados a ampliar la esfera jurídica de los particulares. (63)

La clasificación de las concesiones administrativas atiende principalmente a su concepto. De esta manera, encontramos que hay concesiones de servicios públicos, y concesiones de explotación de bienes del Estado.

Hay autores, como Serra Rojas, que agregan a la anterior clasificación de las concesiones, un inciso más: que es el de tipos especiales de concesión, como las registrales o ganaderas. (64)

Nosotros creemos que la clasificación de las concesiones administrativas debe ser:

- 1) concesiones de servicios públicos, y
- 2) concesiones de explotación de bienes del Estado.

Si las leyes administrativas especifican diversos tipos de concesiones dentro de un área determinada, como es el caso de la Ley Federal de Radio y Televisión, que establece concesiones comerciales, oficiales, culturales, etc., no serán más que subclasificaciones de cualesquiera de los dos rubros anteriormente descritos según corresponda.

(63) FRAGA, Gabino, op. cit., pp. 234.

(64) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 279.

1.6.- Características.

Como señalamos al principio de este trabajo, el enfoque de nuestro estudio está dirigido a las concesiones de servicios públicos y a las obras públicas. Por esta razón, y para evitar un descarrilamiento de nuestro camino de análisis y así no profundizar en aspectos de las concesiones de explotación de bienes del dominio público de la Federación, nos remitimos al Capítulo tercero en el que se hablará sobre el particular en forma específica. (65)

2.- El Permiso Administrativo.

2.1.- Concepto y naturaleza jurídica. Análisis.

Al iniciar el estudio de lo que se conoce como permiso administrativo, se encontró que la doctrina extranjera utiliza diversa terminología para conceptualizarla. Hay autores que se refieren a la misma figura jurídica llamándola autorización en lugar de permiso. Otros encuentran diferencias entre autorización y permiso o licencia, y las definen por separado. Hay quienes hablan de un mismo concepto y utilizan cualesquiera de los tres términos de manera indistinta: permiso, licencia y autorización. No se unifican los criterios.

Contrariu sensu, en México parece que los doctrinarios utilizan un mismo concepto para definir al permiso; o por lo menos recurren a los mismos elementos para hacerlo con cualesquiera de las tres figuras en cuestión. Por ende, para comprender el permiso administrativo, es más conveniente, a diferencia del estudio de la concesión, acudir en primer lugar a la doctrina mexicana. Posteriormente, cuando se hable de permii-

(65) Infra, Capítulo III, rubro 2.2.

sos, licencias y autorizaciones (66), se hará referencia al uso - que hace la doctrina extranjera a este respecto.

Gabino Fraga ha dicho que el permiso, licencia o autorización, "...es un acto administrativo por el cual se levanta o -- remueve un obstáculo o impedimento que la norma legal ha establecido para el ejercicio de un derecho de un particular." (67)

Indica Serra Rojas que, la licencia y el permiso, "..... son actos del poder público que establecen una amplia libertad de obrar al particular, en condiciones determinadas. El permiso es un título necesario que otorga la autoridad administrativa para - hacer o decir una cosa o para no hacer." (68)

Semejante a la anterior definición de Fraga, Serra Rojas señala que la autorización "...permite el ejercicio de un derecho preexistente por lo que, al cumplirse con los requisitos legales se asegura el interés público y permite a la autoridad adminis--- trativa levantar el obstáculo que facilita al particular el ejercicio de un derecho..." (69)

Por su parte, la Dra. Olga Hernández Espíndola, sostiene que se trata de un "...reconocimiento a cargo de la autoridad --- competente de un derecho del particular, que allana la vía para - el ejercicio de una actividad especial reglamentada por el Esta-- do, o la realización de actos que ensanchan la esfera jurídica de su circunstancia." (70)

Nosotros creemos que se trata de un acto administrativo por el que la administración pública facilita el ejercicio de un derecho preexistente que tiene el particular.

(66) *Infra*, Capítulo I, rubro 2.2.

(67) FRAGA, Gabino, *op. cit.*, pp. 236.

(68) SERRA ROJAS, Andrés, *op. cit.*, tomo segundo, pp. 273.

(69) SERRA ROJAS, Andrés, *op. cit.*, tomo segundo, pp. 273.

(70) HERNANDEZ ESPINDOLA, Olga. "Permiso Administrativo", *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo IV, pp. 2388. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa-UNAM. México. 1987.

Cuando hablamos del concepto y naturaleza jurídicas de la concesión, se definió al acto administrativo y se explicó la intervención de la administración pública (niveles federal, estatal y municipal), cabe lo mismo para el permiso administrativo (71), con la enorme diferencia de que la administración pública no crea un derecho, sino que elimina un impedimento jurídico para que el particular haga uso de su derecho, como lo indica el maestro Gabino Fraga.

Esto es, al señalar en la definición dada, que se trata de un acto jurídico por el que se facilita el ejercicio de un derecho preexistente, se hace referencia a que el particular goza de un derecho que no puede ejercitar por existir un obstáculo jurídico (una norma jurídica, i.e. requisitos legales) y que una vez satisfecho o eliminado podrá hacerlo. Las razones por las que existen estos obstáculos, atienden principalmente a que no se dañe el interés público, pues como afirma Fraga, el derecho preexistente, "...se encuentra restringido porque puede afectar la tranquilidad, la seguridad o la salubridad públicas o la economía del país, y sólo hasta que se satisfacen determinados requisitos que dejan a salvo tales intereses es cuando la Administración --- permite el ejercicio de aquel derecho previo." (72)

En este punto, habría que preguntarnos qué tanto la administración pública verdaderamente vela por el interés colectivo o si bien, abusa en el otorgamiento de permisos y licencias por intereses meramente particulares, ignorando el interés público -- que protegen las disposiciones jurídicas. . Tenemos por ejemplo, el caso de las licencias de construcción, su otorgamiento está -- condicionado a ciertos requisitos legales: diversos usos del suelo, declaratorias, planes de desarrollo, etc. Si las autorida--

(71) Supra, rubros 1.1 y 1.2, en el mismo capítulo.

(72) FRAGA, Gabino, op. cit., pp. 236.

des no respetan estas condiciones o requisitos, que de por sí están sujetos a su propia discrecionalidad (73), no es raro encontrar la ciudad de México sin orden urbano. El hecho de encontrar oficinas o centros comerciales en plenas zonas residenciales evidencia el mal uso que se ha hecho de los permisos, licencias o autorizaciones.

De lo anteriormente expuesto, se deduce claramente que la naturaleza jurídica del permiso administrativo es la de ser un acto administrativo, y por lo tanto se hace necesaria la intervención de la administración pública para su otorgamiento.

2.2.- Permisos, licencias y autorizaciones.

Hay autores extranjeros que han encontrado diferencias entre permisos, licencias y autorizaciones. Cuando hacen referencia a la clasificación de los actos administrativos, acuden a estas figuras no en bloque, sino en forma separada. En esta situación se encuentran los españoles Entrena Cuesta y García-Trevijano Fos. (74)

Incluso, existen autores, como los argentinos Bielsa y Dromi, que establecen diferencias entre unas y otras. Señala Bielsa que la autorización "...presupone una limitación o restricción a la atribución de obrar, es decir, a la competencia para contraer una obligación contractual, o para ejercer un po-----

(73) A este respecto, la falta de reglamentación en la materia, hace que las autoridades determinen cuándo el suelo tiene un uso en cada caso a través de declaratorias y planes de desarrollo.

(74) ENTRENA CUESTA, Rafael. Curso de Derecho Administrativo, pp. 471. Ed. Tecnos. Madrid. 1970; y GARCIA-TREVIJANO FOS, J.A. Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, vol. II, pp. 1141 y sigs. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1971.

der..." (75)

Utiliza -el mismo autor argentino- ejemplos para hablar de licencia y permiso. De esta manera, nos explica que "el que no ha probado idoneidad para manejar un automóvil no puede legalmente hacerlo. Puede tener esa idoneidad pero debe serle reconocida previamente. La falta de idoneidad crea un riesgo para el -- propio conductor y para los demás que utilizan la vía pública. Si reconocida la idoneidad se le permite la conducción, se da licencia, y no propiamente autorización." "Cuando se da permiso (no en realidad autorización) -continúa el autor- para transportar equipajes de viajeros a las estaciones (mozos de cordel), se trata de proteger a personas que deben necesariamente valerse de otras a - quienes no conocen." (76)

Dromi, por su lado, define por separado la autorización del permiso, diciendo que aquélla es "...una declaración de voluntad administrativa constitutiva, de remoción de obstáculos para superar los límites que el orden jurídico pone al libre desenvolvimiento de la actividad estatal..."; mientras que el permiso refiere al "...acto administrativo, de carácter unilateral, sin - que se le atribuya o reconozca valor alguno a la voluntad individual del administrado en la formación o nacimiento del acto. La - autorización y el permiso tienen de común que se otorgan en consideración al interés de quien lo pide, pero en la autorización - casi siempre a ese interés se une otro elemento de interés general y la colaboración de la propia Administración Pública." (77) Este permiso -agrega- "...se da como exención especial respecto - de una prohibición general, en beneficio exclusivo de quien lo -- pide. Con el permiso no se autoriza ni delega nada, sino que se tolera, se permite realizar algo determinado o circunscripto." (78)

(75) BIELSA, Rafael, op. cit., tomo II, pp. 38.

(76) BIELSA, Rafael, op. cit., tomo II, pp. 39.

(77) DROMI, José Roberto, "Instituciones..." pp. 274 y sigs.

(78) DROMI, José Roberto, "Instituciones..." pp. 274 y sigs.

Diversos son también los autores extranjeros que se concretan a definir y hablar sólo de autorizaciones, entre ellos, el español Garrido Falla, el argentino Díez, el uruguayo Sayagués Laso y los colombianos Vidal Perdomo y Gómez Mejía. (79) De estos, citamos como meros ejemplos las definiciones de Sayagués Laso, --- quien dice que "la autorización puede definirse como el acto de la administración que habilita a una persona física o jurídica, privada o pública, para ejercer un poder jurídico o un derecho pre--- existente." (80); y la de Gómez Mejía, que indica que la autorización "...es aquel acto administrativo previo que habilita a un sujeto, público o privado, o a un órgano, para el ejercicio de un -- poder o derecho preexistente." (81)

A toda esta problemática de términos, los catedráticos -- de la Universidad Complutense de Madrid, García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, comentan acertadamente que toda esta variedad terminológica "...ha llevado a no pocos autores a establecer diferencias de concepto poco o nada justificables..." (82) Incluso, -- hacen referencia a su propia legislación señalando que sus textos utilizan de forma indistinta las voces licencia y permiso como e-- quivalentes a la autorización. Concluyen en considerar a la au-- torización, como la central de toda esa gama de figuras, por lo -- que concepto, clasificación y características, son dadas con la -- voz autorización.

Autores como el alemán Fleiner, o los españoles Royo-Vi-- llanova y Martín Mateo, no hacen diferencia alguna entre permiso -

(79) GARRIDO FALLA, Fernando, op. cit., vol. I, pp. 458 y sigs.; - DIEZ, Manuel Ma., "Derecho...", tomo II, pp. 218 y sigs.; SA- YAGUÉS LASO, Enrique, op. cit., tomo I, pp. 414 y sigs.; VI- DAL PERDOMO, Jaime, op. cit., pp. 313; y GOMEZ MEJIA, Fran--- cisco E., op. cit., pp. 83 y sigs.

(80) SAYAGUES LASO, Enrique, op. cit., tomo I, pp. 414 y 415.

(81) GOMEZ MEJIA, Francisco E., op. cit., pp. 83.

(82) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón. Curso - de Derecho Administrativo, vol. II, pp. 118 y sigs. Ed. Civi- tas, S.A. Madrid. 1990.

licencia y autorización. (83) En este mismo orden de ideas, a--severa Canasi que "...las expresiones licencias, permisos y auto--rizaciones, tienen en la doctrina administrativa significados de restricciones o reglamentaciones de la propiedad o de la libertad de los individuos, y ello ocurre también en materia de explora--ciones forestales, agrícolas, ganaderas, colonización de tierras, juegos, diversiones, espectáculos públicos...etc." (84)

En México, Fraga, Olivera Toro y Hernández Espíndola --- cuando se refieren al permiso administrativo, lo hacen conjunta--mente con la licencia y la autorización. (85)

Aunque el maestro Serra Rojas define separadamente al -- permiso y licencia de la autorización, los elementos que incluye para definir a la última, son prácticamente los mismos que utili--zan otros autores mexicanos para hacerlo con el permiso. Así, - Hernández Espíndola nos hace ver que existe una sinonimia entre - autorización y permiso. Nos explica -esta autora- que "...al asumir Serra Rojas que la autorización es un acto por el cual la autoridad administrativa faculta a una persona privada o pública, para realizar un acto administrativo como ejercicio de un poder - jurídico o un derecho preexistente, cuando se ha comprobado que - reúnen los requisitos legales para ejercerlo, emplea elementos de la definición que sobre el permiso administrativo aplican Fraga y Olivera Toro. De aquí que sea importante subrayar: autorización y permiso en la doctrina tienen la misma significación..." (86)

(83) FLEINER, Fritz. Instituciones de Derecho Administrativo, pp. 324 y sigs. Editorial Labor, S.A. Barcelona. 1933; ROYO-VI--LLANOVA, op. cit., tomo primero, pp. 102; y MARTIN MATEO, -- Ramon, op. cit., pp. 285.

(84) CANASI, José. Derecho Administrativo, vol. II, pp. 318. Edi--ciones Depalma. Buenos Aires. 1974.

(85) FRAGA, Gabino, op. cit., pp. 236; OLIVERA TORO, Jorge, op. - cit. pp. 184; y HERNANDEZ ESPINDOLA, Olga, "Permiso..." pp. 2388.

(86) HERNANDEZ ESPINDOLA, Olga. "Permiso...", pp. 3288.

Concluyendo, permisos, licencias y autorizaciones tienen un mismo significado y naturaleza jurídicas, aunque se reconoce que también en la legislación administrativa -y aún en materia jurisprudencial- se suelen usar indistintamente los tres términos como si fueran sinónimos. Como ejemplo, podemos citar lo que establece el artículo 17, fracción XIII de la vigente Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal (87), que a la letra dice:

"Artículo 17.- Al Departamento del Distrito Federal corresponde el despacho de los siguientes asuntos en materia de gobierno:

.....
XII. Autorizar la expedición, revalidación o cancelación de las licencias y los permisos, y autorizar cuando proceda el traspaso o traslado de los establecimientos sujetos a los reglamentos gubernativos."

La anterior Ley Forestal de 1960 (D.O. de fecha 16 de enero de 1960), nos ofrece otro ejemplo a este respecto (88), al hacer referencia en su texto, a los llamados aprovechamientos forestales:

"Artículo 85.- Los aprovechamientos únicos se autorizarán solo cuando se trate de desmontes para cultivos agrícolas o fines ganaderos, para brechas, cortafuegos, para las vías y líneas de comunicación, para transmisión de energía eléctrica y para las demás obras públicas..."

"Artículo 87.- Los permisos de aprovechamientos comerciales, solamente se otorgarán a personas de nacionalidad mexicana, o a sociedades de personas, también mexicanas, que en la realidad sean los organizadores o empresarios de las explotaciones.....

Son nulos de pleno derecho los actos en virtud de los cuales, violando las disposi---

(87) D.O. de fecha 29 de diciembre de 1978.

(88) La Ley Forestal de 1960 fue abrogada por la vigente Ley Forestal de 1986.

ciones de esta ley, se otorguen o autoricen -
traspasos de las autorizaciones o permisos."

Señalamos un caso más, que es precisamente la vigente -
Ley Forestal (D.O. de fecha 30 de mayo de 1986) que en materia
de cambio de uso de las tierras forestales, usa indistintamente
los términos de permiso y autorización. Los artículos 25 y 26
del ordenamiento citado, disponen lo siguiente:

"Artículo 25.- Los permisos que expida la Se-
cretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos para cambio de uso de las tierras fores-
tales con fines agrícolas, ganaderos, urba-
nos, recreativos y otros usos, estarán inva-
riablemente fundamentados en estudios técni-
cos y socioeconómicos.....

Una vez que se elaboren los estudios téc-
nicos y socioeconómicos que procedan y se de-
termine qu el valor social y ecológico de los
recursos forestales existentes sea igual o --
superior al de cualquier otro uso alternati-
vo, deberá conservarse la vegetación y no se
autorizará el cambio de uso de las tierras --
forestales."

"Artículo 26.- En ningún caso se autorizará -
el cambio de uso del suelo para fines agrope-
cuarios o de cualquiera otra naturaleza en --
las tierras forestales que integran las par-
tes altas de las cuencas hidrográficas, las -
reservas nacionales forestales, las zonas ---
protectoras forestales, los parques naciona-
les y otras áreas sujetas a preservación eco-
lógica."

En los capítulos siguientes, cuando se hable sobre ---
cualesquiera de estos tres términos, se hará sin distinción al--
guna, acudiendo al concepto y naturaleza jurídicas ya expuestos.

3.- Diferencias entre las concesiones y los permisos. Crítica a la legislación mexicana.

Obedece a la promiscua e inadecuada utilización que ha hecho la legislación mexicana sobre concesiones y permisos, el - que se haya destinado un rubro en este capítulo para diferenciar las unas de los otros.

Y es que el uso erróneo que hacen los legisladores sobre el particular, crea confusión entre quienes, en la teoría, - estudian leyes administrativas, y entre quienes, en la práctica, se colocan en alguna situación jurídica señalada por la ley, --- sean concesionarios o permisionarios.

Efectivamente, por un lado, algunas leyes administrativas han hecho un uso indebido del término concesión, y lo aplican a casos impropios de la misma, es decir, hablan de concesión sin que se trate de la explotación de un bien o servicio -- público. Caso concreto es el de la incorrectamente llamada --- concesión forestal. La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (89) habla sobre concesiones forestales debiendo -- referirse solo a permiso, licencias o autorizaciones:

"Artículo 35.- A la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

.....
XXI. Otorgar contratos, concesiones y permisos forestales."

Por otro lado, encontramos que hay leyes que utilizan indebidamente el concepto permiso, licencia o autorización debiendo ser concesión. Citamos como un primer ejemplo la Ley --

Federal de Aguas (90), que en su artículo 17 fracción IV establece:

"Artículo 17.- Son atribuciones de la Secretaría:

.....
IV. Otorgar las asignaciones, concesiones o -- permisos para explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales y en su caso -- proveer las vedas para el buen funcionamiento de las obras."

Un segundo ejemplo nos lo proporciona la Ley Federal de Radio y Televisión (91), que en su artículo 13 párrafo segundo -- señala:

"Artículo 13.-
Las estaciones comerciales requerirán concesión. Las estaciones oficiales, culturales, de experimentación, escuelas radiofónicas o las que establezcan las entidades y organismos públicos para el cumplimiento de sus fines y --- servicios, sólo requerirán permiso."

No sería necesario insistir tanto en precisar estas diferencias, si no fuera por los distintos efectos jurídicos que acarrearán cada una de ellas. En efecto, no es lo mismo, por ejemplo, que un área económica sea otorgada para su explotación a los particulares vía concesión -- en la que el Estado tiene un mayor control desde el momento en que goza del derecho de rescate -- a -- que sea vía permiso. A este respecto, Garrido Falla afirma que la concesión "...siempre ofrecerá a la Administración una posibilidad de control suplementario precisamente a través de las condiciones y cláusulas particulares que al concesionario se imponen." (92)

(90) D.O. 11/I/72

(91) D.O. 19/I/60

(92) GARRIDO FALLA, Fernando, op. cit., vol. II, pp. 392.

Por esto, no basta conocer el concepto y naturaleza jurídicas de ambos, sino que hay que determinar, en lo posible, --- cuándo se está frente a la concesión, y cuándo frente al permiso, evitando de esta manera, caer en imprecisiones provenientes de la legislación mexicana.

Se tiene por entendido que en el mundo de los actos administrativos, encontramos a la concesión y al permiso dentro de aquéllos actos destinados a ampliar la esfera jurídica de los --- particulares. En ambos casos, es la administración pública la que los otorga. Sin embargo, en uno se crea un derecho, y en el otro, se habilita para su ejercicio. Sayagués Laso nos explica que "...se diferencia [la concesión] claramente de la autoriza--- ción porque mientras esta se reduce a permitir el ejercicio de un poder o derecho preexistente, aquella crea en beneficio del concesionario un derecho de que antes carecía totalmente." (93)

Sin embargo, hay doctrinarios que han sostenido que no existe tal diferencia. Bartolomé A. Fiorini ha dicho, por ejemplo, que "el término concesión es usado en forma indiscriminada, presentándose como sinónimo de autorización administrativa y o--- tras como permiso administrativo. Todas las expresiones tienen un contenido idéntico..." (94) En este mismo sentido, Merkl afirma que "muchos de los actos [administrativos]...suelen separarse de las concesiones y ser comprendidos con el título de permisos y -- autorizaciones. Pero no se ve la existencia de una particularidad que no se la diferencia de contenido, que justifique este corte - sistemático." (95)

Para nosotros, sí existe esa diferencia, y consiste --- precisamente, en que en la concesión se da nacimiento a un nuevo

(93) SAYAGÜES LASO, Enrique, op. cit., tomo I, pp. 420.

(94) FIORINI, Bartolomé A. Manual de Derecho Administrativo, primera parte, pp. 509. La Ley. Buenos Aires. 1968.

(95) MERKL, Adolfo, op. cti., pp. 250.

derecho, a un derecho que el particular no tenfa. Y éste derecho se centra en la explotación de un bien dominio público de la Federación o la explotación de un servicio público. Mientras que con el permiso, el Estado facilita al particular el ejercicio de derechos que ya tiene y que se encuentran consagrados en la Constitución, vr.gr. derecho de propiedad y de libertad. El particular tiene que observar ciertos requisitos legales y le será otorgado el permiso.

De esto se deriva otra diferencia. El permiso administrativo, una vez otorgado, puede o no usarse por el particular. Pero cuando la concesión se otorga, ésta debe llevarse a cabo según se establezca en el título de la misma. Pensemos por ejemplo para el caso del permiso, en las licencias para conducir, sean para uno, tres o más años; si el particular a quien se otorgó la licencia no maneja, por razones de haber vendido su automóvil, por encontrarse éste descompuesto, o por "doble hoy no circula", entonces su derecho no se pierde, sigue vigente. En cambio, en el caso de la concesión, pensemos simplemente en la prestación del servicio público de transporte, si no se usa, puede perderse el derecho, caduca la concesión.

No obstante las diferencias arriba citadas, y como ya se dijo, encontramos en las leyes administrativas áreas que se conceden sin que verdaderamente sean objeto de concesión. Lo mismo sucede con los permisos. Es pues el legislador quien tiene la última palabra en este sentido. El maestro Nava Negrete afirma a este respecto que "...no puede decirse que la ley reserve ciertas materias a la concesión y otras a los permisos o autorizaciones. Es por mandato del legislador que algo puede ser objeto de concesión o de permiso. Extender la concesión a objetos que no sean la explotación de bienes o de servicios públicos, es decisión legislativa." (96)

La expedición de una ley por el Congreso de la Unión señalando las áreas que son objeto de concesión y las que son de --- permisos, no sería lo adecuado, pues nuevamente tendría el legislador a su libre arbitrio la decisión de señalar indiscriminadamente áreas para concesión y áreas para permisos.

La postura correcta que debiera adoptar el legislador es la de sujetarse al criterio de que cuando se trate de la explotación de bienes del dominio público de la Federación, o de servicios públicos por particulares, sea por mandato constitucional o por ley, se realice solamente vía concesión. (97) De esta manera, desde un punto de vista legal, ya no existirá la invasión indiscriminada de permisos, licencias y autorizaciones a campos que son propios de la concesión. Y viceversa, la concesión no pisará terrenos que pertenecen a los permisos, licencias y autorizaciones.

(97) Remitimos al Capítulo III en el que se explica porqué se cree que la prestación del servicio público debe ser vía concesión y no vía permiso.

C A P I T U L O I I

REGIMEN CONSTITUCIONAL DE LAS CONCESIONES DE SERVICIO PUBLICO. LE-
GISLACION Y JURISPRUDENCIA

1.- Artículo 28 constitucional.

1.1.- Reformas constitucionales de 1917 a nuestros días.

La base constitucional de las concesiones de los servicios públicos se encuentra ubicada, hoy en día, en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este artículo en su párrafo octavo, a la letra dice:

"El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público."

En 1917, al ser promulgada la Constitución Mexicana en Querétaro, el artículo 28 textualmente establecía:

"En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria; exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo Banco que controlará el Gobierno Federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus in-

ventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora.

En consecuencia, la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos, de artículos de consumo -- necesario, y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre competencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combinación, de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transporte o de alguno otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses.

Tampoco constituyen monopolios las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan, y que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo la vigilancia o amparo del Gobierno Federal o de los Estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas por sí o a propuesta del Ejecutivo, -- podrá derogar, cuando las necesidades públicas así lo exijan, las autorizaciones concedidas para la formación de las asociaciones de que se trata."

Pocos días antes de que concluyera el sexenio del Lic. José López Portillo (1976-1982), el artículo 28 constitucional sufrió su primera reforma el 17 de noviembre de 1982. Tras la llamada "Nacionalización Bancaria", dada a conocer por el ex-presidente

te López Portillo en su 6° y último informe de gobierno, se adicionó un quinto párrafo al citado artículo constitucional en el que se establecía que:

".....
Se exceptúa también de lo previsto en la primera parte del primer párrafo de este Artículo la prestación del servicio público de banca y crédito. Este servicio será prestado exclusivamente por el Estado a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria, la que también determinará las garantías que protejan los intereses del público y el funcionamiento de aquéllas en apoyo de las políticas de desarrollo nacional. El servicio público de banca y crédito no será objeto de concesión a particulares."

Meses después con fecha 3 de febrero de 1983, y bajo el gobierno del entonces presidente Miguel de la Madrid, se reformó nuevamente el artículo 28 contando ahora con 11 párrafos. Y es precisamente en el párrafo 9° en el que se incluye de manera expresa, la posibilidad que tiene el Estado, en casos de interés general y sujeto a lo que digan las leyes, de concesionar la prestación de servicios públicos a particulares. Este párrafo establece que:

".....
El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes del dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público."

El párrafo 10° del mismo artículo redondea el precepto anterior expresando que:

"La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley."

Finalmente, y en virtud de la política Salinista de reprivatización bancaria, el 27 de junio de 1990, se deroga el párrafo 5° (servicio público de banca y crédito) dejando intactos los ahora vigentes 8° y 9° párrafos del artículo 28 constitucional.

Llama nuestra atención que antes de 1983, ya se hablara expresamente en la Constitución de concesiones de servicios públicos, aunque se hacía de manera particular. Así el artículo 3° con las reformas que se le hicieron el 13 de diciembre de 1934, señalaba que:

".....
Podrán concederse autorizaciones a los particulares que deseen impartir educación.....
IV.....
El Congreso de la Unión, con el fin de unificar y coordinar la educación en toda la República, expedirá las leyes necesarias, destinadas a...fijar las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público..."

Lo mismo sucedió para el caso de la energía eléctrica, aunque de manera negativa. El 29 de diciembre de 1960, se re---forma el párrafo 6° del artículo 27 y se establece:

".....
Corresponde exclusivamente a la Nación generar conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los ---particulares..."

Estriba la importancia de la reforma del 83 al artículo 28, en que se habla ya de manera general de la posibilidad que -- tiene el Estado para el otorgamiento de concesiones para la prestación de servicios públicos.

Ahora bien, quienes pueden legislar en materia de prestación de los servicios públicos, se concesionen o no, son:

- 1) El Congreso de la Unión. Así por ejemplo: energía eléctrica, correos, vías generales de comunicación, educación, contribuciones sobre servicios públicos concesionados. El artículo - 73 constitucional establece:

"El Congreso tiene facultad:

.....
 X. Para legislar en toda la República sobre...
 energía eléctrica.....
 XVII. Para dictar leyes sobre vías generales -
 de comunicación, y sobre... correos.....
 XXV... para dictar leyes encaminadas a distri-
 buir convenientemente... el ejercicio de la --
 función educativa y las aportaciones económi-
 cas correspondientes a ese servicio público..
 XXIX. Para establecer contribuciones:

 4° Sobre servicios públicos concesionados..."

- 2) Los Estados, según lo determinen las leyes, al través de sus - Congresos legislativos, como educación, seguridad pública, -- etc. Sabido es, que los municipios carecen de órganos legis- lativos; sin embargo, los ayuntamientos pueden y han expedido reglamentos (materialmente leyes) respecto a los servicios e-- numerados en el artículo 115 constitucional fracción tercera - según lo disponen las leyes orgánicas municipales.

"

.....
 III. Los Municipios, con el concurso de los - Estados cuando así fuere necesario y lo de---

terminen las leyes, tendrán a su cargo los --
siguientes servicios públicos:

- a).-Agua potable y alcantarillado.
- b).-Alumbrado público.
- c).-Limpia.
- d).-Mercados y centrales de abasto.
- e).-Panteones.
- f).-Rastro.
- g).-Calles, parques y jardines.
- h).-Seguridad pública y tránsito, e
- i).-Los demás que las legislaturas locales --
determinen según las condiciones territo-
riales y socioeconómicas de los Municipi-
pios, así como su capacidad administrati-
va y financiera."

Con las recientes reformas al artículo 27 constitucional (D.O. de fecha 6 de enero de 1992), la fracción sexta de este artículo, señala que los Estados y Municipios pueden adquirir y poseer todo tipo de bienes raíces para la prestación de los servicios públicos.

".....

VI. Los estados y el Distrito Federal, lo mismo que los municipios de toda la República tendrán plena capacidad para adquirir y poseer todos los bienes necesarios para los servicios públicos."

Resumiendo, tenemos que:

- 1) La base constitucional de las concesiones de servicios públicos es el artículo 28 constitucional, párrafo octavo.
- 2) Las reformas constitucionales del artículo 28, de 1917 a nuestros días, han sido tres, de fecha de publicación: 17/XI/82; - 3/II/83; 27/VI/90.
- 3) Hay actividades que se consideran servicios públicos sin que puedan concesionarse, según disposición constitucional (energía eléctrica); son de exclusiva prestación del Estado.

- 4) Hay actividades que se consideran servicios públicos y que pueden concesionarse según disposición constitucional (educación).
- 5) Hay actividades que se consideran servicios públicos según disposición constitucional pero no se determina si pueden o no --- concesionarse, serán las leyes las que determinarán tal situación (panteones, rastro, etc.).
- 6) Hay actividades que son verdaderos servicios públicos pero que no los señala así expresamente la Constitución, se consideran - áreas estratégicas para el Estado (correos, telégrafos, etc.).

2.- Legislación Federal.

Destinamos este rubro a mencionar sólo algunas de las -- leyes federales más comunes en materia de concesiones de servicios públicos. Las leyes que aquí se enuncien, son citadas a lo largo de este trabajo.

Destaca por su importancia, la Ley Federal de Educación, publicada en el D.O. de fecha 29 de noviembre de 1973, y que es -- reglamentaria del artículo tercero constitucional.

La Ley Federal de Educación, considera la educación como un servicio público, que es prestado por el Estado (Federación, -- Estados y Municipios), organismos descentralizados y los particulares, aunque en éste último caso, establece que será mediante autorización, lo que es incorrecto, pues tratándose la educación de un servicio público, debiera ser vía concesión. El error en el uso del término autorización, se encuentra en diversos artículos de la citada ley. Transcribimos los siguientes artículos:

"Artículo 3.- La educación que imparten el -- Estado, sus organismos descentralizados y los particulares con autorización o con reconocimiento de validez oficial de estudios es un - servicio público."

"Artículo 5.- La educación que impartan el -- Estado, sus organismos descentralizados y los particulares con autorización o con reconocimiento de validez oficial de estudios, se sujetará a los principios establecidos en el -- artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos..."

"Artículo 24.- La función educativa comprende:

.....

XI. Otorgar, negar o revocar autorización a los particulares para impartir educación primaria, secundaria y normal y la de cualquier otro tipo o grado destinada a obreros o campesinos."

Otra ley importante a este respecto, es la Ley de Vías Generales de Comunicación, publicada en el D.O. de fecha 19 de febrero de 1940. En su artículo 8 establece:

"Artículo 8.- Para construir, establecer y -- explotar vías generales de comunicación o --- cualquier clase de servicios conexos a éstas, será necesario el tener concesión o permiso -- del Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y con sujeción a los preceptos de esta ley y sus reglamentos."

Prevé esta ley, varios capítulos para la regulación de las concesiones y sus características, para explotar vías generales de comunicación y los servicios conexos a ellas. Y delimita las áreas que se consideran servicios públicos que serán para uso exclusivo del Gobierno Federal:

"Artículo 11.- La prestación de los servicios públicos de telégrafos, radiotelegráficos y de correos, queda reservada exclusivamente al Gobierno Federal o a los organismos descentralizados que se establezcan para dicho fin.

También quedan reservados en forma exclusiva al Gobierno Federal, el establecimiento

de los sistemas de satélites, su operación y control, la prestación del servicio público - de conducción de señales por satélite; así -- como las estaciones terrenas con enlaces internacionales para comunicación vía satélite." "

Asimismo, establece las reglas que se observarán respecto a las concesiones en materia de comunicaciones terrestres - ferrocarriles, tranvías, caminos y su explotación, transporte de personas, de carga, etc., puentes- por agua, aeronáuticas y eléctricas.

La Ley Federal de Radio y Televisión, publicada en el D.O. de fecha 9 de enero de 1960, también tiene relación para nuestro tema. La radio y la televisión, según la ley, constituyen una actividad de interés público. El artículo cuarto establece:

Artículo 4.- La radio y la televisión constituyen una actividad de interés público, por lo tanto el Estado deberá protegerla y vigilarla para el debido cumplimiento de su función social."

Las estaciones de radio y televisión (comerciales) podrán estar sujetas a concesión. La ley distingue indebidamente diferentes tipos de estaciones que se encuentran sujetas a permisos y no a concesión.

"Artículo 9.- A la Secretaría de Comunicaciones y Transportes corresponde:
I. Otorgar y revocar concesiones y permisos - para estaciones de radio y televisión, asignándoles la frecuencia respectiva."

"Artículo 13.- Al otorgar las concesiones o permisos a que se refiere esta ley, el Ejecutivo federal por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes determinará la naturaleza y propósito de las estaciones de radio y televisión, las cuales podrán ser comerciales, oficiales, culturales, de experimentación, escuelas radiofónicas o de cualquier otra índole. Las estaciones comerciales requerirán concesión. Las estaciones oficiales, culturales, de experimentación, escuelas radiofónicas o las que establezcan las entidades y organismos públicos para el cumplimiento de sus fines y servicios, sólo requerirán permiso."

Aun cuando la ley en cita tiene a la radio y a la televisión como actividades de interés público, la verdad es que se trata de un auténtico servicio público, como lo consideran en otros países como Francia.

Finalmente, encontramos también que la Ley Forestal, -- publicada en el D.O. de fecha 30 de mayo de 1986, habla sobre --- concesiones respecto a servicios técnicos forestales. El artículo 61 establece:

"Artículo 61.- Compete a la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos la prestación de los servicios técnicos forestales, la que no podrá concesionarlos a los propietarios y poseedores de los recursos forestales y a profesionales, técnicos y prácticos, ya sea como personas físicas o morales.

Las personas que por concesión presten los servicios técnicos, deberán contar con una -- constancia de evaluación de capacidad técnica que la Secretaría expida conforme al reglamento de esta Ley."

Es otro caso de servicio público, objeto de concesión - pero que la ley no lo reconoce así expresamente.

3.- Legislación del D. F.

Al igual que en rubro anterior, solamente enunciamos -- algunas de las disposiciones normativas más relevantes que en materia de concesiones de servicios públicos se haya legislado para el Distrito Federal.

Citamos en primer término, la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, publicada en el D.O. de fecha 29 de diciembre de 1978, pues es precisamente el Departamento del Distrito Federal, quien otorga las concesiones de servicios públicos por disposición del Presidente de la República. El artículo 22 establece:

"Artículo 22.- La prestación de los servicios públicos en el Distrito Federal corresponde - al Departamento del propio Distrito Federal, sin perjuicio de encomendarla, por disposición del Presidente de la República, mediante concesión limitada y temporal que se otorgue al efecto, a quienes reúnan los requisitos -- correspondientes."

Su intervención, no se limita al solo otorgamiento de - las concesiones de servicios públicos, sino que también las su--- pervisa, vigila, propone su nulidad, caducidad o revocación, y en general, la aplicación de las características propias de las con-

cesiones (funcionamiento, tarifas, temporalidad, etc.) y su cumplimiento. Citamos los siguientes artículos:

"Artículo 20.-Al Departamento del Distrito Federal corresponde el despacho de los siguientes asuntos en materia de Obras y Servicios:

.....
 III. Llevar a cabo la supervisión de los diversos servicios que preste, concesione o autorice el Departamento del Distrito Federal."

"Artículo 18.- Al Departamento del Distrito Federal corresponde el despacho de los siguientes asuntos en materia jurídica y administrativa:

.....
 XIII. Proponer al Presidente de la declaración administrativa de la nulidad, caducidad o revocación de las concesiones y sustanciar en los términos de la ley el procedimiento que corresponda tramitando en su caso, la reversión."

Es también importante para nuestro estudio, citar la Ley que fija las bases generales a que habrá de sujetarse el tránsito y los transportes en el Distrito Federal. El problema que encontramos en esta ley, publicada en el D.O. de 23 de marzo de 1942, es que confunde los términos permiso y concesión.

En realidad, la prestación del servicio público local de transporte, debiera ser vía concesión y no permiso como lo señala el artículo cuarto en su inciso C:

"Artículo 4.- El Departamento del Distrito Federal es competente:

.....
 c) Para tomar a su cargo, si así lo juzga conveniente, la prestación del servicio público local de transporte; o para otorgar permisos a personas físicas o --

morales para la prestación de dicho servicio, señalando los requisitos o condiciones a que deba sujetarse el otorgamiento de los permisos y la prestación del servicio."

Confunde, asimismo, el uso de estas dos figuras jurídicas al establecer en su artículo sexto que:

"Artículo 6.- Será necesario obtener la concesión o el permiso previo correspondiente de las autoridades del Departamento del Distrito Federal, para poder establecer y operar líneas locales de transportes de personas y de carga, y en general, para poner en servicio vehículos destinados a la prestación de tales servicios dentro del propio Distrito."

Por lo que toca a los reglamentos, citamos el Reglamento de Transporte Urbano de Carga para el Distrito Federal, publicado en el D.O. de 23 de julio de 1990. Este reglamento define a la concesión y al servicio público de transporte de carga en su artículo segundo:

"Artículo 2.- Para los efectos de este Reglamento se entenderá por:

.....
 IV. Servicio público de transporte de carga, la actividad organizada que mediante concesión se realice con el fin de satisfacer en forma continua, uniforme, regular y permanente, las necesidades de carácter colectivo en materia de transporte de carga en el Distrito Federal mediante el pago correspondiente;

.....
 VI. Concesión, el acto jurídico del Departamento por el cual autoriza la prestación del servicio público de transporte de carga en el Distrito Federal y establece las condiciones en que habrá de prestarse el servicio."

Así pues, la prestación del servicio público de transporte de carga será vía concesión. El artículo tercero, párrafo segundo establece:

"Artículo 3.-.....
La prestación del servicio público de transporte de carga, se realizará por el Departamento o por quienes reúnan los requisitos correspondientes, mediante concesión."

A lo largo del reglamento, se señala cuáles habrán de ser las características propias a las que se sujetarán las concesiones de servicio público de transporte de carga. Asimismo, determina los requisitos de la misma para su otorgamiento, y el contenido de los títulos de concesión. El régimen jurídico al que habrán de sujetarse estas concesiones, será el establecido en la Ley que fija las Bases Generales a que habrán de sujetarse el Tránsito y los Transportes en el Distrito Federal y La Ley Orgánica del D.D.F.

El Reglamento para el Servicio Público de Transporte de Pasajeros en el Distrito Federal, publicado en el D.O. de 14 de abril de 1942, regula la posibilidad de concesionar el servicio público de transporte local de pasajeros en el Distrito Federal.

Este reglamento prevé, que dicho servicio público, podrá ser prestado por el propio Departamento del D.F. o por empresas o particulares vía autorización. Esta autorización podrá ser mediante concesión o permiso:

"Artículo 1.- El transporte local de pasajeros en el Distrito Federal es un servicio público, cuya prestación es facultad del Departamento de dicha Entidad. En el ejercicio de esta facultad, corresponde al citado Departamento decidir si en vista de las necesidades

público, la prestación de dicho servicio debe hacerse por el propio Departamento, o si esa prestación puede encomendarse a empresas o -- particulares..."

"Artículo 3.- Para la explotación del servicio local de transporte de pasajeros en el -- Distrito Federal, por empresas o particulares se requiere la autorización previa de las autoridades del Departamento del Distrito Federal..."

"Artículo 4.- La autorización a que se refiere el artículo anterior podrá consistir en:

- a) Concesiones
- b) Permisos
-"

Como se observa, el reglamento utiliza indebidamente el concepto de autorización, pues, como ya hemos afirmado, la prestación de un servicio público por particulares, debe ser solo vía concesión.

El otorgamiento de esta concesión, está sujeta a una -- declaratoria pública del Departamento según sea necesario llevar a cabo la prestación de dicho servicio público. El artículo --- siete señala:

"Artículo 7.- Sólo se tomarán en considera--- ción solicitudes relacionadas con el otorga--- miento de concesiones para explotar servicio de transportes, cuando previamente exista una declaratoria pública del Departamento sobre -- la necesidad de llevar a cabo la prestación -- de determinado servicio..."

Al igual que en el reglamento anterior, en éste se es--- tablecen las características y modalidades a que habrá de suje--- tarse la concesión del servicio público de transporte local de -- pasajeros en el Distrito Federal.

Otro reglamento importante para nuestro estudio es el - Reglamento de Estacionamientos Públicos del Distrito Federal, publicado en el D.O. de 27 de marzo de 1991. Este reglamento, --- aunque no define al servicio de estacionamientos como un servicio público, sino como un servicio al público, en realidad se trata - de un verdadero servicio público que puede ser prestado por par- ticulares:

"Artículo 1.-
El servicio al público de estacionamiento --- consiste en la recepción, guarda, protección y devolución de los vehículos en los lugares autorizados, pudiendo prestarse por hora, día o mes, a cambio del pago que señale la tarifa autorizada."

"Artículo 4.- El servicio al público de estacionamientos de vehículos, podrá ser prestado por personas físicas o morales, privadas o públicas."

No obstante lo anterior, el reglamento no menciona que el servicio de estacionamientos pueda concesionarse. Se habla, en su lugar, de una declaratoria de apertura:

"Artículo 5.- Para la apertura de un estacionamiento público, el propietario o administrador deberá presentar la declaración de apertura ante la Delegación correspondiente..."

Un ejemplo más sobre nuestro tema, lo constituye el Reglamento de Mercados, publicado en el D.O. de 1 de junio de 1951. Establece el citado reglamento, que el funcionamiento de mercados es un servicio público, y que puede concesionarse su prestación, remitiendo para este efecto, a lo que disponga la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal.

"Artículo 1.- El funcionamiento de los mercados en el Distrito Federal, constituye un --- servicio público cuya prestación será realizada por el Departamento del Distrito Federal..."

Sin embargo, dicho servicio podrá ser prestado por particulares cuando el Departamento -- del Distrito Federal otorgue la concesión correspondiente."

"Artículo 2.- Todo lo referente a las concesiones a que se refiere este Reglamento, se regularán por las disposiciones relativas de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal."

En la misma situación se encuentra el Reglamento de Cementerios del Distrito Federal, publicado en el D. O. el 28 de -- diciembre de 1984; es decir, define su funcionamiento como servicio público con la posibilidad de que pueda concesionarse a par-- ticulares:

"Artículo 1.- El establecimiento, funciona--- miento, conservación y operación de cemente--- rios en el Distrito Federal, constituyen un - servicio público que comprende la inhumación, exhumación, reinhumación y cremación de cadá--- veres, restos humanos y restos humanos áridos o cremados."

"Artículo 2.- El Departamento del Distrito -- Federal, de acuerdo con lo dispuesto por su propia Ley Orgánica, podrá atender por sí --- mismo o concesionar el establecimiento y operación de los servicios públicos a que se refiere el artículo anterior."

4.- Jurisprudencia, precedentes y tesis relacionadas.

4.1.- Tribunales Judiciales.

Con los criterios jurisprudenciales y algunos preceden-- tes y tesis relacionadas que aquí se mencionan, no se pretende, de

manera alguna, abarcar todo cuanto se haya dicho por la Suprema - Corte de Justicia y los Tribunales Colegiados de Circuito relativo a las concesiones de servicios públicos.

