



UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE

FACULTAD DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México

CLAVE: 8793-09

“LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA CLÁUSULA
DE RESCISIÓN EN LOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS”

TESIS

Que para obtener el título de
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:
SALVADOR RAMÍREZ VÁZQUEZ

Asesor:
LIC. ROBERTO J. NAVARRO GONZÁLEZ

Celaya, Gto.

Junio 2013



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios fuerza creadora, por darme una familia hermosa y por estar siempre conmigo.

A mis padres la Sra. Ofelia Vázquez González y Sr. Salvador Ramírez Vázquez, gracias por sus desvelos, regaños, consejos, pero sobre todas las cosas por quererme tanto, aún y cuando no he sabido ser un buen hijo, los quiero con todo mi corazón. Si Dios me llevara de este mundo y me diera la oportunidad de volver a nacer, solo le pediría una cosa, que mis padres fueran otra vez. GRACIAS.

A mi querida hermana Cecilia Ramírez Vázquez, manis te quiero mucho.

A Herminia García Acuña, peque Te Amo, gracias por estar conmigo y permitirme ser parte de tu vida.

A mis compañeros de generación, Paco, Felipe, Omaña, Aldo, Hugo, Israel, Edmundo, Carlos, Polo, grandes amigos, nunca en la vida podré volver a estar junto a un gran grupo de seres humanos como lo son todos ustedes, mi cariño para todos.

A mi querida Universidad Lasallista Benavente, pues en sus aulas encontré el conocimiento que me han permitido tener éxito en la vida.

A mis profesores que con gran entusiasmo y dedicación impartieron su conocimiento, experiencia y me brindaron su apoyo, gracias.

Al Lic. Roberto J. Navarro González, gracias por guiarme y brindarme su apoyo, pero sobre todas las cosas por ser un gran ser humano.

A mis abuelos, los que ya no están por haberme querido tanto y a la que me queda mi admiración.

A mis tíos y tías, gracias por todo su apoyo.

ÍNDICE

PÁGS.

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA.

	1
1.1. <i>Definición de Garantía Individual.</i>	1
1.2. <i>Titular de la Garantía de Audiencia.</i>	2
1.3. <i>Bienes Jurídicos Tutelados por la Garantía de Audiencia.</i>	3
1.3.1. <i>La Vida.</i>	4
1.3.2. <i>La Libertad.</i>	5
1.3.3. <i>La Propiedad.</i>	6
1.3.4. <i>La Posesión.</i>	7
1.3.5. <i>Los Derechos.</i>	8
1.4. <i>Excepciones a la Garantía de Audiencia.</i>	9
1.5. <i>La Garantía de Audiencia en Actos Administrativos.</i>	12
1.6. <i>Criterio de la Suprema Corte sobre el alcance de la Garantía de Audiencia.</i>	13

CAPÍTULO II

ACTO ADMINISTRATIVO.

	18
2.1. <i>Distinción entre Hecho y Acto Jurídico y el Acto Administrativo como especie de éste.</i>	18
2.2. <i>Concepto del Acto Administrativo.</i>	19
2.3. <i>Características del Acto Administrativo.</i>	20
2.4. <i>Requisitos Constitucionales del Acto Administrativo.</i>	22
2.4.1. <i>Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relativos a la Fundamentación y Motivación.</i>	23
2.4.2. <i>Principio de Legalidad y No Retroactividad.</i>	26
2.5. <i>Elementos Constitutivos del Acto Administrativo y su Fundamento.</i>	27
2.5.1. <i>Sujeto.</i>	27
2.5.2. <i>Objeto.</i>	29
2.5.3. <i>Forma.</i>	29
2.5.4. <i>Modalidades del Acto Administrativo.</i>	30
2.6. <i>Extinción de los Actos Administrativos.</i>	31
2.7. <i>La Invalidez del Acto Administrativo.</i>	32
2.7.1. <i>Nulidad Absoluta por Violación de la Ley.</i>	32
2.7.2. <i>La Nulidad Relativa o Anulabilidad en el Derecho Administrativo.</i>	33

2.7.3. <i>Autoridad Competente para Dictar la Declaración de Nulidad.</i>	33
2.8. <i>Clasificación de los Actos Administrativos.</i>	34
2.8.1. <i>Actos de Autoridad y Actos de Gestión.</i>	35
2.8.2. <i>Por su Finalidad.</i>	35
2.8.3. <i>Por las partes que intervienen.</i>	36
2.8.4. <i>Por su contenido y Efectos Jurídicos.</i>	37
2.8.5. <i>Por su Contenido.</i>	38

CAPÍTULO III

CONTRATOS.