Presentamos, más bien, un brve panorama de algunos de - estos criterios de nuestro Máximo Tribunal y los Colegiados de -- Circuito en materia de concesiones de servicios públicos, que --- servirán de apoyo a las ideas que en este trabajo se exponen.

4.1.1.- Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En la jurisprudencia que a continuación citaremos, se - observa claramente cómo es que la Suprema Corte acoge la llamada "teoría subjetiva del servicio público", es decir, una teoría que explica que es el Estado quien habrá de determinar qué área o actividad será considerada como un servicio público. Asimismo, -- señala en sus líneas, la posibilidad que tiene el propio Estado - para prestar cualquier servicio público por sí mismo (directamen- te) o auxiliarse de particulares mediante concesión (indirecta--- mente). Elimina la jurisprudencia en cuestión, la posibilidad - de que un servicio público pueda prestarse por particulares a --- través de permiso, autorización, licencia.

Ahora bien, sea de ofrma directa o indirecta, la pres- tación del servicio, habrá de sujetarse a lo que dispongan las -- leyes del Congreso de la Unión. Como lo establece el artículo - 28 constitucional, la concesión de los servicios públicos otorga- da por el Estado en casos de interés general, estará sujeto a las leyes, esto es, que el funcionamiento, organización, actividad y prestación del servicio habrá de ser regulada por una disposición normativa.

"AGUA POTABLE ENVASADA, EL DECRETO N° 100 DE BAJA CALIFORNIA (REFORMATORIO DE LA LEY DE -- TRANSITO) QUE DECLARA SERVICIO PUBLICO EL -- TRANSPORTE DE, ES VIOLATORIO DE LOS ARTICU-- LOS 4° y 28° CONSTITUCIONALES...El Estado -- para dar satisfacción en forma regular y --- continua a ciertas categorías de necesidades de interés general, puede determinar qué actividades deben ser consideradas como un --- servicio público y establecer, desde luego, un régimen jurídico especial que tenga por - objeto facilitar el que se satisfagan rápida y cumplidamente las necesidades que determinen la declaración de servicio público. El - Estado puede prestar directamente el servi-- cio de que se trate o bien darlo en conce-- sión que se otorgue a particulares o empre-- sas, pero en ambos casos es indispensable -- que mediante el Poder Legislativo se haga la declaración respectiva y se reglamente el -- servicio, esto es, que se den las disposi-- ciones legales necesarias respecto de la --- forma y modo en que dicho servicio debe ---- prestarse, ya sea directamente por el Estado o bien por conducto del concesionario...Es - necesario que el Legislador dé, además, las normas de funcionamiento regular y continuo del servicio que va a prestarse, para satis-- facer las necesidades generales determinan-- tes de la declaración de servicio público, - porque de otro modo no se pueden dar los --- presupuestos de su existencia..."

(Apéndice 1917-1988. Semanario Judicial - de la Federación, Primera Parte, Tribunal -- Pleno, Jurisprudencia Núm. 4, pp. 3 y 4. Esta tesis apareció publicada con el NUMERO -- 127, en el Apéndice 1917-1985, Primera Parte pp. 255.)

En muchas ocasiones, se ha pensado que, el hecho de su-- jetar ciertas actividades al régimen de concesión, hace que se -- limite o viole el principio de libertad de trabajo consagrado en el artículo 5° de nuestra Constitución.

Sin embargo, el concesionar ciertas áreas para su ex--- plotación, no impide de manera alguna, que cualquier particular -

pueda dedicarse a esa misma actividad, siempre y cuando reúna los requisitos de ley, según la concesión de que se trate. Y es que no hay que pasar por alto, que son precisamente los intereses sociales o de la comunidad, los que exigen ese control concesional para que de esa manera no se vean afectados por intereses particulares. Un ejemplo claro a este respecto, es la siguiente jurisprudencia:

"212. VIAS GENERALES DE COMUNICACION, EL CAPITULO DE EXPLOTACION DE CAMINOS DE LA LEY DE, - NO VIOLA EL ARTICULO 4° CONSTITUCIONAL. No es exacto que al través de la reglamentación que hace la Ley de Vías Generales de Comunicación de las concesiones para la explotación del --- servicio de transportes en las carreteras de --- jurisdicción federal, se limita la libertad de trabajo, puesto que de los lineamientos establecidos por el artículo 152 de la ley citada se desprende con claridad que no se impide a los interesados en la prestación de ese servicio que se dediquen al mismo, ni tampoco establece dificultades insuperables, sino que únicamente determina los requisitos necesarios -- para que el propio servicio, que es un servicio público, se preste en condiciones adecuadas, pues de lo contrario se produciría una -- verdadera anarquía en el tránsito de las carreteras nacionales, que por tratarse de bienes -- de uso común, y por consiguiente, de dominio público, no pueden ser aprovechados libremente por los particulares sino con las condiciones establecidas por las leyes correspondientes... y estas condiciones...no tienen como finalidad limitar la libertad de trabajo (artículo 4° -- constitucional), ni la de tránsito por el territorio nacional (artículo 11 de la propia -- Ley Suprema), sino establecer las bases para -- que el servicio público de transportes se --- preste en la forma que lo requiere el interés social, sin que tampoco se pierda de vista el interés mismo de los concesionarios; en consecuencia, tampoco es exacto que la citada reglamentación legal sea insuficiente para los fines del servicio, sino que, por el contrario la ley de la materia establece con precisión -- las bases fundamentales que deben regir el ---

propio servicio con eficacia y seguridad..."
 (Apéndice 1917-1988. Semanario Judicial -
 de la Federación, Primera Parte, Tribunal ---
 Pleno, Jurisprudencia Núm. 212, pp. 352 y 353
 Esta tesis apareció publicada, con el NUMERO
 126 en el Apéndice 1917-1985, PRIMERA PARTE,
 pp. 246).

Citamos ahora, algunos precedentes que explican las razones por las que someter una actividad al régimen concesional no es violatorio del principio de libertad de trabajo. Aunque en ocasiones se use el término permiso en lugar de concesión para la prestación del servicio público en cuestión.

"TRANSPORTE DE PASAJEROS EN AUTOMOVILES DE ALQUILER SIN ITINERARIO FIJO EN EL DISTRITO FEDERAL. LEY DE 31 DE DICIEMBRE DE 1941. NO ES VIOLATORIA DE LOS ARTICULOS 4º y 28 CONSTITUCIONALES. La resolución que pronuncie el Departamento de Distrito Federal sobre autorización de permisos de transporte de pasajeros en automóviles de alquiler, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo..... que declara servicio público el transporte de pasajeros sin itinerario fijo en el Distrito Federal, debe entenderse que es la resolución gubernamental a que se refiere el artículo 4º constitucional como uno de los supuestos en que puede restringirse la libertad de trabajo, comercio o industria, ya que se ofenderían los derechos de la sociedad si el transporte pudiera prestarse sin ningún control por parte del Estado, y el propósito que el legislador persigue es evitar la anarquía que se produciría si se otorgaran los permisos -- relativos, sin tener en cuenta las necesidades sociales..."

(Apéndice 1917-1988. Semanario Judicial -- de la Federación, Primera Parte, Tribunal --- Pleno. Amparo en revisión 2598/56, pp. 1292. Séptima Epoca: Vol. 6, Primera Parte pp. 151)

"AUTOMOVILES DE ALQUILER. LEY NUMERO 86 DE 6 DE MARZO DE 1951 DEL ESTADO DE SONORA. QUE -- SEÑALA LAS BASES PARA EL CONTROL DEL SERVI---

CIO. NO ES VIOLATORIO DEL ARTICULO 4° CONSTITUCIONAL. Las disposiciones de la ley...relativas al control del servicio público de ---- transporte, que condicionan la expedición de nuevos permisos a la satisfacción de ciertos requisitos por parte de los interesados en -- presentarlo, considerando las necesidades del propio transporte y las exigencias del interés público, no establecen una indebida limitación a la libertad de trabajo, ya que co--- rresponde al Estado dar satisfacción a necesidades de ésa índole, y aunque éste otorga a los particulares que reúnan los requisitos y condiciones que demande el interés general, - la concesión que les permite la explotación - del referido servicio, sólo pueden ser considerados como colaboradores del propio Estado, pero no con derecho inafectable por el poder público."

(Apéndice 1917-1988. Semanario Judicial de la Federación, Primera Parte, Tribunal Pleno. Amparo en revisión 5202/54, pp. 497 y 498. -- Séptima Época: Vol. 50, Primera Parte, pp. 16)

Aunque hemos afirmado que la concesión administrativa es un acto administrativo, un acto de poder público, también reconocemos que existe la intervención del concesionario en ciertos aspectos de la concesión, sobre todo, para el efecto de recuperar - lo que invierte por la prestación del servicio. Citamos como ejemplo las tarifas. El Tribunal Pleno ha emitido un precedente en el sentido de reconocer esta intervención antes de que se fijan las tarifas:

"ESTACIONAMIENTOS DE VEHICULOS EN EL DISTRITO FEDERAL, LEY SOBRE. NO ES VIOLATORIA DEL ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL...es de colegirse -- que quienes prestan el servicio en cuestión - deben ser oídos antes de la fijación de las - tarifas, ya que sólo escuchándolos puede conocerse el costo de las construcciones, instalaciones y equipo, los gastos que demanda - la operación del estacionamiento y la utilidad razonable que deberá obtenerse por la --- prestación del servicio..."

(Apéndice 1917-1988. Semanario Judicial de la Federación, Primera Parte, Tribunal Pleno. Amparo en revisión 798/77 pp. 704)

Ahora bien, hay que aclarar, que un concesionario será titular de sus derechos, no desde el momento en que solicita la concesión, sino desde que ésta le es otorgada. Así, encontramos los siguientes precedentes:

"CONCESIONES, TITULARIDAD DE LAS. Mientras una concesión no se otorgue, el interesado carece aún del carácter de titular de los derechos -- que de esa concesión se derivan, aún cuando ya haya solicitado la concesión."

(Apéndice 1917-1988. Semanario Judicial de la Federación, Primera Parte, Tribunal Pleno. Amparo en revisión 3628/71, pp. 599. Séptima - Época: Vol. 59, Primera Parte, pp. 39)

"RADIO Y TELEVISION, LEY FEDERAL DE. NO ES RETROACTIVA, PORQUE DESCONOZCA UNA ESPECTATIVA - DE DERECHO. Del texto de los artículo...de la Ley Federal de Radio y Televisión, se debe --- concluir que en el caso de que se solicite --- concesión para explotar una estación comercial de radio, por esta simple petición no se ad--- quiere derecho alguno para realizar tal explotación, el que puede adquirirse, en todo caso, sólo a virtud de la concesión legalmente expedida, pues se está en presencia de una simple expectativa de derecho..."

(Apéndice 1917-1988. Semanario Judicial de la Federación, Primera Parte, Tribunal Pleno. Amparo en revisión 3628/71, pp. 1175 y 1176. - Séptima Época: Vol. 59, Primera Parte, pp. 58)

Finalmente, citamos un precedente en el que se señala la posibilidad jurídica que tiene el Poder Legislativo Federal o Local, para legislar en materia de servicios públicos, tal y como lo mencionan los artículos 73 y 115 constitucionales:

"SERVICIOS PUBLICOS, FACULTADES PARA LEGISLAR EN MATERIA DE, Y MODALIDADES A LA PROPIEDAD. - DIFERENCIA (LEY SOBRE ESTACIONAMIENTOS DE VEHICULOS EN EL DISTRITO FEDERAL). No deben confundirse las facultades que para legislar en -

materia de servicios públicos confiere el artículo 27, fracción VI, párrafo segundo, de la Constitución Política, tanto a la Federación como a los Estados, con la potestad que concede a la Nación el tercer párrafo del mencionado precepto para imponer a la propiedad privada la modalidad que dicte el interés público. El artículo 27, fracción VI, de la Ley Suprema, otorga potestad al poder legislativo, sea local o federal, según el caso, para expedir los ordenamientos que fijan, dentro de sus respectivas jurisdicciones, las causas de utilidad pública y, por ende, la facultad de legislar en materia de servicios públicos..."

(Apéndice 1917-1988. Semanario Judicial de la Federación, Primera Parte, Tribunal Pleno. Amparo en revisión 3221/76, pp. 1256 a 1258. Séptima Época: Vols. 145-150, Primera Parte, pp. 153)

4.1.2.- Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En el capítulo anterior, se concluyó que la concesión administrativa es diferente al permiso administrativo y no deben confundirse (98). Pues bien, encontramos en las salas de nuestro Máximo Tribunal, una jurisprudencia y tesis relacionadas que hacen notar dicha diferencia. Así la jurisprudencia establece:

"790. EMPRESAS QUE NO DEMUESTRAN OPERAR POR CONCESION FEDERAL. COMPETENCIA LOCAL LABORAL. Si de los autos no aparece constancia alguna que demuestre que efectivamente el demandado tenga una concesión federal ni qué Secretaría hizo la concesión, ni si sólo se trata de un permiso y no de una concesión, casos diferentes, pues no existe ni siquiera dato alguno que indique a qué se dedica la empresa..."

(Apéndice 1917-1988. Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia Núm 790, Segunda Parte, pp. 1308. Esta tesis apareció publicada con el Num. 30, en el Apéndice 1917--

1985, NOVENA PARTE, pp. 50)

La siguiente tésis, que se relaciona a la jurisprudencia anterior, acude a la doctrina extranjera y mexicana para definir concesión, y diferenciarla del permiso. Lamentablemente, distingue también el permiso o licencia de la autorización. Para nosotros, permiso, licencia o autorización son lo mismo:

"EMPESAS DE TRANSPORTE. CONCEPTO DE CONCESION Y PERMISO. COMPETENCIA EN MATERIA LABORAL.... Concesión, según la definición de Fernáñez de Velasco, es: "Gracia, merced o reconocimiento expreso o tácito se otorga por la administración mediante ciertos requisitos o formalidades, confirmando un derecho, permitiendo su ejercicio o creándolo, bien a solicitud de un particular, bien por oferta administrativa". Según dice Gabino Fraga en su obra de Derecho Administrativo, en el derecho mexicano la concesión puede consistir en otorgar a los particulares facultades a fin de que desarrollen una actividad consistente en el funcionamiento de un servicio público, en otorgar esas facultades para aprovechar bienes de propiedad pública o cuando se trata de un conjunto de actividades que sin poder catalogarse entre las atribuciones del estado, son de naturaleza especial, porque pueden comprometer intereses de grandes grupos sociales, o de terceros que aisladamente no están en condiciones de adoptar las medidas ordenadas para la defensa de sus derechos, y es preciso que el Estado intervenga para protegerlos. Permiso es licencia o consentimiento para hacer o decir una cosa; y la autorización consiste en dar a una autoridad o facultad para hacer alguna cosa. Ahora bien, si la demandada no actúa en virtud de un contrato o concesión federal, sino sólo con un permiso de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para el transporte especializado y exclusivo de ganado por la red de caminos nacionales, puede decirse, que no es lo mismo actuar en virtud de una concesión federal, --

que con sólo un permiso, pues se ha visto la diferencia que hay entre un caso y otro..."
 (Apéndice 1917-1988. Semanario Judicial de la Federación. Tesis relacionada, Segunda --- Parte, pp. 1310 y 1311. Sexta Epoca, Primera Parte, Vol LXXVII, pp. 15)

En el mismo caso se encuentra la siguiente tesis relacionada a la jurisprudencia ya citada:

"PESCA. COMPETENCIA TRATANDOSE DE EMPRESAS -- QUE EJERCEN SUS ACTIVIDADES POR MEDIO DE PERMISOS. Si la empresa demandada por un sindicato ejerce sus actividades pesqueras por medio de un permiso de pesca que le fue expedido por una Oficina de la Guardería de Pesca, y no por una concesión de carácter formal, el conocimiento de la reclamación corresponde a las autoridades del trabajo de carácter local toda vez que el permiso y la concesión son -- actos administrativos de naturaleza esencialmente distinta..."

(Apéndice 1917-1988. Semanario Judicial de la Federación. Tesis relacionada, Segunda --- Parte, pp. 1311. Sexta Epoca, Primera Parte, Vol. VII, pp. 71)

Más adelante, se analizará, que el servicio público --- tiene diferentes formas jurídicas de prestación, como la concesión, o bien, por medio de un organismo público descentralizado. La Suprema Corte ha reconocido estas dos formas de prestación. -- Señala esto en la siguiente tesis:

"VEHICULOS. COMPETENCIA DEL FUERO FEDERAL --- TRATANDOSE DE DELITOS COMETIDOS DURANTE LA -- REALIZACION DE SERVICIOS PUBLICOS DESCENTRALIZADOS O CONCESIONADOS. Si los vehículos con los cuales tiene verificativo un hecho ilícito, portan placas correspondientes a un servicio público federal, debe presumirse, si no se demuestra lo contrario, que prestaban dicho servicio en forma descentralizada o concesionada..."

(Apéndice 1917-1988. Semanario Judicial de la Federación. Tesis relacionada, Segunda --- Parte, pp. 3243. Séptima Epoca, Segunda Par---

te, Vol. 78, pp. 39)

4.1.3.- Tribunales Colegiados de Circuito.

Como ya lo señalamos, se ha pensado en ocasiones, que someter ciertas actividades al régimen concesional, es violar el principio de libertad de trabajo, sin que en realidad sea cierto cuando se atienden y protegen intereses colectivos. De la misma manera, se ha creído que este sistema concesional viola el principio de la libre concurrencia, trayendo como consecuencia el monopolio de la actividad concesionada y violando, por consiguiente, el artículo 28 constitucional.

El criterio que los Colegiados de Circuito ha seguido a este respecto, es el de negar que la concesión de servicios públicos a particulares, y su debida reglamentación por el legislador, viole el principio de la libre competencia arguyendo que, es correcto usar este sistema para evitar, por un lado, competencia ruinosa y desleal entre empresas, y por el otro, un abuso en las tarifas de las prestatarios. De esta manera, se protegen los intereses del público. Citamos el siguiente criterio:

"VIAS GENERALES DE COMUNICACION. CONCESIONES PARA SERVICIOS PUBLICOS EN ELLAS...debe estimarse que la intención del legislador, al reglamentar la prestación de servicios públicos en dichas vías, no fue la de permitir la libre competencia, a la manera liberal pura, -- para que de la concurrencia surgieran condiciones de mejor calidad de servicio y mejor precio en beneficio del público. Por el contrario, al escoger el sistema de limitar la prestación del servicio a la obtención de una concesión, y fijar en ella la calidad de los servicios y las tarifas aplicables, el Estado

debe buscar el beneficio del público evitando la libre competencia entre quienes desearían prestar el servicio, y debe escoger a quien ofrezca para ello mejores condiciones, con patrones de calidad y a un precio que se le fija y que debe ser razonable y remunerador. Luego en esta materia no tendría sentido aplicar los principios de lucha contra los monopolios, a que se contra el artículo 28 constitucional, que tiende a promover la libre competencia y a evitar que el control de las cosas lleve al monopolista a fijar a su libre albedrío precios exagerados en perjuicio del público consumidor. Más bien, lo que se fija como meta es el evitar la duplicidad dentro de la misma zona de influencia, cuando el concesionario inicial o primero en tiempo satisfaga con eficacia las necesidades del servicio, evitando con ello una competencia ruinosa o desleal, a fin de que bajo la vigilancia del Estado los concesionarios cubran un máximo de zonas de influencia, sin el desperdicio de gastos y de esfuerzo que implica la lucha por el mercado, y sin la posibilidad de abuso del concesionario en la fijación de las tarifas..."

(Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 207/75. Séptima Época, Vol. 78, 6a. Parte, pp. 84)

Existen otros dos ejemplos más que apoyan lo anterior, pero es necesario aclarar ciertos puntos antes de citarlos. Es verdad que el Estado tiene un control sobre las concesiones de servicios públicos, pero de ninguna manera es un control absoluto, como lo pretenden señalar los Colegiados. Hay que recordar la importancia que tiene el concesionario en su intervención para la fijación de las tarifas.

En segundo lugar, y lo que es sumamente criticable, es que enfatizan en no reconocer las diferencias entre concesiones y permisos. Es decir, afirman que el uso de estos dos voca-

blos puede realizarse de manera indistinta. Los ejemplos son:

"TRANSPORTES URBANOS. SUSPENSION...en el Distrito Federal no opera en esta materia el ---- principio liberal puro de libre competencia, -- conforme al cual deben impedirse los monopoo--- lios y debe permitirse que sea esa competencia la que promueva la prestación del mejor servicio en las condiciones más favorables, en cuyo caso no procedería la suspensión contra el o--- torgamiento de una nueva concesión, pues el -- interés público estaría en el más libre juego de la competencia. Pero como los servicios urbanos y suburbanos de transporte de personas -- en autobuses están totalmente controlados por las autoridades, las que en principio deben -- determinar la calidad y costo del servicio, -- par promover el bien público al través de servicios prestados sin el desgaste y costo de la competencia entre empresas, sino a base de calidad y precios controlados por el gobierno, -- en estas condiciones, el interés público exige ya que se evite la competencia ruinosa entre -- transportistas, que se respeten los derechos -- preferenciales de quienes prestaban un servicio con anterioridad, y que el otorgamiento -- arbitrario de permisos no venga a romper el equilibrio entre concesionarios..."

(Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Incidente en -- revisión 1/77. Séptima Epoca, Vols. 97-102, -- 6a. parte, pp. 284)

"TRANSPORTES. GARANTIA DE AUDIENCIA A LOS PERMISIONARIOS DE UNA RUTA. En el sistema esta--- blecido en la Ley de Vías Generales de Comunicación, el servicio público de transportes no busca el bienestar público al estilo liberal -- puro, mediante la libre competencia de las empresas que deseen prestar dicho servicio, a -- fin de que, evitándose únicamente la acción de monopolios, sea la libre concurrencia la que -- determine las mejores condiciones de calidad y precio, en el transporte. En vez de eso, nuestro sistema legal optó por un control absoluto de las autoridades, de manera que el servicio queda en principio protegido por ese control: las autoridades determinan detalladamente las

condiciones de cantidad, calidad y tarifa en - que el transporte de pasajeros debe efectuarse buscando el bienestar público no en la libre - concurrencia, sino en evitar la competencia -- ruinosa y los gastos y costas de la lucha co-- mercial entre empresas libres. Pero en estas - condiciones es evidente, si no se quiere privar a quienes tienen permiso, concesiones o -- autorizaciones (el nombre es lo de menos), de sus derechos constitucionales sin el debido -- proceso legal (artículos 14 y 16 constitucio-- nales), que se debe evitar por las autoridades la competencia ruinosa, y que se deben res-- pectar los derechos preferenciales de quien venfa cubriendo una ruta o un tramo de ruta, cuando hay necesidad de ampliar ahí los servicios. -- También es evidente que el otorgamiento de --- concesiones, o de permisos, autorizaciones o -- como se les quiera llamar, así sea con alguna base en la ley, no debe efectuarse en forma -- arbitraria por las autoridades, rompiendo el - equilibrio entre los permisionarios..."

(Primer Tribunal Colegiado en Materia Admi-- nistrativa del Primer Circuito. Amparo en re-- visión 711/76. Séptima Epoca, Vol. 87, 6a. --- parte, pp. 98)

Mencionamos, en relación a la libertad de trabajo, un - criterio semejante al de la Suprema Corte, que ya hemos citado:

"SERVICIOS PUBLICOS. CONSTITUCIONALIDAD EN SU REGLAMENTACION. La libertad de trabajo esta--- blecida en el artículo 4° constitucional y la prohibición de establecer monopolios, que contiene el artículo 28 constitucional, deben estimarse referidas a la libre actividad de los particulares, dentro de su esfera de acción, - de manera que cada quien pueda dedicarse a la profesión, oficio, comercio u ocupación que -- más le acomode, siendo lícitos, con la sola -- prohibición de realizar, en el ejercicio de -- esa libertad, actos que tiendan a constituir - monopolios en perjuicio del interés público. - Pero tratándose de servicios públicos, es claro que los mismos deben estar reglamentados -- por el Estado, a fin de que sean prestados en condiciones de eficiencia, seguridad y costo

razonables, ya que el interés público así lo demanda. Y en estas condiciones, no se ve que las disposiciones legales (que no es lo mismo que la voluntad caprichosa de las autoridades) contenidas en un reglamento local y que tienden a evitar la competencia ruinosa en la prestación de los servicios públicos, vengán a resultar inconstitucionales, puesto que no se está coartando a los particulares la esfera de acción que les es propia, y al autorizárseles a prestar un servicio público, es legal que se les exijan condiciones de seguridad, eficiencia y costo razonable, pero por lo mismo, también es legal que se les proteja de una competencia ruinosa o desleal, que vendría a entorpecer y desmejorar la prestación de dichos servicios públicos..."

(Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 1908/69 (4798/56). Séptima Época, -- Vol. 34, 6a. parte, pp. 59)

En relación a la libertad de trabajo, llama la atención el que estos Tribunales hayan declarado la inconstitucionalidad del Reglamento para Estacionamientos en el D.F. Y es que, según explica el criterio, se va a limitar la libertad de trabajo para ciertas áreas -por este Reglamento- amén que se otorgue licencia (que en realidad es una concesión) sujetándose a lo que diga una ley. En aquella época no existía una ley a este respecto. En efecto, para los casos de concesiones de servicios públicos, el Estado debe sujetarse a lo que dispongan las leyes:

"ESTACIONAMIENTOS EN EL DISTRITO FEDERAL, INCONSTITUCIONALIDAD DEL REGLAMENTO PARA. El artículo 5° constitucional únicamente permite que se limite la libertad de trabajo cuando: a) se ataquen derechos de terceros, hipótesis en la que la limitación debe ser decretada por autoridad judicial, y b) cuando se ofendan los derechos de la sociedad, caso en el que corresponde determinarla a una resolución gubernativa en términos de ley; es decir, de una ley expedida por el órgano legislativo. Por tanto, el Reglamento para Estacionamien--

tos en el Distrito Federal es inconstitucional en la medida en que, sin apoyarse en una ley, establece limitaciones al ejercicio de la garantía individual de trabajo que consagra el artículo 5° constitucional, puesto que obliga a los particulares a obtener de la autoridad correspondiente licencia previa de funcionamiento de lugares para el estacionamiento de vehículos en el Distrito Federal..." (Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 622/81. Séptima Época, Vols. 157-162 6a. parte, pp. 77)

Dedujimos que existe contradicción en el siguiente criterio, en virtud de que , si cierta actividad es considerada --- servicio público, y ésta será prestada por particulares, entonces deberá ser concesionada. Sin embargo, el criterio en comentario, niega que se concesione una actividad que el propio tribunal considera como servicio público:

"TRANSPORTE TURISTICO, ACTIVIDAD QUE ENCAJA -- DENTRO DEL CONCEPTO LEGAL DE SERVICIO PUBLICO DE (TRANSPORTES ESCOLARES)...en el caso de -- propietarios de vehiculos destinados al transporte escolar, y que en esos vehiculos transportan grupos de personas a lugares de interés cultural, arqueológico, artístico y turístico, de lo que se sigue que efectivamente realizan excursiones turísticas con todo aquel que los contrate, prestando así un servicio público de transporte de turismo por carreteras federales la actividad que desarrollan encaja dentro de lo que la Ley considera como un servicio exclusivo de turismo, y es inconcuso que para -- prestar dicha actividad requieren obtener concesión de la Secretaría de Comunicaciones y -- Transportes..." (Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 189/76. Séptima Época, Vol. 88, 6a. --- parte, pp. 91.)

Dentro de las muchas características de la concesión de servicios públicos, encontramos que, para el otorgamiento de las mismas, la solicitud debe someterse a estudios técnicos, y, una vez aceptados por la autoridad correspondiente, habrá de publicarse en el Diario Oficial de la Federación. Hay que tomar en cuenta que la concesión puede ser otorgada o negada. Así lo expres el siguiente criterio:

"VIAS GENERALES DE COMUNICACION. SOLICITUDES DE CONCESION. SUSPENSION...la Ley de Vias Generales de Comunicación establece, entre otras cosas, que cuando los estudios técnicos que correspondan sean favorables al otorgamiento de una solicitud de concesión, se acordará publicar ésta en el Diario Oficial, con el fin de que, dentro del plazo de un mes, las personas que pudieran resultar afectadas presenten sus observaciones, y que transcurrido ese plazo, si no hay observaciones o si las presentadas no fueron de tomarse en cuenta, se otorgará la concesión. Como se ve, el acuerdo que manda hacer la publicación es un trámite que es parte de un procedimiento administrativo que puede culminar con el otorgamiento o la negativa de la concesión solicitada..."

(Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Incidente en revisión 381/74. Séptima Epoca, Vol. 68, - 6a. parte, pp. 85)

Otro ejemplo para el caso anterior, es el siguiente criterio, en el que además, encontramos algunos comentarios respecto a lo que debe contener el título de concesión:

"TELEVISION POR CABLE, SERVICIO DE MOMENTO - PROCESAL EN EL QUE DEBE TENERSE COMO OTORGADO A FAVOR DEL SOLICITANTE EL DERECHO DE CONCESION PARA IMPARTIRLO...En efecto, la ley, en una estricta lógica, ordena que substanciados diversos trámites, el Secretario...constituya en favor del solicitante el derecho de concesión, si procede, y posteriormente se reali--

cen las obras para la instalación del sistema, se autoricen las tarifas y después se extienda el título de concesión que...deberá contener - la siguientes características: a) Ubicación -- del sistema. b) Horario de operación. c) vi--- gencia de la concesión y d) Participación al - Gobierno Federal. De lo anterior, se desprende que el documento denominado título de conce--- sión no es sino un mero comprobante de la e--- xistencia de la relación concesionaria, pero - el derecho propiamente dicho debe concederse o negarse, al llegarse a la fase procesal...por haberse satisfecho todos los requisitos forma--- les exigidos...el derecho de concesión propia--- mente dicho se constituye...una vez que se ha publicado la solicitud en el Diario Oficial de la Federación..."

(Tercer Tribunal Colegiado en materia Admi--- nistrativa del Primer Circuito. Revisión admi--- nistrativa 106/82. Séptima Época, Vols. 163--- 168, 6a. parte, pp. 159)

C A P I T U L O I I I
LA CONCESION DE SERVICIO PUBLICO

1.- Servicio Público.

Siendo uno de los objetos de la concesión precisamente la prestación de un servicio público, dedicamos en este trabajo - espacio para su estudio.

Para comprender mejor la concesión de servicio público, se hace imprescindible saber qué se entiende por servicio público, o mejor aún, cuándo se está frente a una actividad o área que sea considerada como tal. Si bien es cierto que las concesiones de servicio público guardan características comunes entre sí (i.e. tarifas, caducidad, rescate, etc.) también lo es que, según el servicio público del que se trate, así cambiarán los caracteres de cada concesión. A modo de introducción a éste capítulo, baste pensar a este respecto, por ejemplo, los diferentes procedimientos y requisitos que tiene que cubrir un particular para el otorgamiento de una concesión de transporte aéreo, que para el de una concesión de radio y televisión.

1.1.- Concepto y naturaleza jurídica. Análisis.

Doctrina extranjera y mexicana, nos ofrecen una variedad muy extensa de nociones de servicio público. Al estudiar el servicio público, cada autor ha pretendido dar su propio concepto, lo que ha hecho que no se tenga un criterio único para definirlo. La dificultad en su concepción se debe, no sólo a -

la complejidad técnica que representa el propio concepto según el país del que se trate, sino a que la propia figura jurídica ha sufrido una evolución con el paso del tiempo. Como observa Villegas Basavilbaso, "las definiciones de servicio público, por otra parte, no pueden ser concordantes, por cuanto están sujetas a conceptos, según los autores, de orden políticojurídico o políticoeconómico, lo que produce indefectiblemente la mayor disparidad de criterios." (99)

Sólo por citar algunos ejemplos, de la escuela realista francesa, destacan Duguit y Jéze. El máximo exponente de esta escuela, León Duguit, en su obra "Transformaciones del Derecho Público", señala que los elementos constitutivos del servicio público "consisten esencialmente en la existencia de una obligación de orden jurídico que se impone a los gobernantes, es decir a aquellos que de hecho tienen el poder en un país dado, obligación de asegurar sin interrupción el cumplimiento de una cierta actividad." (100)

Jéze, por su lado, dice que "...el servicio público es un procedimiento técnico -y no el único- con el que se satisfacen las necesidades de interés general. Decir que, en determinado caso, existe servicio público, significa que los agentes tienen la posibilidad de usar procedimientos del derecho público, de apelar a teorías y a reglas especiales, o sea, de recurrir a un régimen jurídico especial: este régimen se caracteriza por la subordinación de los intereses privados al interés general; la organización del servicio es siempre modificable con arreglo a las necesidades del interés general, y, en consecuencia, legal y reglamentaria." (101)

- (99) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. Derecho Administrativo, -- tomo III, pp. 5. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1951.
- (100) DUGUIT, León. Las Transformaciones del Derecho Público, -- pp. 102, 103, trad. esp. Madrid.
- (101) JEZE, Gastón, op. cit., tomo II, vol. I, pp. 18.

El italiano Renato Alessi, considera que puede hablarse de servicios públicos tanto en sentido amplio y genérico, como en sentido más técnico y restringido. Para el primero, asevera que "...el concepto de servicio público viene sustancialmente a comprender toda actividad en beneficio de la colectividad o de los particulares, tomando así el concepto de las ciencias económicas y financieras, en la que aquél se entiende de modo totalmente genérico como actividad dirigida a satisfacer las necesidades públicas." (102) Para el segundo, que "...se habla de -- servicios públicos para indicar las actividades...dirigidas a -- procurar una utilidad a los ciudadanos, tanto de orden jurídico como de orden económico-social." (103)

Por su parte, Fernández de Velasco estudia por separado "servicio" y "público", para explicarnos qué se entiende por --- servicio público, concluyendo, que se trata de una actividad encaminada a cierto fin, y ése fin es el de que exista la utilidad pública, el interés social. (104)

Royo-Villanova explica que, es a través de la organización de los servicios públicos, que se realiza la actividad del Estado para dar cumplimiento a sus fines; se trata de una actividad administrativa, donde existe una relación del Estado con los particulares. Cita el propio autor, que la jurisprudencia en su país, define al servicio público como "...aquél que de manera regular y continua satisface una necesidad pública...como una creación de los gobernantes ante los fenómenos del progreso social, que se traduce en actividades estimuladas por cierto --- coeficiente de civilización y de cultura, reguladas jurídicamente con métodos administrativos de continuidad y permanencia, sobre los cuales los Poderes públicos conservan la iniciativa y -- dominio de régimen y control mediante ordenamientos destinados a la realización del fin colectivo." (105)

(102) ALESSI, Renato, op. cit., tomo II, pp. 364.

(103) ALESSI, Renato, op. cit., tomo II, pp. 364.

(104) FERNANDEZ DE VELASCO, Recaredo, op. cit., pp. 88-90.

(105) ROYO-VILLANOVA, Antonio, op. cit., tomo segundo, pp. 864 y sigs.

Después de hacer algunos comentarios respecto a los conceptos amplio y estricto que la doctrina extranjera ha acuñado -- referente al servicio público, Garrido Falla, más que conceptuarlo, acude a las características propias del servicio público para definirlo, sosteniendo que "1a. viene a sistematizar aquella parte de la actuación administrativa que se concreta en prestaciones ofrecidas al público por la Administración a través de una organización montada por razones de interés público. 2a. No comprende las explotaciones que conserva el Estado en sus manos única y exclusivamente por motivos fiscales. 3a. No prejuzga el carácter -- público o privado del régimen jurídico al que está sometida esta actuación administrativa." (106)

El concepto del argentino Rafael Bielsa, señala que el servicio público es "...toda acción o prestación (diferenciase, desde luego, la "acción" de la "prestación") realizada por la Administración pública, activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía." (107)

Por su parte, Benjamín Villegas Basavilbaso, realiza un análisis de las diferentes teorías que han estudiado al servicio público, y lo define como "...toda actividad directa o indirecta de la administración pública, cuyo objeto es la satisfacción de necesidades colectivas por un procedimiento de derecho público." (108)

La opinión de Díez a este respecto, es la de considerar al servicio público como "...la prestación que efectúa la administración en forma directa o indirecta para satisfacer una nece-

(106) GARRIDO FALLA, Fernando, op. cit., vol. II, pp. 346.

(107) BIELSA, Rafael, op. cit., tomo I, pp. 479.

(108) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, op. cit., tomo III, pp. 49.

sidad de interés general." (109)

Define José Canasi a los servicios públicos "...como la actividad estatal, o bajo su control, que tiene por objeto re--
glamentar tareas de necesidad pública, cuya utilidad efectiva --
surge de la forma regular y continua de su prestación, conforme
a una regla de derecho preestablecida por la autoridad competen--
te de carácter público." (110)

Como se puede observar, la diferencia de criterios para
definir al servicio público, y la diversidad de teorías que e--
xisten en consecuencia, hacen complicado establecer una defini--
ción única de servicio público.

Esta situación, conlleva a ciertos autores, incluso, --
abstenerse de definir al servicio público, y en su lugar, estu--
diar tan sólo las características que le son propias auxiliándo--
se de legislación y jurisprudencia según el país del que se tra--
te. En esta posición se encuentra Vidal Perdomo, quien comenta
que "...nuestras críticas al poder mágico de la noción de servi--
cio público han permitido mostrar que ni siquiera en él se cree
en la nación de origen y que el derecho administrativo nuestro -
se explica, en muy buena parte, sin necesidad de atravesar ese -
terreno pantanoso de saber qué es servicio público y qué régimen
jurídico debe aplicarse." (111)

En este sentido, José María Boquera Oliver, asevera que
"en realidad, en una concepción jurídico-formal del Derecho ad--
ministrativo, el servicio público es un concepto orgánico de es--
casa trascendencia. Lo cual no debe hacer pensar que en ella -

(109) DIEZ, Manuel Ma. Manual de Derecho Administrativo, tomo 2,
pp. 16. Ed. Plus Ultra. Buenos Aires. 1981.

(110) CANASI, José, op. cit., vol. II, pp. 19, 20.

(111) VIDAL PERDOMO, Jaime, op. cit., pp. 251.

desconoce la gran importancia que para la sociedad tienen los --- servicios públicos, pues una cosa es la importancia teórica y o--- tra la trascendencia real." (112)

En México, la suerte que ha tenido el servicio público, no es diversa a la que ha sufrido en el extranjero. Es decir, ni doctrina, ni legislación, ni jurisprudencia, en nuestro país, --- coinciden en sus criterios para definir al servicio público.

Para la mayoría de la doctrina administrativa mexicana, el denominador común es que el servicio público es una actividad que está encaminada a satisfacer necesidades colectivas, de interés general. Señala don Gabino Fraga, que el servicio público - "...se ha caracterizado como una actividad creada con el fin de - dar satisfacción a una necesidad de interés general que de otro modo quedaría insatisfecha, mal satisfecha o insuficientemente -- satisfecha..." (113) Afirma, que los servicios públicos se identifican con las atribuciones del Estado. (114)

Serra Rojas dice que se trata de "...una actividad técnica, directa o indirecta, de la administración pública activa o autorizada a los particulares, que ha sido creada y controlada -- para asegurar -de una manera permanente, regular, continua y sin propósitos de lucro- la satisfacción de una necesidad colectiva - de interés general, sujeta a un régimen especial de derecho pú--- blico." (115)

El maestro Ignacio Burgoa, lo considera una actividad, y asevera que "...hay servicio público, cuando la actividad en que - éste se traduzca, se impute constitucional o legalmente al Estado para satisfacer regular y continuamente una necesidad colectiva.. ..." (116)

(112) BOQUERA OLIVER, José María. Derecho Administrativo, vol. I, pp. 234. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid. 1979.

(113) FRAGA, Gabino, op. cit., pp. 243.

(114) FRAGA, Gabino, op. cit., pp. 13 y sigs.

(115) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo primero, pp. 98.

(116) BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales, pp. - 419. Ed. Porrúa. México. 1986.

La definición de Olivera Toro establece que "...el servicio público es la actividad de la cual es titular el Estado y - que en forma directa o indirecta satisface necesidades colectivas de una manera regular, continua y uniforme." (117)

Por su lado, Fanny Pineda conceptualiza al servicio público como una "institución jurídico-administrativa en la que el titular es el Estado y cuya única finalidad consiste en satisfacer de una manera regular, continua y uniforme necesidades públicas de carácter esencial, básico o fundamental; se concreta a --- través de prestaciones individualizadas las cuales podrán ser suministradas directamente por el Estado o por los particulares mediante concesión." (118)

Asimismo, existen ordenamientos jurídicos que han pretendido dar una definición de servicio público. Aunque no es tarea propia del legislador establecer conceptos de figuras jurídicas, encontramos disposiciones legislativas que nos señalan qué es lo que habrá de entenderse por servicio público para los efectos de la propia ley de que se trate. Como ejemplo, citamos la Ley Orgánica del D.D.F. (119), que en su artículo 23 establece:

"Artículo 23.- Para los efectos de esta Ley, se entiende por servicio público la actividad organizada que se realice conforme a las leyes o reglamentos vigentes en el Distrito Federal, con el fin de satisfacer en forma continua, uniforme, regular y permanente, necesidades de carácter colectivo. La prestación de estos servicios es de interés colectivo."

Ahora bien, hay ordenamientos legislativos que, más que definir al servicio público in genere, lo hacen refiriéndose a la actividad o área que reglamentan. Ejemplos claros en este sentido -entre otros- son los servicios públicos de transporte de carga y estacionamientos públicos, ambos en el Distrito Federal.

(117) OLIVERA TORO, Jorge, op. cit., pp. 72.

(118) PINEDA, Fanny. "Servicio Público", Diccionario Jurídico Mexicano, tomo IV, pp. 2906. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa-UNAM. México. 1988.

(119) D. O. de 29 de diciembre de 1978.

El Reglamento de Transporte Urbano de Carga para el Distrito Federal (120) establece en su artículo segundo, fracción --cuarta:

"Artículo 2.- Para los efectos de este Reglamento se entenderá por:

.....
IV. Servicio público de transporte de carga, la actividad organizada que mediante conce---sión se realice con el fin de satisfacer en forma continua, uniforme, regular y permanente, las necesidades de carácter colectivo en materia de transporte de carga en el Distrito Federal mediante el pago correspondiente;"

Así también el Reglamento de Estacionamientos Públicos del Distrito Federal (121) señala en su artículo primero:

"Artículo 1.-.....
El servicio al público de estacionamiento ---consiste en la recepción, guarda, protección y devolución de los vehículos en los lugares autorizados..."

La definición que nosotros proponemos de servicio público, es en base, no solamente a los elementos de los conceptos de administrativistas mexicanos, sino sobre todo, en base a la definición que Maurice Hauriou diera en Francia (122) puesto que ---creemos que esto es lo que mejor se allega a lo que doctrina, legislación y jurisprudencia mexicanas, han considerado al respecto. Sin embargo, hay notas diferenciadoras que es necesario comentar.

(120) D. O. de 23 de julio de 1990.

(121) D. O. de 27 de marzo de 1991.

(122) Para Hauriou, el servicio público es "un servicio técnico ---prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción del orden público y por una organización ---pública (un service technique rendu au public d'une façon régulière et continue pour la satisfaction de l'ordre public et par une organisation) HAURIOU, Maurice. Précis de Droit Administratif et de Droit Public, pp. 25. 10° Ed. Recueil Sirey. París. 1921.

El servicio público en nuestro concepto, es una actividad técnica prestada al público de una manera regular y continua por una organización pública o por los particulares (a través de concesión) para la satisfacción de una necesidad colectiva.

La prestación de todo servicio público, se traduce en una verdadera actividad. Servicio significa acción y efecto de servir (123); y esta acción se logra precisamente a través de una actividad. Dicha actividad, debe ser técnica, puesto que la prestación de los servicios públicos requieren de una estructura y organización, características y elementos técnicos que permitan su más adecuada realización. Dispone el artículo 41 de la Ley Federal de Radio y Televisión (124):

"Artículo 41.- Las estaciones radiodifusoras se construirán e instalarán con sujeción a los requisitos técnicos que fije la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, de acuerdo con los planos, memorias descriptivas y demás documentos relacionados con las obras por realizarse, los cuales deberán ajustarse a lo dispuesto por esta ley, sus reglamentos y las normas de ingeniería generalmente aceptadas."

Ahora bien, esta actividad técnica tiene que estar dirigida al público en general (en donde cualquiera persona puede ser usuario) y no a grupos determinados, p.e. empresarios, inversionistas, etc.

La prestación del servicio público será de manera regular y continua. Los autores que se dedican al estudio del ser-

(123) "Servicio", Diccionario Enciclopédico Espasa, tomo 21, pp. 363. 8a. Edición. Ed. Espasa-Calpe. Madrid. 1979.

(124) D.O. de fecha 19 de enero de 1960.

vicio público, al referirse a los caracteres de éste, mencionan -entre otros- el de la generalidad, continuidad, uniformidad, adaptación, etc. (125) Suficientes son el de regularidad y -continuidad, para caracterizar y abarcar todas las características que hacen mención otros autores. La regularidad, consiste en que la actividad de que se trata, habrá de ofrecerse -siempre bajo las mismas condiciones, es decir, con las mismas -tarifas, horarios, etc. Cuando esta regularidad se hace habitual, o sea, que es común y usual entre la colectividad, se -setará frente a la continuidad. La idea de continuidad, es -la de no interrupción. "La regularidad y continuidad signi--ficán que el servicio debe prestarse en la misma forma como lo exijan las necesidades colectivas; y debe ser diario, de momento a momento, continuadamente." (126)

El argentino Manuel Ma. Díez, quien incluye a la regularidad y continuidad como caracteres fundamentales de los servicios públicos, ha señalado categóricamente que, "un servicio es continuo cuando no se interrumpe. Es regular cuando se ---- presta en forma correcta y de acuerdo con la reglamentación vigente." (127) Es pues, imprescindible que ambas situaciones se presenten en la prestación del servicio.

El servicio público, puede ser prestado por una organización pública o por los particulares, a través de una con--cesión. Mencionamos, en primer lugar, al Estado como prestador de servicios públicos. A esta actividad estatal, tradi--

(125) VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, op. cit., tomo III, pp. -55 y sigs.; DIEZ, Manuel Ma., "Manual..." tomo 2, pp. 21; FRAGA, Gabino, op. cit., pp. 243 y 244; OLIVERA TORO, Jorge, op. cit., pp. 72 y sigs.

(126) OLIVERA TORO, Jorge, op. cit., pp. 72.

(127) DIEZ, Manuel Ma., "Manual..." tomo 2, pp. 21

cionalmente se le ha llamado, prestación directa de los servicios públicos. La organización pública es, en realidad, la administración pública, que a través de sus organismos centralizados, desconcentrados y descentralizados, presta diferentes servicios públicos (i.e. salud, electricidad, comunicaciones, correos, telégrafos, ferrocarriles, etc) Su prestación puede ser monopólica (acuñación de moneda) o concurrente con los particulares (educación)

En segundo lugar, las particulares prestan el servicio público por medio de una concesión administrativa. Es la forma indirecta de prestación de los servicios públicos. A diferencia del concepto de Maurice Hauriou, hemos decidido incluir expresamente la posibilidad de que existe concesión para la explotación o prestación de servicios públicos por particulares. La razón, es muy sencilla. Y se debe a que, en nuestros días, es muy común ver que muchas áreas que representan servicios públicos fundamentales en el desarrollo de un país, estén concesionadas a particulares. El nuevo oleaje neoliberalista en el que se encuentran la mayoría de los países latinoamericanos, y en especial México, ha hecho que el intervencionismo estatal sea menor, dejando en manos de particulares áreas o actividades que, aún siendo básicas para el crecimiento de un país, el Estado ha decidido deshacerse de ellas y tener -en ocasiones- un mero control concesional.

Toda esta actividad técnica, cualquiera que sea su forma de prestación (Estado o particulares), debe estar encaminada a un fin. Y ese fin, es el de satisfacer una necesi-

dad colectiva. Sin la consecución de este fin, esa actividad técnica no será servicio público. "...la actividad encaminada a cierto fin, es lo que, entre nosotros, se llama servicio público. Según esto, contrato de servicio público será el otorgado entre la Administración y un particular, obligándose éste a prestar una actividad encaminada a satisfacer una necesidad pública..." (128)

La presencia de la necesidad colectiva o interés social, es indispensable para que le servicio o actividad técnica sean considerados como públicos; a este respecto, Fernández de Velasco dice que "la utilidad pública, el interés social, etc., son las circunstancias que determinan la publicidad del servicio." (129)

Cabe agregar, que los servicios públicos, sí pueden perseguir o tener un propósito de lucro. Aunque originalmente la idea de gratuidad del servicio -como lo llama Serra Rojas- prevalecía en la prestación de los servicios públicos, la aparición del particular (quien definitivamente busca un lucro) y la presencia de los nuevos servicios públicos comerciales e industriales, la modificaron. Incluso, servicios que tradicionalmente debían ser gratuitos, como la educación, ya no lo son. Caso concreto y actual, es, y ha sido durante años, el aumento de las cuotas y toda la problemática que se deriva de ello, en nuestra Máxima Casa de Estudios. "El servicio público -comenta Serra Rojas- debe ofrecerse al público sin la idea de lucro, aunque esta idea se ha venido transformando por el elevado mantenimiento del servicio. Algunos servicios pú--

(128) FERNANDEZ DE VELASCO, Recaredo, op. cit., pp. 89.

(129) FERNANDEZ DE VELASCO, Recaredo, op. cit., pp. 90.

blicos y los de tipo industrial y comercial requieren de un régimen financiero adecuado: tasas, exenciones, servidumbres o el monopolio de su explotación." (130)

Para los particulares, el lucro debe ser razonable, es decir, su utilidad no debe afectar los intereses colectivos. Pero para el Estado, busque o no el lucro, es intrascendente. Si lo obtiene, el organismo prestador del servicio crecerá y -- podrá invertir (PEMEX) según el caso; de lo contrario, ese organismo operará con números rojos.

La definición que hemos propuesto, no pretende de manera alguna ser original, ni mucho menos definitiva. Sólo se ha querido señalar y anotar algunas consideraciones sobre lo -- que entendemos actualmente por servicio público. Y es que el concepto está sujeto a diversos cambios según las variaciones -- que en el orden jurídico-económico, político y social se sucedan en nuestro país. De esto se desprende que, determinar la naturaleza jurídica del servicio público es, ciertamente, tarea de romanos. Cuando el servicio público es prestado por el Estado, estamos frente a un acto administrativo, cuando lo es por un particular, no. Por eso, es indispensable señalar que está sometido --el servicio público-- tanto a un régimen de derecho -- público, como privado. Su constante evolución y desarrollo lo hacen convertirse en una figura administrativa volátil, cambiante a todas luces. Su definición es, verdaderamente, imprecisa. (131)

(130) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo primero, pp. 101.

(131) Alessi afirma que, "el concepto de servicio público, además de no haberse perfilado ni siquiera sumariamente por la legislación, constituye uno de los más imprecisos dentro del Derecho público, pudiendo afirmarse que los conceptos de servicio público son tantos como autores se han ocupado del mismo." ALESSI, Renato, op. cit., tomo II, -- pp. 364.

1.2.- Evolución y desarrollo. Ejemplos.

Estático no podía quedar el servicio público, ante un siglo -XX- lleno de cambios ideológicos y variantes sociales, -- políticas y, sobre todo, económicas.

Evoluciona y se desarrolla al paso de los años, haciendo que los especialistas franceses llegaran a afirmar que la noción de servicio público se encontraba en crisis. La llamada - crisis de la noción del servicio público inicia su expansión a - principios de este siglo.

Y esta crisis surge, porque los elementos clásicos, --- tradicionales de la noción de servicio público, ya no se adecuaban a la realidad, o mejor dicho, no eran suficientes para definir a un servicio público que empezaba a crecer y desarrollarse. Tres son los elementos de la noción tradicional de servicio público: 1) la persona que lo presta; 2) el fin que persigue (satisfacer una necesidad general); 3) el régimen que lo regula --- (derecho público). "De estos tres elementos -señala Díez- dos están en crisis: son los relativos a la persona que atiende el - servicio y al régimen que lo regula." (132)

"En cuanto a la persona que presta el servicio -continúa el autor- no es solamente la administración. Por eso hay que decir que es un servicio prestado directa o indirectamente por - la administración. En algunos casos los particulares pueden --- prestar un servicio público, por ejemplo, un concesionario, y en otros supuestos puede tratarse de personas jurídicas no estatales que prestan ciertos servicios públicos."

"Pero la crítica más grave era la que se refería al régimen jurídico especial de derecho público y ello porque con la

(132) DIEZ, Manuel Ma., "Manual...", tomo 2, pp. 15.

aparición de los llamados servicios públicos industriales y comerciales, el derecho público no fue la única disciplina aplicable para regirlos. Ello es así porque los servicios públicos industriales y comerciales, se rigen parcialmente por el derecho público y parcialmente por el derecho privado." (133)

Efectivamente, durante mucho tiempo, el servicio público era actividad exclusiva del Estado, sin posibilidad de la existencia de lucro, y lo que es mayor aún, decir actividad estatal era pensar sólo en prestación de servicios públicos. Sinónimos eran la noción de servicio público y derecho público. "La noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público." (134)

Nava Negrete nos explica, que "eran los años, fines del siglo pasado y primeras décadas del presente, en que los servicios públicos constituían la actividad natural y exclusiva del Estado, en que éste al prestarlos no podía siquiera pretender lucro alguno y en que el derecho público dominaba toda la actividad estatal y sometía a su régimen a todos los servicios públicos." (135)

Pero el Estado, pronto se dió cuenta que su único objeto no era sólo el de prestar servicios públicos, sino que tenía otras funciones; y que éstos servicios públicos también podían realizarse por particulares. Consiguientemente, el servicio público ya no fue una actividad única y exclusiva del Estado, y además tuvo que reconocer y aceptar que los particulares prestarían servicios públicos a través de concesiones. Esta inclusión de los particulares, provocó que en los servicios públicos pres-

(133) DIEZ, Manuel Ma., "Manual...", tomo 2, pp. 15.

(134) DUGUIT, León, op. cit., pp. 93.

(135) NAVA NEGRETE, Alfonso. Derecho Administrativo, pp. 7. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 1991.

tados por particulares, y en algunos, por el Estado, se encuentra el lucro, surgiendo así, los llamados servicios industriales y comerciales. (136)

Las dos consecuencias, quizá más importantes de este --- cambio, fueron, que los servicios públicos ya no estarían sujetos solo a un régimen de derecho público, sino que ahora existiría, - paralelamente, un régimen de derecho privado. Desde este momento, y como afirmamos anteriormente, el servicio público ya no será sólo acto administrativo, combatible vía recurso administrativo o vía amparo, sino que ahora, los conflictos ocasionados entre concesionarios (particulares) y los usuarios (particulares) serán resueltos mediante vías privadas, ya civiles, ya mercantiles. -- (137) Se deriva, de lo anterior, la segunda gran consecuencia, que consiste en afirmar que el Estado, o mejor dicho, la administración pública, no tiene ya el monopolio de la prestación de los servicios públicos. Aunque conserva -la administración pública- la titularidad de la prestación del servicio público, ya no es el único que puede atenderlos; intervienen los particulares a través de la concesión administrativa.

No obstante la participación de los particulares en á---reas de servicio público, el Estado, continuó prestando servicios y encontró, en la figura del organismo público descentralizado -- por servicio, la entidad paraestatal adecuada para su realiza----ción.

Más tarde, al término de la Segunda Guerra Mundial, el - Estado inició una política intervencionista devastadora invadiendo cuanto campo existiera en la prestación del servicio, aumen---tando, lógicamente, los monopolios a su favor: petróleo, energía eléctrica, correos, radiotelegrafía, ferrocarriles, etc.

(136) NAVA NEGRETE, Alfonso. "Política concesionaria, bienes y -- servicios" en Aspectos Jurídicos de la Planeación en México, pp. 401 y sigs. Ed. Porrúa. México. 1981.

(137) Nava Negrete comenta: "significó aquello además otro cam---bio, la presencia del lucro en el servicio público, pues era lo que movía al particular a su prestación. Luego, más -

Surge así un verdadero Estado empresario, que consigue - sus fines utilizando, nuevamente, entidades paraestatales. Toca su turno a empresas públicas (de participación estatal mayoritaria y minoritaria), sociedades mercantiles, fideicomisos, en fin, se dió el fenómeno de la publicización, es decir, figuras que eran propias del derecho mercantil o civil, fueron utilizadas por el Estado, p. e., sociedad anónima. "Representan las empresas - públicas -señala Nava Negrete- el nuevo fenómeno jurídico y económico, que permiten recuperar o conquistar para el Estado, los grandes servicios públicos económicos, industriales, o comerciales, que juegan un papel vital en la economía y que protegen a la sociedad de los viejos sistemas de industrialización y comercialización ociosos y egoístas." (138)

Servicios públicos que empezaron su desarrollo a través de concesiones, como transporte férreo, marítimo, aéreo y terrestre, correos, suministro de agua potable, energía eléctrica, fueron monopolizados por el Estado. La concesión de servicios públicos perdió su fuerza. Bien dice Serra Rojas que "de afirmarse el Estado liberal la concesión seguirá siendo un medio auxiliar del Estado para impulsar su desarrollo económico; de acen- tuarse el Estado intervencionista la concesión deberá tender a -- desaparecer." (139)

A finales del presente siglo, se revierte toda esta política, y es ahora precisamente el Estado, quien se deshace de -- cuantas entidades paraestatales existen, y deja mucho de la actividad de servicio público a los particulares. Se desincorporan, por ejemplo, Aeronaves de México, S.A. de C.V.; Compañía Mexicana

tarde, el Estado mismo obtendría lucro en sus grandes servicios públicos industriales. Penetró así el derecho privado en la vida de los servicios públicos. La sociedad anónima, la cooperativa o con cierta frecuencia la asociación -- civil, incursionaron como nuevas estructuras de los servicios. El usuario también hubo de cambiar su vía de defensa, pues substituyó el juicio de amparo por juicios civiles y -- mercantiles." NAVA NEGRETE, Alfonso, "Derecho...", pp. 8.

(138) NAVA NEGRETE, Alfonso, "Política...", pp. 407.

(139) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 282.

de Aviación, S.A. de C.V.; Servicios Forestales S.A.; Servicios de Telerreservaciones; Teléfonos de México, S.A.; Impulsora Mexicana de Telecomunicación, S.A.; Servicio de Transobrdadores de la Vertiente del Caribe; Bancos, entre los que destacan, Banpaís; Banca Cremi; Banca Confia; Banco Nacional de México; etc. (140) La cifra final de los bancos privatizados es de dieciocho.

La nueva tendencia del liberalismo social en nuestro país, provoca que las concesiones de servicios públicos retomen su importancia. Este giro económico, trae consigo, asimismo, cambios en la definición de servicio público.

De concretarse el Tratado de Libre Comercio, y de reafirmarse en los próximos años la tendencia gubernamental de "saneamiento de las finanzas", pocos serán los servicios públicos que monopolice el Estado. Es la era de las privatizaciones; es la era de la libre competencia; es la era de los servicios públicos concesionados a particulares.

1.3.- Clasificación y determinación de los servicios públicos. (Teorías objetiva y subjetiva).

Por razones de tipo metodológico, es necesario hacer referencia a la clasificación de los servicios públicos. Y es que la forma de clasificar a los servicios públicos depende de los criterios o puntos de vista diferentes que cada autor quiera manejar; pero esto de ninguna manera altera la esencia misma del servicio público.

Las clasificaciones, son realmente muy variadas. Por ejemplo, para Díez, los servicios públicos se clasifican en: a)

(140) Revista de Comercio Exterior, pp. 226 y sigs., vol. 42, -- núm. 3. Banco Nacional de Comercio Exterior S.N.C. México. 1992.

titularidad del servicio; b) necesidad de su prestación; c) carácter de su prestación; d) forma de su ejercicio; e) razón de su utilización; f) carácter de la necesidad. (141)

Vidal Perdomo los clasifica en cuatro grupos, los puramente administrativos; los de carácter social; los industriales y comerciales; y los de mejoramiento de la vida ciudadana. (142)

Fraga distingue los servicios públicos en nacionales, en donde los particulares no obtienen prestación de ellos (defensa nacional); servicios donde los particulares obtienen ventajas personales (vías generales de comunicación, servicios sanitarios, los de puertos y faros); servicios que satisfacen directamente a particulares por medio de prestaciones individualizadas (enseñanza, correos, transportes). (143)

Serra Rojas realiza su clasificación partiendo de la competencia de diversos órganos del Estado: servicios públicos federales, de las entidades federativas; municipales, internacionales. (144)

Y así, ad infinitum, podríamos seguir citando las clasificaciones de varios autores más. Para nosotros, según lo que hemos expresado en este trabajo, decimos que los servicios públicos se dividen en: 1) directos (prestación del Estado); 2) concurrentes (prestación del Estado y particulares); 3) indirectos (prestación por particulares vía concesión).

Pero sea esta, u otra clasificación, no tiene trascendencia para el estudio de los servicios públicos. Compartimos la opinión de Dromi a este respecto cuando señala que "estas y mu---

(141) DIEZ, Manuel Ma., "Manual...", tomo 2, pp. 23.

(142) VIDAL PERDOMO, Jaime, op. cit., pp. 247.

(143) FRAGA, Gabino, op. cit., pp. 244.

(144) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo primero, pp. 112.

chas otras clasificaciones que puedan formularse, con criterios inventados o por inventar, no constituyen ningún dato esencial de naturaleza sustantiva, en la supuesta particularidad del régimen jurídico de los servicios públicos. Esas clasificaciones, además de tener un mero valor didáctico pedagógico, si se quiere, pueden hacerse, igualmente, respecto de toda la actividad pública o del obrar en función administrativa." (145)

Es de mayor interés, hablar sobre la determinación de -- los servicios públicos, es decir, cuándo estamos en presencia de un servicio público. Y es aquí, precisamente, que nos enfrentamos a uno de los cuestionamientos más grandes que el derecho administrativo no ha logrado resolver en definitiva.

Jéze se pregunta "¿cómo se reconoce la existencia de un servicio público?" (146) Para este autor, la contestación está en averiguar si la voluntad de los gobernantes ha sido la de satisfacer una necesidad colectiva a través de un servicio público. "Se habla única y exclusivamente de servicios públicos -enfatisa el autor- cuando las autoridades de un país, en determinada época deciden satisfacer las necesidades de interés general mediante el procedimiento del servicio público. La intención de los gobernantes es lo único que debe considerarse." (147)

Aceptar este criterio nos limita a sólo pensar en los -- servicios públicos prestados por el Estado. ¿Qué pasa entonces -- con aquéllas actividades que verdaderamente son actividades de -- servicio público, pero no las ha reconocido así el Estado? ¿Acaso la existencia y naturaleza de un servicio público tienen que estar sujetas, necesariamente, a la voluntad del Estado o del legislador?

(145) DRQMI, José Roberto. Derecho Administrativo Económico, tomo 2, pp. 105. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1985.

(146) JEZE, Gastón, op. cit., tomo II, vol. I, pp. 18 y sigs.

(147) JEZE, Gastón, op. cit., tomo II, vol. I, pp. 132.

Se ha dicho que el servicio público es una actividad -- técnica. Creo que el primer paso para saber si un área o actividad es servicio público, es la de analizar si esa actividad no sólo es técnica, sino que satisface una necesidad colectiva, va dirigida al público y reúne las características de regularidad y continuidad, independientemente del sujeto que la realice. O en otras palabras, si una actividad técnica, reciba o no el membrete de servicio público, reúne las elementos de la definición que proponemos, se estará frente a un servicio público. Un ejemplo es el ya comentado "servicio al público de estacionamientos en el Distrito Federal" según su reglamento. Esta actividad es un verdadero servicio público, independientemente de que la disposición normativa no diga que lo es.

Otro ejemplo, es el servicio de farmacias. Aunque no está considerado un servicio público por la legislación, ¿quién dudaría en reconocer que cumple con todos y cada uno de los elementos de la definición de servicio público?

Este tipo de servicios, prestados por particulares por sí solos, son lo que Bielsa llama servicios públicos impropios. El autor dice que los "servicios públicos impropios son aquellos que tienen en común con los propios el satisfacer en forma más o menos continua necesidades colectivas, pero no es el Estado --- quien los presta ni los concede, sino que tan sólo los reglamenta." (148)

Ahora bien, cabe preguntarnos si existe una limitación para que este tipo de actividades, verdaderos servicios públicos, puedan ser prestados libremente por los particulares. La respuesta se encuentra en el artículo quinto constitucional que a la letra dice:

(148) BIELSA, Rafael, op. cit., tomo 1, pp. 477.

"A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos."

Los particulares pueden dedicarse a cualquier actividad siempre y cuando ésta sea lícita. (149) En materia de servicios públicos, las limitaciones a las que se enfrentarán los particulares, serán, obviamente, aquéllas áreas que sean monopolios del Estado, vr. gr. emisión de billetes por un solo banco, correos, energía eléctrica, acuñación de moneda, etc. Excluyendo los monopolios, cuando el legislador decida que cierta área será servicio público, y que estará sujeta a concesión por representar un interés general, el particular tendrá que solicitarla, y después de reunir ciertos requisitos, podrá prestar el servicio público que le interese.

Salta a la vista una inquietud lógica, ¿acaso los particulares pueden dedicarse a satisfacer necesidades de interés general? Sí, efectivamente; y esto en virtud de que el Estado no tiene el monopolio de satisfacer necesidades generales. Fraga comenta que "...la idea de interés público se encuentra en todas las actividades estatales y la satisfacción de los intereses generales no es monopolio del Estado..." (150)

Con todo lo anterior, una actividad será servicio público, si reúne los elementos de servicio público independientemente del sujeto que lo preste, sea el Estado o el particular --vía concesión o sin ella.

Aceptar la afirmación anterior, es estar de acuerdo con la llamada teoría objetiva del servicio público, que consiste en

(149) Supra, capítulo II, rubro 4.1.1., relativo a jurisprudencias y precedentes.

(150) FRAGA, Gabino, op. cit., pp. 243.

que un servicio público lo será, independientemente de la voluntad del Estado. Como es el caso de las farmacias, las gasolineras, y anteriormente, los estacionamientos públicos.

Pero hay que aclarar que, desde el momento que el Estado decida que cierta actividad será servicio público formalmente (es decir, a través de una ley), inmediatamente, la prestación de ese servicio correrá a cargo del Estado, o de los particulares vía concesión. Esto es, si el día de mañana se declara el servicio de farmacias como servicio público a través de una ley, ése servicio será prestado por la administración pública, o si lo señala la ley, por particulares sujetos al régimen concesional. Así pues, el servicio de farmacias, hoy en día, seguirá siendo un verdadero servicio público; si la ley lo reconoce formalmente, lo único que cambia, es que su prestación será por el Estado o por los particulares a través de la concesión.

Claro está, que no por esto, hacemos a un lado la teoría subjetiva del servicio público, que nos indica que serán servicios públicos, solamente los que reconozca el Estado. De ambas teorías nos auxiliamos para tratar siquiera de resolver parte de los problemas que representa determinar cuándo se está frente a un servicio público. El mejor ejemplo para esta teoría (subjetiva) lo da la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, que señala en su artículo 20 fracción doce, lo siguiente:

"Artículo 20.- Al Departamento del Distrito Federal corresponde el despacho de los siguientes asuntos en materia de Obras y Servicios:

.....
XII. Determinar la actividad que deba considerarse de servicio público;"

Conforme a esta teoría, el Estado actúa discrecionalmente, y determina las actividades de servicios públicos, y al hacerlo, generalmente es para constituirlo en monopolio (antiguo servicio público de banca y crédito) o para sujetarlo a régimen concesional. Para esto último, el Estado necesitará sujetarse a lo que las leyes digan.

En este punto, hay que reflexionar en algo. Es sumamente importante, que el Estado tenga bien presente de cuidar -- que las actividades de servicio público que representen verdaderos intereses generales, no queden sujetas a manos particulares. Hay que recordar, que el fin que busca el particular en la prestación del servicio público, es el lucro, lo que irremediablemente afecta el interés colectivo, puesto que tarifas, condiciones, cuotas, etc. estarán a lo que el interés particular señale, aún existiendo de por medio la concesión. Ejemplo: escuelas -- particulares.

Si el actual Estado Mexicano, en aras de una recuperación económica, abusa en deshacerse de servicios públicos que -- son monopolios, pone en peligro los intereses colectivos. Si -- no puede, por ser mal empresario, o no quiere ya atender servicios públicos, debe buscar que la concesión sea, efectivamente, un control sobre actividades que realmente importen al país. -- Ese control se traduce, tanto en la fijación de tarifas o cuotas para lograr que todo el público goce de ese servicio público sin que su precio sea muy elevado, como en el derecho de rescate que tiene el Estado para el caso de que no se cumpla con el fin propio del servicio. García de Enterría, señala a este respecto -- que "estas...técnicas constituyen verdaderas alternativas interventoras sobre las ordinarias, que parten del principio de la --

libertad de actuación privada, que, o bien se restringe, o bien se acompaña de deberes u obligaciones nuevas. Aquí la libertad queda substituida, en el primer caso, por una concesión administrativa otorgada desde arriba, que configura facultades, pero -- también el deber de ejercerlas en un determinado sentido y siempre con la extensión que la Administración determine, concesión que es, además, caducable o rescatable por la propia Administración." (151)

Pensemos, por ejemplo, en el servicio público de educación. Si el Estado decidiera dejar el control absoluto de esta área vital para el desarrollo de la Nación en manos de particulares, las instituciones que la impartieran, fijarían las colegiaturas según sus intereses provocando que grandes sectores de la población no recibieran educación en perjuicio propio y de la Nación. Hoy en día prevalece esta situación en instituciones -- de enseñanza privada. Esta nula participación del Estado, además, traería como consecuencia, que los programas, planes de estudio y directrices educacionales, estuvieran orientadas a lo -- que cada particular quisiera influir en el pequeño sector estudiantil.

Preocupante es, también, que áreas que significan aspectos importantes para la cultura de nuestro país, y que existe concurrencia con los particulares, al igual que la educación, -- sean abandonadas por el Estado. El Canal 13 estatal para el -- caso del servicio público de televisión, es un ejemplo concreto. Su desincorporación, deja un canal más para la difusión de la -- información en manos privadas. Información que abarca política, entretenimiento, comerciales, educación, cultura, etc. Aún cuando estuviera sujeto a concesión, estos elementos pueden ser

(151) GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, op. -- cit., tomo II, pp. 132.

manejados según los intereses particulares de grupos muy poderosos, como es el caso de Televisa S.A. y su manejo de programas culturales a su plena conveniencia, p. e., Cadena de las Américas con motivo del V Centenario del Descubrimiento de América. Sin protección adecuada por el Estado, aspectos tan importantes como la cultura, o el arte, quedarán en manos privadas.

Concluyendo, la problemática de la determinación sobre qué áreas son servicios públicos, sigue vigente en nuestro país. Aceptar lisa y llanamente la teoría subjetiva de los servicios públicos, será sujetar la existencia y naturaleza propia del servicio público a la voluntad del Estado. Creemos más flexible y con mayor adecuación a nuestra realidad, tomar en cuenta la teoría objetiva.

1.4.- Formas jurídicas de prestación de los servicios públicos.

Antes de señalar las diversas formas en las que los servicios públicos pueden ser prestados, es necesario aclarar que ninguna de esas formas, sea cual fuere, afecta la esencia misma del servicio público. Es decir, sea por concesión, monopolio, descentralización, etc., el servicio público sigue siendo el mismo. Bielsa comenta en este sentido que "...si luego el Estado suprime la descentralización y vuelve a centralizar la actividad que realizaba el ente descentralizado extinguido, el servicio continúa inalterado." (152)

a) CENTRALIZACION. La administración pública a través de sus organismos centralizados presta diversos servicios públi-

(152) BIELSA, Rafael, op. cit., tomo I, pp. 487.

cos. Es la centralización una de las formas en las que se estructura y organiza la administración pública. Ejemplos son, - la Secretaría de Salud (salud); Secretaría de Educación Pública (educación); Secretaría de Comunicaciones y Transportes (comunicaciones); Procuraduría General de la República (seguridad); -- etc.

b) DESCENTRALIZACION. Es también una de las formas en la que se estructura la administración pública; los servicios públicos se prestan por órganos que son verdaderas "sucursales" - de los propios órganos centralizados. Por ejemplo, Instituto Politécnico Nacional I.P.N., organismo desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública; Lotería Nacional, organismo desconcentrado de la Secretaría de Salud.

c) DESCENTRALIZACION. Otra forma de prestación de los servicios públicos, es a través de los organismos públicos desconcentrados por servicio, conocidos en Francia con el nombre de establecimientos públicos. "Con esta locución -señala Nava Negrete- se conoce en el derecho administrativo francés la descentralización por servicio. Es ésta la función exclusiva de aquellos organismos que cobran vida institucional en una persona moral de derecho público cuyos recursos están afectados a un --- servicio o grupo de servicios públicos determinados." (153) En Inglaterra se les conoce con el nombre de corporaciones públicas y en los Estados Unidos de América con el de comisiones administrativas. Destacan, por ejemplo, U.N.A.M. (educación); PEMEX (servicio público industrial de producción y suministro de petróleo y gasolina); I.M.S.S. (seguridad social para obreros); - ISSSTE (seguridad social para burócratas); ISSSFAM (seguridad --

(153) NAVA NEGRETE, Alfonso. Derecho Procesal Administrativo, -- pp. 121. Ed. Porrúa. México. 1959.

social para las fuerzas armadas); FERRONALES (transporte férreo); Comisión Federal de Electricidad C.F.E (servicio de suministro de energía eléctrica); TELENALES (servicio de telégrafos); etc.

d) EMPRESAS DE PARTICIPACION ESTATAL MAYORITARIAS Y MINORITARIAS. Esta forma de prestación de los servicios públicos por el Estado, ha ido desapareciendo en los últimos años. Ha desincorporado un gran número de ellas, como por ejemplo, Aeroportos y Terrenos, S.A.; Altos Hornos de México, S.A.; FERTIMEX S.A. de C.V. (Fertilizantes Mexicanos); Hotel Sur del Pacífico, S.A.; Compañía Mexicana de Aviación, S.A. de C.V.; Banca Cremita, S.A.; Banpaís, S.A.; etc. Hoy en día, ya no existen empresas de participación estatal minoritarias.

e) CONCESION ADMINISTRATIVA. Esta representa una de las vías más comunes para que los particulares presten el servicio público. (154) Por ejemplo, concesiones para la explotación de transporte, radio y televisión (Televisa S.A.), educación, servicios técnicos forestales, etc.

f) PERMISOS, LICENCIAS Y AUTORIZACIONES. Estas figuras jurídicas no son las adecuadas para la prestación de los servicios públicos, puesto que los fines de su utilización son diversos a los de la concesión. Sin embargo, las mencionamos aquí, porque en la práctica, encontramos que existen algunas áreas de servicio público que son explotadas por medio del permiso.

(154) Para su estudio, remitimos al Capítulo I.

2.- La Concesión de servicio público en general.

2.1.- Concepto y naturaleza jurídica. Análisis.

Depende de la naturaleza jurídica que a la concesión administrativa cada autor le haya determinado, para conceptuar la concesión de servicio público.

Dentro de nuestro primer capítulo, señalamos algunos --- conceptos de concesiones de servicio público de autores extranjeros, por lo que para el estudio de este rubro, remitimos a ése -- capítulo. Es el caso de Jéze, Fernández de Velasco, Bielsa, --- Marienhoff, Vidal Perdomo.

Agregamos otros conceptos que son de utilidad. Por ejemplo, León Duguit, dice que la concesión [de servicio público] es "...el acto por el cual una colectividad pública (Estado, provincia, ciudad, colonia) encarga a un particular, en general a una compañía, que acepta, de asegurar el funcionamiento de un servicio público bajo ciertas condiciones determinadas en un acto -- llamado pliego de condiciones." (155)

El profesor francés André de Laubadère, dice que la concesión de servicios públicos se define como "...un modo de gestión de servicio público que consiste en que una colectividad pública (concedente) encarga a un particular, individuo o más frecuentemente sociedad (concesionario), por una convención con-----cluida con éste, del cuidado de hacer funcionar el servicio público por su cuenta y riesgo, y remunerándose por medio de tasas percibidas sobre los usuarios." (156)

(155) DUGUIT, León, op. cit., pp. 221.

(156) DE LAUBADERE, André. *Traité de Droit Administratif*, tomo I, pp. 677. 10a. Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1988.

Alessi, al estudiar la concesión administrativa, señala que "una clase de concesiones está representada por las concesiones de ejercicio de servicios públicos con las que se confiere el derecho de ejercer un servicio por cuenta del ente público y dirigido al público." (157)

Garrido Falla, comenta que con la concesión de servicio público, "...la Administración, permaneciendo titular del servicio, encomienda su explotación a un particular que corre con los riesgos económicos de la empresa. Esto supone obviamente un acuerdo previo entre Administración y concesionario que se obtiene, al menos en nuestro Derecho, a través del mecanismo contractual." (158)

Para Canasi, la concesión de servicio público es "...el contrato administrativo, por el cual el Estado (en sentido lato) delega o atribuye a una persona privada, física o jurídica, y a veces a una persona jurídica pública, la prestación de un servicio público y determinados atributos de él, por un término determinado y mediante la fijación de una tarifa, aunque tengan -- que realizar para dicha prestación construcciones o trabajos -- accesorios para dicho servicio." (159)

Conceptualiza Sayagués Laso a la concesión de servicio público "...como el acto de derecho público por el cual la administración encarga temporalmente a una persona la ejecución de un servicio público, trasmitiéndole ciertos poderes jurídicos y efectuándose la explotación bajo su vigilancia y contralor, pero por cuenta y riesgo del concesionario." (160)

(157) ALESSI, Renato, op. cit., tomo I, pp. 166.

(158) GARRIDO FALLA, Fernando, op. cit., vol. II, pp. 391.

(159) CANASI, José, op. cit., vol. II, pp. 571.

(160) SAYAGUES LASO, Enrique, op. cit., tomo II, pp. 12.

Serra Rojas, en México, asevera que "la concesión de un servicio público es un acto administrativo complejo, contractual y reglamentario, en virtud del cual el funcionamiento de un servicio público es confiado temporalmente a un individuo o empresa concesionaria, que asume todas las responsabilidades del mismo y se remunera con los ingresos que percibe de los usuarios del --- servicio concedido." (161)

Basándonos en nuestro concepto de concesión administrativa, y servicio público, definimos a la concesión de servicio público, como el acto administrativo a través del cual al administración pública crea un derecho a favor de un particular para que de manera regular y continua preste y explote una actividad técnica -considerada formalmente servicio público- encaminada a satisfacer necesidades colectivas.

Si se ha determinado que la naturaleza jurídica de la -concesión administrativa es la de ser un acto administrativo, y siendo precisamente los servicios públicos una de las dos actividades a las que está enfocada, es evidente afirmar que la concesión de servicios públicos tenga una naturaleza jurídica idéntica; es decir, se trata de un acto administrativo. El derecho que se crea, consiste, en la posibilidad que tendrá el particular para prestar y explotar, remunerativamente, y por tiempo determinado, un servicio público para la satisfacción de necesidades colectivas. Esa prestación revestirá las características -de ser regular y continua. Para una mayor especificidad en la explicación del concepto, remitimos a los capítulos primero y --tercero relativo a los conceptos de concesión administrativa y -servicio público. Por lo pronto, pasamos a señalar algunas de las características de las concesiones de servicios públicos.

(161) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 284.

2.2.- Características.

Arroja, la concesión de servicios públicos, su primera gran característica que es la de establecer relaciones o vinculaciones Estado-concesionarios y concesionarios-usuarios. (162)

Característica común para la doctrina administrativa, aunque con algunas variantes. Bielsa, al considerar al servicio público como actividad propia del Estado, y no de los particulares, éstos sólo podrán prestarlos mediante delegación del Estado. Afirma, que "...la Administración delega en una persona (concesionario), el ejercer cierta parte de la actividad de ella (gestión del servicio); pero el concesionario no actúa en nombre y por cuenta del Estado (a diferencia del funcionario público u órgano o ente administrativo autárquico cuando ejerce también parte de la actividad administrativa), sino en nombre propio y por cuenta propia. Lo que tienen de común el concesionario y el funcionario público es una especie de delegación o atribución. Síguese de esto que el Estado tampoco es parte en los pleitos del concesionario, aunque, por virtud de la concesión, el poder concedente tenga participación en los ingresos que el concesionario percibe." (163)

Por su parte, Marienhoff, señala que el vínculo entre concedente y concesionario, es contractual, mientras que entre concesionario y usuarios, será reglamentario o contractual según el servicio sea obligatorio o facultativo, respectivamente. "Una vez otorgada la concesión -asevera el autor argentino- el concesionario queda vinculado a la Administración Pública (Estado), de quien es cocontratante. Hay, pues, una originaria vinculación entre concedente y concesionario."

(162) Por no corresponder a nuestro estudio, no analizamos las relaciones entre concesionario y sus empleados y concesionarios-terceros.

(163) BIELSA, Rafael, op. cit., tomo II, pp. 217 y sigs.

"Este último, razonablemente, también entrará en vinculación con los usuarios, que son los destinatarios del servicio. Ellos constituyen el "público", en cuyo interés se otorgó la --- concesión." (164)

Entre nosotros, Fraga, Serra Rojas y Olivera Toro, a--- ceptan y reconocen las relaciones Estado-concesionarios y concesionarios-usuarios. (165) El régimen jurídico aplicable será, para el caso de Estado-concesionarios, de derecho público; para el caso de concesionarios-usuarios, de derecho privado. Se dice pues, que existe un régimen jurídico híbrido en las concesiones de servicios públicos. "Los actos que afectan las relaciones entre el Estado y la forma de explotación de una concesión -afirma Serra Rojas- son regulados por disposiciones adminis--- trativas de derecho público, que aseguren el interés general, el debido aprovechamiento de la riqueza, pública para fines sociales, o la atención de un servicio público."

"En cambio, se rigen por el derecho privado la adquisición, comercio y disfrute de los derechos que ellas engendran.." (166)

Para el otorgamiento de una concesión, habrá de llenarse toda una serie de requisitos según señale la ley que regule cada servicio público. Deberá hacerse a través de una solicitud por escrito a la dependencia correspondiente. El solici---

(164) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., tomo III-B pp. 594 y sigs.

(165) Fraga señala que "el concesionario de un servicio público tiene relaciones jurídicas no solo con la Administración -concedente sino también con el público que se aprovecha de las prestaciones de dicho servicio." FRAGA, Gabino, op. -- cit., pp. 251; SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo pp. 279 y 280; Olivera Toro afirma "...en la concesión de servicio público, no sólo se producen relaciones entre el Estado y el concesionario, existe además un tercer elemento: los usuarios del servicio..." OLIVERA TORO, Jorge, op. cit., pp. 241.

(166) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 280.

tante deberá otorgar garantía para asegurar el trámite de su solicitud, misma que se hará efectiva para el caso de abandono de trámite. Si se niega el otorgamiento de la concesión, el particular tiene derecho a la devolución de su garantía. Pero si es otorgada, se fijará monto de una nueva garantía para asegurar ahora, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de cada concesión; la garantía anterior, quedará sin efecto.

Una vez otorgada la concesión, ésta deberá ser publicada en el Diario Oficial de la Federación. Fraga advierte que - "aunque hasta ahora no se ha parado mientes en ello, estimamos - que debe considerarse como un requisito esencial para que las -- concesiones de servicio público surtan sus efectos, que las mismas, una vez otorgadas, se publiquen en el Diario Oficial, puesto que la referida concesión contiene verdaderas disposiciones - legales, de acuerdo con las cuales se regula la situación del -- concesionario, la de los terceros usuarios del servicio y las -- bases del funcionamiento del servicio." (167)

Todas las concesiones en materia de servicios públicos, están sujetas a un tiempo determinado. Ese período variará según el servicio público del que se trate, o según el tiempo que haya calculado el concesionario para recuperar lo invertido previa aprobación del concedente. Señala el artículo 27 fracción primera de la Ley Orgánica del D.D.F.:

"Artículo 27.- Las concesiones para la prestación de servicios públicos que otorgue el - Presidente de la República a proposición del Jefe del Departamento del Distrito Federal se sujetarán a las siguientes normas:

.....
I.- Las concesiones de servicio público serán por tiempo determinado. El plazo de vigencia de las concesiones será fijado por el Departamento del Distrito Federal, en forma tal -- que durante ese lapso el concesionario amortice totalmente las inversiones que deba hacer en razón directa de dicho servicio..."

Las concesiones de servicios públicos pueden concluirse antes del tiempo fijado para ello por otras razones, como lo -- son por rescate; revocación; desaparición de su fin; caducidad; etc.

El rescate es un acto administrativo por el que el Es-- tado pone fin a la concesión por considerar que se violaba o -- perjudicaba el interés público. El concesionario obrenará la - indemnización correspondiente. Citamos la fracción noveno del mismo artículo 27 de la L.O.D.D.F.:

"Artículo 27.-.....

.....

IX. El Departamento del Distrito Federal po-- drá, en los casos en que lo juzgue conveniente para el interés público, revocar unilate-- ral y anticipadamente la concesión, sin que - exista motivo de caducidad o hecho grave del concesionario que dé lugar a la rescisión de la misma. Esta decisión, fundada y motivada, deberá ser notificada personalmente al con-- cesionario. Practicada dicha notificación, -- el concedente asumirá en forma directa la --- prestación del servicio público, y pagará al oncesionario la indemnización que correspon-- da."

Las causas de revocación y de caducidad que puedan dar-- se en las concesiones de servicios públicos, serán asimismo, de-- pendiendo del área o actividad concesionada. (168)

El artículo 28 de la L.O.D.D.F. nos señala, de manera - general, cuándo procede la caducidad:

"Artículo 28.- La caducidad de las concesio-- nes será declarada administrativamente por el Presidente de la República a proposi----

(168) Como ejemplo de revocación y caducidad, remitimos a los -- artículos 30 y 31 de la Ley Federal de Radio y Televisión.

ción del Jefe del Departamento del Distrito Federal en los casos siguientes:

I.-Porque se interrumpa, en todo o en parte, el servicio público prestado sin causa justificada a juicio del Departamento del Distrito Federal, o sin previa autorización por escrito del mismo;

II.-Porque se ceda, hipoteque, enajene, o de cualquier manera se grave la concesión, o algunos de los derechos en ella establecidos, o los bienes afectos al servicio público de que se trate, sin la previa autorización por escrito del Departamento del Distrito Federal;

III.-Porque se modifiquen o alteren sustancialmente la naturaleza o condiciones en que opere el servicio, las instalaciones o su ubicación, sin previa aprobación por escrito del Departamento del Distrito Federal;

IV.-Porque no se hagan los pagos estipulados en la concesión;

V.-Porque no se otorgue la garantía a que esté obligado el concesionario;

VI.-Por la falta de cumplimiento de alguna de las obligaciones contenidas en esta Ley o en la concesión.

El Departamento del Distrito Federal notificará personalmente al concesionario o a su representante la caducidad de su concesión y de inmediato podrá tomar posesión del servicio amparado por la misma. Los bienes afectos a la concesión -- cuya caducidad se declare, pasarán a ser propiedad del Departamento del Distrito Federal, sin necesidad de ningún pago."

La reversión, es otra de las características clásicas -- de las concesiones de servicios públicos, y consiste en que al -- término de la concesión, los bienes que se hayan destinado a la prestación del servicio, pasarán a manos del Estado. Según O-- livera Toro, "la reversión es el acto que tiene por objeto ha-- cer que pasen a la propiedad del Estado todos los bienes afectos a la explotación de la concesión (instalaciones y obras), siem-- pre y cuando ocurran las circunstancias que expresa la ley (por

ejemplo: expiración del plazo de la concesión)."

"El derecho del Estado a la reversión administrativa está implícitamente contenido en la naturaleza misma de la concesión." (169)

Y es que en realidad, con la reversión, lo que se busca es la continuidad del servicio sea por el propio Estado, o por un nuevo concesionario. Continúa diciendo Olivera Toro que, "la reversión a los bienes de la concesión tiene como razón la de asegurar la continuidad del servicio o la explotación de los bienes, ya sea a cargo de la propia administración (directa) o de un nuevo concesionario en su caso; por eso cualquier desintegración de la unidad económica que rige la concesión se estima como perjuicio al interés público." (170)

Otra característica importante en las concesiones de servicios públicos, son las tarifas. La tarifa son las cuotas, montos, o precios que fija el Estado, y que representan lo que percibe el concesionario por la prestación del servicio. Como antes hemos mencionado, la intervención del particular se hace necesaria para que pueda recuperar lo que haya invertido e invertirá en la prestación del servicio durante el tiempo que dure la concesión. En realidad, las tarifas juegan doble papel: asegurar que el concesionario recupere lo que invierte, y procurar que el servicio no sea muy elevado para que así todo el público pueda hacer uso de él y no se afecte el interés colectivo. Serra Rojas afirma, "la explotación de una concesión implica una fuerte inversión de capital que necesariamente debe ser recuperada en la duración de la misma. Es deber del poder público tomar en cuenta estos factores para fijar las condiciones generales de una concesión." (171)

(169) OLIVERA TORO, Jorge, op. cit., pp. 249.

(170) OLIVERA TORO, Jorge, op. cit., pp. 249.

(171) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 283.

Cabe preguntarnos, ¿cumplen siempre las tarifas ese doble papel? Quizá la respuesta esté orientada a ser afirmativa para el caso de los concesionarios, es decir, sí hay una recuperación en su inversión. Para el caso de los usuarios, es muy cuestionable. Baste pensar, por ejemplo, en el servicio público de la educación, en donde las cuotas fijadas en instituciones de enseñanza privada (Iberoamericana, ITAM, Anáhuac, etc.) que se tiene que pagar por concepto de colegiatura, no permiten precisamente el acceso a cualquier estudiante.

Por eso, se dice que debe existir un verdadero equilibrio en las concesiones, de otra manera, los inversionistas no tendrán seguridad en recuperar su capital, ni el público ver salvaguardado el interés general.

No es del todo cierto, que la fijación de las tarifas quede exclusivamente a voluntad del Estado tal y como se establece en nuestro sistema legislativo, como es el caso en materia de comunicaciones con las difusoras, las que estarán sujetas a lo que diga la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. En realidad, el particular no está excluido totalmente a este respecto. Como tampoco lo estará respecto a otras características, v.gr. -- horarios.

En fin, existen otras características aún más específicas, que no sería adecuado profundizar mucho en ellas.

Para ejemplificar mucho de lo que anteriormente se ha expuesto relativo a las características de las concesiones de --- servicios públicos, remitimos a la Ley Federal de Radio y Televisión, principalmente a sus artículos 16, 17, 18 primer y tercer párrafos, 19 tercer, cuarto y quinto párrafos, 20, 29, 30, 31, -- 53.

2.3.- D. F. y zonas conurbadas. Problemática

Se pregunta Díaz Alfaro, "¿acaso se podrían entender los problemas políticos, técnicos administrativos y constitucionales de nuestro Distrito Federal, desconociendo la historia y los problemas de la Ciudad de México?" (172)

El Distrito Federal se creó por decreto del Congreso --- Constituyente el 18 de noviembre de 1824. A partir de su creación, se sucedieron una serie de discusiones y argumentaciones -- entre los constituyentes para determinar el lugar en que habría de establecerse. Finalmente, su residencia sería, y sigue siendo, la Ciudad de México. Se convierte de esta manera, la Ciudad de México, en la sede de los poderes de la Unión.

Esta situación, acarrea problemas como el asunto de los derechos políticos del Distrito Federal, y la coexistencia de dos autoridades, la federal y la local. (173) Pero lejos de analizar y estudiar las vicisitudes en las que ha estado inmerso el Distrito Federal, enfocamos nuestra atención a uno de los problemas más importantes que ha tenido que afrontar al lado de los de su organización política y administrativa, coexistencia de dos órdenes de gobierno, el federal y el local, etc.: la atención de los servicios públicos.

Según el artículo 73 fracción sexta, base primera, de nuestra Constitución, el gobierno del D.F. estará a cargo del Poder Ejecutivo:

"Artículo 73.- El Congreso tiene facultad:

.....

VI. Para legislar en todo lo relativo al Dis--

(172) DIAZ ALFARO, Salomón, "El Distrito Federal Mexicano. Breve Historia Constitucional" en Estudios Jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917 en su Septuagésimo Quinto Aniversario, pp. 197, 198. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 1992.

(173) DIAZ ALFARO, Salomón, op. cit., pp. 198 y sigs.

trito Federal, sometiéndose a las siguientes bases:
 1a. El Gobierno del Distrito Federal estará a cargo del Presidente de la República, quien lo ejercerá por conducto del órgano u órganos que determine la ley respectiva."

El ejercicio de dicho cargo lo hará por conducto del Jefe del Departamento del Distrito Federal. El artículo primero de la L.O.D.D.F. dispone:

"Artículo 1.- El Presidente de la República de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 73, fracción VI, Base 1a. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene a su cargo el gobierno del Distrito Federal y lo ejercerá de conformidad con las normas establecidas por la presente ley, por conducto del Jefe del Departamento del Distrito Federal, a quien nombrará y removerá libremente."

Como ya hemos señalado, el Congreso de la Unión es el encargado de legislar para los asuntos del D.F. por lo que legislará, asimismo, en materia de servicios públicos. El Jefe del D.D.F. será el encargado de vigilar todo lo relativo a la atención de los servicios públicos, la prestación por el propio D.D.F. o por concesión a particulares, la determinación de qué actividad es servicio público, reglamentación de su funcionamiento, modificación de tarifas, etc. (174)

Para la atención de los servicios públicos en el D.F., el Departamento, se auxilia de diferentes organismos como lo son las unidades administrativas. Así por ejemplo, la Secretaría General de Obras (servicios de obras públicas, vivienda); Secretaría de Desarrollo Social (servicios turísticos); Secretaría

(174) Remitimos a la L.O.D.D.F. principalmente a sus artículos 1-31.

neral de Protección y Vialidad (servicio de seguridad pública) - etc.

Asimismo, se auxilia de órganos desconcentrados como -- LOCATEL (Servicio Público de Localización Telefónica); las 16 -- delegaciones, Alvaro Obregón, Azcapotzalco, Benito Juárez, Co-- yoacañ, Cuajimalpa de Morelos, Cuauhtémoc, Gustavo A. Madero, -- Iztacalco, Iztapalapa, La Magdalena Contreras, Miguel Hidalgo, - Milpa Alta, Tláhuac, Tlalpan, Venustiano Carranza, Xochimilco. - Todas y cada una de ellas, atenderán y vigilarán la prestación - de los servicios públicos. El Reglamento de la L.O.D.D.F., es- tablece en su artículo 45, fracción primera:

"Artículo 45.- Corresponde a las Delegaciones del Departamento del Distrito Federal:
I.-Atender y vigilar la debida prestac---
ción de los servicios públicos;"

Concurren en la prestación de servicios públicos en el D.F., organismos públicos descentralizados como "Servicio de --- Transportes Eléctricos del D.F."; "Sistema de Transporte Colectivo" (metro); "Autotransportes Urbanos de Pasajeros R-100"; y - todas las actividades de servicio público que están concesionadas a particulares: taxis, minibuses, combis, instituciones de - enseñanza privada, etc.

No obstante la organización jurídico-político-administrativa anteriormente expuesta, el D.F. aún no encuentra los canales suficientes para satisfacer las necesidades del público en cuanto a servicios se refiere. A principios de este siglo, se arguía que el régimen municipal en el D.F. impedía una atención eficaz de los servicios públicos. Con la reforma de 1928, en - donde el Presidente de la República estaría a cargo del gobierno

del D.F., se pensó que se resolvería dicha situación. Hoy en día, la mayoría de los servicios públicos, son deficientes.

La razón lógica de esto, se debe -entre otras cosas- al crecimiento desmesurado de la población. Aunque la tasa anual de crecimiento en la última década haya disminuído (en 1950-1970 era de 4.2, en 1970-1990 era de 0.9 para el D.F.) la población -sigue creciendo lentamente. Según el INEGI (Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática) el D.F. en el año de --1990 contaba con una población de 8,234,744 a razón de 5,494 habitantes por km2. Mientras que el Estado de México, con mayor población (9,815,795 habitantes) apenas y tenía 457 habitantes -por km2. Baja California Sur, con 3 veces mayor extensión territorial que el D.F. y el EDOMEX juntos, apenas y tiene 4 habitantes por km2. Lógica y preocupante es la pregunta en consecuencia: ¿qué tipo de servicios sociales (públicos) de vivienda se puede ofrecer en el D.F.? (175) La respuesta, quizá se encuentre en delegaciones como Iztacalco, donde la densidad poblacional es enorme.

El aumento poblacional en el D.F., ha creado un fenómeno común para las grandes ciudades: la conurbación. Es decir, el crecimiento urbano (mancha urbana) del D.F. ha absorbido diferentes localidades o centros urbanos cercanos a la ciudad. -Según Boris Graizbord, la conurbación "se refiere al fenómeno de expansión física en el que las áreas urbanas en su crecimiento se unen y absorben localidades contiguas que pueden pertenecer o no a distintas jurisdicciones político-administrativas." (176)

Por su parte, la Ley General de Asentamiento Humanos --(177) señala en sus artículos 18 y 19 respecto a las conurbacio-

(175) Revista El Mercado de Valores. Núm. 7, pp. 13 y sigs. Nacional Financiera. México. 1992.

(176) GRAIZBORD, Boris, "La Población y el Empleo en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México". Revista Cuadernos de Urbanismo; núm. 2, pp. 19. Arquitectura. México. 1991.

(177) D.O. de 26 de mayo de 1976.

nes lo siguiente:

"Artículo 18.- El fenómeno de conurbación se presenta cuando dos o más centros urbanos formen o tiendan a formar una continuidad demográfica."

"Artículo 19.- Para los efectos de la presente ley, el fenómeno de conurbación debe ser formalmente reconocido mediante declaratoria. Si los centros de población se localizan dentro de los límites de un Estado, compete al Ejecutivo Local expedir dicha declaratoria y mandarla publicar en el periódico oficial correspondiente. Si se localizan en más de una entidad la declaratoria compete al Presidente de la República y la publicación se hará en el Diario Oficial de la Federación. En ambos casos se publicará, además, en alguno de los periódicos locales o nacionales de mayor circulación, según corresponda."

Es así que el D. F. y las zonas conurbadas representan un reto enorme para la atención de los servicios públicos. Existen servicios públicos que pueden ser prestados tanto en el D.F., como en las zonas conurbadas, ser el caso de los "Autotransportes Urbanos de Pasajeros R-100". El artículo primero del decreto que crea este organismo público descentralizado establece:

"Artículo 1.- Se crea un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, que se denominará Autotransportes Urbanos de Pasajeros R-100, cuyo objeto será la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en el Distrito Federal y zonas conurbadas."

Ante este panorama, es muy lógico que muchos servicios públicos no puedan atenderse adecuadamente. Y en ocasiones, --

las políticas gubernamentales para su satisfacción, aumentan, -- paradójicamente, el mismo problema. El urbanista B. Graizbord, señala que "...la metrópoli constituye el mejor lugar para vivir pues, además de oportunidades de trabajo que permiten aumentar - el ingreso nominal, ofrece a sus habitantes ventajas de accesi-- bilidad a servicios y equipamiento social, lo que redunda en un incremento del ingreso real familiar." (178) Ejemplos son, la vivienda, la seguridad pública, etc. La población que emigra - a zonas urbanas, lo hace pensando en que tendrá mejores servi-- cios, pero su migración, hace que la demanda por ellos aumente; como es el caso, por ejemplo, de la vivienda: La demanda es --- tal, que no puede ser satisfecha, creando así, grandes cinturones de miseria donde viven hacinadas cientos de familias. Las ciudades perdidas, emergen continuamente.

Encontramos así, no sólo el crecimiento natural del --- D.F., sino el peso de sus zonas conurbadas, que suman más de 18, y que, al parecer, seguirán aumentando. Consecuentemente, los servicios públicos tendrán que aumentar y mejorar. (179)

Bien afirmaba Duguit, "todo lo que puede decirse es que a medida que la civilización se desarrolla, el número de actividades capaces de servir de soporte a los servicios públicos aumenta, y por lo mismo aumenta el número de servicios públicos." (180)

(178) GRAIZBORD, Boris, op. cit., pp. 26.

(179) Algunos municipios conurbados son: Naucalpan, Tlalnepantla Nezahualcoyotl, Ecatepec, Tultitlán, Atizapán de Zaragoza, Cuautitlán Izcalli, Nicolás Romero, Coacalco, La Paz, Texcamac, Ixtapaluca, Huixquilucan, Chimalhuacán, Chalco, --- Cuautitlán, Chicoloapan, Texcoco, etc.

(180) DUGUIT, León, op. cit., pp. 110.

2.4.- Perspectivas de las concesiones de servicios públicos en México. Crítica.

Con el gobierno Salinista, cuya política ha sido la de continuar la desincorporación masiva de entidades paraestatales iniciada en el sexenio de De la Madrid, (181) las concesiones de servicios públicos encuentra la oportunidad, una vez más, de colocarse como una de las instituciones jurídicas más socorridas por el Estado en la prestación de los servicios públicos.

Al igual que en el siglo XIX, el Estado Neoliberal Mexicano retoma, a finales de este siglo, los principios de no intervención estatal. Ya hemos señalado: mayor intervencionismo estatal, menor es el uso del régimen concesional; menor intervencionismo estatal, mayor es el número de concesiones. Como asevera Dromi, "el servicio público como institución jurídica aparece íntimamente ligado al estado liberal, o de no intervención estatal. La regla del abstencionismo público y la incesante participación particular, propia del siglo XIX, con un Estado "orientador", pero no "actor", justificaron la conformación de un régimen de excepción..." (182)

De esta manera, el Estado no sólo se auxilia, sino que descansa en la figura de la concesión para la explotación de los servicios públicos. México continúa su proceso evolutivo de crecimiento y desarrollo tanto industrial y económico, como social, cultural (artístico) y educativo. Las necesidades gene-

(181) Para datos estadísticos, presentamos una relación de las entidades paraestatales desincorporadas de 1982 a 1991:
 ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS: 102 (1982) / 79 (1991)
 EMPRESAS DE PARTICIPACION
 MAYORITARIA : 744 (") / 123 (")
 EMPRESAS DE PARTICIPACION
 MINORITARIA : 78 (") / 0 (")
 FIDEICOMISOS PUBLICOS : 231 (") / 45 (")
 T O T A L : 1155 (") / 247 (")
 FUENTE: Revista de Comercio Exterior (Bancomext S.N.C.) --
 vol. 42, núm. 3. México. 1992.

(182) DROMI, José Roberto, op. cit., tomo 2, pp. 86.

rales de la población son mayores cada día, y la prestación de los servicios públicos que a ello conlleva, también aumenta; y de al misma manera, aumenta el deber de los gobernantes para satisfacer esas necesidades y cubrir esos servicios públicos. Olivera Toro afirma, "al aumentar los servicios públicos crecen los deberes de los gobernantes y esa proporción está en relación con el crecimiento de la solidaridad social. La fuerza de los vínculos sociales crea el progreso del Estado. Cuando las necesidades son mayores, los vínculos de solidaridad se estrechan más y los servicios públicos (deberes de los gobernantes), aumentan." (183)

Después de varias décadas, el Estado se ha dado cuenta que no ha sido buen empresario para la prestación de los servicios públicos. Sin ignorar la demanda creciente de servicios públicos y su importancia en la sociedad mexicana, el Estado Mexicano ha decidido recurrir a figuras como la concesión para la prestación de esos servicios. Esta determinación se debe en gran parte a razones de tipo económico. Existen servicios que el Estado ya no puede mantener, sobre todo, si sabe que no le retribúan económicamente y significan una carga financiera muy fuerte. Alessi señala a este respecto que, "si el servicio exige el empleo de capitales considerables y presenta un riesgo industrial importante, se presta mal a una gestión directa, ante la necesidad de no aumentar la inmovilización de capitales públicos y evitar las oscilaciones de los presupuestos públicos. En general, se tiene muy presente la mayor economía de la gestión privada frente a la gestión pública de empresas comerciales e industriales, considerándose, en general, preferible el sistema de concesión. Naturalmente, pues, es cuestión de política administrativa el decidir, en concreto, si en relación a deter-

(183) OLIVERA TORO, Jorge, op. cit., pp. 66.

minado servicio y a determinadas circunstancias, es preferible - la concesión o la gestión directa." (184)

Es necesario apuntar, que la intervención del Estado de manera indirecta, o sea a través de concesiones, en la prestación de los servicios públicos, representa una garantía de que - habrá una adecuada prestación del servicio en beneficio de la -- colectividad. Hay que recordar que si el Estado actúa así, lo hace no para interés del particular-concesionario, sino por el - interés colectivo. (185) "La concesión administrativa -señala Nava Negrete- debe ser un instrumento del Estado, utilizable -- como otros, para fraguar sus políticas de desarrollo económico y social y no al revés, un procedimiento para satisfacer los intereses económicos y privados del concesionario." (186)

Ahora bien, aunque el Estado aún mantenga el control de los servicios públicos a través de la concesión -que no siempre sucede así por existir grupos privados concesionarios muy poderosos que a la vez representan los propios intereses particulares de los gobernantes- hay actividades de tal importancia para el país, que no deben ser concesionadas, o, en todo caso, si lo son, el Estado no debe abandonarlas completamente y concurrir en la prestación del servicio con los particulares, como por ejemplo, educación, comunicaciones, seguridad pública, etc.

Ante la privatización a ultranza que vive, y seguirá -- teniendo México, por lo menos a fin de sexenio, se corre el --- riesgo de que el Estado abandone áreas verdaderamente estratégicas para el país. Basta un decreto presidencial, una reforma - constitucional, y una actividad pasa a manos de particulares. Y sobre todo hoy en día, que, en vísperas de la firma del Tratado

(184) ALESSI, Renato, op. cit., tomo I, pp. 167.

(185) OLIVERA TORO, Jorge, op. cit., pp. 241, 242.

(186) NAVA NEGRETE, Alfonso, "Política..." pp. 408.

de Libre Comercio (TLC), el gobierno no ha encontrado obstáculo alguno para adecuar las leyes del Congreso al Tratado, situación esta última que, en mi opinión, es violatoria del artículo 133 - constitucional. Es decir, pareciera que el tratado trilateral de libre comercio, próximo a concretarse, estuviera por encima - de la Constitución y las leyes del Congreso. Esto afecta, indiscutiblemente, a la prestación de los servicios públicos. Si una actividad, considerada servicio público, sin ser monopolio - del Estado, entra a las negociaciones del TLC, la prestación de ese servicio se verá alterado. Los propios concesionarios podrían sufrir efectos positivos o negativos según sus nuevos competidores.

Afortunadamente, algunos servicios públicos han sido ya excluidos de las negociaciones del TLC, como son los de impartición de justicia, salud, educación, etc. En días pasados, ante el Senado de la República, el Secretario de Comercio y Fomento - Industrial, Lic. Jaime Serra Puche, comentó respecto a los avances en las negociaciones del TLC que se tenido en materia de --- servicios públicos (administrativos) que "en el caso de nuestro país, los servicios que no estarán incluidos en el Tratado serán entre otros, el seguro social, la salud, la educación pública, - cuya prestación es facultad y obligación indeclinable del Estado mexicano...en el campo de México, y, aquí doy un ejemplo, son -- los federales, estatales y municipales en materia de impartición de justicia, salud, seguridad social, educación, vigilancia y -- policía, museos y bibliotecas y otros; estamos conformando esa - lista." (187)

Habrá que esperar lo que resulte de la firma de esta -- negociación trilateral, si es que se llega a concretar. Por lo tanto, el umbral por donde entran las concesiones de servicios - públicos al mundo jurídico, sigue agrandándose.

(187) Revista El Mercado de Valores, núm 9, Sección Tratado de - Libre Comercio, pp. IX. Nacional Financiera. México. 1992.

2.5.- La incertidumbre e inseguridad de concesionarios.

Los particulares a los que se les ha otorgado una concesión, no siempre encuentran realizados los fines de su empresa. -- Mucho de esto se puede deber a los cambios políticos y económicos que se suceden en un país.

En México, además de contar, como muchos países, con variaciones y alteraciones económicas frecuentes (inestabilidad económica), se vive en un sistema jurídico-político en donde cada cambio de gobierno (sexenal) se experimentan modificaciones en -- todos los órdenes. Estas variaciones económicas, políticas, sociales, etc., provocan cambios en la prestación de servicios públicos y en sus concesiones.

Por diferentes políticas económicas de cada gobierno, -- muchas veces se hace imposible la explotación de un servicio público. Cuando la Nación entra en crisis económica por fluctuaciones económicas diversas, inflación, devaluación monetaria, --- etc., los concesionarios no siempre pueden cubrir el peso económico que representa su empresa. Aunado a esto, la facultad que tiene el Estado para modificar el funcionamiento, organización y tarifas de un servicio público, hacen que el concesionario se encuentre en una situación de inseguridad e incertidumbre para la explotación del servicio. Apunta Serra Rojas que "en determinadas situaciones es el propio Estado el que agrava la situación de una empresa, al exigirle prestaciones o situaciones que no puede lícitamente solventar, salvo que el propio Estado encuentre el -- medio de proteger esa situación. También puede complicar el manejo de una empresa la excesiva reglamentación del servicio."

(188)

(188) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 282.

Aunque el particular esté protegido ante un eventual acto de rescate del Estado, vía indemnización, los particulares se ven muy afectados por todo el capital invertido, y lo que es más importante, su actividad de industria se pierde.

Un ejemplo claro es el del servicio público de banca y crédito. Durante muchos años, antes de 1982, este servicio se había expandido y desarrollado en manos de particulares. De repente, por decisión del entonces Presidente de la República, Lic. José López Portillo, el servicio público pasaba a formar parte de los monopolios del Estado (artículo 28 constitucional). No pasarían más de 8 años, es decir, apenas se iniciaba el segundo sexenio después de esa "expropiación bancaria", y el servicio de banca y crédito regresaba a manos particulares.

Esta suerte la pueden correr otros concesionarios, que, como se observa, por causas externas, no ven terminada su empresa. ¿Cuándo y en qué forma pagará el Estado esas indemnizaciones?

Quizá esta situación no se presente en todas las concesiones de servicios públicos, pero sí es necesario hacer notar que el concesionario llevará ese riesgo de que, por "caprichos sexenales" o políticas económicas mal orientadas, pierdan parte de su capital invertido.

3.- La Concesión de Transporte.

Para el estudio de este tema, acudimos principalmente a la Ley de Vías Generales de Comunicación (LGVC) publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 19 de febrero de 1940. Las llamadas concesiones de transporte abarcan, fundamentalmente

tres áreas: terrestre, aérea, marítima.

3.1. Terrestre.

Destaca por su importancia, dentro de las concesiones -- terrestres, en primer lugar, los ferrocarriles. Los ferrocarriles están considerados como vías generales de comunicación según la ley, y las concesiones que se otorgan para la construcción y explotación de este servicio público será preferentemente, a sociedades donde el gobierno federal sea mayoritario, y a sociedades cooperativas. La concesión no podrá exceder de 70 años. -- (arts. 1° fr. V; 129).

La ley distingue los ferrocarriles antes mencionados, de los ferrocarriles particulares, los cuales, si hacen servicios -- públicos, se sujetarán a lo que disponga la ley y la propia Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT), y serán, asimismo, considerados vías generales de comunicación. (art. 1° fr. V; 136). Los ferrocarriles particulares, según la ley, están sujetos a permisos y no a concesión si se construyen dentro de los -- 100 kms. de la frontera o dentro de la zona de 50 kms. a lo largo de la costa. Esta disposición, creemos, es errónea, pues debería existir mayor control en este servicio público a través de una concesión, y más aún tratándose de áreas próximas a la zona -- fronteriza y al mar. (art. 9° fr. I).

En segundo lugar, la ley habla sobre tranvías, cuya concesión para su construcción y explotación, no podrá exceder de 50 años. Este servicio público habrá de prestarse dentro de las -- poblaciones y se aplicarán las disposiciones relativas a ferrocarriles en cuanto no se opongan a las que prescriben las propias -- para los tranvías. (art. 141-145).

Los caminos, en tercer lugar, son también considerados por la ley como vías generales de comunicación siempre y cuando entronquen con alguna vía de país extranjero; comuniquen a dos o más entidades federativas entre sí; hayan sido construidas en su totalidad o en su mayor parte por la Federación. La duración - máxima de la concesión es de 20 años. (art. 1º fr. VI; 146)

Aunque pudiera pensarse que caminos como el Periférico en la Ciudad de México, que une 2 entidades (D.F. y EDOMEX), debiera estar sometida única y exclusivamente a jurisdicción federal, el gobierno federal puede celebrar convenios con las autoridades locales para la realización de obras de reparación, conservación o funciones de policía, etc. (art 149).

Para el otorgamiento de la concesión para la explotación de servicios públicos de autotransporte en los caminos de jurisdicción federal, los concesionarios deberán ser mexicanos - por nacimiento o sociedades constituidas por estos conforme a las leyes del país. El otorgamiento de la concesión podrá ser para:

- 1) Transporte de personas:
 - a) servicio de primera
 - b) servicio de segunda
 - c) servicio exclusivo de turismo

- 2) Transporte de carga:
 - a) servicio de carga
 - b) servicio de express

- 3) Transporte de personas y de carga

- 4) Servicios mixtos (personas y carga en un mismo vehículo)

El término máximo para estas concesiones, es de 10 años con derecho a prórroga. (arts. 152, 154).

Finalmente, los puentes, que de la misma manera que los anteriores, también están considerados como vías generales de -- comunicación. Para estos servicios, se observarán las disposiciones que existan en la ley respecto a caminos, siempre y cuando no se opongan a las propias de los puentes. (arts. 166, 167).

3.2.- Aéreo.

En materia de transporte aéreo, la ley lo denomina concesiones aeronáuticas. El espacio nacional en que transite las aeronaves, es vía general de comunicación (art. 1° fr, VIII). - Para su estudio, es necesario recurrir a tratados y convenios -- internacionales que haya suscrito y ratificado México por cuanto hace a la navegación aérea civil (arts. 306-308).

La ley clasifica las aeronaves en civiles y de Estado. Las aeronaves civiles necesitarán estar matriculadas en el re--- gistro aeronáutico mexicano, pero solo lo podrán hacer los ciu-- dadanos mexicanos o personas jurídicas mexicanas para la prestación del servicio público de transporte aéreo (deberá llevar las siglas XA) (arts. 311-313).

Las aeronaves serán auxiliadas en el tránsito aéreo y - en los servicios de metereología de telecomunicaciones aeronau-- ticas y de navegación aérea, por la SCT (art. 326).

La duración de la concesión será máxima de 30 años, con 2 prórrogas opcionales de 10 años cada una. (art. 344).

La ley habla de transporte aéreo nacional (regular y no regular) y transportación aérea internacional (servicio nacional de transporte internacional regular, no regular, y servicio extranjero de transporte internacional regular y no regular). Menciona también los servicios aéreos privados, los cuales no necesitarán concesión, sino permiso (arts. 329-341; 9° fr. II).

3.3.- Marítimo.

Los servicios públicos que se prestan al público, pueden derivarse de las obras o trabajos realizados en los puertos; y las concesiones para su ejecución y explotación, no excederán de un máximo de 30 años (arts. 172, 174). Estas obras, también podrán realizarse en las zonas federales marítimas para el establecimiento de astilleros, diques, varaderos, balnearios, hoteles, et. (art. 178).

Deja la ley, a voluntad del Ejecutivo (a través de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes SCT) el determinar qué lugares serán declarados como puertos para los efectos de la ley (art. 172). Por su parte, la Ley de Navegación y Comercio Marítimos LNCM (D.O. de fecha 21 de noviembre de 1963) señala lo mismo, agregando en qué casos las costas, riberas de los ríos y lagos y lagunas serán consideradas puertos. El artículo 33 de la LNCM señala:

"Artículo 33.- El Ejecutivo Federal, en los decretos, respectivos, determinará el establecimiento de los puertos, fijará su ubica--

ción geográfica, su naturaleza y las zonas, - así como el recinto que corresponda; señalará las obras e instalaciones públicas que deban considerarse incorporadas a los mismos o a--fectas a su funcionamiento.

Los lugares de las costas, de las riberas de los ríos y de lagos y lagunas que no hayan sido declarados puertos o cuando éstos se encuentren en construcción se considerarán como puertos, para la aplicación de las disposi--ciones de esta ley, sobre vigilancia, policia y accidentes marítimos."

Este tipo de servicios se denominan servicios portua---rios, que, según la LNCM, son los que se prestan a bordo; en las dársenas o fondeaderos; bienes del dominio marítimo (mar territorial, aguas marítimas interiores, plataforma continental, zócalos submarinos, isals, etc.); y en construcciones e instalaciones ---portuarias (arts. 9, 14 LNCM).

Por su objeto, instalaciones y servicios, los puertos - pueden ser de altura (de puerto nacional a puerto extranjero y --viceversa), de cabotaje (de puerto nacional a puerto nacional), de pesca, deportivos; por su régimen de funcionamiento pueden --ser de administración estatal o descentralizada (arts. 44, 45 --LNCM).

Existen también los llamados servicios marítimos, que - son aquéllos servicios que auxilien, protejan y preserven de con--de contingencias adversas las vidas y los bienes en la aventura - de mar (art. 14 LNCM).

La legislación citada, clasifica la navegación marítima

(navegación de altura y navegación de cabotaje) o interior ----
(arts. 195, 196 LVGC; 53 LNCM). La navegación puede ser:

- I. Transporte de pasajeros
- II. Transporte de carga
- III. Pesca
- IV. Remolque
- V. Dragado, salvamento y demás trabajos relacionados con las comunicaciones por agua o con las obras de los puertos.

Las embarcaciones mexicanas prestan diferentes servicios, al igual que las extranjeras, con su debida concesión, por ejemplo, transporte de pasajeros, carga, remolque, etc. (arts. - 192, 194, LVGC).

Tendrán nacionalidad mexicana, las embarcaciones que - sean abanderadas o matriculadas como tales; las abandonadas en - aguas de jurisdicción nacional (aguas territoriales); las in--- cautadas o expropiadas por autoridades mexicanas; las capturadas a enemigos consideradas como buena presa; las que sean propiedad del Estado. Las embarcaciones mexicanas tienen derecho a enarbolarse el pabellón mexicano, pero deberán matricularse previamente. La inscripción de matrícula se realizará en el Registro -- Público Marítimo Nacional (arts. 275, 276 LVGC; 88, 89, 90, 91 - LNCM).

Los mares territoriales, corrientes flotables y nave-- gables y sus afluentes, lagos, lagunas y esteros, flotables o -- navegables, canales, por donde las embarcaciones floten o nave-- guen, están consideradas como vías generales de comunicación -- (art. 1).

La ley señala (LVGC) que las embarcaciones que presten el servicio de cabotaje o de navegación interior, se sujetarán a permiso, debiendo ser concesión (art. 9º, fr. V).

4.- La Concesión de radio y televisión comerciales.

Hablar de la radio y la televisión, es hablar del derecho de la radiodifusión. Ambas [radio y televisión] son medios de comunicación. Pero lejos de estudiar esta disciplina jurídica, más bien estudiaremos a la radio y la televisión, y -- sus concesiones, como actividades de interés público (servicio público) tal y como nos las presenta la Ley Federal de Radio y Televisión (LFRTV).

Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 19 de enero de 1960, señala en su artículo 3º:

"Artículo 3º.- La industria de la radio y la televisión comprende el aprovechamiento de las ondas electromagnéticas, mediante la --- instalación, funcionamiento y operación de estaciones radiodifusoras por los sistemas de modulación, amplitud o frecuencia, televisión, facsimile o cualquier otro procedimiento técnico posible."

La Nación tiene el dominio directo del medio en que se propagan estas ondas electromagnéticas. Con lo anterior, a pri-

mer vista, pareciera que se trata sólo de bienes del dominio público de la Federación, y que por lo tanto las concesiones serán para la explotación de ellos. (art 1-3).

Sin embargo, la ley señala más adelante, que la radio y la televisión constituyen una actividad de interés público, lo que hace que dicha actividad sea un servicio público. Hay que recordar, como ya señalamos, que esa actividad es un verdadero servicio público aunque no lleve el membrete del "servicio público". (art. 4).

Y es que como actividad de interés público, el Estado no tiene tanta injerencia o participación para imponer modalidades o cambiar tarifas, como si fuera un servicio público. Los particulares-concesionarios son los beneficiados.

La ley distingue entre estaciones de radio no comerciales, y comerciales. Las no comerciales, que son las oficiales, culturales, de experimentación, escuelas radiofónicas o de "----" "cualquier otra índole", estarán sujetas a permiso. Las comerciales, a concesión. ¿Cuál es el criterio de la ley para hacer esta distinción? Meramente arbitraria. La entidad encargada de otorgar, revocar, declarar el abandono de trámite de solicitud, nulidad o caducidad, fijar el monto de las tarifas, etc. es la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT). (art. 9, - 13).

Existen dos limitaciones para el otorgamiento de las -- concesiones de radio y televisión comerciales, y son que sólo se darán a ciudadanos mexicanos o a sociedades cuyos socios sean -- mexicanos. La duración máxima para ésta concesión es de 30 años con opción a prórroga. (arts. 14 y 16).

Muchas de las características para la obtención, funcionamiento y organización de la concesión de radio y televisión de tipo comercial, han sido expuestas en el rubro 2.2 del este capítulo, por lo que ahí remitimos para su mejor comprensión.

Quienes se dedican a la explotación de las estaciones de radio y televisión, estarán sujetos a una serie de obligaciones -impuestas por la ley en cuanto a la programación. Partiendo de que no existe censura y ajustándose a lo que disponga la Constitución y leyes correspondientes, las estaciones de radio y televisión deberán difundir en, por lo menos 30 minutos, temas educativos, culturales, de orientación social. Deberán transmitir --gratuitamente y de preferencia, boletines relacionados con la seguridad nacional, conservación del orden público y con la prevención de catástrofes: inundaciones, huracanes, o avisos de embarcaciones o aeronaves en peligro que soliciten auxilio. Cuando --se trate de información de trascendencia para la Nación, todas -- las estaciones de radio y televisión, se encadenarán para su ---- transmisión. Ej.: informes de gobierno, hora nacional, etc.

En cuanto al idioma, no habrá transmisiones que causen - la corrupción del lenguaje, y deberá hacerse uso del idioma na--- cional. Para el caso que la Secretaría de Gobernación (SG) au-- torice el uso de otro idioma, se hará una versión al español.

Asimismo, quedan prohibidas las transmisiones contrarias a las buenas costumbres, todo aquello que ofenda el culto cívico de los héroes y creencias religiosas o discriminación de razas, - manejo o propaganda contra la seguridad del Estado.

Tendrán que transmitir, según fije la SG, un mínimo para aprovechar y estimular los valores artísticos, locales y nacionales y expresiones de arte mexicano; y como medio de orientación -

para la población del país, incluirán en su programación información sobre acontecimientos de carácter político, social, cultural deportivo y asuntos de interés general. (arts. 58-60, 63, 64, -- 73, 75, 77).

Todas las estaciones radiodifusoras, estarán sujetas a las visitas de inspección que haga la SCT (arts 93-100).

Finalmente, la ley señala las infracciones y sanciones a las que se harán acreedores quienes no cumplan con las disposiciones de la propia ley. La ley no señala ningún recurso administrativo. (arts 101-106).

C A P I T U L O I V

REGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS PERMISOS DE SERVICIO PUBLICO. LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.

1.- Normas constitucionales.

No se puede hablar en rigor, sobre una base constitucional de los indebidamente llamados permisos de servicio público. En realidad, no existe tal base constitucional, no al menos expresamente. Nuestra Constitución es muy clara en sus artículos 28, al señalar que el Estado podrá CONCESIONAR la prestación de servicios públicos en casos de interés general, y 73, para el caso en que el Congreso de la Unión, legisle en materia de contribuciones en tratándose de servicios públicos CONCESIONADOS. - Por mandato constitucional, los servicios públicos se concesionan.

Se ha insistido tanto en hacer esta diferencia, puesto que sujetar un servicio público a un simple permiso, sería poner en riesgo los intereses colectivos. No es lo mismo que una actividad esté sujeta a permiso que a concesión, como ya lo señalamos; y más aún tratándose de servicios públicos, en donde el interés colectivo debe ser protegido por el Estado. Con la concesión, se permite al Estado velar por esos intereses ya que tiene un mayor control sobre el servicio público del que se trate.

Sin embargo, en nuestra Constitución, encontramos algunas normas constitucionales que, aún tratándose de servicios públicos, para el caso que sean prestados por particulares, establecen que será otorgada dicha prestación a través de un permiso. Tal es el caso de la educación. (189)

(189) Supra, Capítulo II, rubro 1.1.

Por esta situación, y porque todavía en nuestra legislación y jurisprudencia no se llega a un consenso sobre la utilización única de la concesión para los servicios públicos prestados por los particulares, es por lo que dedicamos un breve capítulo.

2.- Legislación Federal.

Se mencionan, por lo que respecta a concesiones de servicios públicos, diferentes leyes federales para ejemplificar la prestación de dichos servicios por los particulares.

En una de ellas, el legislador determina que la prestación del servicio público será vía autorización (educación), en las otras, podrán ser vía permiso o vía concesión (comunicaciones y radio y televisión). Para no repetir la información, remitimos al Capítulo segundo, rubro 2, a las siguientes leyes: Ley Federal de Educación; Ley de Vías Generales de Comunicación; Ley Federal de Radio y Televisión.

Adicionamos a las leyes anteriores, otro ejemplo más -- para evidenciar el mal uso del permiso en tratándose de servicios públicos: la Ley General de Salud LGS (D.O. de fecha 7 de febrero de 1984) que regula el servicio público de salud.

En realidad, la ley no establece expresamente que los servicios de salud sean servicios públicos, sin embargo, reúnen todos los elementos y características para que sean considerados como tales. La propia LGS, en su artículo 23, señala qué es lo que se entiende por servicio de salud para los efectos de la misma.

"Artículo 23.- Para los efectos de esta ley, se entiende por servicios de salud todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad."

Los servicios de salud -vigilados y controlados por la Secretaría de Salud- pueden ser prestados por entidades públicas o empresas privadas; pero la ley señala que para éstos últimos se requiere autorización, en vez de concesión. Citamos los artículos 45 y 47 de la LGS.

"Artículo 45.- Corresponde a la Secretaría de Salud vigilar y controlar la creación y funcionamiento de todo tipo de establecimientos de servicios de salud, así como fijar las normas técnicas a las que deberán sujetarse."

"Artículo 47.- Para obtener la autorización a que se refiere el artículo 45 de esta ley, la solicitud deberá expresar las características y tipo de servicios a que estén destinados los establecimientos, sin perjuicio de satisfacer los requisitos que establezcan los reglamentos respectivos. En el caso de establecimientos particulares, se deberá señalar también al responsable autorizado."

El legislador debería ya unificar el criterio de que, cuando se trate de prestación de servicios públicos por particulares, sea a través de concesión y no a través de permiso, autorización o licencia.

3.- Legislación del D.F.

Para el Distrito Federal, existen también disposiciones legislativas que señalan que la prestación de servicios públicos

por particulares podrán ser a través de permisos.

En este sentido, remitimos al mismo Capítulo II, rubro 3 a las siguientes disposiciones normativas: Ley que Fija las Bases Generales a que habrá de sujetarse el Tránsito y los Transportes en el Distrito Federal (D.O. 23/III/42); Reglamento para el Servicio Público de Transporte de Pasajeros en el Distrito Federal (D.O. 14/IV/42).

Estos ordenamientos mantienen aún, en sus artículos, la disposición de que se prestará el servicio público por particulares a través de permiso. Ambos son anteriores a la LODDF (D.O. 29/IX/78).

Los demás ejemplos de leyes publicadas ya citadas en el capítulo de referencia, y que en su mayoría son posteriores a la publicación de la LODDF, siguen el lineamiento jurídico de ésta en el sentido de que sea a través de la concesión la prestación que hagan los particulares de los servicios públicos mencionados.

Un ejemplo sobre el uso adecuado de permiso, autorización o licencia, es el que encontramos en el Reglamento de Construcciones para el Distrito Federal. (190) Basado en el principio de libertad de propiedad que tienen los individuos, el propietario o poseedor de un predio tiene el derecho de construirlo, remodelarlo, etc. una vez otorgada la licencia de construcción -que representa, como antes señalábamos, un impedimento jurídico para la realización de ese derecho preexistente del propietario. El artículo 54 de este reglamento establece:

"Artículo 54.- La licencia de construcción es el acto que consta en el documento expedido -

por el Departamento por el que se autoriza a los propietarios o poseedores, según sea el caso, para construir, ampliar, modificar, --- cambiar el uso o régimen de propiedad a condominio, reparar o demoler una edificación o instalación.

Para la obtención de la licencia de construcción, bastará efectuar el pago de los derechos correspondientes, la entrega del proyecto ejecutivo en la Delegación donde se localice la obra a realizar, excepto en los casos señalados en que se requieran otras autorizaciones, licencias, dictámenes, vistos buenos, permisos o constancias."

4.1.1.- Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Existen jurisprudencias de nuestro Máximo Tribunal que - hablan exclusivamente de permisos de servicios públicos, sin que hagan distinción entre concesión y permiso. En las siguientes - tésis jurisprudenciales, se observa lo antes dicho:

"60.ESTACIONAMIENTOS DE VEHICULOS EN EL DISTRICTOS FEDERAL, LEY SOBRE. NO ES VIOLATORIA - DEL ARTICULO 5° CONSTITUCIONAL. Es cierto que la Ley sobre Estacionamientos de Vehículos en el Distrito Federal somete a previo permiso - la prestación del servicio público de estacionamientos de vehículos...pero en ninguna - de sus disposiciones coarta o prohíbe el estacionamiento o funcionamiento de los estacionamientos y, por ende, no restringe al - particular el derecho de dedicarse a prestar el servicio de referencia, sino que se limita por un lado, a reglamentar los requisitos mínimos para que los interesados que deseen - prestar ese servicio lo efectúen y, por otro lado, a establecer, para el efecto de explotar el mismo, el requisito de obtener previo permiso del Departamento del Distrito Federal, lo que no contraviene el artículo 5° -"

constitucional, ya que las disposiciones de - referencia pueden ser satisfechas por todos - los particulares que deseen prestar el servicio público de estacionamientos de vehículos, puesto que tienden a regular esa actividad en favor de la colectividad y a asegurar su debido control legal."

(Apéndice 1917-1988. Semanario Judicial de la Federación, Primera Parte, Tribunal Pleno, Jurisprudencia Núm. 60, pp. 114 y 115. Esta tesis apareció publicada con el NUMERO 30, en el Apéndice 1917-1985, PRIMERA PARTE, pp. 66)

"61. ESTACIONAMIENTOS DE VEHICULOS EN EL DISTRITO FEDERAL, LEY SOBRE. NO ES VIOLATORIA -- DEL ARTICULO 28 CONSTITUCIONAL. Como el artículo 6° de la Ley sobre Estacionamientos de Vehículos en el Distrito Federal permite la prestación del servicio de estacionamientos de vehículos no solamente por el Departamento del Distrito Federal, las dependencias federales y las empresas de participación estatal, sino también por los gobernados, personas físicas o morales, es de concluirse que las reformas a dicha Ley, contenidas en el decreto...no evitan ni tienden a evitar la libre concurrencia ni favorecen con privilegio alguno al número indeterminado de personas que señala su articulado y que pueden prestar el servicio indicado, sino que se limitan a fijar las condiciones mínimas en que éste debe prestarse y los requisitos que deben llenarse para poder obtener los permisos necesarios a efecto de realizar su prestación y funcionamiento. Por lo tanto, dicha ley no impide la libre concurrencia, puesto que todo aquel que satisfaga los requisitos de la mencionada ley señala podrá prestar el servicio en cuestión. En consecuencia, al no favorecer intereses de determinadas personas y tomar en cuenta situaciones objetivas en que se reflejan necesidades colectivas en favor de los usuarios y satisfacer intereses razonables en favor de los que presten el servicio de que se trata, no viola el artículo 28 del Pacto Federal."

(Apéndice 1917-1988. Semanario Judicial de la Federación, Primera Parte, Tribunal Pleno, Jurisprudencia Núm. 61, pp. 115 y 116. Esta tesis apareció publicada con el NUMERO 31, en el Apéndice 1917-1985, PRIMERA PARTE, pp. 67)

constitucional, ya que las disposiciones de referencia pueden ser satisfechas por todos - los particulares que deseen prestar el servicio público de estacionamientos de vehículos, puesto que tienden a regular esa actividad en favor de la colectividad y a asegurar su debido control legal."

(Apeñdice 1917-1988. Semanario Judicial de la Federación, Primera Parte, Tribunal Pleno, Jurisprudencia Núm. 60, pp. 114 y 115. Esta - tésis apareció publicada con el NUMERO 30, en el Apéndice 1917-1985, PRIMERA PARTE, pp. 66)

"61. ESTACIONAMIENTOS DE VEHICULOS EN EL DISTRITO FEDERAL, LEY SOBRE. NO ES VIOLATORIA -- DEL ARTICULO 28 CONSTITUCIONAL. Como el artículo 6° de la Ley sobre Estacionamientos de Vehículos en el Distrito Federal permite la prestación del servicio de estacionamientos de vehículos no solamente por el Departamento del Distrito Federal, las dependencias federales y las empresas de participación estatal, sino también por los gobernados, personas físicas o morales, es de concluirse que las reformas a dicha Ley, contenidas en el -- decreto...no evitan ni tienden a evitar la -- libre concurrencia ni favorecen con privilegio alguno al número indeterminado de personas que señala su articulado y que pueden -- prestar el servicio indicado, sino que se limitan a fijar las condiciones mínimas en que éste debe prestarse y los requisitos que deben llenarse para poder obtener los permisos necesarios a efecto de realizar su prestación y funcionamiento. Por lo tanto, dicha ley no impide la libre concurrencia, puesto que todo aquel que satisfaga los requisitos de la mencionada ley señala podrá prestar el servicio en cuestión. En consecuencia, al no favorecer intereses de determinadas personas y tomar en cuenta situaciones objetivas en que se reflejan necesidades colectivas en favor de los -- usuarios y satisfacer intereses razonables en favor de los que presten el servicio de que se trata, no viola el artículo 28 del Pacto Federal."

(Apéndice 1917-1988. Semanario Judicial de la Federación, Primera Parte, Tribunal Pleno, Jurisprudencia Núm. 61, pp. 115 y 116. Esta - tésis apareció publicada con el NUMERO 31, en el Apéndice 1917-1985, PRIMERA PARTE, pp. 67)

Con las jurisprudencias arriba citadas, se reafirman, -asimismo, las ideas expuestas en el multicitado Capítulo II de -esta obra, rubro 4.1.1, respecto a los artículos 5° (libertad de trabajo) y 28 (libre concurrencia) constitucionales. Remitimos a los criterios ahí citados a este respecto.

Existen, incluso, precedentes del propio Tribunal Pleno que hablan sobre autorizaciones de servicios públicos:

"TRANSPORTE DE PASAJEROS EN AUTOMOVILES DE -ALQUILER, SIN ITINERARIO FIJO. SOBRESEIMIENTO POR FALTA DE INTERES JURIDICO. Si al presentar un particular su solicitud para que se le otorgara la autorización para prestar el servicio público de transporte de pasajeros, sin itinerario fijo..."

(Apéndice 1917-1988. Semanario Judicial de la Federación, Primera Parte, Tribunal Pleno. Amparo en revisión 5411/53, pp. 1293. Séptima Época: Vol. 6, Primera Parte, pp. 107)

4.1.2.- Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Existen criterios jurisprudenciales que señalan diferencias entre concesión y permiso, tal y como lo hemos señalado en el rubro 4.1.2 del capítulo segundo. Sin embargo, la Corte no ha precisado estas diferencias en todas sus tesis, tal y como se señala a continuación:

"2032. VIAS GENERALES DE COMUNICACION, LEY DE. SERVICIO PUBLICO. El artículo 124 de la Ley de Vías Generales de Comunicación previene -- que las maniobras de carga, alijo, estiba, -- etc., que se presten en relación con las vías generales de comunicación y medios de transporte, se consideran como servicios públicos

y se necesitará permiso para realizar---
las..."

(Apeñdice 1917-1988. Semanario Judi---
cial de la Federación, Jurisprudencia --
Num. 2932, Segunda Parte, pp. 3277. Esta
Tesis apareció publicada con el NUMERO -
52, en el Apeñdice 1917-1985, NOVENA ---
PARTE, pp. 82)

4.1.3.- Tribunales Colegiados de Circuito.

En este rubro, citamos dos criterios en los que los ---
Tribunales Colegiados de Circuito hablan de permiso (autORIZA---
ción o licencia) para el caso de otorgar la prestación del ser---
vicio público a particulares:

"AUTORIZACION PARA IMPARTIR EDUCACION --
SECUNDARIA, EFECTOS DE LA REVOCACION DE.
La obligación consignada en el artículo
30 de la Ley Federal de Educación, con--
sistente en la reubicación de los alum--
nos para que éstos no sufran perjuicios,
surge en el momento de la revocación de
la autorización que se había concedido -
al plantel..."

(Primer Tribunal Colegiado en Materia
Administrativa del Primer Circuito. Am--
paro en revisión 1005/85. Informe Supre--
ma Corte de Justicia 1987, Tercera Parte
Tribunales Colegiados de Circuito)

"AUTOMOVILES DE ALQUILER, PERMISO PARA -
EL SERVICIO PUBLICO DE. SU EXPIRACION NO
ES CANCELACION. Si se concede por las --
autoridades de tránsito competentes, un
permiso para prestar servicio público de
transporte en automóviles de alquiler --
por un lapso determinado, al expirar é--
ste el beneficiario deja de estar facul--
tado para prestar el servicio, por lo --
que no puede hablarse en el caso de can-

celación del permiso..."

(Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito. Amparo en revisión R. 905/71. Séptima Época, Vol. 37, 6a. parte, pp. 21)

Existe un criterio del Colegiado de Circuito, en el sentido de someter a permiso, aquél servicio público que por no ser "tan importante" o por tener modalidades particulares, no amerita concesión según la ley. Negamos la posibilidad de que existan -- algunos servicios públicos con mayor o menor importancia. No se trata de ver si el servicio público es importante o no, sino que, si es considerado como tal, debe someterse a concesión según corresponda.

Entre muchas otras razones, cuando una actividad es considerada por la ley como servicio público, es porque se trata de un área de interés público, y no se puede aceptar que el interés público esté sujeto a parámetros de mayor o menor importancia. -- Simplemente el interés público es, y eso es todo. Por ello, --- creemos que es erróneo este criterio:

"TRANSPORTES. PERMISOS PARA TRANSPORTAR AL -- PERSONAL PROPIO. Conforme al artículo...de la Ley de Vías Generales de Comunicación, en el párrafo inicial..., los transportes que en -- razón de su reducida importancia o de sus modalidades particulares no constituyen un servicio público que amerite concesión en términos de la ley, podrán operar mediante el permiso correspondiente..."

(Prime Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo en revisión 1187/79. Séptima Época, Vol. 78, 6a. - parte, pp. 126)

"PERMISOS DE RUTA. REQUISITOS DE PUBLICIDAD -- QUE ESTABLECE LA LEY DE VIAS DE COMUNICACIÓN DEL ESTADO DE NUEVO LEON...y autoriza los --- permisos para los transportes escolares, de --

instituciones deportivas, de traslado de muebles, grúas y otros servicios particulares o de reducida importancia, que no ameritan concesión como previene el artículo 153."

(Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. - Amparo en revisión 67/75. Séptima Epoca, Vol. 78, 6a. parte, pp. 126)

En líneas anteriores (191) señalábamos que un ejemplo adecuado para el uso del permiso, autorización o licencia es el Reglamento para Construcciones del Distrito Federal. Per ello citamos el siguiente criterio:

"LICENCIAS DE CONSTRUCCION, PAGO DE DERECHOS POR LAS. Al haberse ordenado la suspensión de una obra por la Dirección de Obras Públicas...el término de la vigencia correspondiente a la licencia de construcción queda igualmente suspendido y sujeto a las modalidades establecidas por el precepto citado, y si posteriormente se concede autorización para reanudar la obra de la construcción por haberse cumplido con los requisitos exigidos ésto no justifica legalmente, de manera alguna, el nuevo cobro de derechos que quiera hacer la autoridad, como si se tratara de una nueva licencia, ya que se trata de la misma."

(Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito. Revisión fiscal 277/68. Vol. 6, 6a. parte, pp. 99.)

Finalmente, presentamos la opinión de los Colegiados de Circuito respecto a qué es lo que entienden por permiso, licencia o autorización (aunque ellos hablan solo de licencia y autorización):

"LICENCIAS DE GIRO REGLAMENTADOS. SU NATURALEZA JURIDICA. INTERES JURIDICO. La licencia o autorización supone la existencia de un --

(191) Supra, rubro 3, mismo capítulo.

derecho del particular, el que para ser ejercitado requiere de un acto de autoridad que lo permita, ya que el ejercicio incontrolado de aquel derecho puede ocasionar grave afectación al interés público..la licencia o autorización puede considerarse como un acto jurídico de la administración pública que tiene por objeto constatar que la actividad del particular puede ser ejercida, ya sea en razón de oportunidad o bien porque se han satisfecho los requisitos legales o reglamentarios exigidos para el ejercicio de dicha actividad. Por tanto, la licencia o autorización tiene como efecto jurídico el permitir el ejercicio de un derecho propio del particular, pero teniendo en cuenta un determinado interés público que se refleja en la disposición legal o reglamentaria, cuyo cumplimiento da lugar, en su caso, al otorgamiento de la referida licencia o autorización."

(Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Séptima Epoca Vols. 145-150, 6a. parte, pp. 156.)

5.- Servicios públicos sin concesión ni permiso, prestados por los particulares.

Antes de concluir con la primera parte de nuestro trabajo, hacemos alusión, a los servicios públicos que por mandato constitucional, serán prestados por particulares sin que medie concesión o permiso para ello; estos servicios públicos son el de las armas y los jurados. Establece el artículo quinto de nuestra Carta Magna en su cuarto párrafo lo siguiente:

"En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que --

establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquéllas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale."

Hay que aclarar con respecto al texto constitucional -- citado, que en rigor, solamente el de las armas y los jurados, -- son servicios públicos; los cargos concejiles y los de elección popular más que servicios públicos, constituyen funciones administrativas. Las funciones electorales y censales son, asimismo, funciones públicas. El maestro Andrés Serra Rojas, denomina a estas funciones, al igual que los servicios profesionales, como prestaciones personales obligatorias. (192)

Como se puede observar, es la propia Constitución la -- que señala que los particulares tendrán que prestar determinados servicios públicos sin que para ello deban de concesionarse. La obligatoriedad de estos servicios, está expresamente señalada en el artículo quinto constitucional, y es la ley reglamentaria la que determinará la forma de prestación. El maestro Burgoa señala, "la obligatoriedad de los servicios públicos que indica dicha disposición constitucional es meramente declarativa. En consecuencia, como en tal prescripción se expresa, toca a la legislación secundaria federal o local, según el caso, determinar las condiciones, circunstancias y demás pormenores en que se deben --

(192) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 512.

desarrollar los servicios públicos obligatorios." (193)

Según don Felipe Tena Ramírez, esta obligación, que al mismo tiempo es una prerrogativa del ciudadano mexicano conforme al artículo 35 fracción cuarta de la Constitución Federal, es una restricción a la garantía individual de que nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin su consentimiento. (194)
Agrega Tena Ramírez:

"Por sí mismo, el artículo 5° no impone la obligación de prestar el servicio de las armas, sino que al limitar la garantía individual deja en aptitud a la ley secundaria para que establezca o no el servicio obligatorio de las armas. Pero el hecho de que haya desaparecido el obstáculo de la garantía individual, no significa que la ley secundaria pueda sin limitación alguna implantar el servicio militar obligatorio, pues en la Constitución subsiste una limitación, consignada en la fracción cuarta del artículo 35 y que es tria en que servir en el ejército es una prerrogativa del ciudadano." (195)

De esta manera, los particulares mexicanos y ciudadanos no tienen la facultad de rechazar la realización de estos servicios públicos. Burgoa señala que al declararse como obligatorios esos servicios públicos -el de armas y el de jurados- "...descartan la facultad que tiene el sujeto de rechazar o no optar por dichos trabajos, desde el momento en que, aunque no lo desee, tiene que desplegarlos." (196)

(193) BURGOA ORIHUELA, Ignacio, op. cit., pp. 323.

(194) TENA RAMIREZ, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano, pp. 371. Ed. Porrúa. México. 1970.

(195) TENA RAMIREZ, Felipe, op. cit., pp. 371 y 372.

(196) BURGOA ORIHUELA, Ignacio, op. cit., 323.

Se consideren prerrogativas u obligaciones (197), lo cierto es que formalmente está totalmente justificado que esos -- dos servicios públicos no necesiten concesionarse para ser pres-- tados, pues así lo establece la propia Constitución. Esta dis-- posición constitucional, se convierte así en una excepción res-- pecto a la prestación de servicios públicos los cuales son pres-- tados por el Estado o por los concesionarios particulares.

(197) Tena Ramirez, se inclina por la idea de que dicha norma --- constitucional deba ser una obligación para todo mexicano, señalando lo siguiente: "abogamos, pues, por la supresión - de este último precepto [artículo 35 fracción cuarta] sea - susceptible de imponerse a todos los mexicanos el servicio militar obligatorio, que cuando se implanta sobre bases de honor y de dignidad es escuela de disciplina y de civismo, antídoto de pretorianismo y salvaguardia de la patria." --- TENA RAMIREZ, Felipe, op. cit., pp. 373.

C A P I T U L O V

LAS OBRAS PUBLICAS. REGIMEN CONSTITUCIONAL

- 1.- Obra Pública.
- 1.1.- Concepto.
- 1.1.1.- Doctrinal.

Precisar el concepto de obra pública es tan difícil como hacerlo con el de servicio público. Tan es así, que muchos autores, extranjeros o nacionales, acuden a la jurisprudencia o legislación de sus países para explicar lo que habrá de entenderse por obra pública. Jéze, por ejemplo, cita una jurisprudencia del Consejo de Estado Francés -aun cuando no está totalmente de acuerdo con ella aduciendo que el criterio no aplica una teoría jurídica racional, sino solo un texto legal- en la que se señala que "no solo los trabajos de los servicios públicos pueden considerarse obras públicas. La noción es más amplia: después de algunos tanteos doctrinales y jurisprudenciales, se ha llegado a la siguiente fórmula: es obra pública todo trabajo que tenga un fin de utilidad general, ejecutado por cuenta de una persona moral -- administrativa." "Una obra pública, es una obra de utilidad general." (198) "En mi opinión -comenta ahora el autor- debe revisarse toda esta jurisprudencia, tratando de darle una base racional." (199)

Fernández de Velasco, acude a la legislación española -concluyendo que la obra pública afecta "...siempre a un servicio general del Estado, y que [consiste] en la construcción, mantenimiento y reparación de un inmueble." (200) Por lo que para el autor español, las obras públicas se caracterizan "...porque dependen del Estado, entendido en amplio sentido, o sea también de

(198) JEZE, Gastón, op. cit., tomo III, pp. 357 y sigs. Cita de la jurisprudencia del Consejo de Estado de 7 de abril de 1916, Astruc.

(199) JEZE, Gastón, op. cit., tomo III, pp. 359.

(200) FERNANDEZ DE VELASCO, Recaredo, op. cit., pp. 219 y 221.

la Provincia y del Municipio; porque se destinan al uso y a--- provechamiento general o a construcciones que se hallen a cargo directo del Estado mismo; porque afectan a un inmueble: a su -- construcción, a su reparación o a su sostenimiento." (201)

Los también españoles, Royo-Villanova y Garrido Falla acuden a su legislación para exponer qué es lo que se entiende por obra pública. Citan su Ley General de Obras Públicas de - 1867, que señala en su artículo primero: (202)

"Para los efectos de esta Ley se entiende por obras públicas las que sean de general uso y aprovechamiento y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos."

En ocasiones, el concepto legal de obra pública puede ser muy extenso, como lo señala Bielsa para el caso argentino. Por ello, decide conceptuar a la obra pública diciendo que "... en sentido lato, es obra pública toda construcción integral, y reparación realizada sea por la Administración pública, sea por concesionarios, sobre cosas (inmuebles o muebles) directa o indirectamente afectadas al uso público." "Por lo demás -continúa el autor- el concepto legal es demasiado extensivo..." (203)

Marienhoff por su lado, distingue entre un concepto - de obra pública legal de uno jurídico o racional. "Desde el - punto de vista legal -señala el autor- considérase obra pública nacional toda construcción o trabajo o servicio de industria -- que se ejecute con fondos del tesoro de la Nación..." Desde - el punto de vista jurídico o racional, se entiende "...el bien

(201) FERNANDEZ DE VELASCO, Recaredo, op. cit., pp. 80.

(202) ROYO-VILLANOVA, Antonio, op. cit., tomo segundo, pp. 866; GARRIDO FALLA, Fernando, op. cit., vol. II, pp. 75.

(203) BIELSA, Rafael, op. cit., tomo II, pp. 349.

construido o realizado por el Estado, directa o indirectamente."
(204)

Entiende Fiorini por obra pública, "...todo trabajo, -- construcción, sobre muebles o inmuebles o servicio de industria."
(205) Este autor, al igual que Canasi, denuncian la extensión -- que hace la legislación para determinar lo que es obra pública. -- Según Canasi, "...puede definirse la obra pública como toda obra o trabajo público realizado por la administración pública, directa o indirectamente, con un fin público o de utilidad pública."
(206)

En Uruguay, Sayagués Laso ha definido a la obra públi-- ca como "...todo trabajo o labor de construcción, modificación, - reparación o mantenimiento de un bien inmueble realizada por una entidad estatal o por su cuenta, en cumplimiento de sus fines --- propios." (207)

Entre nosotros, Serra Rojas define a la obra pública -- como "...una cosa hecha o producida por el Estado o a su nombre, sobre un inmueble determinado con un propósito de interés general y se destina al uso público, a un servicio público o a cualquier finalidad de beneficio general." (208)

Nava Negrete, incluyendo a los bienes muebles como ob-- jeto de obra pública, señala que dicha obra "...consiste en tra--

(204) MARIENHOFF, Miguel S. op. cit., tomo III-B, pp. 502, 503 y 506.

(205) FIORINI, Bartolomé A., op. cit., primera parte, pp. 469 y 470.

(206) FIORINI, Bartolomé A., op. cit., primera parte, pp. 468 y sigs.; CANASI, José, op. cit., vol. II, pp. 606 y 619.

(207) SAYAGUES LASO, Enrique, op. cit., tomo II, pp. 87.

(208) SERRA ROJAS, Andfes, op. cit., tomo segundo, pp. 538.

bajos o prestación de servicios de construcción, de reparación, - de conservación, de instalación o de demolición sobre...bienes -- muebles o más comúnmente sobre bienes inmuebles que son propiedad del Estado y por excepción de los particulares." (209)

Por su cuenta, Pedro G. Zorrilla Martínez, comenta que, "...la obra pública es un trabajo de interés general, ejecutado - sobre un inmueble, directamente, por cuenta o bajo el control de una entidad pública." (210) Este autor, al igual que los otros dos autores mexicanos citados, acuden paralelamente a la legislación mexicana en lo relativo al concepto de obra pública. Pero este punto lo veremos en el siguiente rubro.

Por lo pronto, nosotros seguimos el criterio de Marienhoff, en el sentido de no sujetarnos sólo a una definición legal. Y más que dar un concepto racional, nos preguntamos cuándo se hace referencia, o mejor dicho, cuándo se está frente a una obra -- pública. Existe obra pública cuando un bien mueble o inmueble -- sea construido o realizado por el Estado directa o indirectamente o se preste un servicio sobre ellos para la satisfacción de intereses generales.

Los bienes muebles o inmuebles, generalmente pertenecen al Estado, aunque también pueden serlo de los particulares. Los trabajos de construcción o de servicio --en donde se incluyen --- creación, modificación, conservación, mantenimiento, reparación, demolición, exploración, localización, perforación, extracción, - investigación, etc- sobre los bienes, persiguen, al igual que los

- (209) NAVA NEGRETE, Alfonso. "Contrato de Obra Pública", tomo I, - pp. 707. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa-UNAM. México. 1987.
- (210) ZORRILLA MARTINEZ, Pedro G. "La Ley de Obras Públicas y la - Planeación" en Aspectos Jurídicos de la Planeación en México pp. 532 y sigs. Secretaría de Programación y Presupuesto. -- Ed. Porrúa. México. 1981.

servicios públicos, la satisfacción de intereses generales, colectivos. Estos trabajos y servicios pueden realizarse por la propia Administración Pública (directamente), por ejemplo en la extracción de recursos naturales del suelo y subsuelo, o por particulares a través de un contrato (indirectamente) por ejemplo, un puente. De lo anterior, se puede afirmar que también existen obras públicas en concurrencia, es decir, con intervención del Estado y los particulares, por ejemplo, en materia de asistencia pública, hospitales, escuelas, etc.

3 Conociendo qué es lo que se entiende por obra pública, nos es más fácil comprender el contrato de obra pública, que es diferente a la sola idea de obra pública; así como también, diferenciar el contrato de la concesión de obra pública, que a grosso modo, en el primer caso se tiene la idea sólo de un acuerdo de voluntades para la construcción o prestación de un servicio SOBRE la obra pública, y en el segundo, no sólo lo que abarca el contrato, sino que se incluye la idea de explotación de la propia obra pública.

1.1.2.- Legal.

La vigente Ley de Obras Públicas (D.O. de fecha 30 de diciembre de 1980) establece qué es lo que habrá de entenderse por obra pública. El concepto de la ley es bastante extenso:

"Artículo 2º.- Para los efectos de esta ley se considera obra pública todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles por su naturaleza o disposición de ley.

Quedan comprendidos:

I. La construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes a que se refiere este artículo, incluidos los que tienden a mejorar y utilizar los recursos agropecuarios del país, así como los trabajos de exploración, localización, perforación, extracción y aquellos similares que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentren en el suelo o en el subsuelo;

II. La construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes inmuebles destinados a un servicio público o al uso común, y

III. Todos aquellos de naturaleza análoga.

Los bienes muebles que deban incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble, necesarios para la realización de las obras públicas por administración directa, o los que suministren las dependencias o entidades conforme a lo pactado en los contratos de obra, se sujetarán a las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de que las adquisiciones de los mismos se rijan por la ley respectiva.

Como apunta Nava Negrete, la fracción III de este artículo hace que la definición de obra pública se vuelva anárquica por su extensa concepción. (211) Efectivamente, es muy criticable que el legislador, después de enumerar los trabajos sobre bienes que se considerarán obra pública, concluya diciendo que también se considerarán como tales "todas aquellas de naturaleza análoga." Este vicio del legislador es muy común en un sinnúmero de leyes y códigos mexicanos, provocando una interpretación muy amplia y poco precisa sobre la figura jurídica de que se trate, -

(211) NAVA NEGRETE, Alfonso, "Contrato...", tomo I, pp. 707.

dejando en manos de las autoridades, en principio determinar, en nuestro caso, cuándo se trata de obra pública y cuándo no.

La idea de obra pública que maneja la ley, es la de un trabajo y un servicio. Más adelante, la propia ley equipara como obra pública todos los servicios relacionados con la misma. El artículo quinto dice:

"Artículo 5°.- Estarán sujetos también a las disposiciones de esta ley, en los términos -- que la misma establece, los contratos de servicios relacionados con la obra pública, que requieran celebrar las dependencias y entidades mencionadas en el artículo 1° de esta --- ley."

Esto nos hace pensar, que también serán obras públicas, por ejemplo, los planos arquitectónicos de la obra, los estudios o investigaciones técnicas que se realicen sobre la calidad del suelo sobre el que se piensa realizar la obra, es decir, si se -- trata de un área sísmica o no, y qué medidas adoptar; todo lo relativo a asesorías, consultorías, dirección, supervisión, etc. - La ley califica todo lo anterior como elementos de obra pública - según el artículo 15:

"Artículo 15°.- Serán elementos de la obra pública, las investigaciones, las asesorías y -- las consultorías especializadas, así como los estudios técnicos y de preinversión que re---- quiera su realización."

Si bien la noción de obra pública no sufre una crisis -- como la del servicio público, aquélla adolece formalmente de precisión en su concepción; a grado tal, que para determinar su naturaleza jurídica, es necesario auxiliarnos del contrato adminis-

trativo en el que se encuentran inmersas la mayoría de las obras públicas. Se habla entonces de contrato de obra pública. Con esta nueva figura jurídica, se cuenta ya con una visión más clara y práctica sobre la naturaleza jurídica de las obras públicas, y esto no permite conocer el régimen jurídico al que se encuentran sometidas.

2.- Base Constitucional. El artículo 134.

2.1.- Texto original de 1917.

La contratación de obras públicas celebrada por el Estado tuvo, a partir de 1917, su base constitucional en el artículo 134.

Por vez primera, a lo largo de la historia constitucional mexicana, las obras públicas se elevaron a rango constitucional, lo que significó, a su vez, y por muchos años, el único apoyo jurídico para su realización.

"El artículo 134 de la Constitución no tiene antecedentes en las Constituciones mexicanas anteriores, ya que es una creación del constituyente de 1917, por lo que se refiere a su regulación jurídica." (112)

El texto, como se encontraba en aquella época, señalaba:

"Artículo 134.- Todos los contratos que el Gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicadas en su---

(112) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 539.

basta, mediante convocatoria, y para que se -
presenten proposiciones en sobre cerrado, que
será abierto en junta pública."

Decimos que fué el único apoyo jurídico, puesto que no existió un ordenamiento jurídico que reglamentara tal disposición constitucional. Sin embargo, las obras públicas continuaban --- realizándose y se tenían que sujetar a lo que señalaba el texto - del entonces artículo 134.

Marcaba, el penúltimo artículo de nuestra Constitución, la pauta para que todos los contratos que las autoridades cele--- braran para la ejecución de obras públicas, fueran adjudicadas en subasta, previa convocatoria. Los interesados, habrían de pre--- sentar sus proposiciones en sobre cerrado, el cual sería abierto públicamente, o como señalaba el texto constitucional, en junta - pública.

En realidad, la contratación de obras públicas no era - a través de una subasta; normalmente se hacía por medio de con--- curso. Canals Arenas nos comenta en este sentido "hay que aclarar que el término subasta, dentro del texto original del artículo 134 de la Constitución, además de incorrecto, era confuso, --- realizándose normalmente los contratos por concurso -pues la subasta, almoneda o remate, se utiliza para las ventas forzadas-, - estableciéndose en la ley ciertas excepciones..." (213)

En efecto, el término subasta hace referencia a otro -- tipo de actos jurídicos que, ciertamente, no son los adecuados -- para la contratación de obras públicas. El remate, nos explica Becerra Bautista, "es el conjunto de actos jurídicos que permiten a la autoridad realizar la venta forzada de bienes para satisfa--

(213) CANALS ARENAS, Jorge Ricardo. El Contrato de Obra Pública, pp. 72. Ed. Trillas. México. 1991.

cer una obligación." "La palabra remate es sinónima de subasta y de almoneda..." (214) En el concurso no hay tal venta forzada para satisfacer una obligación; es decir, no hay una venta de -- bienes muebles o inmuebles en la que exista un comprador que, a título de propietario, adquiera dichos bienes, como sí sucede en el remate o subasta.

Más bien, el concurso hace referencia a un procedi--- miento , a un sistema de selección (215) entre varios proponen--- tes que lleva a cabo el Estado para la adjudicación del contrato (de obra pública). Es, en todo caso, "...una de las condicio--- nes que impone el Estado a sus co-contratantes cuando pacta con ellos la contratación de una obra pública." (216)

En suma, la adjudicación en la subasta está orientada a la venta que hace el Estado de bienes de un deudor a un terce--- ro adquirente; la adjudicación en el concurso, en cambio, se o--- rienta a la contratación de una obra pública, o suministro o en--- trega de bienes muebles para la prestación de servicios del Es--- tado.

Finalmente, los principios básicos que en materia de --- contratación de obras públicas estableció el texto de 1917 en su

- (214) BECERRA BAUTISTA, José. "Remate", tomo IV, pp. 2780. Dic--- cionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones - Jurídicas. Ed. Porrúa-UNAM. México. 1988.
- (215) Bercaitz ha sostenido que el concurso "...es un sistema de selección realizado sobre la base de un llamado, abierto o cerrado para determinados competidores, en el cual se ponderan los distintos proyectos, valores o merecimientos de quienes se presentan para obtener su adjudicación, la que se determina en función del más conveniente, técnica, ar--- tística o financieramente." BERCAITZ, Miguel Angel. Teo--- ría General de los Contratos Administrativos, pp. 319. E--- diciones Depalma. Buenos Aires. 1980.
- (216) HERNANDEZ ESPINDOLA, Olga. "Concurso", tomo I, pp. 581. --- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigacio--- nes Jurídicas. Ed. Porrúa-UNAM. México. 1987.

artículo 134, se conservan aún en nuestra Constitución vigente. - Las modificaciones que sufriera en 1982, no alteraron la esencia misma de la contratación, aunque hubo algunos cambios como lo fue, precisamente, la substitución de la adjudicación mediante subasta, por la de adjudicación a través de licitación pública. - En el siguiente rubro, hablaremos sobre esta última figura jurídica.

2.2.- Texto reformado de 1982.

Celebra setenta y cinco años nuestra Ley Suprema desde su fecha de promulgación (5 de febrero de 1917), y el texto del artículo 134 ha sufrido una sola reforma: la de fecha 28 de diciembre de 1982, para quedar como sigue:

"Artículo 134.- Los recursos económicos que dispongan el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposicio-

nes solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Quando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

El manejo de recursos económicos federales se sujetará a las bases de este artículo.

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del título cuarto de esta Constitución."

Añeja es ya la discusión, sobre si nuestra Constitución debiera o no tener tantas reformas. Sea por adecuarla al desarrollo y cambios que se gestan en los campos económico, social y político tanto a nivel nacional e internacional en nuestro país, sea por meros caprichos sexenales, lo cierto es que desde que nuestra Carta Magna sufriera su primera reforma (1921) ha tenido cerca de 260 modificaciones para nuestros días. No obstante, muchos principios básicos del Constituyente de 17 aún se mantienen. El Lic. Jorge Madrazo comenta que "de 1921 a la fecha, la Constitución ha tenido más de 250 modificaciones, lo que demuestra que, a pesar de su rigidez teórica, ha sido muy flexible en la práctica. Las reformas hechas a nuestra Constitución se han dirigido tanto al fondo como a la forma de los preceptos en ella asentados. Algunos principios y postulados han sido totalmente modificados; otros lo han sido parcialmente, e incluso, se ha reformado la constitución para decir algo que gramaticalmente ya decía. En todo caso, las reformas auténticamente innovadoras ---

constituyen la minoría." (217)

El artículo 134 constitucional, en materia de contratación de obras públicas, es de los artículos que ha mantenido sus principios básicos. "Aunque fue reformado por vez primera en -- 1982...se conserva sustancialmente el mandato original de 1917", comenta Nava Negrete. (218) El actual párrafo segundo del artículo citado, señala que la contratación de obra pública se adjudicará a través de licitación, previa convocatoria en la que los interesados presentarán proposiciones en sobre cerrado que será -- abierto en público.

La modificación quizá más relevante, es que la adjudicación de las obras será ahora por licitación pública en vez de -- subasta. Como ya habíamos señalado, las obras públicas contratadas por el Estado, habían seguido, sólo en la práctica, una política concursal; a partir de 1982, expresamente se consagraba en nuestra Constitución que la contratación sería por concurso. La licitación pública es, en realidad, un llamado a concursar; ése -- llamado se efectúa a través de una convocatoria pública.

En este punto hay que hacer una aclaración. Es clara la diferencia que existe entre subasta y concurso. (219) Sin -- embargo, también es preciso determinar si el concurso y la licitación son figuras jurídicas diferentes o similares. La doctrina argentina, por ejemplo, encuentra diferencias entre una y o--- tra. Bercaitz puntualiza a este respecto que en el concurso --- tiene mayor importancia el factor personal, donde se toman en --- cuenta elementos técnicos, artísticos, financieros, existiendo una mayor facultad discrecional de la Administración; mientras que

(217) MADRAZO, Jorge. "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", tomo I, pp. 670. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa--- UNAM. México. 1987.

(218) NAVA NEGRETE, Alfonso, "Contrato de...", tomo I, pp. 707.

(219) Supra, 2.1, mismo capítulo.

lo que interesa en la licitación, es el aspecto económico, es decir, el costo menor en dinero, tiempo, o especie de las ofertas que se presenten. (220) Según MÓ, la licitación pública "es un procedimiento administrativo multifacético, no siempre obligatorio para el Estado, quien procura, mediante su concurrencia legal y la de los oferentes, el mayor acierto de la adjudicación y contratación desde los puntos de vista técnico, moral y económico." (221)

Por su parte, Héctor Jorge Escola, señala que "...el concurso se diferencia de la licitación, no obstante las semejanzas que entre ambos sistemas se dan, ya que en la licitación, como ya sabemos, la elección del cocontratante no se basa en aspectos y condiciones personales, sino en factores preponderantemente económicos que califican la mejor oferta, la más conveniente." - "En el concurso, por tanto, la administración pública atiende a lo intelectual, a lo científico, a lo artístico, dejando de lado aspectos que o bien no interesan, o bien no han de prevalecer en la decisión." (222)

Para nosotros, no existen tales diferencias. Licitación, según el Diccionario Enciclopédico Espasa, significa solicitar públicamente ofertas para suministros o trabajos, generalmente para el Estado, las provincias o las comunas. (223) En nuestra opinión, la licitación pública es la acción de llamar a concurso a los interesados en la adjudicación de un contrato de obra pública, suministros etc. Este llamado puede ser a través de un sistema de contratación por concurso cerrado o abierto. (224)

(220) BERCAITZ, Miguel Angel, op. cit., pp. 319.

(221) MO, Fernando. Régimen Legal de las Obras Públicas, pp. 117, Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1966.

(222) ESCOLA, Héctor J., Tratado Integral de los Contratos Administrativos, vol I pp. 366. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1977.

(223) "Licitación" Diccionario Enciclopédico Espasa, tomo 15, pp. 233. Ed. Espasa-Calpe, S.A. Madrid. 1979.

(224) Infra, Capítulo VII, rubro 3.1.

De esta manera, lo único que sí debe quedar claramente distinguido, es la diferencia entre subasta y licitación pública (llamado a concurso). El criterio que se manejaba en épocas pasadas para la adjudicación de la obra pública al mejor postor en cuanto a precio (subasta), no es ya importante en nuestros días. Con la licitación pública se busca no sólo la mejor condición en cuanto a precio, sino también calidad, financiamiento, oportunidad, etc. -tal y como lo señalan, los artículos 134 constitucional y 30 de la LOP.

Como bien señala Hernández Espíndola, con la licitación es necesario que los contratistas y proveedores que concurren en condiciones de igualdad, suficiencia técnica y financiera "...no solamente garanticen el más bajo precio, sino también, calidad, financiamiento, oportunidad y otras circunstancias pertinentes." "A partir del espíritu del nuevo artículo 134 constitucional, el concepto de la licitación pública supera tanto en materia de adquisiciones, como en materia de obra pública los criterios prevalecientes con anterioridad sobre la postura y precio planteados por los oferentes, pues la adjudicación de los contratos se realiza respectivamente atendiendo a las condiciones legales, técnicas de experiencia y a las mejores ofertas de calidad y precio requeridas por el convocante, pasando a segundo término el criterio de la postura más baja." (225) Hoy en día, debemos hablar de licitación pública con todas sus características para el caso de la contratación de obras públicas, como lo señala nuestra Constitución.

Ahora bien, aun cuando nuestra Constitución sufrió una adecuada reforma en el año de 1982, actualmente carecemos formalmente de una ley reglamentaria del artículo 134. De 1917 a la fecha, han existido algunas leyes que contienen disposiciones relativas a las obras públicas, p.e. Ley del Servicio de Inspección

(225) HERNANDEZ ESPINDOLA, Olga, "Concurso", op. cit., tomo I, pp. 582.

Fiscal (D.O. de fecha 13 de abril de 1936); Ley de Secretarías y - Departamentos de Estado (D.O. de fecha 24 de diciembre de 1958); - Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas (D.O. de fecha 4 - de enero de 1966); y más aún la Ley de Obras Públicas vigente (D. O. de fecha 30 de diciembre de 1980); de las cuales, tres de es--- tas, han hecho las veces de ley reglamentaria.

Señala el maestro Nava Negrete que "formalmente el pre-- cepto constitucional no tiene ley reglamentaria, ni antes ni des-- pués de esa reforma. En el fondo, empero han cumplido este papel sin que expresamente se les haya asignado, la Ley del Servicio de Inspección Fiscal...la Ley de Inspección de Contratos y Obras Pú-- blicas..." (226) Más adelante haremos referencia a algunas de -- estas leyes.

C A P I T U L O VI
LAS OBRAS PUBLICAS. REGIMEN LEGAL.

1.- Naturaleza jurídica.

Importa mucho establecer la naturaleza jurídica de las obras públicas, puesto que esto significa conocer el régimen jurídico al que habrán de estar sujetas, es decir, si es aplicable el derecho público o el privado derivándose de ello, diferentes consecuencias jurídicas.

En principio, no es aceptable el criterio de que una -- figura jurídica tiene naturaleza jurídica pública si se aplica el régimen de derecho público, es decir, según el criterio, primero se revisa qué régimen jurídico es el aplicable y de ello se deduce la naturaleza propia de la figura jurídica en cuestión. Lo correcto es determinar primero la naturaleza jurídica, y luego, el régimen jurídico. (227)

Por esto, hay que analizar, en primer término, los elementos más relevantes de las obras públicas, o sea, qué características o condiciones hacen que una obra (trabajo o servicio) - sea considerada como obra pública, para lo cual, es necesario acudir tanto a la doctrina como a la ley. En segundo término, - es indispensable auxiliarnos del llamado contrato de obra pública como el acto jurídico con el que generalmente se realizan las obras públicas. Es decir, con el contrato (administrativo) de - obra pública, se esclarecerá aún más la cuestión sobre la naturaleza jurídica que tienen las obras públicas.

(227) Más adelante, se hablará sobre los criterios que se utilizan para la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por el Estado, tomando en cuenta que los contratos de obra pública celebrados por la adminis---

La naturaleza jurídica de las obras públicas se encuentra en tres elementos primordialmente: 1) se trata siempre de un trabajo sobre bienes muebles o inmuebles, o un servicio prestado sobre ellos; 2) interviene el Estado, o mejor dicho, la administración pública, en todas las obras públicas; 3) debe existir un fin, que es el de satisfacer intereses generales.

La vigente Ley de Obras Públicas, aunque establece una definición muy extensa de obra pública, nos permite concluir que la obra pública hace referencia a un trabajo o servicio realizado siempre por la administración pública sobre bienes muebles o inmuebles.

La naturaleza de las obras públicas, no se modifica si se trata de bienes muebles o inmuebles, contrariamente a lo que señala Sayagués Laso quien sí excluye a los bienes muebles. (228) Aunque la citada ley no lo menciona expresamente, sí pueden intervenir bienes muebles (p.e. planos arquitectónicos). Tampoco importa para la determinación de la naturaleza de las obras públicas, si esos bienes son o no de los particulares -pueden realizarse obras públicas sobre predios particulares. Coincidimos con el criterio de Escola en el sentido de que no es imprescindible que el trabajo público recaiga sobre bienes del dominio público, "...ya que pueden realizarse sobre bienes del dominio privado administrativo e incluso del dominio de los particulares, como ocurre en el caso de trabajos ordenados por la autoridad administrativa sobre inmuebles privados por razones de seguridad o para evitar un peligro inminente." (229) Lo que sí es relevante es que sea un trabajo o servicio -construcción, con---

tración pública, están considerados en nuestra legislación -como único caso hasta el momento- como contratos de derecho público (artículo 50 LOP).

(228) SAYAGUES LASO, Enrique, op. cit., tomo II, pp. 88.

(229) ESCOLA, Hector J., op. cit., vol. II, pp. 169.

servación, reparación, demolición, exploración, extracción, etc-- realizados sobre bienes muebles o inmuebles in genere.

Ahora bien, estos trabajos y servicios, deberán ser -- realizados siempre por la administración pública, ya sea de forma directa (por sus propias entidades públicas: Secretarías de -- Estado; Procuraduría General de la República y de Justicia del -- Distrito Federal; unidades de la Presidencia; Departamento del -- Distrito Federal; entidades paraestatales; tal y como lo señala el artículo primero de la Ley de Obras Públicas) o de forma in-- directa (por particulares vía contrato o concesión). Y es que lo que singulariza especialmente a la obra pública, es la indis-- pensable intervención del Estado, ya sea a través de la Federa-- ción, las Entidades Federativas o los Municipios.

"Los trabajos públicos que dan lugar a la o-- bra pública deben ser efectuados por cuenta -- de una persona pública estatal, siendo indi-- ferente que ésta sea nacional, provincial, -- municipal, etc., con tal que tenga ese carác-- ter. En cambio, no lo tendrán los llevados a cabo por cuenta de personas jurídicas o enti-- dades que no sean estatales, aun siendo pú-- blicas."

"Lo dicho no significa ni debe entenderse como que esas personas públicas estatales deben llevar a cabo la obra pública por sí mismas, de manera directa, sino también que pueden realizarla mediante la colaboración de -- terceros, extraños a ellas, ya sean contra-- tistas o concesionarios de obras públicas."
(230)

En la primera parte de este trabajo, afirmamos que la -- titularidad en la prestación del servicio público la conserva el Estado, es decir, la administración pública. Pero lo anterior no se traduce en un monopolio por la circunstancia de que los --

(230) ESCOLA, Hector J., op. cit., vol. II, pp. 176.

particulares también pueden intervenir en esa prestación vía --- concesión. En las obras públicas sucede algo semejante; en o--- tras palabras, la realización de las obras públicas corresponde solamente a la administración pública, pues de lo contrario, --- cualquier otra obra (trabajo o servicio) realizada sin la inter--- vención de una entidad pública, desvirtuaría la naturaleza prop--- ia de la obra pública. Pero las obras públicas y su realiza--- ción no representan un monopolio, en virtud de que los particu--- lares también pueden realizarlas vía contrato o concesión.

Claro está que no cualquiera obra material -como le de--- nominan los maestros Serra Rojas y Nava Negrete (231)- realiza--- da por la administración pública, con las características arriba citadas, tienen la naturaleza de una obra pública. Es requisi--- to indispensable que esa obra tenga una finalidad, y ese elemen--- to teleológico será la satisfacción de necesidades generales. - (232) En nuestro concepto, lo que le da esa publicización a la obra pública, no es sólo la intervención de la administración -- pública en su realización, sino que está destinada a cubrir in--- tereses de la colectividad en general. Como afirma Escola, "la obra pública, para ser realmente tal, debe estar encaminada o -- dirigida a logro o satisfacción de un interés público..." (233)

De esta manera, poco importa para la naturaleza de las obras públicas, si estas las realiza la administración pública o

- (231) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 539; NAVA NEGRETE, Alfonso, "Contrato de...", tomo I, pp. 707.
- (232) Contrariu sensu a lo que afirman la mayoría de los auto--- res, Marienhoff suprime la idea de que en la obra pública se hable sobre un fin al que va encaminada, que es la sa--- tisfacción de intereses generales. "Para dar la noción de pura de obra pública ha de prescindirse, pues, de toda re--- ferencia a las funciones o fines que el Estado cumplirá -- con dicha obra y al uso a que se la destine." MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., tomo III-B, pp. 505.
- (233) ESCOLA, Hector J., op. cit., vol. II, pp. 177.

o los particulares vía contrato, si son bienes muebles o inmuebles, si su financiamiento procede de la propia administración pública o no, etc. (234)

En suma, se puede decir que la naturaleza jurídica de la obra pública, es la de ser un servicio o trabajo (obra material) realizada por la administración pública para satisfacer necesidades generales. Luego entonces, su régimen habrá de ser de derecho público.

La intervención de los particulares en la realización de la obra pública a través del contrato, no afecta la naturaleza propia de la misma. Lejos de que el contrato de obra pública pudiera crear confusión en la naturaleza de las obras públicas, nos ayuda a mejor determinarla. Tan es así, que en la celebración del contrato, encontramos los tres elementos primordiales que tiene toda obra pública: una obra, la intervención de la administración pública, y la satisfacción de un interés general. La nota que se agrega para el caso del contrato, es la inclusión de los particulares en la realización de la obra.

En México, nuestra legislación vigente resuelve el problema de la naturaleza de los contratos de obra pública. En efecto, la Ley de Obras Públicas de 1980, señala que todos los contratos celebrados al tenor de las disposiciones de la misma, serán considerados de derecho público. Este es el único caso en nuestro país, en el que un contrato celebrado por el Estado será público por determinación de la ley. Y este caso es pre-

(234) Mo sugiere que "...jurídicamente no debe buscarse la naturaleza de la obra pública en el origen de los fondos económico-financieros a emplearse en su realización; por el contrario, debemos encontrarla en la circunstancia de que en la celebración contractual y ejecución aparezca la presencia de una entidad administrativa como persona de derecho público." MO, Fernando, op. cit., pp. 57.

cisamente el contrato de obra pública. El artículo 50 de la ley citada establece, en su párrafo primero:

"Artículo 50.- Los contratos que con base en la presente ley, celebren las dependencias y entidades, se considerarán de derecho público."

Pero independientemente de que la ley determine la naturaleza del contrato de obra pública, el criterio doctrinal que prevalece a este respecto, y con el que estamos de acuerdo, es el de que el contrato de obra pública tiene la naturaleza jurídica de un verdadero contrato administrativo. (235) Y hablar de contrato administrativo, es hablar de un contrato donde siempre interviene el Estado para su celebración, y en donde el fin que se busca es el de satisfacer intereses generales. "El contrato de obra pública -apunta Escola- es siempre un contrato administrativo, ya que si la obra pública, para ser tal, debe estar encaminada o dirigida al logro o satisfacción de un interés público, va de suyo que esa finalidad se transfiere a la finalidad del contrato, que es la misma, y que hace que sea siempre un contrato administrativo." (236)

Luego entonces, el contrato de obra pública se somete, al igual que los demás contratos administrativos, a un régimen de derecho público. Más adelante estudiaremos con mayor detalle el concepto y criterios que se utilizan para determinar la naturaleza jurídica de los contratos administrativos.

(235) En este sentido se encuentran: Bielsa, op. cit., tomo II, pp. 351 y 352; Escola, op. cit., vol. II, pp. 180; Fraga, op. cit., pp. 365 y sigs.; Garrido Falla, op. cit., vol. II, pp. 72; Jéze, op. cit., tomo III, pp. 365 y sigs.; MÓ, op. cit., pp. 22; Nava Negrete "Contrato de..." tomo I, pp. 706; Royo-Villanova, op. cit., tomo segundo, pp. 860 y sigs.; Serra Rojas, op. cit., tomo segundo, pp. 543 y sigs.; Zorrilla Martínez, op. cit., pp. 533.

(236) ESCOLA, Héctor, J., op. cit., vol II, pp. 181.

1.1.- Federal.

Las obras públicas pueden revestir el carácter de federales, locales o municipales. Para determinar lo anterior, hay que atender fundamentalmente a la naturaleza del sujeto que participa en la realización de las obras públicas, y a la procedencia de los fondos para su creación.

Partiendo de la idea, totalmente aceptada, de que siempre habrá de intervenir una entidad pública, sea directa o indirectamente, basta con examinar si dicha entidad pertenece a la administración pública federal, local o municipal y así determinar, respectivamente, el carácter de las obras públicas.

Efectivamente, para que una obra pública tenga o no carácter federal, es irrelevante que sea realizada solo por una o varias entidades públicas (directamente) o por particulares a través de contrato o concesión (indirectamente); tampoco importa el lugar geográfico en donde se lleva a cabo la obra pública dentro del territorio nacional. Sino que, lo primero que debe observarse, es que si la entidad pública que participa en la obra pública pertenece a la Administración Pública Federal, aquélla tendrá carácter federal. El artículo primero de la LOP señala cuáles son esas entidades públicas: unidades de la Presidencia; Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos (estos últimos han desaparecido); Procuradurías General de la República y de Justicia del Distrito Federal; Departamento del Distrito Federal; y entidades paraestatales. Por lo que aún habiendo obras públicas donde intervengan estas entidades conjuntamente con particulares u otras entidades locales y municipales, dichas obras conservarán su carácter federal, excepto tratándose del Departamento del Distrito Federal, en cuyo caso se tratará de una obra pública local.

En segundo lugar, si los fondos son federales, aunque -- sean parciales, las obras públicas serán federales; por tanto, -- todas las obras que se lleven a cabo de esta manera, se sujetarán a disposiciones de carácter federal: en concreto la Ley de Obras Públicas de 1980 y su Reglamento de 1985. Debe pensarse que la obra pública es federal, en tanto los fondos sean federales, ---- consecuentemente, el régimen jurídico que se aplicará será el federal. Citamos el artículo séptimo de la LOP:

"Artículo 7.- La ejecución de obras públicas con cargo total o parcial a fondos federales conforme a los convenios entre el Ejecutivo - Federal y las entidades federativas, estará - sujeta a las disposiciones de esta ley. Para estos efectos se pactará lo conducente en los mencionados convenios, con la participación - que, en su caso, corresponda a los municipios interesados."

Por ello, si hay obras públicas donde intervienen tanto la Administración Pública Federal como la Local o Municipal, la obra seguirá lineamientos de tipo federal. (237) Como apunta -- Zorrilla Martínez, "la ley también será aplicable a la ejecución de obras públicas con cargo total o parcial a fondos federales, - conforme a los convenios del Ejecutivo Federal con las entidades federativas. Esta disposición debe entenderse referida a lo que - corresponda a la planeación e inversión de fondos federales, in-- terpretándose que si la obra pública es ejecutada por un gobierno local...la Federación deberá convenir el aprovechamiento -así - sea parcial- de los órganos de control y vigilancia y de los me-- dios de adjudicación y contratación del gobierno estatal, o acordar prestarle los medios e implementos federales en alguna ---

(237) En el siguiente rubro, citamos algunas disposiciones locales que apoyan esta afirmación (leyes de obras públicas --- estatales).

proporción. Esto es congruente con el sistema federal y podría constituir un estímulo recíproco de perfeccionamiento para ambas instancias gubernamentales." (238)

La reflexión anterior se apoya aún más, con el hecho de que si hubiera alguna controversia en materia de obras públicas respecto a la aplicación e interpretación de la ley de obras públicas de la Federación o de los contratos de obra pública, donde intervengan entidades tanto federales como locales, sería resuelta por un tribunal federal, y no local; en concreto, por el Tribunal Fiscal de la Federación (artículos 50 segundo párrafo de la LOP y 23 fracción séptima de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación). (239)

Para los casos de obras públicas donde intervengan SOLO autoridades locales sin fondos federales, tal y como lo señalan las leyes de obras públicas de los propios estados, las controversias serán resueltas por los propios órganos jurisdiccionales locales según el Estado del que se trate. (240)

Pero hay que aclarar que, en los casos en los que intervenga solamente la administración pública federal, directa o indirectamente, sus entidades públicas observarán disposiciones locales y municipales en materia de construcción según la entidad federativa, tal y como lo dispone el artículo 29 bis de la Ley de Obras Públicas de la Federación:

"Artículo 29 bis.- Las dependencias y entidades de la administración pública federal que

(238) ZORRILLA MARTINEZ, Pedro G., op. cit., pp. 533.

(239) Nos hace notar Nava Negrete, que en materia de lo contencioso de las obras públicas, el citado tribunal no ha conocido de un solo juicio en que haya dictado sentencia. - NAVA NEGRETE, Alfonso, "Contrato de...", tomo I, pp. 708.

(240) Remitimos al rubro 1.2 de este mismo capítulo.

realicen obras por administración directa o mediante contrato y los contratistas con quienes aquéllas contraten, observarán las disposiciones que en materia de construcción rijan en el ámbito local y municipal..."

Sin embargo, esta situación no altera en nada la naturaleza federal de la obra pública. No por el hecho de que las entidades públicas federales respeten disposiciones legales y reglamentarias; tomen en cuenta planes y programas de desarrollo estatales y municipales; celebren convenios con los Estados y Municipios para la realización de las obras y para una adecuada aplicación de la legislación, perderá la obra pública su carácter federal (artículos 12 fracción cuarta; 7; 29 fracción tercera de la Ley de Obras Públicas de la Federación).

Si el financiamiento para la obra pública proviene de créditos o préstamos del exterior (p.e. Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento con créditos concertados a través de Nacional Financiera o Banobras) de algún banco nacional, o de instituciones privadas, se aplicará igualmente la legislación federal.

Concluyendo, una obra pública es federal, si interviene en su realización la administración pública federal, y los fondos que se destinen para ello sean federales. La ley aplicable es la Ley de Obras Públicas de la Federación de 1980, ley expedida por el Congreso de la Unión. Canals Arenas explica que "la LOP es federal, regulando a la obra pública que define como tal, expedida por el Congreso de la Unión, siendo ésta de orden público." "La facultad del Congreso de la Unión para legislar sobre obra pública -sin considerar el artículo 134-, no se encuentra ni específicamente ni directamente en ninguna fracción del -

artículo 73 de la Constitución, sino en forma indirecta en las siguientes fracciones de dicho precepto legal: VI, XVII, XXV, -- XXIX-C, XXIX-D, XXIX-E y XXX." (241) En materia de obras pú-- blicas pueden legislar, tanto el Congreso de la Unión, como las legislaturas locales.

1.2.- Estatal.

Las entidades federativas a lo largo del territorio -- nacional, cuentan con sus propias leyes de obras públicas y sus reglamentos. Una obra pública es local, si para su realización intervienen solo entidades públicas locales o particulares que -- hayan contratado con ellas, y no existan fondos federales de por medio.

Como anteriormente señalamos, si participa la adminis-- tración pública federal en la obra pública, y existen fondos fe-- derales, la obra tendrá carácter federal, por lo que se aplica-- rán la Ley de Obras Públicas de la Federación, la legislación -- local y los convenios celebrados entre los Ejecutivos Federal y Estatal. Las propias leyes de obras públicas de los estados -- así lo señalan. La Ley de Obras Públicas del Estado de Quere-- taro (Periódico Oficial de fecha 13 de febrero de 1980) estable-- ce en su artículo séptimo:

"Artículo 7.- Las ejecución de las obras pú-- blicas que realicen las dependencias y enti-- dades con cargo total o parcial a fondos a-- cordados por la Federación, conforme a los -- Convenios entre los Ejecutivos Federal y Es--

(241) CANAL ARENAS, Jorge Ricardo, op. cit., pp. 89.

tatal, estarán sujetas a las disposiciones - de la Ley de Obras Públicas de la Federación a lo ordenado por esta Ley y a lo pactado en los propios convenios a que se hace alusión."

Otros ejemplos, son las Leyes de Obras Públicas de los Estados de México (Gaceta de Gobierno de fecha 26 de septiembre de 1984) y de Michoacán (Periódico Oficial de fecha 17 de abril de 1989) que igualmente en sus artículos séptimo establecen respectivamente:

"Artículo 7.- La ejecución de las Obras Públicas que realicen las Dependencias y Entidades con cargo total o parcial a fondos aportados por la Federación conforme a los -- Convenios entre el Ejecutivo Estatal y el Ejecutivo Federal, estarán sujetas a las disposiciones de la Ley de Obras Públicas de la Federación y en lo conducente a lo ordenado por esta Ley, así como a lo pactado en los - Convenios a que se refiere este Artículo."

"Artículo 7.- La ejecución de las obras públicas que realicen las dependencias y Ayuntamientos con cargo total o parcial a fondos aportados por la Federación conforme a los - convenios entre el Ejecutivo Estatal y el Ejecutivo Federal, estarán sujetas a las disposiciones de la Ley de Obras Públicas que - aplica el Gobierno Federal."

En este orden de ideas, es lógico deducir que en las - obras públicas donde intervienen solo entidades públicas locales directa o indirectamente, y con fondos estatales, tendrán naturaleza local; y por lo tanto se aplicará la legislación local -- correspondiente en materia de obras públicas. Nos ilustran en esto, las Leyes de Obras Públicas de los Estados de Querétaro -- (artículo sexto) y de México (artículo sexto) que respectivamente señalan:

"Artículo 6.- La ejecución de la obra pública con cargo total o parcial a fondos estatales o municipales, estará sujeta a las --- disposiciones de esta Ley y a los Convenios que se celebren."

"Artículo 6.- La Ejecución de Obras Públicas estará sujeta a las disposiciones de --- esta Ley y a los Convenios que se celebren, con cargo total o parcial a Fondos Estatales o Municipales."

Así como en materia federal el gasto de la obra pública se sujeta a lo que previene el Presupuesto Anual de Egresos - de la Federación, en materia local, el gasto de la obra pública se sujeta a los Presupuestos de Egresos del Estado y Municipios. Mencionamos como ejemplo la Ley de Obras Públicas del Estado de Tabasco (Periódico Oficial de fecha 13 de julio de 1983) que dice en su artículo cuarto:

"Artículo 4.- El gasto de la Obra Pública se sujetará a lo previsto en los Presupuestos Anuales de Egresos del Estado y en los Convenios de Obras que se celebren con los Municipios, así como a las disposiciones de la Ley del Presupuesto y, en lo conducente, a las disposiciones que en esta Ley se establecen..."

Nos comenta Canals Arenas que "las obras realizadas -- por los municipios o las entidades federativas, se regularán por las leyes de obras públicas de los estados, que generalmente siguen al pie de la letra lo normado por la LOP federal, adaptándola simplemente a las autoridades y planes sectoriales y regionales, por medio del Convenio Unico de Desarrollo." "La obra pública local -continúa el autor- está definida por su objeto, - es decir por la definición de la obra misma, que generalmente es

copia de lo regulado por la LOP federal, y por los sujetos de la Administración Pública local que intervienen: los órganos des--- centralizados de la entidad federativa; el gobierno del estado, por conducto de los departamentos competentes; las empresas de participación estatal en las que el gobierno del estado sea so--- cio mayoritario y los fiduciarios en los fideicomisos." (242) - En efecto, las leyes estatales que en materia de obras públicas se han expedido por los órganos legislativos locales, guardan -- muchas semejanzas con la ley federal de obras públicas.

De las cuatro leyes estatales que en materia de obras públicas se consultaron -Estado de México, Querétaro, Michoacán, Tabasco- para citar algunos ejemplos, todas coinciden en muchos puntos respecto de la ley federal. Son el caso, por ejemplo, - la definición adoptada de obra pública; las características de - planeación, presupuestación y programación que se realizan en -- toda obra pública; la existencia de un padrón de contratistas; - ejecución de obras públicas por contrato o administración direc- ta; los contratos celebrados conforme a las leyes respectivas -- son de derecho público; etc.

Por esto, las entidades públicas locales que partici-- pen en las obras públicas locales serán las Secretarías y Unida-- des Administrativas del Ejecutivo del Estado; los Organismos Au-- xiliares del Estado y Municipios; Ayuntamientos; entidades pa--- raestatales del gobierno estatal; etc.

1.3.- Municipal.

Con todo lo que hasta el momento se ha dicho sobre la

(242) CANALS ARENAS, Jorge Ricardo, op. cit., pp. 88 y 89.

naturaleza de las obras públicas, se colige que las obras públicas municipales, serán aquellas en donde solo intervengan el Municipio directa o indirectamente. El estudio del Municipio en cuanto a su naturaleza jurídica, su organización y los medios -- que utiliza para allegarse de recursos, es controvertido, muy -- extenso, y por demás, interesante. Sin embargo, introducirnos a este tema sería desviarnos del propósito de este trabajo.

Por el momento, basta con saber que los Municipios --- realizan las obras públicas a través de sus Ayuntamientos y que pueden consistir en la construcción y reconstrucción de pavimentación; dotación e instalación de agua, alcantarillado y alumbrado eléctrico; mercados; escuelas; sanatorios; etc. El aspecto financiero de los Municipios, ha sido un problema de muchos años, por lo que para la realización de las obras públicas pueden concertar créditos con instituciones bancarias, privadas, etc., tal y como lo señala, por ejemplo, la Ley de Cooperación para Obras Públicas Municipales del Estado de Tabasco, que en su artículo noveno establece:

"Artículo 9.- Cuando el financiamiento de las obras no pueda ser costeadado de inmediato por la autoridad municipal, los Ayuntamientos podrán solicitar los créditos necesarios a las instituciones bancarias que ofrezcan mejores condiciones. Estos créditos sólo se podrán - contratar de conformidad con lo ordenado por la Constitución Política del Estado de Tabasco, y de ellos responderán directamente -- los Ayuntamientos..."

Las obras públicas de los Municipios son reguladas por las propias leyes de obras públicas de los estados, y por otras disposiciones legislativas como es el caso de la ya citada Ley -

de Cooperación para Obras Públicas Municipales. Los Ayunta----
 mientos de los Municipios de los diferentes Estados están consi-
 derados por las leyes de obras públicas estatales -en su mayo---
 rfa- como entes que se sujetan a las disposiciones que prevengan
 las mismas. Así, el artículo primero de la Ley de Obras Públi-
 cas del Estado de Querétaro establece:

"Artículo 1.- La presente Ley es de Orden --
 Público e interés social y tiene por objeto
 regular el gasto de la Obra Pública que rea-
 lice el Gobierno del Estado, los Ayuntamien-
 tos, los Organismos Auxiliares de ambos.....

Quedan sujetas a ella:

.....
 IV.- Los Ayuntamientos de los Municipios del
 Estado."

En el mismo sentido se encuentra la Ley de Obras Pú---
 blicas del Estado de México, que en su artículo primero señala:

"Artículo 1.- La presente ley es de orden --
 público e interés social y tiene por objeto
 regular el gasto de la Obra Pública que rea-
 licen el Estado de México, los Municipios y
 sus Organismos Auxiliares.....y es-
 tán sujetas a ella:

.....
 V. Los Ayuntamientos de los Municipios del -
 Estado."

Los Municipios, finalmente, pueden celebrar convenios
 para la realización de sus obras públicas con las propias enti-
 dades federativas, o con otras entidades públicas.

2.- Sistemas de realización de las obras públicas.

Las obras públicas se realizan a través de dos sistemas: 1) administración directa; b) contratación. Esta dualidad es aceptada prácticamente por todos los autores que han estudiado las obras públicas.

En México, estos dos sistemas no solo son aceptados por nuestra doctrina (243), sino que también la propia legislación mexicana los establece. La ley federal de obras públicas dispone en su artículo 28 lo siguiente:

"Artículo 28.- Las dependencias y entidades podrán realizar las obras públicas por contrato, o por administración directa."

Las leyes estatales en materia de obras públicas también lo previenen de esa manera. Por ejemplo: Michoacán (artículo 24); Estado de México (artículo 8); Tabasco (artículo 27); - Querétaro (artículo 8); las que respectivamente señalan:

"Artículo 24.- Las Dependencias, Entidades y Ayuntamientos, podrán realizar las obras públicas por contrato o por administración directa..."

"Artículo 8.- Corresponde a la Secretaría de Desarrollo Urbano y Obras Públicas y a los Ayuntamientos, ejecutar las Obras Públicas del Gobierno del Estado y de los Municipios, respectivamente, las que podrá realizar por contrato o por administración."

"Artículo 27.- Las dependencias y entidades podrán realizar las obras públicas por contrato o por administración directa..."

"Artículo 8.- Corresponde a las Dependencias

[243] SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 542 y sigs. ZORRILLA MARTINEZ, Pdero G., op. cit., pp. 530; CANALS ARENAS, Jorge R., op. cit., pp. 101 y sigs.

y a los Ayuntamientos ejecutar las obras públicas del Gobierno del Estado y de los Municipios, respectivamente, las que podrán realizarse por contrato o por administración."

2.1.- Administración Directa.

Cuando se hace alusión a que la obra pública se realizará por administración directa, se da a entender que el único que interviene para ello es la Administración Pública Federal, Local o Municipal, independientemente de donde provengan los fondos.

No todos los países utilizan el término de "administración directa" para este sistema de realización de la obra pública, como sí lo hacen Francia (244) o México por ejemplo. En España, Fernández de Velasco le denomina "servicio y obras por administración" (245) En Argentina, mientras que Marienhoff y Escola le llaman simplemente "por administración", MO agrega que es un sistema de administración o economía. (246) Pero la terminología utilizada es lo de menos, la esencia del sistema es la misma.

MO enfatiza que "mediante este sistema, la obra se realiza sin contrato de construcción. El estado se convierte en su propio empresario, cargando con todos los riesgos que puedan derivarse. En efecto, no aparece el contratista responsable de la obligación de resultado cuyo objeto es la obra. Puede decirse -- que nadie se interpone entre el comitente y la obra." (247)

(244) En este sentido véase Jéze, op. cit., tomo III, pp. 361.

(245) FERNANDEZ DE VELASCO, Recaredo, op. cit., pp. 109.

(246) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., tomo III-B, pp. 151; ESCOLA, Héctor J., op. cit., vol II, pp. 179; MO, Fernando, op. cit., pp. 66.

(247) MO, Fernando, op. cit., pp. 66.

Para Escola, en este sistema, "...los trabajos públicos que dan como resultado la obra pública son efectuados directamente por la misma Administración Pública, con su propio personal, - sin recurrir para ello a terceros, actividad que se configura como una actividad administrativa más." (248)

En México, el Reglamento de la anterior Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas -abrogado por el Reglamento de la Ley de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial de fecha 11 de septiembre de 1981, a su vez abrogado por el vigente Reglamento de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial de fecha 13 de febrero de 1985- daba a conocer lo que para la propia ley - era la administración directa. El citado Reglamento disponía en su artículo segundo:

"Artículo 2.- Para los efectos del Artículo - 4° de la Ley, se entiende por obras por administración directa, aquellas que las dependencias ejecuten con sus propios medios sin - la intervención de contratistas, salvo el --- proyecto, dirección y supervisión que podrán realizarse por contrato."

La vigente Ley de Obras Públicas de la Federación, más que señalar lo que se entiende por administración directa, sujeta a las entidades públicas que realicen obras públicas bajo este -- sistema, a toda una serie de requisitos que necesariamente deben observar. Requisitos que van desde las capacidades técnica y económica (la obra pública debe estar incluida en un programa de - inversiones) con las que deben contar toda entidad pública inte--

(248) ESCOLA, Héctor J., op. cit., vol. II, pp. 179. En este mismo sentido, Marienhoff ha explicado que "cuando el Estado - efectúa la obra por administración, se vale para ello de su propio personal, sin recurrir a extraños...la respectiva -- actividad...constituye un simple capítulo de la ordinaria - labor administrativa." MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., tomo III-B, pp. 511.

resada, hasta la cumplimentación de trámites o gestiones complementarias que se relacionen con la obra; como lo son, la observancia de disposiciones estatales y municipales; la oportuna entrega de información relacionada con la obra a la Secretaría de la Contraloría y a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público -- (estudios, proyectos, presupuesto, etc.) etc. Citamos los artículos 29, 51 y 59 de la ley en vigor:

"Artículo 29.- Para que las dependencias o -- entidades puedan realizar obras, será mentes-
ter que:

- I. Las obras estén incluidas en el programa -- de inversiones autorizado;
- II. Se cuente con los estudios y proyectos, -- las normas y especificaciones de construcción el presupuesto, el programa de ejecución y, -- en su caso, el programa de suministro, y
- III. Se cumplan los trámites o gestiones complementarios que se relacionen con la obra y los que deban realizarse conforme a las dis-- posiciones estatales y municipales."

"Artículo 51.- En los términos del artículo -- 29, las dependencias y entidades ejecutarán -- obras por administración directa sin inter-- vención de contratistas, siempre que posean -- la capacidad técnica y los elementos neces-- arios para tal efecto.

Previamente a la ejecución de estas obras, la dependencia o entidad emitirá el acuerdo -- respectivo, del cual formarán parte: la des-- cripción pormenorizada de la obra que se deba ejecutar, los proyectos, planos, especifica-- ciones, programas de ejecución y suministro, y el presupuesto correspondiente."

"Artículo 59.- Las dependencias y entidades -- deberán remitir a la Secretaría ya la Contra-- loría, en la forma y términos que éstas señalen, la información relativa a las obras que realicen o contraten."

Previene la Ley de Obras Públicas del Estado de Michoacán -asimismo- disposiciones similares a las que anteriormente se han citado, existiendo tan solo pequeñas e irrelevantes modificaciones. Señalas sus artículos 25 y 52 lo siguiente:

"Artículo 25.- Para que las Dependencias, Entidades y Ayuntamientos puedan realizar obras será menester que:

- I. Las obras estén incluidas en el programa general de obras públicas del Gobierno del -- Estado y/o del Municipio y acordes con los -- planes de desarrollo y que exista la disponibilidad presupuestal;
- II. Se cuente con los estudios y proyectos; - las normas y especificaciones de construcción y el programa de ejecución; y
- III. Se cumplan los trámites o gestiones complementarios que se relacionen con la obra y los que deban realizarse conforme a las dis-- posiciones estatales y municipales."

"Artículo 52.- Las Dependencias y Entidades - que realicen obras con cargo total o parcial a fondos estatales, deberán remitir a la --- Coordinación y a la Contraloría, en la forma y términos que éstas señalen, la información relativa a las obras que realicen o contra--- ten."

2.2.- Contratación.

El otro sistema de realización de las obras públicas es por contratación. En este sistema, nos explica Escola "...la -- Administración Pública actúa indirectamente, recurriendo a la colaboración de terceros, que son quienes se hacen cargo del cum--- plimiento de los trabajos que darán lugar a la obra pública. Esa colaboración se obtiene por vía contractual, es decir, mediante -

la celebración de contratos entre la administración y los terceros." (249)

El contrato que lleva a cabo la Administración Pública, se denomina contrato de obra pública, al que considero un verdadero contrato administrativo. Los aspectos más relevantes sobre este sistema de realización de las obras públicas se estudiará en los siguientes rubros de éste y el próximo capítulos. A ellos - nos remitimos.

3.- Contrato de Obra Pública.

3.2.- Concepto.

Para el desarrollo de este rubro, se parte de la base - de que gran parte de la doctrina administrativa extranjera y nacional, consideran al contrato de obra pública como un contrato - administrativo, es decir, un contrato público o de derecho público. El contrato de obra pública constituye, para los especialistas en la materia, uno -si no es que el más importante- de - los principales contratos administrativos. Es, como afirma Garrido Falla, no sólo "un contrato claramente administrativo, sino que incluso puede decirse que es el contrato administrativo por - excelencia." (250)

Y es que el contrato (administrativo) de obras públicas ha sido durante mucho tiempo, el prototipo de los demás contratos administrativos. Como afirma Jéze: "este contrato administrativo "...ha servido de modelo para todos los demás. Es el contrato --

(249) ESCOLA, Héctor J., op. cit., vol. II, pp. 179 y 180.

(250) GARRIDO FALLA, Fernando, op. cit., vol. II, pp. 72.

para el cual la jurisprudencia ha formulado, desde un primer momento, las reglas más precisas." (251) Para este autor francés, contiene el contrato de obra pública cuatro elementos esenciales, que son el de que se trata de un contrato administrativo; su objeto es la ejecución de una obra inmueble; existe de por medio una remuneración en dinero o en cualquier otra forma; y finalmente, los gastos y riesgos están a cargo del empresario contratista. (252)

En España, Fernández de Velasco ha dicho que, el contrato de obras públicas -al que denomina concesión de obras públicas- es un contrato administrativo en virtud del cual, "...un contratista se obliga a realizarlas a riesgo y ventura, salvo pacto en contrario, recibiendo a cambio la cantidad que por unidad de obra se fije, que le abonará la Administración." (253)

Por su lado, García de Enterría, auxiliándose de su legislación, define al contrato de obras como "...aquél que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración...a cambio de un precio." (254) El, al igual que otros autores, afirma que este contrato administrativo nominado, es "...la figura contractual más definida en el ámbito administrativo." (255)

En América Latina, en particular en Argentina, el contrato de obra pública es un verdadero contrato administrativo con régimen legal propio, según afirma Bielsa. (256) Sin embargo, -

(251) JEZE, Gastón, op. cit., tomo III, pp. 356.

(252) JEZE, Gastón, op. cit., tomo III, pp. 357 y sigs.

(253) FERNANDEZ DE VELASCO, Recaredo, op. cit., pp. 4.

(254) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, op. cit., tomo I, pp. 692.

(255) GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, op. cit., tomo I, pp. 692.

(256) BIELSA, Rafael, op. cit., tomo II, pp. 355.

existen voces en el propio país argentino, que no aceptan que todo contrato de obra pública sea administrativo, como es el caso de Marienhoff. Su posición se deriva de que él acepta la idea de que pueden existir contratos de obra pública de derecho privado. "Para que el contrato de obra pública se considere administrativo, stricto sensu, debe concurrir el requisito esencial de todo contrato administrativo, o sea que la prestación del cocontratante se relaciones, directa e inmediatamente, con alguna de las funciones esenciales o específicas del Estado, con los fines públicos propios de éste. Si así no fuere, el contrato de obra pública no sería administrativo, sino de derecho privado." (257) Partiendo de esta división, para nosotros inaceptable, conceptualiza al contrato administrativo de obra pública como "...el acto en cuyo mérito el Estado conviene con un tercero la realización de una obra que le permitirá cumplir funciones esenciales o específicas suyas, realizando así el Estado alguno de sus fines públicos propios." (258)

Para Escola, el contrato de obra pública sí es un contrato administrativo y lo define como "...el contrato administrativo que celebra la administración pública para la realización de una obra pública, mediante el pago de un precio al cocontratante particular." (259)

Según José Canasi, el contrato de obra pública es ---- "...todo contrato que celebra la administración pública con interpósita persona para la realización de una obra pública o un trabajo público, mediante el pago de una suma de dinero y conforme a las prescripciones establecidas en la ley y el correspondiente pliego de condiciones." (260)

(257) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., tomo III-B, pp. 522.

(258) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., tomo III-B, pp. 527.

(259) ESCOLA, Héctor J., op. cit., vol. II, pp. 180.

(260) CANASI, José, op. cit., vol. II, pp. 619.

En México, la mayoría de los administrativistas mexicanos, también aceptan que el contrato de obra pública es un contrato administrativo; como es el caso de Fraga, Serra Rojas, Nava Negrete, Zorrilla Martínez. De entre los contratos administrativos en nuestro país, el de obras públicas ha cobrado ingente importancia que se ve reflejada en el renglón de las inversiones públicas, como afirma Serra Rojas. Para el maestro emérito de nuestra Alma Máter, el contrato de obra pública reúne ciertos elementos básicos, propios de todo contrato administrativo, como lo son los sujetos del contrato; competencia y capacidad de los órganos administrativos; consentimiento; forma (escrita o ante notario público); objeto. Elementos que están sometidos a un régimen de derecho privado. (261)

Para el maestro Alfonso Nava Negrete, el contrato de obra pública es, asimismo, un contrato administrativo que participa de las características esenciales de éste. Y lo define de la siguiente manera:

"Contrato de obra pública es un contrato del Estado cuyo objeto es la realización de un trabajo o la prestación de un servicio consistente en una obra material sobre bienes muebles o inmuebles, a través de procedimientos públicos, con la finalidad de satisfacer intereses o necesidades colectivos y mediante la entrega de un precio al cocontratante. Es a grosso modo, un contrato en que el cocontratante de la administración se compromete a la prestación de un servicio a cambio de un precio." (262)

Para nosotros, el contrato de obra pública es un contrato administrativo que tiene por objeto la construcción o realización (trabajo) o prestación de un servicio sobre un bien mue-

(261) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 515, 516 y 541.

(262) NAVA NEGRETE, Alfonso, "Contrato de...", tomo I, pp. 706.

ble o inmueble para la satisfacción de intereses generales.

Si se observa con detenimiento el concepto que de contrato de obra pública proponemos, se llegará a la conclusión de que prácticamente reúne los mismos elementos de nuestra definición de obra pública. En efecto, al igual que en la obra pública, aquí existen, como elementos del concepto, bienes muebles o inmuebles, que se construyen o se realizan -trabajo- o la prestación de un servicio sobre ellos. Todo con una finalidad, la satisfacción de intereses generales. Por lo que con lo anterior remitimos a la explicado en el capítulo quinto rubro 1.1.1 a este respecto.

Pero existe un elemento categórico que singulariza a esta figura jurídica, y que es el que esos trabajos o servicios se realicen indirectamente, es decir, a través de particulares por medio de la celebración de un contrato administrativo. Al considerar que se trata de un contrato administrativo, éste incluye implícitamente en el concepto de contrato de obra pública, la intervención de los particulares para la realización de esos trabajos o servicios a cambio de un precio. (263)

Como contrato administrativo, el contrato de obra pública, es en realidad un contrato público, o contrato de derecho público. Por determinación de la ley (LOP) el contrato de obra pública es un contrato de derecho público; pero esto no es suficiente para nosotros. El contrato de obra pública es contrato público (administrativo) no sólo porque así lo diga la ley, sino por otros motivos. Como sabemos, la administración pública puede celebrar con los particulares contratos privados (sometidos a un régimen de derecho privado) o contratos públicos (sometidos a un régimen de derecho público). Este afirmación ha tenido como

(263) Supra, Capítulo I, rubro 1.3; infra, Capítulo VI, rubro 3.3.3.

antecedentes una serie de discusiones algunas superadas, otras -- no; discusiones superadas como el hecho de concebir que el Estado pueda contratar, no superadas como la existencia plena de los --- contratos administrativos.

A finales de este siglo, en épocas de reflexión para el continente americano, son pocas las excepciones que niegan la --- existencia a los contratos públicos. Por eso, su estudio merece especial atención, y para ello hemos reservado los últimos rubros de este capítulo para una breve explicación.

Por el momento, afirmamos que el contrato administrativo de obra pública, como contrato de derecho público, arroja la idea de intervención de la administración pública y los particulares sometidos ambos a un régimen de derecho público, donde lo -- que se busca primordialmente es la satisfacción de necesidades -- colectivas. Por lo que la legislación mexicana aplicable es, -- fundamentalmente, la Ley de Obras Públicas y su reglamento. La celebración de este contrato administrativo estará sometido a todo un procedimiento público.

3.2.- Contratación de obra pública. Procedimiento.

El sistema de mayor realización de las obras públicas -- en México, es, hoy en día, el de la contratación. El hecho de -- que el Estado deje de ser gran empresario, ha influido aún más -- para que las obras públicas sean realizadas por los particulares por contrato o concesión; en otras palabras, la Administración -- Pública, ha decidido dejar los riesgos de toda obra para el particular contratista o concesionario.

Cuando la Administración Pública necesita realizar obras públicas para satisfacer demandas colectivas, pero carece -- del equipo técnico, maquinaria, personal capacitado, etc. para -- ello, acude a los particulares. Y es que las obras públicas -- tienen una gran importancia para la Administración Pública puesto que toda obra pública significa una verdadera inversión.

Apunta Zorrilla Martínez, que "los contratos administrativos de obras, a cuyo través se realiza la inversión, son así verdaderos programas de inversión e instrumentos de política económica." (264) Inversiones que pueden ser a corto, mediano, o largo plazo. Y en este sentido, hablar de inversión pública, es atender al hecho de que cada obra, por muy costosa que sea, es -- casi siempre restituible en cuanto a su aspecto financiero.

De esta manera, la Administración Pública vé en la obra pública, no sólo un campo importante en lo político y social, o -- hasta militar, sino que principalmente en lo económico. Por esta circunstancia, y ante la gama de posibilidades que ofrece una obra pública para proveerse de recursos económicos, la Administración pública realiza obras públicas sin importarle la constante intervención de los particulares.

Para que la Administración Pública celebre un contrato administrativo con un particular, es necesario que se lleve a cabo todo un procedimiento público. Para esto, la contratación de obras públicas en México, generalmente se hace a través de un -- procedimiento llamado licitación pública (265), que bien puede -- ser por concurso cerrado o concurso abierto. En el sistema de -- contratación por concurso cerrado, todos los particulares que estén interesados en realizar la obra pública deberán estar regis-

(264) ZORRILLA MARTINEZ, Pedro G., op. cit., pp. 529.

(265) Para su estudio remitimos a los capítulos V rubro 2.2., y -- VII, rubro 3.1.

trados en el Registro del Padrón de Contratistas de Obras Públi--
cas; sin su registro, los particulares no podrán participar. El
artículo 19, tercer párrafo de la Ley de Obras Públicas (LOP) ---
dispone:

"Artículo 19.-

Las dependencias y entidades sólo podrán -
celebrar contratos de obra pública o servi---
cios relacionados con la misma, con las per--
sonas inscritas en el Padrón."

El propio Reglamento de la LOP (RLOP) asimismo señala -
en su artículo 23 lo siguiente:

"Artículo 23.- Las personas físicas o morales
que participen en la contratación de obras --
públicas, lo harán siempre y cuando...se en--
cuentren inscritos en el Padrón de Contratistas
de Obras Públicas, cuyo registro se en---
cuentre vigente y satisfagan los demás requi--
sitos que establecen la ley y este reglamen--
to."

Quien lleva el control del Padrón de Contratistas, es -
la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) quien es la --
encargada de fijar los criterios y procedimientos para clasificar
a las personas inscritas en él. (266) Los particulares intere--
sados en registrarse en el Padrón, deberán hacerlo mediante soli--
citud por escrito cubriendo una serie de requisitos como lo son,
el de proporcionar la información y documentación relativa a da--
tos generales; capacidad legal; experiencia y especialidad; capa--
cidad técnica y económica; maquinaria y equipo; inscripción en el
Registro Federal de Causantes y en la Cámara de la Industria co--
rrespondiente; cédula profesional de los técnicos; ;registros en -
el IMSS, INFONAVIT, etc. (artículos 19, 20 LOP; 16 RLOP).

(266) Anteriormente, la encargada de llevar este control era la -
hoy extinta Secretaría de Programación y Presupuesto (SPP).

Una vez recibida la solicitud, la SHCP dentro de un término que no exceda de 20 días contados a partir de la recepción del documento, resolverá al particular sobre su inscripción. Si transcurrido ese plazo guarda silencio la Secretaría, se tendrá por registrado al solicitante, y podrá concursar y contratar. Si se negara su solicitud, el interesado podrá interponer recurso de revocación (recurso administrativo de reconsideración) dentro del término de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación (artículos 22, 25, 73 LOP; 20 RLOP).

La SHCP puede suspender este registro si al interesado se le declara en estado de quiebra o sujeto a concurso de acreedores o por actos u omisiones que perjudiquen los intereses de la entidad pública contratante. La propia Secretaría puede, asimismo, cancelar el registro si la información que se proporciona es falsa; no cumple con los términos del contrato; se declare en quiebra fraudulenta; celebre contratos en contravención al propio contrato de obra pública; se declare incapacitado legalmente para contratar. Contra estas resoluciones, procede, asimismo, el recurso de revocación (artículos 23, 24, 25 LOP).

Con la nota anterior, si la Administración Pública deseara contratar con particulares la realización de la obra pública, llamará mediante convocatoria pública, a todos los registrados en el Padrón de Contratistas. Dicha convocatoria deberá publicarse en uno de los diarios de mayor circulación del país, y en uno de los de la entidad federativa donde se ejecutará la obra de manera simultánea, y por dos ocasiones con diferencia de 30 días entre cada una. La convocatoria deberá contener requisitos como el de señalar el nombre de la dependencia o entidad convocante; número de concurso; lugar o ubicación y descripción de la obra; capital contable mínimo; en cuanto a fechas: fecha límite -

de inscripción (lapso para presentar posturas), apertura de proposiciones y tiempo de ejecución de la obra; la especialidad que se requiere para participar en el concurso; lugar para presentar posturas; requisitos que deben cumplir los interesados, como la documentación que compruebe su capacidad técnica y económica; información sobre los anticipos; etc. (artículos 134 constitucional y 30, 31 LOP).

De esta manera, los interesados podrán presentar sus --proposiciones solventes en sobre cerrado. Acudirán en la fecha señalada en la convocatoria, a la apertura pública de las proposiciones, en donde se podrán mejorar posturas, y se señalará al final de la apertura, la fecha, lugar y hora en que se dará a conocer el fallo mediante dictámen en junta pública, asegurándose con este procedimiento, las mejores condiciones en cuanto a precio, -calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias. La proposición que más satisfaga los requerimientos de la entidad --convocante, será la que gane, y así se adjudicará el contrato de obra pública. Si no fuere satisfactoria ninguna proposición, --entonces no habrá adjudicación y se hará una nueva convocatoria. Contra la resolución que contenga el fallo, no procederá recurso alguno, pero los licitantes o concursantes, podrán inconformarse por escrito ante la entidad pública convocante o ante la Contra--loría dentro de los 10 días siguientes a la fecha del fallo (artículos 30, 36, 58 bis).

Desde que los licitantes, futuros contratistas, presentan sus posturas, deben garantizarlas. Y el monto para esto, --será según el valor de la obra. La garantía será mediante fianza. A los concursantes que no ganen, se les devolverán sus ga--rantías; y a quien se haya adjudicado el contrato, se le retendrá hasta que constituya la garantía de cumplimiento del contrato. -

Si el concursante ganador no firmara el contrato, se haría efectiva la fianza y la entidad, entonces adjudicaría el contrato al concursante que haya quedado en segundo lugar. El abandono de trámite hace, igualmente, efectiva la fianza (artículos 34, 35, - 38 LOP; 24, 25, 26 RLOP).

Existe, por otro lado, una excepción que la propia ley establece para que la adjudicación del contrato de obra pública, no sea por medio de licitación pública. Es el caso del artículo 30, segundo párrafo de la ley que dispone:

"Artículo 30.-.....

Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior, aquellos casos en que el contrato sólo pueda celebrarse con una determinada persona, por ser el titular de lo o las patentes necesarias para realizar la obra."

Además, la LOP señala en sus artículos 55 y 56, una excepción al sistema de licitación pública por concurso cerrado. Estos artículos, en realidad hacen referencia a otro sistema de contratación de las obras públicas, que es el de la libre contratación. (267) En primer lugar, este sistema, en el que la Administración Pública escoge a la persona con la que contratará, se llevará a cabo cuando las obras públicas tengan fines militares o para la Armada, o sean necesarias para salvaguardar la integridad la independencia y la soberanía de la Nación y garantizar su seguridad interna. Prevé el artículo 55 lo siguiente:

"Artículo 55.- El Presidente de la República acordará la ejecución de obras, así como el gasto correspondiente, y establecerá los medios de control que estime pertinentes cuando

éstas se realicen con fines exclusivamente -- militares o para la Armada, o sean necesarias para salvaguardar la integridad, la independencia y la soberanía de la Nación y garantizar su seguridad interior."

En segundo lugar, se observará el sistema de libre contratación cuando se den los siguientes supuestos según lo señala textualmente el artículo 56 de la ley en sus cinco fracciones:

"Artículo 56.- Las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán realizar, o contratar en los términos del artículo 33, -- las obras que se requieran en los supuestos -- que a continuación se señalan:

I. Cuando peligre o se altere el orden social la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país, como consecuencia de desastres producidos por fenómenos naturales, o por casos fortuitos o de fuerza mayor. En estos casos las dependencias y entidades se coordinarán, según proceda, con las dependencias competentes;

II. Cuando la dependencia o entidad hubiere rescindido el contrato respectivo. En estos casos la dependencia o entidad verificará -- previamente, conforme al criterio de adjudicación que establece el segundo párrafo del artículo 38, si existe otra proposición que resulte aceptable; en cuyo caso el contrato se celebrará con el contratista respectivo;

III. Cuando se trate de trabajos cuya ejecución requiera de la aplicación de sistemas y procedimientos de tecnología avanzada;

IV. Cuando se trate de trabajos de conservación, mantenimiento, restauración, reparación y demolición, en los que no sea posible precisar su alcance, establecer el catálogo de conceptos y cantidades de trabajo, determinar las especificaciones correspondientes o elaborar el programa de ejecución, y

V. Cuando se trate de trabajos que requieran, fundamentalmente, de mano de obra campesina o urbana marginada y, que la dependencia

o entidad contrate directamente con los habitantes beneficiarios de la localidad o del lugar donde deba ejecutarse la obra, o con las personas morales o agrupaciones legalmente establecidas y constituidas por los propios habitantes beneficiarios."

Pero este sistema de libre contratación, no es obligatorio para el Estado aún cuando se presenten los supuestos arriba mencionados. El Estado puede optar por este sistema, para lo cual tendrá que emitir un dictámen donde señale qué supuesto es el que se presenta y deberá fundamentar esta opción con criterios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado (artículo 134 constitucional). El segundo párrafo del artículo 33 de la multiplicada ley, establece:

"Artículo 33.- En los supuestos y con sujeción a las formalidades que prevén los artículos 55 o 56, las dependencias y entidades podrán optar por contratar las obras que en las propias disposiciones se señalan, sin llevar a cabo las licitaciones que establece el artículo 30 de esta ley.

La opción que las dependencias y entidades ejerzan en los términos del párrafo anterior, deberá fundarse, según las circunstancias que concurren en cada caso, en criterios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado. En el dictamen a que se refiere el artículo 36, deberán acreditar que la obra de que se trata se encuadra en alguno de los supuestos previstos en los artículos 55 o 56, expresando, de entre los criterios mencionados, aquellos en que se funda el ejercicio de la opción."

En la práctica, el sistema de libre contratación no es una excepción, más bien es un procedimiento ordinario, al que se acude con mucha frecuencia. Ejemplo: Comité de Solidaridad en -

zonas marginadas o "ciudades perdidas".

Finalmente, y en oposición al sistema de contratación por concurso cerrado, se establece en el artículo 57 de la LOP el procedimiento por concurso abierto. Este caso se presenta por razón del monto de la obra pública para cuando, por su costo, no se puede llevar a cabo a través del concurso cerrado. El primer y tercer párrafos del artículo 57 de la ley señala:

"Artículo 57.- Cuando por razón del monto de la obra, resulte inconveniente llevar a cabo el procedimiento a que se refiere el artículo 30 por el costo que éste represente, las dependencias y entidades podrán contratar sin ajustarse a dicho procedimiento, siempre que el monto de la obra objeto del contrato, no exceda de los límites a que se refiere este artículo y se satisfagan los requisitos que el mismo señala.

.....

Si el monto de la obra...el contrato relativo podrá adjudicarse a la persona que reúna las condiciones necesarias para la realización de la obra, previa convocatoria que se extenderá a, cuando menos, tres personas que cuenten con la capacidad de respuesta y los recursos técnicos, financieros y demás que sean necesarios para la ejecución de la obra."

Este sistema también es utilizado para cuando el financiamiento proviene del exterior (préstamos atados) en el que se hace necesario que el Estado someta a concurso abierto la adjudicación de la obra pública para la que se destinan esos fondos. Intervienen, incluso, otros países. Por ejemplo, cuando el financiamiento proviene del Banco Mundial, se convoca tanto a empresas mexicanas contratistas, como a los países miembros del propio banco, Suiza y Taiwán, China.

Pero cualquiera que sea el sistema de contratación de las obras públicas, deberán observarse tres etapas que son, planeación (evaluar la importancia económica social y política de la obra); programación (analizar qué tan factible es la obra) y presupuestación (recursos económicos).

En suma, nuestra legislación contempla los tres sistemas de contratación de las obras públicas. Con cualesquiera de estos tres, la Administración Pública llevará a cabo la celebración de los contratos administrativos. Cuando se analice la LOP de manera global, hablaremos de algunas otras disposiciones interesantes respecto a los contratos de obras públicas que son ya -- posteriores al procedimiento público que se sigue para la contratación de las obras públicas.

3.3.- Contratos celebrados por la Administración Pública.

Desde que irrumpiera en el escenario jurídico-doctrinal el estudio del derecho administrativo en el siglo XIX, sus especialistas se han preguntado si las funciones o actividades realizadas por el Estado siempre lo han sido por medio del mandato imperativo, es decir, a través del imperium del que goza el Poder Público. La respuesta ha sido no.

En efecto, el Estado lleva a cabo un sin fin de operaciones con los particulares sin que medie su imperium. Y es que para el mejor desarrollo, funcionamiento y atención de necesidades colectivas, el Estado ha necesitado la colaboración de los -- particulares, colaboración que ha sido voluntaria. Bercaitz a--

firma, "...durante muchísimo tiempo, el Estado satisfizo todas -- sus necesidades mediante procedimientos de fuerza y coacción. -- Luego con el progreso de las ideas, la coacción y la fuerza ce--- dieron su lugar a la colaboración espontánea y voluntaria de los particulares. (268)

Muchas de las atribuciones del Estado se realizan, entonces, a través de actos consensuales. El maestro Fraga dice, "es indudable que el Estado no está obligado a intervenir en todos los casos imponiendo su voluntad a los particulares. En algunas ocasiones puede obtener la colaboración voluntaria de éstos y lograr de ellos por medio de un arreglo consensual la prestación de bienes o servicios personales. Existen muchos casos en los cuales hay correspondencia entre el interés del Estado y el de los particulares. Desde el momento en que tal correspondencia existe no se hace necesario el empleo del mandato imperativo por parte del Poder público para salvar el eficaz cumplimiento de sus atribuciones." (269)

La aceptación de la anterior situación en la que se --- encontraba -y encuentra- el Estado en su quehacer cotidiano, dio respuesta al cuestionamiento de si el Estado podía o no contractar. Hoy en día, la doctrina administrativa reconoce que el Estado realiza actos contractuales. Pero de este punto, surgió un nuevo cuestionamiento, que sería ahora el de determinar qué tipo de contrato era el que celebraba la Administración Pública. Importaba saber la naturaleza jurídica del contrato, y saber si era un contrato de derecho privado o un contrato de derecho público; si la Administración Pública tenía doble personalidad jurídica, - etc. La respuesta no fue sencilla, sobre todo si se toma en --- cuenta que el nascente derecho administrativo doctrinal no defi---

(268) BERCAITZ, Miguel Angel, op. cit., pp. 145.

(269) FRAGA, Gabino, op. cit., pp. 395.

nía aún por completo todas sus figuras jurídicas. Por lo que en el inicio de esta controversia, la doctrina del siglo XIX y principios del XX no concebía la posibilidad de que existieran contratos públicos, puesto que contrato que no fuera civil, no sería -- contrato. Incluso, aún a finales de este siglo, subsisten autores que niegan la existencia de los contratos públicos.

Lo cierto es que con el paso del tiempo, los doctrinarios administrativistas han ido aceptando ya la teoría y práctica del contrato público. Hoy en día, más bien, son excepcionales -- los autores que la rechazan.

La doctrina administrativa mexicana también acepta, en su mayoría, la posibilidad que tiene el Estado para celebrar contratos sometidos a un régimen privado y público. Serra Rojas, -- por ejemplo, ha comentado, que el Estado, por los múltiples y complejos fines que tiene, se ha visto obligado "...a la celebración de numerosos actos jurídicos de derecho público y de derecho privado, requiriendo la colaboración de los particulares y lo de otros entes públicos..." (270)

Nosotros también compartimos esta posición. Como bien afirma Nava Negrete, "la administración pública celebra contratos sometidos al derecho público y al derecho privado...lo que quiere decir que no todos los contratos de la administración son contratos administrativos." (271)

(270) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 511.

(271) NAVA NEGRETE, Alfonso, "Contrato...", tomo I, pp. 693.

3.3.1.- Contratos privados.

Hacemos la aclaración que en este rubro, no se trata de estudiar los contratos privados en su concepción clásica de contratos de derecho común o contratos civiles. Sino más bien de los contratos que celebra la Administración Pública que está sometida a régimen de derecho privado, y que por lo tanto, se ha dado en llamarlos, contratos privados de la Administración Pública.

Fraga se ha preguntado por qué es que la Administración Pública celebra en unos casos contratos civiles y en otros contratos administrativos. (272) Es decir, por qué a veces la Administración al celebrar sus contratos, tiene que someterse a un régimen de derecho privado y a veces de derecho público.

En realidad, no existe una posición que sea totalmente aceptada por todos los doctrinarios para contestar lo anterior. Existen varios criterios para saber cuándo se está ante un contrato de derecho común, y cuando de derecho público.

Escola nos explica, por ejemplo, que cuando la administración pública desarrolla una actividad que sólo de manera indirecta y mediata tiende a satisfacer necesidades generales y cumplir con las funciones estatales, esa actividad podrá estar regulada por el derecho privado. (273) En efecto, sabemos que la razón de ser de la administración pública, está en la de cumplir con sus funciones propias, estatales, resolviendo necesidades de carácter colectivo. Pero en ocasiones, la administración pública no cubre de manera directa e inmediata esas necesidades generales; ni tampoco existe esa vinculación estrecha entre la actividad que realiza y el cumplimiento de sus atribuciones. Para -

(272) FRAGA, Gabino, op. cit., 400.

(273) ESCOLA, Héctor J., op. cit., vol. I, pp. 260.

el autor argentino, el elemento teleológico -o sea, el de satisfacer necesidades generales- sigue siendo el mismo, lo que cambia, es la manera en que se efectúa dicho elemento a través de su actividad administrativa: unas veces de manera directa e inmediata (derecho público), y otras de manera indirecta y mediata -- (derecho privado). Enfatiza, "en ambos casos, la finalidad buscada es la misma, pero la manera como se procura para alcanzarla es distinta, razón por la cual las modalidades del régimen jurídico son también diferentes." (274)

El maestro Fraga, con la misma postura, señala que, -- "...el derecho privado se aplicará al Estado cuando los actos que éste verifique no se vinculen estrecha y necesariamente con el cumplimiento de sus atribuciones y cuando, por lo mismo, la satisfacción de las necesidades colectivas no se perjudique porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen especial." (275) Este criterio, también adoptado por Bercaitz (276), es importante para los autores mencionados, puesto que analizándolo a contrariu sensu, conocerán, asimismo, cuándo la Administración Pública celebra contratos públicos. Esto es, "...cuando la administración pública desarrolla una actividad típicamente administrativa, o sea, que procura alcanzar sus finalidades de manera directa e inmediata, desplegando en plenitud sus potestades administrativas, esta actividad debe estar necesariamente regida, en toda su amplitud, por el derecho público..." (277)

Nava Negrete ha señalado que "no hay desde luego un -- criterio único. Son por el contrario diversos los motivos o las circunstancias por las que se puede calificar a un contrato como administrativo o privado. Las razones o criterios que se conocen

(274) ESCOLA, Héctor J., op. cit., vol. I, pp. 260.

(275) FRAGA, Gabino, op. cit., 400.

(276) BERCAITZ, Miguel Anfel, op. cit., pp. 148.

(277) ESCOLA, Héctor J., op. cit., vol. I, pp. 260.

y que a nuestro juicio son aplicables al medio jurídico administrativo mexicano, para determinar si un contrato es administrativo o privado, son: 1o. Por determinación de la ley; 2o. Por libre voluntad de las partes; 3o. Por el objeto o por la naturaleza --- misma del contrato." (278)

Referente al primero, es decir, al criterio por determinación de la ley, comenta el maestro, que es precisamente por ley que se sabe que contratos son privados o públicos; los contratos que estén regulados por la ley, serán públicos, y los que no, serán privados. En México, este criterio no es conveniente aceptarlo, porque no tenemos una ley de contratos administrati--- vos. (279) El ejemplo único en nuestro país, es la LOP, que señala que los contratos de obra pública serán de derecho público - (artículo 50). Aquí, por determinación de la ley, se sabe que - el contrato es público. Pero aunque tuviéramos una ley sobre -- contratos administrativos, este criterio no es el correcto, puesto que hay que atender primero a la naturaleza del acto, y luego al régimen aplicable.

Respecto al segundo, las partes que intervienen en la - celebración del contrato, es decir, Administración Pública y particulares, deciden el régimen al que se someterán. Pero esto es dejar la naturaleza del contrato a la voluntad de las partes, lo que es inaceptable, pues unas veces será el régimen privado el -- que prevalezca, y otras el público, sin control alguno. Como -- bien señala Serra Rojas, "...la denominación de ccntratos admi--- nistrativos no es un elemento que deba quedar a juicio de las --- partes, sino que debe corresponder a su verdadera naturaleza ju--- rídica." (280) En este mismo sentido, Fraga critica la idea de

(278) NAVA NEGRETE, Alfonso. "Contratos privados de la adminis--- tración Pública". Revista de la Facultad de Derecho. Núm. - 51, tomo XIII, pp. 719. UNAM. 1963.

(279) NAVA NEGRETE, Alfonso, "Contrato..." tomo I, pp. 694.

(280) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 516.

de hacer depender la existencia del contrato administrativo a lo que las partes hayan entendido someterse al régimen jurídico. -- "Esto significa -aclara el autor- que el carácter administrativo del contrato depende de la voluntad de las partes, y que en vez - de que el régimen legal especial sea consecuencia de la naturaleza del acto, éste dependerá de que las partes hayan querido o no sujetarse a un régimen legal determinado." (281)

Finalmente, el tercero, que hace referencia a la naturaleza u objeto, tiene dos criterios, a) servicio público; b) --- cláusula exorbitante. En el primero, o sea, el de servicio público, se atiende a que si el contrato tiene como finalidad un -- servicio público, entonces será administrativo. El problema, -- como ya lo anotamos, es determinar la noción de servicio público. Pero este criterio es bastante aceptado, puesto que, por ejemplo, en México los contratos de obra pública están destinados en su -- mayoría a satisfacer intereses colectivos a través de servicios - públicos. Y en el segundo, el de régimen exorbitante, se señala que si en un contrato celebrado entre la administración y las --- partes, se fijan cláusulas que no sean lícitas en un contrato --- privado, entonces ése contrato será administrativo. Fraga apunta, "...el régimen excepcional de los contratos administrativos - permite considerar como válidas ciertas estipulaciones que no podrían tener efecto en el régimen de contratación civil." (282)

Un ejemplo de lo anterior, es la cláusula rescisoria, - que puede hacer efectiva unilateralmente la Administración Pública. Esta situación traería aparejada la afirmación de que el -- contrato celebrado será en realidad un acto jurídico unilateral - de la Administración Pública. Pero esto no es así. La inclusión de cláusulas en el contrato, donde se permite al Estado ac-

(281) FRAGA, Gabino, op. cit., pp. 399.

(282) FRAGA, Gabino, op. cit., pp. 403.

tuar unilateralmente, se fundamenta en el hecho de que de esta -- manera cumplirá eficazmente con sus atribuciones, que son funda-- mentalmente las de satisfacer necesidades colectivas. La actua-- ción unilateral del Estado se justifica por la salvaguarda del -- interés público. Claro está, que si esto sucediera así, el par-- ticular será indemnizado. Explica Gabino Fraga que "...el par-- ticular, desde el momento en que celebra el contrato administra-- tivo, sabe que las obligaciones que contrae no tienen la misma -- rigidez que las obligaciones contractuales civiles y que, como -- aquéllas se han convenido en tanto que son útiles al eficaz cum-- plimiento de las atribuciones del Estado, tendrían que quedar su-- bordinadas a ellas e irse ajustando a las variaciones que las --- mismas exijan para poder dar adecuada satisfacción a las necesi-- dades colectivas." Las estipulaciones "...en favor de la Adminis-- tración dentro de los contratos administrativos se consideran co-- mo perfectamente regulares, porque ellas salvaguardan el eficaz - cumplimiento de las atribuciones estatales, que de otro modo que-- daría impedido si el Estado no dispusiera de medios rápidos y e-- fectivos para poder satisfacer las necesidades colectivas", con-- cluye el autor. (283)

Nuestra opinión al respecto, es la de seguir el crite-- rio del maestro Nava en el sentido de auxiliarnos de varios cri-- terios a la vez; con la única nota complementaria de tener siem-- pre muy presente el fin teleológico y la manera de llevarlo a ca-- bo según lo explican Escola y Fraga. En este último caso, se -- toma muy en cuenta que el interés general debe prevalecer en am-- bos contratos, aunque lo que cambia es la forma en que se satis-- face ese interés. Andrés Serra Rojas, nos hace notar que así -- como en los contratos civiles la voluntad de las partes es la -- suprema ley, en lo de derecho pública, será el interés general.

(284) Nos preguntamos, ¿cómo es entonces que aceptamos que haya

(283) FRAGA, Gabino, op. cit., pp. 403.

(284) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 520.

interés público en los contratos privados que celebra la administración pública? La respuesta es que nos resistimos a creer que en los contratos celebrados por la administración pública, no exista, aunque de manera indirecta, ese fin propio para el que fue creada la Administración Pública, y que es la de satisfacer necesidades generales. Por esta situación discutida, es que nos auxiliamos de los otros criterios expuestos.

En definitiva, no es posible ceñirnos a un solo criterio. Pero los que existen, son suficientes por el momento para determinar la naturaleza jurídica del contrato que celebre la Administración Pública. (285)

3.3.2.- Contratos públicos.

En el rubro anterior, expusimos los criterios que existen para saber cuándo los contratos que celebra la Administración Pública están sometidos a derecho privado, y por ende, cuándo a derecho público. Las ideas y posturas ahí comentadas de los doctrinarios administrativas, y en lo particular, las nuestras, son aplicables en lo relativo a los contratos públicos.

Vale la pena agregar algunos comentarios de autores que niegan la existencia y autonomía de los contratos administrativos. Hay que recordar, que la consolidación del contrato público en el mundo jurídico, anduvo un camino áspero y difícil, teniendo que enfrentar, en primer lugar, a los inflexibles teóricos del derecho privado que negaban rotundamente la posibilidad de que el Estado pudiera contratar. Después, se empezó por aceptar

(285) En el desarrollo de este rubro, nos hemos auxiliado de los comentarios hechos por el maestro Alfonso Nava Negrete en su cátedra de Derecho Administrativo Segundo Curso.

que el Estado podía hacerlo, pero como si fuera particular, para lo que se creó la ficción de la doble personalidad jurídica. Finalmente, y eliminando la teoría de la doble personalidad del Estado, se fue reconociendo la existencia del contrato público o administrativo. (286)

Sayagués Laso, por citar un ejemplo, acepta que la Administración pueda celebrar contratos sometidos a régimen de derecho público y privado: "...en el variado conjunto de vínculos contractuales de la administración, los hay que se regulan fundamentalmente por el derecho público y admiten apenas la aplicación de ciertos principios generales del derecho privado, mientras que, en el otro extremo, los hay que regulan casi exclusivamente por el derecho privado y sólo en aspectos muy limitados rige el derecho público..." (287) Pero niega la posibilidad de que exista un criterio para distinguirlos, por lo que prescinde de la expresión contrato administrativo por encontrarse en franca oposición al contrato de derecho común, y prefiere denominarlos, contratos de la administración.

Otro ejemplo, lo encontramos en las opiniones del español Fernández de Velasco, quien apunta que el contrato administrativo no es un contrato. El autor español, explica que "...hablar de contratos de Derecho público o de contratos sui generis es utilizar dos calificativos muy amplios en fuerza de ser muy vagos, o bien se significa que no se parecen a los contratos privados, y como esta desemejanza no puede establecerse en cuanto a la forma, como hemos dicho, habrá que referirla al contenido, llegándose a la conclusión de que semejantes contratos por ser públicos o sui generis no son contratos." Para él, ni la forma que reviste el contrato, ni el interés general, ni aún -

(286) NAVA NEGRETE, Alfonso, "Contrato...", tomo I, pp. 694.

(287) SAYAGUES LASO, Enrique, op. cit., tomo I, pp. 537.

la intervención de la Administración, son elementos que distinguen la existencia del contrato de derecho público. (288)

Conviene ahora, citar conceptos de contratos de derecho público o contratos administrativos, para darnos una idea de cómo es que los autores han entendido a esta figura jurídica, ciertamente, controvertida.

Merkel entiende que los contratos de derecho público, -- son "...aquellos convenios acerca de derechos u obligaciones cuya aplicación competirá a un órgano administrativo; también pueden calificarse como tales, aunque no de manera adecuada, aquellos -- actos administrativos condicionados por la instancia o, cuando -- menos, por la conformidad del interesado." (289)

Para el francés Jéze, habrá contrato administrativo -- propiamente dicho cuando exista un acuerdo de voluntades entre la Administración y el particular que tenga por objeto la creación -- de una obligación jurídica de prestación de cosas materiales o -- de servicios personales mediante una remuneración (en dinero o de otro modo). La prestación del particular asegurará el funcionamiento de un servicio público. Los particulares decidirán, por medio de cláusula expresa, someterse al régimen de derecho público. (290)

Según Royo-Villanova, existe contrato administrativo -- propiamente dicho cuando la "...Administración pública celebra -- contratos con los particulares para la adquisición de cosas y para la construcción de obras públicas, que se regulan por normas -- especiales distintas de las aplicables a contratos civiles." -- (291) Define así también a los contratos de obras y servicios -

(288) FERNANDEZ DE VELASCO, Recaredo, op. cit., pp. 45 y 46.

(289) MERKL, Adolfo, op. cit., pp. 251.

(290) JEZE, Gastón, op. cit., tomo III, pp. 322.

(291) ROYO-VILLANOVA, Antonio, op. cit., tomo segundo, pp. 869.

públicos.

Entiende Fiorini, que "...el acto del contrato administrativo se distingue del contrato privado por el singular régimen administrativo que rige las relaciones que se crean entre las --- partes. Este régimen administrativo proviene por la necesaria --- presencia de la administración y por la función de interés público que cumple la administración pública." (292)

Héctor Jorge Escola concluye en definir los contratos - administrativos, como "...aquellos contratos celebrados por la -- administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del derecho privado o que coloquen al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta." (293)

Entre nosotros, el maestro Fraga señala que existe contrato administrativo, "...cuando el objeto o la finalidad del --- contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las a--- atribuciones estatales de tal manera que la satisfacción de las -- necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales..." (294)

Define Serra Rojas al contrato administrativo, como -- "...una obligación bilateral, sinalagmática, en la que una de las partes es la Administración pública con la prerrogativas inherentes a su condición jurídica, y la otra un particular o una entidad pública, destinada a realizar determinados fines o relaciones, sometidos a ciertas reglas particulares exorbitantes, entre ellas la forma que deben revestir y la de estar sometidos, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa." (295)

(292) FIORINI, Bartolomé A., op. cit., primera parte, pp. 414.

(293) ESCOLA, Héctor J., op. cit., vol. I, pp. 127.

(294) FRAGA, Gabino, op. cit., pp. 400.

(295) SERRA ROJAS. Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 512.

Finalmente, Nava Negrete conceptualiza al contrato administrativo como "...el contrato que celebra la administración pública con los particulares con el objeto directo de satisfacer un interés general, cuya gestación y ejecución se rigen por procedimientos de derecho público." (296)

3.3.3.- Contratos administrativos.

El contrato administrativo, es en realidad, un contrato público o de derecho público. Son lo mismo. La denominación cambia, quizá solo por razones de tipo metodológico para mejor entender la división de los contratos que realiza el Estado, de derecho público (régimen público), y de derecho privado (régimen privado).

Sin embargo, hay autores que consideran que los contratos administrativos son una especie del género contrato público. Tal es el caso de Miguel S. Marienhoff, quien divide a los contratos de derecho público en internacionales e internos, y en éstos últimos se encuentran los contratos administrativos.

"Como bien se hizo notar, la expresión "contrato de derecho público" no es sinónima de "contrato administrativo". Hay contratos de derecho público internacional (tratados-contratos) y contratos de derecho público interno. Entre estos últimos figuran los "contratos administrativos", que son los celebrados entre la Administración Pública y otras personas, para determinados fines o funciones estatales. Los contratos administrativos constituyen, pues, una especie dentro de los contratos de derecho público." (297)

(296) NAVA NEGRETE, Alfonso, "Contrato...", tomo I, pp. 693.
 (297) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., tomo III-A, pp. 20.

En México, nosotros denominamos comúnmente a los acuerdos internacionales de derecho público (entre Estados) como convenios o tratados, no como contratos. La expresión de contratos de derecho público está reservada más bien, a los contratos celebrados entre la Administración Pública y los particulares, es decir, los contratos administrativos.

Por esta razón, todos los comentarios que realizamos en los dos capítulos anteriores respecto a los contratos de derecho público, son exactamente aplicables a los contratos administrativos. En estos contratos, sea que se les denomine públicos o administrativos, siempre existirá un acuerdo de voluntades entre las partes que lo celebran, que son la Administración Pública y los particulares con la finalidad de satisfacer intereses generales de manera directa e inmediata. Este contrato se registrará por procedimientos públicos y por las cláusulas que se establezcan en el pacto. Su régimen aplicable será de derecho público.

Si bien los anteriores elementos se hacen indispensables en todo contrato administrativo, es prácticamente imposible señalar un gran número de características comunes entre ellos. Cada uno tiene sus particularidades y se pueden conceptuar según los elementos propios del tipo especial de contrato, como ya lo vimos por ejemplo, con el contrato de obras públicas.

Opina Agustín Gordillo, que "...cualquier libro de la materia con uno o más capítulos especiales sobre los "contratos administrativos", muestra de hecho cómo es una imposibilidad práctica, metodológica y científica, analizar conjuntamente y por ende conceptuar conjuntamente los contratos...de la administración." (298)

(298) GORDILLO, Agustín A. Tratado de Derecho Administrativo, tomo 3, Capítulo IV, pp. 27. Ediciones Macchi. Buenos Aires. 1979.

Algunos de los contratos administrativos más importantes y comunes entre nosotros son, contrato de obra pública, de suministro, locación de cosas, compraventa de bienes del dominio privado de la Federación, servicio público, empréstito o de deuda pública, etc. (299) Pero habrá que estudiar uno por uno para -- determinar si efectivamente su naturaleza jurídica es de un contrato administrativo, para lo cual hay que acudir a las disposiciones normativas que los rigen, a la doctrina, etc.

Para finalizar con el capítulo, basta con sólo mencionar los llamados "contratos interadministrativos", que son aquellos "celebrados entre dos órganos administrativos con personalidad jurídica, ya sean nacionales, provinciales o municipales", -- según señala Bercaitz. (300)

En México, a los acuerdos celebrados entre entidades -- públicas entre sí, se le conoce simplemente como convenios administrativos. Ahí tenemos por ejemplo, los convenios administrativos de colaboración en materia fiscal federal que celebran, por un lado, el gobierno federal a través de la SHCP, y por el otro, el gobierno de alguna entidad federativa.

Pero no todo tipo de convenio "interadministrativo", es un verdadero contrato administrativo. Serra Rojas señala que -- existen y han surgido muchos convenios que no tienen el carácter de contratos administrativos, como los convenios en materia fiscal, turismo, educación pública, electoral, etc. (301)

Por ello, es que tenemos que acudir, igualmente, a las normas y reglas especiales de cada convenio para ver si realmente

(299) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 535.

(300) BERCAITZ, Miguel Angel, op. cit., pp. 149.

(301) SERRA ROJAS, Andrés, op. cit., tomo segundo, pp. 513.

son, o tienen los elementos propios de contratos administrativos.
(302) Hay que recordar, que cualquiera que sea su nombre, ----
"...los contratos se rigen por sus normas y principios especia---
les." (303)

[302] ESCOLA, Héctor J., op. cit., vol. I, pp. 311.

[303] GORDILLO, Agustín A., op. cit., tomo III, Capítulo IV, pp.
27.

C A P I T U L O VII
REGIMEN LEGAL DE CONTRATOS Y CONCESIONES DE
OBRAS PUBLICAS.

1.- Antecedentes.

1.1.- Las obras públicas de 1917 a 1965.

Como ya lo anotamos, la única norma jurídica que tuvieron como base las obras públicas a partir de 1917, fue el artículo 134 constitucional, que obligaba al gobierno a celebrar los -- contratos de obra pública a través de subasta -- aunque en realidad era por medio del concurso. Esta situación duró desde 1917, --- hasta 1965.

Durante más de cuatro décadas, la contratación de las - obras públicas, se sujetó a esa única disposición; norma consti-- tucional que sentaría las bases de contratación que aún hoy se -- observan.

Pero el problema en aquellos años, fue que no existía - una ley que reglamentara el procedimiento de contratación de las obras públicas. El año de 1965, de ninguna manera significó que se hablara de una ley reglamentaria del artículo 134 constitucional, pero sí tuvo una importancia mayúscula pues fue en ese año - en el que, a través de la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, se recogieron las normas generales de contratación de - obras públicas, que ya se gestaban en años anteriores; amén de -- otros cambios e innovaciones significativas.

No obstante, este viraje tan importante para la contratación de obras públicas, no hubiera sido dable sin su antecedente inmediato: la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 1958 que fue, durante el período de 1917 a 1965, el aspecto legal más relevante de aquella época por cuanto a la realización de obras públicas se refiere.

1.2.- Ley de Secretarías y Departamentos de Estado de 1958.

Siendo Adolfo López Mateos Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, se expide la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado LSDE, publicándose en el Diario Oficial de la Federación el día 24 de diciembre de 1958, antecedente inmediato de la vigente Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de 1976.

Hasta antes de esta fecha, el ramo de las obras públicas era manejado por La Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas. Existían, en aquella época, algunas disposiciones jurídicas separadas en diferentes leyes. Pero no había una conjunción normativa, es decir, no se contaba con un ordenamiento jurídico que conjuntara normas indicando el sistema para la contratación de obras públicas. Así por ejemplo, había disposiciones aisladas en diversas leyes como, la Ley del Servicio de Inspección Fiscal; Ley de Vías Generales de Comunicación; Ley Orgánica del Presupuesto de Egresos de la Federación.

Ante este panorama, y por la importancia que empezaban a tomar las obras públicas en la década de los cincuentas, en el

año de 1958, se suprime la ya citada Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas, para dar paso a la creación de dos nuevas Secretarías, la de Comunicaciones y Transportes, y la de Obras Públicas. Asimismo, aparecieron las Secretarías de la Presidencia y del Patrimonio Nacional. Con la nueva ley de 1958, eran ahora más de tres las Secretarías que podían tener intervención en la realización de las obras públicas.

En realidad, las nuevas Secretarías de Comunicaciones y Transportes, y de Obras Públicas, fueron el resultado de la división de la anterior Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas. Cuando se creó la Secretaría de Obras Públicas, se pensó que ésta debería estar encargada de todas las obras públicas que llevara a cabo la Federación. Pero esto no fue así. Las fracciones primera y segunda del artículo 11 de la propia ley (LSDE), señalaba que dicha Secretaría se encargaría de las obras públicas federales, excepto aquéllas que estuvieran encomendadas expresamente por la ley a otras dependencias. El artículo citado señalaba:

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

I.- Construir, reconstruir y conservar los edificios públicos, monumentos y todas las obras de ornato realizadas por la Federación, excepto las encomendadas expresamente por esta ley a otras dependencias;

II.- Proyectar, realizar directamente o contratar y vigilar, en su caso, en todo o en parte, la construcción de las obras públicas, de fomento o interés general, que emprenda el Gobierno Federal, por sí o en cooperación con otros países, con los Estados de la Federación, con los Municipios o con los particulares, y que no se encomienden expresamente a otra dependencia;"

Esto significaba, que para la realización de ciertas -- obras públicas federales, también intervendrían otras Secretarías de Estado, Departamentos Administrativos, e incluso entidades paraestatales, como organismos descentralizados, empresas de participación estatal, etc.

Por otro lado, la ley establecía expresamente las áreas en las que participaría solamente la Secretaría de Obras Públicas: caminos y aeropuertos federales, puertos, vías férreas de -- jurisdicción federal, edificios públicos, monumentos, etc. y la -- reconstrucción y conservación de esas obras (artículo 11, fracciones I, II, III, V, VI, VII, VIII).

De esta manera, si por ejemplo, se realizaban obras públicas de riego, desecación o drenaje, que estaban expresamente encomendadas por la ley a la Secretaría de Recursos Hidráulicos, sería esta la Secretaría que intervendría.

Por otro lado, con la aparición de las Secretarías de -- la Presidencia y del Patrimonio Nacional, serían otras dos Secretarías las que intervendrían en la realización de las obras públicas. A la Secretaría de la Presidencia, se le daban todo tipo de facultades en materia de inversión y gasto públicos: recabar información, vigilar y coordinar los programas de inversión pública, etc. Al considerarse que toda obra pública era una -- verdadera inversión pública, consecuentemente la encargada de vigilar que se llevara a cabo correctamente, era la Secretaría de -- la Presidencia, es decir, se encargaría de vigilar que la obra -- pública se ajustara a la inversión autorizada. En concreto, era la que autorizaba la obra pública y comprobaba que realmente la -- inversión pública autorizada fuera destinada a la obra pública. -- El artículo 16, fracción cuarta y quinta de la LSDE, establecía:

"Artículo 16.- A la Secretaría de la Presidencia corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

.....
 IV.- Coordinar los programas de inversión de los diversos órganos de la administración pública y estudiar las modificaciones que a ésta deben hacerse;

V.- Planear y vigilar la inversión pública y la de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal;"

A la Secretaría del Patrimonio Nacional, la ley le otorgaba, asimismo, la atribución de vigilar la ejecución de la obra pública conjuntamente con la Secretaría de la Presidencia. Además, a la del Patrimonio Nacional -con la que desapareció la Secretaría de Bienes Nacionales- se le dieron facultades para vigilar el procedimiento mismo de la obra pública; su contratación (subasta); recibirlas una vez terminadas; su posterior registro; etc. Citamos el artículo 7 fracción XVI de la mencionada LSDE:

"Artículo 7.- A la Secretaría del Patrimonio Nacional corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

.....
 XVI.- Intervenir en los actos o contratos relacionados con las obras de construcción, instalación y reparación que se realicen por cuenta del Gobierno Federal, de los Territorios Federales y del Departamento del Distrito Federal, así como vigilar la ejecución de los mismo, conjuntamente con la Secretaría de la Presidencia;"

Finalmente, en cuanto al financiamiento para la realización de las obras públicas, era cada Secretaría de Estado, la -

que según su presupuesto, destinaría recursos económicos propios para la obra. Por lo cual, toda obra que tuviera cargo al presupuesto de egresos de la Federación, debería estar autorizada -- por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. El artículo -- sexto de la LSDE, en sus fracciones sexta, séptima, novena y on-- ceava, señala:

"Artículo 6.- A la Secretaría de Hacienda y - Crédito Público corresponde el despacho de -- los siguientes asuntos:

.....
VI.- Formular los proyectos de presupuestos generales de egresos de la Federación y del - Departamento del Distrito Federal;

VII.- Llevar a cabo las tramitaciones y re-- gistros que requiere el control y la vigilan-- cia del ejercicio de los Presupuestos de E-- gresos de la Federación y del Distrito Fede-- ral, de acuerdo con las leyes respectivas;

.....
IX.- Autorizar los actos y contratos de los que resulten derechos y obligaciones para el Gobierno Federal y para el Departamento del - Distrito Federal con la intervención de las - Secretarías de la Presidencia y del Patrimo-- nio Nacional, en los casos previstos por esta misma ley.

.....
XI.- Intervenir en todas las operaciones en que se haga uso del Crédito Público;"

Y cuando la obra se realizaba con recursos del extran-- jero, Nacional Financiera S.A. era la intermediaria negociadora - del crédito exterior, lo que hacía necesaria su intervención para el cumplimiento de la obra pública con los fondos adquiridos. - Sin embargo, cabe hacer notar, que las entidades paraestatales -- podían concertar créditos directamente en el exterior, sin acudir a Nacional Financiera.

En suma, en 1958, para la realización de las obras públicas, intervendrían la Secretaría de la Presidencia (que la obra pública se haga según la inversión pública); la Secretaría del Patrimonio Nacional (vigilar que se cumplan procedimientos y que la obra pública se haga conforme al contrato); Secretaría de Estado o dependencia interesada (Secretaría de Obras Públicas, de Educación Pública, etc); Nacional Financiera (para conertar créditos en el exterior para las Secretarías de Estado); Secretaría de Hacienda y Crédito Público (para autorización de la obra pública por recursos internos u operaciones en el exterior).

1.3.- Reglas generales de contratación.

Un aspecto trascendental para el futuro de la regulación de la realización de las obras públicas, fue sin duda alguna, el hecho de que se dieran facultades a la Secretaría de la Presidencia y Patrimonio Nacional para vigilar la ejecución de las obras públicas, que incluía inversión pública y procedimientos de contratación, respectivamente.

Y es que de esta manera, ambas Secretarías empezaron a determinar las bases, normas o reglas generales de contratación a partir de 1960 y que serían recogidas, más tarde, por la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas de 1965.

Estas reglas generales de contratación, publicadas en el Diario Oficial de la Federación, se hicieron necesarias, puesto que era indispensable delimitar las facultades de cada Secretaría por lo que a su poder de vigilancia sobre las obras públi-

cas correspondía.

Era necesario determinar cuándo iban a intervenir cada Secretaría, así como conocer las formas, los términos y procedimientos de la realización de las obras públicas. Lógicamente, se incluían ya aspecto sobre el procedimiento de contratación de obra pública (subasta), es decir, trámites, plazos, requisitos, etc.

Fueron, principalmente en los años de 1961 y 1962, donde se dictaron las bases generales de contratación que sirvieron de apoyo a la nueva ley de 1965.

1.4.- Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas de 1965.

1.4.1.- Contenido general.

A partir del año de 1965, las obras públicas contaban ya con un ordenamiento jurídico propio; y aunque hacía las veces de ley reglamentaria del artículo 134 constitucional, nunca lo señaló así expresamente. El 4 de enero de 1966, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas (LICOP).

En la LICOP, nuevamente las Secretarías de la Presidencia y del Patrimonio Nacional, intervienen conjuntamente en los actos y contratos relacionados con las obras públicas, y mantuvieron su poder de vigilancia sobre la ejecución de las mismas. (artículos 1, 14, 21, 25) La Secretaría de la Presidencia, seguía autorizando las inversiones para las obras de cada dependen-

cia, y la del Patrimonio Nacional la vigilancia en la ejecución y contratación de la obra pública.

"Artículo 21.- La Secretaría de la Presidencia enviará a la del Patrimonio Nacional una copia de los programas de inversión autorizados a las dependencias, así como a las modificaciones que se aprueben a dichos programas."

"Artículo 25.- Los contratos y las obras quedarán sujetos a la vigilancia e inspección de la Secretaría del Patrimonio Nacional, la que porcederá en el momento que estime pertinente, a revisar la ejecución de la obra para comprobar que ésta se realiza conforme al presupuesto aprobado y al contrato celebrado, o acuerdo en el caso de obras por administración directa.

La Secretaría del Patrimonio Nacional remitirá a la de la Presidencia una copia de los contratos y presupuestos de obras de construcción, instalación y reparación que reciba para su registro, así como una lista de los contratos y presupuestos que hubiere seleccionado para inspeccionar las obras a que se refieran, con el objeto de que la Secretaría de la Presidencia pueda adicionarla con aquellos que considere conveniente investigar."

De esta manera, ambas Secretarías podían comunicarse entre sí, e incluso con la propia dependencia contratante según correspondiera (artículos 21, 22, 25). Esta interrelación, permitía tener un mayor control sobre la realización de las obras públicas, para que, en caso de que no se cumpliera con las disposiciones establecidas, entonces se suspendiera la obra. Así lo señalan los artículos 26 y 28 de la LICOP:

"Artículo 26.- Cuando la Secretaría del Patrimonio Nacional encuentre que la ejecución

de la obra no se ajusta al contrato, proyecto general o especificaciones establecidas, comunicará sus observaciones a la dependencia, a fin de que por conducto de ésta se exija al contratista el cumplimiento estricto de las condiciones estipuladas, o que la dependencia se ajuste a las condiciones señaladas en el acuerdo, proyecto general y presupuesto de obras por administración directa, de construcción e instalación."

"Artículo 28.- Si el contratista no atendiera las indicaciones de la dependencia, ésta suspenderá la autorización de las estimaciones de obra por sí misma o a solicitud del Secretario del Patrimonio Nacional."

La dependencia suspenderá la ejecución de obras por administración directa de construcción o instalación, a solicitud del Secretario del Patrimonio Nacional, debidamente fundada, comunicando oportunamente la suspensión a la Secretaría de la Presidencia."

Una de las grandes aportaciones de la LICOP, fue que -- estableció expresamente que las dependencias podían ejecutar o--- bras públicas mediante contrato o administración directa, seña--- lafándose para la contratación, todo un procedimiento de adjudica--- ción de la obra. Así lo menciona el artículo cuarto:

"Artículo 4.- La dependencia ejecutará las o--- bras que requiera mediante contrato o por administración directa sin intervención de contratistas."

Para la contratación de obras públicas, era necesario - que los interesados estuvieran inscritos en el Padrón de Contra--- tistas del Gobierno Federal. La propia ley señalaba los requi--- sitos para su inscripción; su posible cancelación por falta de --- cumplimiento del contrato; informes falsos o mala fe en una su--- basta o ejecución de obra; revalidación de la inscripción; recur-

so de inconformidad para los interesados (artículos 5, 6, 7, 8, - 9).

El procedimiento de contratación de la obra se llevará a cabo a través de concurso o subasta y se adjudicará el contrato a quien presente postura más baj. Se mencionaba también, el necesario otorgamiento de garantía de trámite para participar en la subasta. Así lo disponían los artículos 16 y 17 de la ley:

"Artículo 16.- Las dependencias adjudicarán - el contrato al concursante que, reuniendo las condiciones necesarias que garanticen el cumplimiento del contrato y la ejecución satisfactoria de la obra, presente la postura más baja. Contra esta resolución no procederá recurso alguno.

Cuando dicho contrato deba cubrirse con -- cargo al Presupuesto de Egresos de la Federación se requiere para su validez la previa aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público."

"Artículo 17.- La adjudicación obliga a las - dependencias a encomendar la obra al contratista respectivo y a firmar el contrato co-- respondiente.

Si el contratista no firmare el contrato - perderá en favor de la convocante la garantía que hubiere otorgado para participar en la -- subasta y la dependencia podrá, sin necesidad de nuevo concurso, adjudicar el contrato al - participante siguiente, en los términos del - artículo anterior y de su propuesta y así sucesivamente."

Como se observa, con esta disposición, se empezaba a -- discernir, poco a poco, lo que ahora conocemos con mayor claridad los sistemas de contratación de obras públicas: libre contrata-- ción, concurso cerrado, concurso abierto.

Ahora, las bases generales de contratación serían dictadas conjuntamente por la Secretaría de Obras Públicas, la del Patrimonio Nacional y la Comisión Técnico-Consultiva de Contratos y Obras Públicas.

"Artículo 13.- Las Secretarías de Obras Públicas y del Patrimonio Nacional, con base en los estudios y opiniones de la Comisión Técnico-Consultiva de Contratos y Obras Públicas dictarán las bases y normas generales y el criterio para la integración de los precios unitarios a que se sujetarán la contratación y ejecución de obras y las bases y normas a que se ajustará la realización de las subastas para la adjudicación de los contratos."

Finalmente, una innovación más, fue la de establecer expresamente, que todos los contratos de obra pública (artículo 10) que se celebraran, serían sobre la base de precio unitario.
(304)

2.- Régimen vigente.

2.1.- Ley de Obras Públicas de 1980.

El día 30 de diciembre de 1980, se publica en el Diario Oficial de la Federación, la vigente Ley de Obras Públicas LOP, que abroga la anterior Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas de 1965. Una vez más, aunque el legislador no señalaba expresamente que esta ley sería reglamentaria del artículo 134 constitucional, hace las veces de tal.

(304) Estos antecedentes han sido compilados de los apuntes del maestro Alfonso Nava Negrete de su cátedra de Derecho Administrativo Segundo Curso.

Actualmente, la LOP, tiene por objeto regular el gasto y las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, ejecución, conservación, mantenimiento, demolición y control de la obra pública (artículo 1).

Como ya hemos señalado, la LOP establece qué es lo que se entiende por obra pública; cuáles son los sistemas de realización de las obras públicas -administración directa o contrato-; - el procedimiento público que se lleva a cabo para la adjudicación del contrato; que dicho contrato de obra pública es de derecho -- público; la procedencia de los fondos federales, estatales o municipales y su aplicación; que en materia de interpretación de la ley por controversia en materia de obras públicas, el régimen aplicable es el federal, y por lo tanto la intervención es de un tribunal federal; los sistemas de contratación de obra pública -- (licitación pública) y sus excepciones (concurso cerrado y abierto) con todos los requisitos que se necesitan observar, i.e. Padrón de Contratistas; recursos administrativos; etc. Por lo que remitimos en estos aspectos a los capítulos quinto y sexto de --- este trabajo donde se analizan uno por uno.

Sin embargo, hay que hacer todavía algunos comentarios importantes respecto al contenido de la LOP.

Uno de ellos, es que con esta ley, se crea la Comisión Intersecretarial Consultiva de la Obra Pública, que es un órgano de asesoría y consulta para la aplicación de la misma; su presidente será el Secretario de Hacienda y Crédito Público. Las -- bases para la organización y funcionamiento de esta Comisión, se encuentran en el Reglamento Interior de la propia Comisión. Es, en realidad, un órgano que interviene en la ejecución y contrata-

ción de obras públicas, así como en la problemática que se deriva de ellas (artículo 11 LOP; artículos 1 y sigs. del Reglamento Interior de Comisión Intersecretarial Consultiva de la Obra Pública).

Existe un aspecto en esta ley, que es, una de las mayores aportaciones para el ramo de las obras públicas. Y es la de que en la realización de las obras públicas, deberán de existir tres etapas indispensables: planeación, programación y presupuestación. Aunque estas tres etapas se llevaban a cabo en la práctica, es la LOP la que las recoge y señala expresamente.

"Artículo 12.- En la realización de las --- obras públicas, las dependencias y entidades deberán:

I. Ajustarse a los objetivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo y de los --- programas sectoriales, institucionales, regionales y especiales, en su caso; de acuerdo con las estimaciones de recursos y las -- determinaciones sobre instrumentos y responsables de su ejecución, contenidas en el --- Plan y los programas mencionados;

II. Ajustarse a las previsiones contenidas en los programas anuales que elaboren las -- propias dependencias y entidades para la ejecución del Plan y los programas a que se -- refiere la fracción anterior;

III. Ajustarse a los objetivos, metas y -- previsiones de recursos establecidos en los Presupuestos de Egresos de la Federación y -- del Departamento del Distrito Federal, o de las entidades respectivas, y

IV. Respetar las disposiciones legales y -- reglamentarias y tomar en consideración los planes y programas de desarrollo de los Estados y Municipios."

La planeación en la obra pública, consiste en hacer una

evaluación sobre la importancia económica, política, social, ecológica, etc. de la obra a realizar, teniendo como pauta las interrogantes de por qué y para qué se quiere llevar a cabo. De esta manera, se pueden saber los beneficios que arroja la realización de la obra.

En esta etapa, según señala el artículo 13 de la ley, - las entidades y dependencias deberán considerar una serie de acciones para la mejor realización de las obras públicas. Dentro de este artículo, nos llaman la atención principalmente, tres aspectos relacionados con la obra. El primero, es que se deberá de tomar en cuenta la tecnología nacional según la naturaleza de la obra para que se satisfagan los requerimientos técnicos y económicos de la misma. En este sentido, la ley es muy clara al obligar a la entidad pública (contratista o no) que se considere la tecnología nacional y no extranjera. En la práctica esto no es así; y menos aún lo será en vísperas de un Tratado de Libre -- Comercio donde la importación de tecnología para la realización - de obras públicas podría tener mucha injerencia.

Un segundo aspecto, es el ecológico. En efecto, la -- ley reconoce la importancia del medio ambiente y obliga a las entidades públicas a que cuiden, preserven o restauren las condi-- ciones ambientales y procesos ecológicos.

Finalmente, un tercer aspecto, es el de que en la reali-- zación de la obras pública se usará mano de obra del lugar en --- donde se realice, así como materiales, equipos, etc. de la propia región. Esto, es un enorme acierto de la ley, puesto que crea - y da empleo a personas en los Estados o Municipios evitando así - una posible migración a las zonas urbanas en búsqueda de trabajo.

Esta plausible disposición, ataca de lleno y directamente al problema de falta de empleo, es decir, ataca la causa, que es la población, y no la consecuencia: gran demanda de empleo.

En nuestra opinión, debieran existir más disposiciones de este tipo para evitar que las grandes urbes siguieran creciendo por el aumento de población originado principalmente por la -- inmigración de diferentes entidades federativas. Desgraciada--- mente, no contamos con muchas. Los programas del gobierno federal en los últimos años han estado orientados a combatir los e--- defectos y no la causa de los problemas urbanos. Es decir, hacen lo indecible para satisfacer todas las demandas de la población, creciente cada vez más, sin darse cuenta que la causa de esas necesidades --que nunca podrán ser satisfechas-- es precisamente el - aumento de la población. Hacen falta disposiciones jurídicas -- como la de la LOP para utilizar los recursos humanos locales. El artículo 13 de la ley citada establece:

"Artículo 13.- En la planeación de cada obra pública las dependencias y las entidades de--- berán prever y considerar, según el caso:

I. Las acciones a realizar previas, durante y posteriores a su ejecución;

II. Las obras principales, las de infraes--- tructuras, las complementarias y accesorias, así como las acciones para poner aquéllas en servicio;

III. La coordinación con otras dependencias y entidades que realicen obras en las mismas áreas;

IV. Los avances tecnológicos aplicables en función de la naturaleza de las obras y la -- selección de materiales, productos, equipos y procedimientos de tecnología nacional, que -- satisfagan los requerimientos técnicos y eco--- nómicos del proyecto;

Tratándose de la edificación de vivienda - de interés social, se procurará que en su ---

construcción se utilicen, preferentemente, --
módulos, sistemas y componentes industrializa--
dos.

V. (Derogada)

VI. Los efectos y consecuencias sobre las -
condiciones ambientales. Cuando estas pudie--
ran deteriorarse, los proyectos deberán in--
cluir, si ello fuera posible, lo necesario --
para que se preserven o restauren las condi--
ciones ambientales y los procesos ecológicos.
En tal supuesto se dará intervención a la Se--
cretaría de Desarrollo Urbano y Ecología y, -
en su caso, a las dependencias que tengan a--
tribuciones en la materia, y

VII. Preferentemente, el empleo de los re--
cursos humanos y la utilización de los mate--
riales propios de la región, así como pro--
ductos, equipos y procedimientos de tecnolo--
gía nacional."

La programación en la obra pública está orientada a ---
examinar la factibilidad de la misma; o sea, la posibilidad real
de que esa obra se pueda llevar a cabo, por lo que serán necesari--
os estudios arquitectónicos, de ingeniería, geográficos, climá--
ticos del área donde se vaya a realizar la obra. Así lo señala
el artículo 16 de la LOP:

"Artículo 16.- En la programación de la obra
pública, las dependencias y entidades preve--
rán la realización de los estudios y proyec--
tos arquitectónicos y de ingeniería que se --
requieran y las normas y especificaciones de
ejecución aplicables.

El programa de la obra pública indicará --
las fechas previstas de iniciación y de ter--
minación de todas sus fases, considerando las
acciones previas a su iniciación y las caracte--
rísticas ambientales, climáticas y geográ--
ficas de la región donde deba realizarse."

Finalmente, la presupuestación, que significa que la --
entidad pública cuente con los fondos necesarios para la realiza--

ción de la obra, por lo que se atenderá al Plan Nacional de Desarrollo; el presupuesto de egresos según corresponda; la posibilidad de crédito exterior; etc. Señala el artículo 17 lo siguiente:

"Artículo 17.- Las dependencias y entidades, dentro de su programa, elaborarán los presupuestos de cada una de las obras públicas que deban realizar, distinguiendo las que se han de ejecutar por contrato o por administración directa."

Claro está, que esta tercera etapa deberá incluir los gastos que se llevarán a cabo por la observancia de los aspectos de planeación y programación de la obra pública ya mencionados.

Otros elementos importantes en la ley, son los que consisten en que se permite que los contratos de obra se celebren a precio alzado o sobre la base de precios unitarios; que se puedan realizar, asimismo, modificaciones a los propios contratos por razones fundadas y explícitas, siempre y cuando no impliquen variaciones sustanciales en el proyecto original, o no se rebase del 25% del monto o plazo pactado en el contrato (artículos 39, 40, 41, 42) Hay que recordar, que la Administración Pública puede rescindir unilateralmente el contrato por razones de interés general.

"Artículo 43.- Las dependencias y entidades podrán rescindir administrativamente los contratos de obra por razones de interés general o por contravención de los términos del contrato o de las disposiciones de esta ley."

El contratista responde de vicios ocultos, defectos en la obra, o cualesquiera otras responsabilidades en las que incu-

rriera. Existe un capítulo completo sobre sanciones que se impondrán por las infracciones cometidas en contra de las disposiciones de la LOP, como podrían ser la suspensión o cancelación -- del registro del Padrón de Contratistas, multas, etc. (artículos 48, 66 a 72).

2.2.- Reglamento de la Ley de Obras Públicas.

El Reglamento de la Ley de Obras Públicas, se publica en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de febrero de --- 1985, aborgando el anterior Reglamento de la LOP de 1981.

Básicamente, el Reglamento contiene una serie de disposiciones que tienen por objeto dar continuidad a los principios -- establecidos en la LOP; para lo cual, se mencionan y desarrollan, mecanismos y procedimientos administrativos de regulación para -- dar mayor rapidez, agilidad y oportunidad a la realización de las obras.

De esta manera, se señalan los procedimientos y requisitos que deberán observar la entidades públicas para llevar a -- cabo las etapas de planeación, programación y presupuestación, para la realización de las obras públicas, ya sea por administra-- ción directa o por contratación, haciendo esta distinción dentro de su programa elaborado (artículos 6 a 15).

Asimismo, se señalan fundamentalmente, normas para la -- contratación y ejecución de las obras; los requisitos para la ---

inscripción en el Padrón de Contratistas; el funcionamiento de -- las garantías que debe otorgar el interesado, de anticipo y de -- cumplimiento de contrato; lo relativo a las proposiciones con la información y documentación necesaria y requerida a los concur-- santes; acto de presentación y apertura de proposiciones y su desarrollo; fallo del concurso; adjudicación del contrato; concep-- tos de precios unitarios y alzado; responsabilidades de contra-- tistas; suspensión y rescisión del contrato (artículos 16 a 58).

Claro está, que todas estas disposiciones, se estable-- cen al tenor y -como toda función de un reglamento- sin ir más allá de lo que dispone la propia LOP.

2.3.- Ley General de Bienes Nacionales.

Citamos ahora la Ley General de Bienes Nacionales, pu-- blicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de enero - de 1982, puesto que contiene algunas normas de importancia con -- relación a las obras públicas.

Esta ley, señala que la Secretaría de Desarrollo Social SEDESOL (antes Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología SEDUE), será la que intervenga para conducir la política que en materia - de obras públicas siga la Federación. Así lo establece los ar-- tículos 8 fracción cuarta y 44 fracción primera:

"Artículo 8.- Salvo lo que dispongan otras -- leyes que rijan materias especiales respecto del patrimonio nacional, corresponde a la Se-- cretaría de Desarrollo Urbano y Ecología lo siguiente:

inscripción en el Padrón de Contratistas; el funcionamiento de -- las garantías que debe otorgar el interesado, de anticipo y de -- cumplimiento de contrato; lo relativo a las proposiciones con la información y documentación necesaria y requerida a los concur-- santes; acto de presentación y apertura de proposiciones y su desarrollo; fallo del concurso; adjudicación del contrato; conceptos de precios unitarios y alzado; responsabilidades de contra-- tistas; suspensión y rescisión del contrato (artículos 16 a 58).

Claro está, que todas estas disposiciones, se estable-- cen al tenor y -como toda función de un reglamento- sin ir más allá de lo que dispone la propia LOP.

2.3.- Ley General de Bienes Nacionales.

Citamos ahora la Ley General de Bienes Nacionales, pu-- blicada en el Diario Oficial de la Federación el día 8 de enero -- de 1982, puesto que contiene algunas normas de importancia con -- relación a las obras públicas.

Esta ley, señala que la Secretaría de Desarrollo Social SEDESOL (antes Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología SEDUE), será la que intervenga para conducir la política que en materia - de obras públicas siga la Federación. Así lo establece los ar-- tículos 8 fracción cuarta y 44 fracción primera:

"Artículo 8.- Salvo lo que dispongan otras -- leyes que rijan materias especiales respecto del patrimonio nacional, corresponde a la Se-- cretaría de Desarrollo Urbano y Ecología lo -- siguiente:

IV. Determinar y conducir la política inmobiliaria de la Federación; dictar normas técnicas, autoriza y, en su caso, realizar la construcción, reconstrucción y conservación de los edificios públicos, monumentos, obras de ornato y las demás que realice la Federación por sí o en cooperación con otros países con los Estados y Municipios, con entidades paraestatales o con los particulares, excepto las encomendadas expresamente por la ley a otras dependencias;"

"Artículo 44.- Los inmuebles destinados serán para uso exclusivo de la institución pública que los ocupe o los tenga a su servicio. Las obras, el aprovechamiento de espacios y la conservación y mantenimiento de los edificios públicos se sujetarán a las bases siguientes:

I. Las obras de construcción, reconstrucción o modificación de los inmuebles destinados deberán ser realizadas por la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, de acuerdo con los proyectos que formule, y con cargo al presupuesto de la institución destinataria. - Quedan exceptuadas de lo anterior las obras de ingeniería militar, así como las que realicen los gobiernos de los Estados y Municipios;"

Las obras públicas, quedarán sujetas a las disposiciones de la ley. Las obras públicas se consideran bienes inmuebles del dominio público de la Federación una vez que han sido recibidas por la SEDESOL, por lo que esta Secretaría es la que podrá concesionarlas para su explotación. Hay que recordar que la gran mayoría de las obras públicas, si no es que todas, están destinadas a la explotación de un servicio público.

"Artículo 2.- Son bienes del dominio público:
.....

V. Los inmuebles destinados por la Federación a un servicio público, los propios que de hecho utilice para dicho fin y los equipa-

rados a estos, conforme a la ley;"

"Artículo 20.- Las concesiones sobre bienes - de dominio público no crean derechos reales; otorgan simplemente frente a la Administra- ción y sin perjuicios de terceros, el derecho a realizar los usos, aprovechamientos o ex- plotaciones, de acuerdo con las reglas y con- diciones que establezcan las leyes y el acto o título de la concesión."

3.- Contratación de las Obras Públicas.

3.1.- Sistemas de contratación.

Como sabemos, la Administración Pública requiere cons- tantemente de la colaboración de los particulares para la reali- zación de las obras públicas, para lo cual, celebra con ellos el acto jurídico del contrato administrativo denominado contrato de obra pública.

Para celebrar este contrato, la Administración Pública deberá someterse a diferentes sistemas o procedimientos de con- tratación según lo establezcan las legislaciones de cada país.

En México, nuestra legislación aplicable en materia de obras públicas, que es la Ley de Obras Públicas, recoge tres sis- temas de contratación: el de libre contratación, el de concurso - abierto y el de concurso cerrado, estos dos últimos por licita- ción pública.

3.1.1.- Libre contratación.

Este sistema de contratación, encuentra su base constitucional en el artículo 134 párrafo tercero. Esta disposición, es manejada por la Constitución como una excepción al sistema de licitaciones (por concurso). Pero como ya lo dijimos, es un --- procedimiento al que acude bastante la Administración Pública para la contratación de las obras públicas. El artículo constitucional en el mencionado párrafo dispone:

"Cuando las licitaciones a que hace referen--
cia el párrafo anterior no sean idóneas para
asegurar dichas condiciones, las leyes esta--
blecerán las bases, procedimientos, reglas, -
requisitos y demás elementos para acreditar -
la economía, eficacia, eficiencia, imparcia--
lidad y honradez que aseguren las mejores ---
condiciones para el Estado."

La LOP regula este sistema en sus artículos 33, 55 y -
56. El sistema de libre contratación consiste en que la Admi---
nistración Pública podrá escoger a la persona con la que celebra--
ra el contrato siempre y cuando las obras públicas se destinen o
se encuadren a los casos señalados en los artículos anteriormente
citados. (305)

3.1.2.- Concurso abierto.

El sistema de contratación por concurso abierto, tiene -
su base constitucional en el párrafo segundo del artículo 134 ---

(305) Véase lo expuesto sobre el sistema de libre contratación en
el Capítulo VI, rubro 3.2.

constitucional, que señala:

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

Como hemos dicho, el procedimiento de licitación pública puede ser llevada a cabo por el sistema de concurso abierto o cerrado. El sistema de concurso abierto consiste en llamar a los interesados contratistas a través de convocatoria pública para que presenten proposiciones solventes en sobre cerrado que será abierto públicamente, asegurando así a la Administración Pública las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes. Los licitantes en este sistema NO requieren estar inscritos en el Registro del Padrón de Contratistas. La LOP lo regula en su artículo 57. (306)

3.1.3.- Concurso cerrado.

Por último, el sistema de contratación de concurso cerrado, que está ampliamente regulado por la LOP, y que se ha con-

(306) Véase lo expuesto sobre el sistema de contratación por concurso abierto en el Capítulo VI, rubro 3.2.

siderado el procedimiento ordinario, también tiene su base constitucional en el artículo 134 párrafo segundo.

Consiste este sistema, en llamar (licitación) a los interesados en contratar una obra pública con la Administración Pública, a través de convocatoria pública para que presenten proposiciones solventes en sobre cerrado que será abierto en público, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles - en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes. Es indispensable que en este sistema, los interesados en contratar, estén previamente registrados - en el Padrón de Contratistas de Obras Públicas. Este último requisito para los licitantes, es lo que diferencia al sistema de concurso cerrado del de concurso abierto. (307)

3.2.- Sistema a precio alzado.

Al principio de nuestro trabajo, en el Capítulo primero, mencionamos que una de las semejanzas que guarda la concesión y el contrato, es que en ambos casos, los particulares reciben un precio a cambio por la prestación del servicio, o por la realización de la obra pública, respectivamente.

Pues bien, para el caso de la realización de las obras públicas, la LOP señala que los contratos de obra pública se podrán celebrar a precio alzado o sobre la base de precios unitarios:

(307) Véase lo expuesto sobre el sistema de contratación por concurso abierto en el Capítulo VI, rubro 3.2.

"Artículo 39.- Los contratos de obra a que se refiere esta ley se celebrarán a precio alzado o sobre la base de precios unitarios."

El sistema a precio alzado, significa, que el particular contratista recibirá el precio de la obra que realiza, una vez acabada. El Reglamento de la LOP define al precio alzado de la siguiente manera:

"Artículo 42.- Para los efectos del artículo 39 de la ley, se entenderá por:

.....
 II. Precio alzado, el importe de la remuneración o pago total fijo que deba curirse al contratista por la obra terminada ejecutada - conforme al proyecto, especificaciones de --- construcción y normas de calidad."

3.3.- Sistema a precio unitario.

El otro sistema que señala la LOP para que el particular reciba el precio por la obra que realizó, es el de precio unitario. Este sistema consiste en que en la medida en la que el contratista particular vaya terminando la obra, así se le irá pagando. Es decir, la obra pública se fracciona en etapas de realización, y cada una de esas etapas, significa un precio unitario. Hay que recordar, que en un principio, es el contratante particular quien financieramente realiza la obra pública.

Cabe destacar, que en la LICOP, este era el único sistema por el que se podía pagar al particular contratista. Señala

el artículo 10 de la LICOP lo siguiente:

"Artículo 10.- Todos los contratos a que se refiere esta ley deberán celebrarse sobre la base de precios unitarios, permitiéndose ejecutar trabajos por administración a través del contratista, que no excedan del 20% del monto de la obra contratada."

El actual Reglamento de la LOP, dispone en su artículo 42, fracción primera, lo que se entenderá por precio unitario.

"Artículo 42.- Para los efectos del artículo 39 de la ley, se entenderá por:

I. Precio unitario, el importe de la remuneración o pago total que debe cubrirse al contratista por unidad de concepto de trabajo terminado; ejecutado conforme al proyecto, -- especificaciones de construcción y normas de calidad;"

4.- Concesión de Obras Públicas.

4.1.- Concepto.

La concesión de obras públicas, es una figura jurídica, que por su terminología, puede causar muchas confusiones, e incluso contradicciones con lo que hasta ahora se ha dicho sobre la concesión administrativa y el contrato administrativo. Por eso, vale la pena hablar un poco sobre esta figura, bien conocida en la mayoría de los países extranjeros y en el propio.

Existen autores, como Fernández de Velasco, que parecen no dar alguna diferencia entre contrato y concesión de obras pú--

blicas, desde el momento que conciben a la concesión como un contrato y le denominan contrato de concesión de obras públicas. - (308)

Sayagués Laso la define como "...el acto por el cual la administración comete a una persona la construcción de una obra pública y la faculta temporalmente para cobrar determinadas sumas a quienes la utilicen, como medio de financiar el costo de aquélla." (309)

Para Marienhoff, la concesión de obra pública es un --- contrato de derecho público. Afirma, que "la concesión de obra pública constituye un contrato -de derecho público, desde luego- entre el Estado y un tercero (administrado, generalmente), donde éste se obliga a realizar una obra (trabajo público), cuyo pago -no le será efectuado directamente por el Estado, sino por ciertos administrados" (310)

Por su lado, Canasi considera que la concesión de obra pública es una variación del contrato de obra pública, y la define como "...el contrato administrativo por medio del cual el Estado atribuye a una persona determinada, conforme a la ley y el pliego de condiciones, la realización de una obra pública, otorgándole al mismo tiempo al concesionario el derecho a percibir de los usuarios del servicio que presta dicha obra pública, como --- contraprestación, y durante un tiempo dado, una tarifa determinada." (311)

Como se puede observar, en ocasiones, se define a la -- concesión de obras públicas como un acto administrativo, otras, -

(308) FERNANDEZ DE VELASCO, Recaredo, op. cit., pp. 4.

(309) SAYAGUES LASO, Enrique, op. cit., tomo II, pp. 119.

(310) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., tomo III-B, pp. 528.

(311) CANASI, José, op. cit., vol. II, pp. 619.

como un contrato público. Sea una o la otra, lo cierto es que - la terminología de esta figura nos hace reflexionar en las características propias que se habrán de aplicar según sea una concesión administrativa, o un contrato administrativo.

Por un lado, si decimos que la concesión de obra pública es un acto administrativo, nos preguntamos, ¿no acaso nuestra legislación recoge dos únicos sistemas de realización de las obras públicas: administración directa y contratación (dentro de la cual existen tres sistemas de contratación)? Cómo es entonces, que las obras públicas puedan realizarse también bajo las características jurídicas y propias de la concesión.

Por el otro, si decimos que se trata de un contrato, ¿qué no hemos dicho que la naturaleza jurídica de toda concesión es la de ser acto administrativo, y para ello hemos desarrollado y explicado varias teorías a este respecto?

En verdad, esta situación nos lleva a una encrucijada sin salida. Bielsa ha tratado de dar una respuesta a esta interrogante diciendo, "tampoco se ha de confundir la "concesión de obra pública" con el "contrato de obra pública", pues en el contrato de obra pública la Administración pública no concede nada al contratista. Ambos contratos tienen de común el interés público, y por eso también esos dos contratos son administrativos." (312) Sin embargo, el mismo autor afirma más adelante, que la concesión de obra pública es propiamente una concesión de la Administración pública, en virtud de que opera una verdadera delegación en el concesionario.

Si se considerara a la concesión de obras públicas como

(312) BIELSA, Rafael, op. cit., tomo II, pp. 215 y 216.

una verdadera concesión administrativa, sería tanto como aceptar que las obras públicas se pueden llevar a cabo por las particulares sin concurso, bastando tan solo una solicitud a la Administración Pública para la realización de las mismas. De ser así, todas las características de la concesión se aplicarían ipso jure a la concesión de obras públicas.

La reflexión anterior, ha llevado a ciertos autores, -- que consideran a la concesión de obra pública como contrato, a -- cambiarle de denominación y llamarlo contrato de obras y servi-- cios públicos; en virtud de que la diferencia entre concesión y - contrato de obra pública, es que en aquélla no sólo existe cons-- trucción de la obra, sino la explotación del servicio público al que fue destinado. En este caso se encuentra Royo-Villanova.

Explica el autor español lo siguiente: "¿cuál es la diferencia entre la contrata y la concesión? En uno y otro caso, la construcción de la obra pública corre a cargo de un particular, - pero en el primer caso, el contratista se limita, mediante una -- cierta retribución, a construir la obra pública, mientras que en la concesión, el particular, una vez concluida la obra, se encarga de explotar un servicio público, obteniendo una retribución -- con los ingresos que produce el funcionamiento del mismo." "Así - pues, -continúa el autor- en la concesión existe un elemento que falta en el contrato: la explotación de un servicio público." -- (313)

La explicación que realiza este autor es correcta, así también nosotros la adoptamos. Sin embargo, no aceptamos la denominación que utiliza, puesto que los servicios públicos sólo se pueden llevar a cabo por el Estado o por los particulares vía -- concesión.

(313) ROYO-VILLANOVA, Antonio, op. cit., tomo segundo, pp. 868.

Es así que, el problema de esta figura es la terminología que se utiliza, y por ende, determinar su naturaleza jurídica. Parece no haber una respuesta unánime y aceptada en rigor. Sin embargo, sea que se le denomine "concesión de obra pública", o "contrato de obras y servicios públicos", su esencia es la misma. Se trata de una figura jurídica donde se le encarga a un particular la construcción de una obra pública y su posterior explotación del servicio público al que estará destinado dicha obra. Esta es precisamente la diferencia con el contrato de obra pública, el cual sólo tiene el objeto de realizar una obra, es decir un trabajo o un servicio sobre un bien mueble o inmueble. De esto se deriva otra diferencia, que es la de que el precio que recibirá el co-contratante es diferente: en el contrato lo da la Administración Pública (precio unitario o alzado); en la concesión, lo dará el propio usuario que utilice la obra pública destinada a un servicio público a través de su cuota. Como ha señalado Marienhoff:

"Con acierto se dijo que es el modo de remuneración lo que distingue el contrato de obra pública de la concesión de obra pública, y -- que la concesión de obra pública no es otra cosa que un contrato de obra pública donde el empresario es remunerado en una forma particular..." (314)

Concluyendo, la denominación de concesión de obra pública no es muy atinada; dicha terminología nos hace pensar que reúne ciertas características propias de la concesión administrativa y ciertas características del contrato administrativo. Existe una división, cuya línea de separación, aún es nebulosa para la doctrina administrativa y sus especialistas. Por el mo---

(314) MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., tomo III-B, pp. 530.

mento, los avances que ha tenido el derecho administrativo como ciencia, no nos permite aún dar una respuesta satisfactoria. Lo que sí se puede afirmar con seguridad, es que esta figura jurídica tiene por objeto la construcción de una obra pública y la explotación de la misma como servicio público para el que fue destinado; el particular contratista recibe, por las cuotas fijadas para el uso de ese servicio público, el precio por la obra y su explotación. Por lo que la concesión de obras públicas se somete a las características jurídicas señaladas en la ley para los contratos de obras públicas: licitación pública, convocatoria, etc. El futuro funcionamiento y organización del servicio, tarifas, horarios, etc., quedarán pactados en el documento que la Administración Pública y el particular realicen.

4.2.- Carreteras, puertos y autopistas.

En México, existen algunos ejemplos típicos de concesiones de obras públicas, como lo son las carreteras, autopistas, puertos. La realización de estas obras públicas está mayormente regulada en la Ley de Vías Generales de Comunicación.

Tanto las carreteras y autopistas (camino) como los puertos, están considerados como vías generales de comunicación. (artículo 1, fracción VI; 169). Cualquiera de ellos tres, puede ser realizado como obra pública por los particulares a través de concesión para su construcción y posterior explotación. El artículo octavo de la LVGC, señala en su primer párrafo lo siguiente:

"Artículo 8.- Para construir, establecer y --
 explotar vías generales de comunicación o ---
 cualquier clase de servicios conexos a éstas,
 será necesario el tener concesión o permiso -
 del Ejecutivo Federal, por conducto de la Se-
 cretaría de Comunicaciones y con sujeción a -
 los preceptos de esta ley y sus reglamentos."

Hay que recordar, sin embargo, que las vías generales -
 de comunicación pueden ser también realizadas por los particula--
 res por contrato. Así lo establece el artículo 10 de la LVGC --
 que da expresamente la facultad al gobierno federal para que opte
 por el contrato:

"Artículo 10.- El Gobierno Federal tendrá fa-
 cultad para construir o establecer vías gene-
 rales de comunicación por sí mismo o en ----
 cooperación con las autoridades locales. La -
 construcción o establecimiento de estas vías
 podrá encomendarse a particulares en los tér-
 minos del artículo 134 de la Constitución fe-
 deral."

Las concesiones de obras públicas se otorgarán a ciuda-
 danos mexicanos o a sociedades constituidas conforme a las leyes
 del país; si en éstas existiere alguno o varios socios extranje--
 ros, se les aplicará la cláusula calvo respecto de la concesión -
 de obra pública:

"Artículo 12.- Las concesiones para la cons-
 trucción, establecimiento o explotación de --
 vías generales de comunicación sólo se otor-
 garán a ciudadanos mexicanos o a sociedades -
 constituidas conforme a las leyes del país. -
 Cuando se trate de sociedades, se establecerá
 en la escritura respectiva que, para el caso
 de que tuvieran o llegaren a tener uno o va-
 rios socios extranjeros, éstos se considera--

rán como nacionales respecto de la concesión, obligándose a no invocar, por lo que a ella - se refiera, la protección de sus gobiernos, - bajo la pena de perder, si lo hicieren, en -- beneficio de la nación, todos los bienes que hubieren adquirido para construir, establecer o explotar la vía de comunicación, así como - los demás derechos que les otorgue la conce- sión."

La ley, por razones naturales, no es muy clara para --- distinguir el procedimiento que se debe llevar a cabo para las -- concesiones de obras públicas. Más bien, señala el procedimien- to para que se otorgue una concesión respecto a la prestación de servicios públicos (artículos 13 a 20).

Las concesiones de obras públicas para la construcción y explotación de carreteras y autopistas (caminos), no excederá - de 20 años:

"Artículo 146.- Las concesiones para cons---- truir y explotar caminos se otorgarán por el plazo que señale la Secretaría de Comunica--- ciones y que no podrá exceder de veinte años."

Es lógico suponer, que tanto carreteras y autopistas, - observarán las disposiciones relativas a su explotación, según el servicio público del que se trate (artículos 146 a 168). Remi-- timos al Capítulo III, rubro 3.1.

Por lo que respecta a la concesión de obra pública para la contrucción y explotación de puentes, aquélla se otorgará por un período que no excederá de 30 años (artículo 174). Hay que - recordar, que de los puentes se deriva la realización de obras --

públicas o la prestación de servicios públicos. Nuevamente, la ley no es muy clara para separar procedimientos de concesión de servicios públicos de los puertos, y concesión de obra pública -- para construcción y explotación de los servicios que se deriven -- de los propios puertos. (315)

(315) Supra, Capítulo III, rubro 3.3.

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

1.- La concesión administrativa tiene la naturaleza jurídica de un acto administrativo unilateral de la Administración Pública, aunque se reconoce la necesaria intervención del concesionario particular. Se le ha definido como un acto administrativo por el que la administración pública crea un derecho en favor de los particulares para explotar un bien propiedad del Estado o para la prestación de un servicio público.

2.- Aunque existen semejanzas y relaciones, la concesión administrativa se logra diferenciar y distinguir claramente del contrato administrativo y de la concesión de patente. La única clasificación que se acepta de las concesiones administrativas es: 1) concesiones de servicios públicos; 2) concesiones de explotación de bienes del Estado.

3.- La naturaleza jurídica del permiso administrativo es la de ser un acto administrativo de la Administración Pública, y se conceptualiza como un acto administrativo por el que la administración pública facilita el ejercicio de un derecho preexistente que tiene el particular. Permisos, licencias y autorizaciones tienen un mismo significado y naturaleza jurídicas.

4.- La concesión y el permiso administrativos son figuras jurídicas diferentes; en una se crea un derecho, en la otra se facilita para su ejercicio, respectivamente. Sin embargo, la legislación y jurisprudencia mexicanas han utilizado erróneamente estos dos conceptos. Por esto, encontramos áreas que se conce-

sionan sin que verdaderamente sean objeto de concesión; lo mismo sucede con los permisos.

5.- El artículo 28 constitucional es la base de las --- concesiones de servicios públicos. Según disposición constitu-- cional, hay actividades que se consideran servicios públicos y -- que pueden o no concesionarse: educación y energía eléctrica res-- pectivamente. Asimismo, hay actividades que según disposición constitucional son servicios públicos, pero no se determina si -- pueden o no concesionarse, son las leyes las que determinarán tal situación (panteones, rastro, etc.). Finalmente, hay activida-- des que son verdaderos servicios públicos pero que no los señala así expresamente la Constitución, y se consideran áreas estraté-- gicas para el Estado (correos, telégrafos, etc.).

6.- Se propone que tanto los creadores de las leyes como de los criterios jurisprudenciales, adopten la postura de su-- jetarse al criterio de que cuando se trate de la explotación de -- los bienes del dominio público de la Federación o de servicios -- públicos por particulares, se haga referencia solo a la concesión y no al permiso.

7.- El objeto y fin esenciales en el régimen concesio-- nal es la protección y salvaguarda del interés general de la co-- lectividad, por lo que no se atenta contra la garantía de liber-- tad de trabajo, ni constituye un monopolio el área concesionada.

8.- Los únicos servicios públicos que son prestados por los particulares sin que medie concesión, son el de las armas y -- el de los jurados (artículo 5° constitucional).

9.- Ante la dificultad que ofrece la determinación de la noción misma de servicio público, es imposible fijar un criterio único para establecer su concepto y naturaleza jurídicas. -- Sin pretender unificar todo cuanto se haya dicho sobre los servicios públicos, proponemos el siguiente concepto basándonos en lo que la doctrina (mexicana y extranjera), legislación y jurisprudencia mexicanas han dicho al respecto: se trata de una actividad técnica prestada al público de una manera regular y continua por un organismo público o por los particulares (a través de concesión) para la satisfacción de una necesidad colectiva.

10.- Con lo anterior, podemos afirmar que el área o actividad que reúna los requisitos de la definición propuesta, -- será servicio público, independientemente del sujeto que lo preste sea el Estado o el particular vía concesión o sin ella. Para la determinación de los servicios públicos, nos auxiliamos tanto de la teoría objetiva del servicio público (un servicio público -- lo es independientemente de la voluntad del Estado) como de la -- teoría subjetiva (son servicios públicos los que reconozca el Estado). La titularidad de la prestación del servicio público la conserva el Estado; no obstante, dicha prestación no es un monopolio.

11.- El interés general al que se orienta toda concesión de servicio público, siempre deberá estar por encima de los intereses de los particulares. Conceptualizamos a la concesión de servicio público como el acto administrativo a través del cual la administración pública crea un derecho a favor de un particular para que de manera regular y continua preste y explote una actividad técnica --considerada formalmente servicio público-- encaminada a satisfacer necesidades colectivas.

12.- El régimen jurídico de las concesiones de servicio público es híbrido: derecho público para el vínculo Estado-concesionarios; derecho privado para el vínculo concesionarios-usuarios.

13.- Actualmente, en el Distrito Federal y zonas conurbadas, es imposible cubrir satisfactoriamente todos los servicios públicos. El régimen concesional sigue ayudando a la mejor atención de los mismos, pero por el crecimiento poblacional, es insuficiente. Ejemplo: transporte público.

14.- Con la política Salinista de "saneamiento de las finanzas"; con la venta indiscriminada de entidades paraestatales; con la idea a ultranza del liberalismo social y la era de las privatizaciones; con el eventual Tratado de Libre Comercio, las concesiones de servicios públicos retoman su importancia y se expanden rápidamente.

15.- Decimos que existe obra pública cuando un bien mueble o inmueble sea construido o realizado por el Estado directa o indirectamente o se preste un servicio sobre ellos para la satisfacción de intereses generales. La idea de obra pública que maneja la Ley de Obras Públicas, es la de un trabajo o un servicio sobre bienes muebles o inmuebles que está orientada generalmente a la prestación de un servicio público; sin embargo, la definición de la ley es muy extensa y poco precisa.

16.- La naturaleza jurídica de la obra pública es la de ser un servicio o trabajo (obra material) realizada por la Administración Pública para satisfacer necesidades generales, por lo que su régimen aplicable será de derecho público. La obra pública tendrá carácter federal, local o municipal, según la natu-

raleza del sujeto público que intervenga (Federación, Estados, -- Municipios) y a la procedencia de los fondos según sean federales locales o municipales.

17.- Los sistemas de realización de las obras públicas pueden ser: 1) por administración directa; 2) por contratación. Para éste último, los sistemas de contratación de las obras públicas serán a) libre contratación; b) por concurso cerrado; c) - por concurso abierto.

18.- La base constitucional para la contratación de las obras públicas es el artículo 134 de nuestra Ley Suprema. Dicha contratación se llevará a través de licitaciones públicas (diferentes a las subastas) ordinariamente por el sistema de concurso cerrado; no obstante, aunque estén consideradas como excepciones por nuestra legislación, los sistemas de libre contratación y --- concurso abierto son muy comunes en la práctica.

19.- Se define al contrato de obra pública como un contrato administrativo que tiene por objeto la construcción o realización (trabajo) o prestación de un servicio sobre un bien mueble o inmueble para la satisfacción de intereses generales. Se trata de un contrato de derecho público; para determinar la naturaleza de este contrato celebrado por la Administración Pública, es decir, si es público o privado, se acude a varios criterios, - como lo puede ser el que atiende a la naturaleza u objeto del --- contrato tanto si tiene como finalidad un servicio público, como que exista un régimen exorbitante. Se tomará en cuenta siempre el fin teleológico del contrato: satisfacer necesidades colectivas de manera directa e inmediata.

20.- No es posible determinar por el momento, la natu--

raleza de la concesión de obras públicas, es decir, si se trata de una verdadera concesión administrativa o de un contrato administrativo; la terminología usada es incorrecta y confusa, por lo que podemos afirmar únicamente que se trata -la concesión de obras públicas- de una figura jurídica que tiene por objeto la -- construcción de una obra pública y la explotación de la misma como servicio público para el que fue destinado sometiéndose a las características jurídicas señaladas por la ley para los contratos de obras públicas: licitación pública, convocatoria, etc.

21.- La diferencia entre contrato y concesión de obras públicas, es que aquélla tiene por objeto la construcción de una obra pública; ésta, la construcción y explotación de la obra pública.

BIBLIOGRAFIA GENERAL DE OBRAS Y ARTICULOS

- ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo. Traducción de la 3a. edición italiana. Bosch, Casa Editorial. -- Barcelona. 1970.
- BARRERA GRAF, Jorge. Tratado de Derecho Mercantil. Ed. Porrúa. México. 1957.
- BECCERA BAUTISTA, José. Remate. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa-UNAM. México. 1988. Segunda Edición.
- BERCAITZ, Miguel Angel. Teoría General de los Contratos Administrativos. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1980. 2a. edición.
- BIELSA, Rafael. Derecho Administrativo. Roque Depalma Editor. - Buenos Aires. 1955. 5a. edición.
- BOQUERA OLIVER, José María. Derecho Administrativo. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid. 1979. 3a. edición.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. Ed. Porrúa. México. 1986. 20a. edición.
- CANALS ARENAS, Jorge Ricardo. El Contrato de Obra Pública. Ed. Trillas. México. 1991.
- CANASI, José. Derecho Administrativo. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1974.
- CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1987. 2a. edición.
- DE LAUBADERE, André. Traité de Droit Administratif. Librairie - Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris. 1988. 10e. --- Edition.

- DIAZ ALFARO, Salomón. El Distrito Federal Mexicano. Breve Historia Constitucional en Estudios Jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917 en su Septuagésimo Quinto Aniversario. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. -- 1992.
- DIAZ BRAVO, Arturo. Patente. Diccionario Jurídico Mexicano. --- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa-UNAM. México. 1987. Segunda Edición.
- Diccionario Enciclopédico Espasa. Ed. Espasa-Calpe. Madrid. 1979 8a. Edición.
- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa-UNAM. México. 1987 y 1988. Segunda Edición.
- DIEZ, Manuel Ma. Derecho Administrativo. Ed. Plus Ultra. Buenos Aires. 1978.
- , El Acto Administrativo. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1956.
- , Manual de Derecho Administrativo. Ed. Plus Ultra. -- Buenos Aires. 1981. 2a. edición.
- DROMI, José Roberto. Instituciones de Derecho Administrativo. - Ed. Astrea. Buenos Aires. 1976.
- , Derecho Administrativo Económico. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1985.
- DUGUIT, León. Las Transformaciones del Derecho Público. Traducción española. Madrid.
- ENTRENA CUESTA, Rafael. Curso de Derecho Administrativo. Ed. -- Tecnos. Madrid. 1970. 3a. edición.
- ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado Integral de los Contratos Administrativos. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1977.
- FERNANDEZ DE VELASCO, Recaredo. Los Contratos Administrativos. - Espasa-Calpe S.A. Madrid. 1927.

- FIORINI, Bartolomé A. Manual de Derecho Administrativo. La Ley. Buenos Aires. 1968.
- FLEINER, Fritz. Instituciones de Derecho Administrativo. Traducción de la 8a. edición alemana. Editorial Labor, S.A. Barcelona. 1933.
- FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa. México. 1982 22a. edición.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ Tomás-Ramón. Curso de -- Derecho Administrativo. Ed. Civitas, S.A. Madrid. 1990. 5a. edición.
- GARCIA TREVIJANO FOS, J.A. Tratado de Derecho Administrativo. -- Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1971. 3a. edición.
- GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. -- Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1970 y 1971. Vol. I 5a. edición; vol. II 4a. edición.
- GOMEZ MEJIA, Francisco Eladio. Fundamentos de Derecho Adminis-- trativo Colombiano. Editorial Kelly. Bogotá. 1969.
- GORDILLO, Agustín A. Tratado de Derecho Administrativo. Edicio-- nes Macchi. Buenos Aires. 1979.
- GRAIZBORD, Boris. La Población y el Empleo en la Zona Metropoli-- tana de la Ciudad de México. Cuadernos de Urbanismo. México. 1991.
- HAURIOU, Maurice. Précis de Droit Administratif et de Droit Pu-- blic. Recueil Sirey. París. 1921. Dixieme Edition.
- HERNANDEZ ESPINDOLA, Olga. Concurso. Diccionario Jurídico Mexi-- cano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa-UNAM México. 1988. Segunda Edición.
- Permisos Administrativos. Dicc. op. cit.
- JEZE, Gastón. Principios Generales de Derecho Administrativo. -- Traducción de la 3a. edición francesa. Editorial Depalma. --- Buenos Aires. 1949.
- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al Tra-- vés de los Regímenes Revolucionarios 1917-1990. Secretaría -- de Programación y Presupuesto. 1990. 2a. Edición.

- MADRAZO, Jorge. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa-UNAM. México. 1987. Segunda Edición.
- MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Ed. -- Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1983. 3a. edición.
- MARTIN MATEO, Ramón. Manual de Derecho Administrativo. Madrid. 1980. 5a. edición.
- MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán. Traducción directa del original francés. Ediciones Arayú. Buenos Aires. 1954.
- MERKL, Adolfo. Teoría General del Derecho Administrativo. Editora Nacional. 1975.
- MO, Fernando. Régimen Legal de las Obras Públicas. Ediciones -- Depalma. Buenos Aires. 1966.
- NAVA NEGRETE, Alfonso. Derecho Procesal Administrativo. Ed. Porrúa. México. 1959.
- . Derecho Administrativo. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 1991.
- . Acto Administrativo. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa-UNAM. México. 1987. Segunda Edición.
- . Concesión administrativa. Dicc. op. cit.
- . Contrato administrativo. Dicc. op. cit.
- . Contrato de obra pública. Dicc. op. cit.
- . Política concesionaria, bienes y servicios en Aspectos Jurídicos de la Planeación en México. Secretaría de Programación y Presupuesto. Ed. Porrúa. México. 1981.
- . Contratos privados de la administración pública. Revista de la Facultad de Derecho. Núm. 51, tomo XIII. UNAM. -- 1963.

- Apuntes de clase de la materia Derecho Administrativo Segundo Curso. Facultad de Derecho. UNAM. 1989.
- OLIVERA TORO, Jorge. Manual de Derecho Administrativo. Ed. Porrúa, S.A. México. 1988. 5a. edición.
- PINEDA, Fanny. Servicio Público. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa-UNAM. México. 1988.
- RANGEL MEDINA, David. Derecho de la Propiedad Industrial e Intelectual en El Derecho en México. Una Visión de Conjunto. -- Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 1991.
- REAL BENITEZ, Alberto. La Concesión de Bienes del Dominio Público de la Federación en La Legislación Nacional. Tesis Profesional. México. 1989.
- Revista de Comercio Exterior. Vol. 42, núm. 3. Banco Nacional de Comercio Exterior. S.N.C. México. 1992.
- Revista El Mercado de Valores. Núms. 7; 9 Sección Tratado de Libre Comercio. Nacional Financiera. México. 1992.
- ROYO-VILLANOVA, Antonio. Elementos de Derecho Administrativo. -- Editorial Santarén. Valladolid. 1955. 24a. edición.
- SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo. 1963. 3a. edición.
- SERRA ROJAS, Andrés. Derecho Administrativo. Ed. Porrúa. México--co. 1985. 13a. edición.
- TENA RAMIREZ, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. Ed. Porrúa. México. 1970. 10a. edición.
- VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Biblioteca Banco Popular. Textos Universitarios. Bogotá. 1980. 7a. edición.
- VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. Derecho Administrativo. Tipo---gráfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1951.
- ZORRILLA MARTINEZ, Pedro G. La Ley de Obras Públicas y la Planeación en Aspectos Jurídicos de la Planeación en México. -- Secretaría de Programación y Presupuesto. Ed. Porrúa. México. 1981.

LEGISLACION CONSULTADA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley de Cooperación para Obras Públicas Municipales del Estado - de Tabasco
- Ley de Fomento y Protección a la Propiedad Industrial
- Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas
- Ley de Navegación y Comercio Marítimos
- Ley de Obras Públicas de la Federación
- Ley de Obras Públicas del Estado de México
- Ley de Obras Públicas del Estado de Michoacán
- Ley de Obras Públicas del Estado de Querétaro
- Ley de Obras Públicas del Estado de Tabasco
- Ley de Secretarías y Departamentos de Estado
- Ley de Vías Generales de Comunicación
- Ley Federal de Aguas
- Ley Federal de Educación
- Ley Federal de Radio y Televisión
- Ley Forestal
- Ley General de Asentamientos Humanos
- Ley General de Bienes Nacionales
- Ley General de Salud
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
- Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal
- Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación
- Ley que fija las bases generales a que habrá de sujetarse el -- tránsito y los transportes en el Distrito Federal
- Reglamento de Cementerios del Distrito Federal

- Reglamento de Construcciones para el Distrito Federal
- Reglamento de Estacionamientos Públicos del Distrito Federal
- Reglamento de la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas
- Reglamento de la Ley de Obras Públicas
- Reglamento de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal
- Reglamento de Mercados
- Reglamento de Transporte Urbano de Carga para el Distrito Federal
- Reglamento Interior de La Comisión Intersecretarial Consultiva de La Obras Pública
- Reglamento para el Servicio Público de Transporte de Pasajeros en el Distrito Federal