3.1. <i>Definición del Contrato.</i>	40
3.1.1. <i>Como Acto Jurídico.</i>	41
3.1.2. <i>Como Norma Jurídica.</i>	42
3.1.3. <i>Como Documento.</i>	43
3.2. <i>Elementos del Contrato.</i>	43
3.2.1. <i>Elementos de Existencia.</i>	43
3.2.2. <i>Elementos de Validez.</i>	45
3.3. <i>Clasificaciones Generales de los Contratos.</i>	54
3.3.1. <i>Contratos Unilaterales y Bilaterales.</i>	54
3.3.2. <i>Contratos Onerosos y Gratuitos.</i>	55
3.3.3. <i>Contratos Conmutativos y Aleatorios.</i>	56
3.3.4. <i>Contratos Reales y Consensuales.</i>	57
3.3.5. <i>Contratos Formales y Consensuales</i>	57
3.3.6. <i>Contratos Principales y Accesorios</i>	58
3.3.7. <i>Contratos Instantáneos y de Tracto Sucesivo</i>	59
3.3.4. <i>Terminación del Contrato</i>	59
3.4.1. <i>La Frustración del Contrato.</i>	60
3.4.2. <i>Las Causas de Terminación del Contrato.</i>	62

CAPÍTULO IV

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

4.1. <i>Generalidades.</i>	65
4.2. <i>Clasificación de los Contratos Administrativos.</i>	71
4.2.1. <i>Contratos Sujetos a Derecho Privado que celebra la Administración Pública.</i>	71
4.3. <i>Contratos de Derecho Mercantil.</i>	72

4.4.	<i>Contratos de Derecho Administrativo.</i>	73
4.4.1.	<i>Criterios para distinguir los Contratos Administrativos de los Contratos de Derecho Civil.</i>	74
4.4.2.	<i>Criterio Objetivo o Intrínseco.</i>	74
4.4.3.	<i>Criterio relativo a la Jurisdicción de los Tribunales que se encargan de conocer de las controversias surgidas con motivo de la interpretación y cumplimiento de los Contratos Administrativos.</i>	74
4.4.4.	<i>Criterio de las Cláusulas Exorbitantes.</i>	75
4.4.5.	<i>Hechos del Príncipe.</i>	76
4.4.6.	<i>Elementos del Contrato Administrativo.</i>	76
4.5.	<i>Diversos Tipos de Contratos Administrativos.</i>	78

CAPÍTULO V

LA RESCISIÓN Y SU CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

81

5.1.	<i>Rescisión en Materia Civil.</i>	81
5.2.	<i>Rescisión en Materia Administrativa.</i>	85
5.3.	<i>Diferencia entre la Rescisión Administrativa y la Rescisión Civil.</i>	94
5.4.	<i>Análisis.</i>	94

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El Estado, a efecto de realizar y cumplir con todas aquellas funciones que tiene encomendadas tendientes a obtener el bien común, se ve en la necesidad de despojarse de esa investidura solemne con la que cuenta y realiza contratos con los particulares, poniéndose a la par de los mismos, contrayendo obligaciones.

No obstante lo anterior, el Estado conserva o se guarda para sí algunas cláusulas que le permiten tener ciertas ventajas frente a los particulares, tal es el caso de la cláusula de rescisión en los contratos administrativos, dicha cláusula versa en el sentido de que la autoridad podrá de manera unilateral, ante cualquier causa de incumplimiento por parte del particular, dar por rescindido el contrato, sin la necesidad de ocurrir ante los tribunales, dando por terminada la relación contractual.

Este trabajo se encuentra encaminado a determinar si existen elementos que justifiquen el actuar del Estado frente a los particulares y si dicho actuar esta pegado a lo dispuesto por nuestra Ley Suprema; analizando los alcances de la garantía de audiencia, el acto administrativo, los diferentes tipos de contratos, específicamente realizando un análisis al contrato administrativo y tomando en consideración estos elementos para determinar la constitucionalidad de la cláusula de rescisión.

CAPÍTULO I GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA

1.1 Definición de Garantía Individual.

Existe una gran variedad de criterios en cuanto al significado de la palabra garantía, pues muchos autores sostienen diferentes puntos de vista, al respecto analizaremos algunos de ellos para explicar o tratar de entender esta figura jurídica.

El diccionario de la Real Academia española define el vocablo Garantía como “la acción o efecto de afianzar lo estipulado.” El empleo del sinónimo afianzar hace un poco confusa y oscura de entender la definición, pero resalta que la noción de garantía implica un acto principal, es decir, lo estipulado, y un acto accesorio, el afianzamiento del acto principal, implícitamente de que sea cumplido.

En el lenguaje común, usual, garantía es aquello que se entrega u ofrece, para resguardar o asegurar lo prometido o el cumplimiento de una oferta, que puede ser lisa y llana o supeditada a la satisfacción de algún requisito. Esa connotación expresa también el carácter accesorio de la garantía respecto de un acto principal e incluye los dos aspectos de la garantía, uno es interés de quien ofrece, y el otro en interés de quien acepta.

Así entonces, para el maestro Luis Bazdresch las garantías son “derechos públicos, puesto que están incorporadas a la constitución, que las instituye en beneficio de las personas y a cargo de las autoridades, como limitaciones en el ejercicio de los órganos gubernativos en general, y cuya satisfacción importa teóricamente al interés social como al individual; y también son derechos subjetivos porque no recaen sobre cosas materiales, sino que simplemente dan una acción personal para lograr que el órgano gubernativo que corresponda respete los derechos garantizados.”¹

Ignacio Burgoa comenta al respecto del significado de la palabra garantía lo siguiente, “parece ser que la palabra garantía proviene del termino anglosajón warranty o warantie, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar, por lo que tiene una connotación muy amplia. Garantía equivale, pues, en su sentido lato, a aseguramiento o afianzamiento, pudiendo denotar también protección, respaldo, defensa, salvaguarda o apoyo. Jurídicamente, el vocablo y el concepto garantía se originaron en el derecho privado, teniendo en el las acepciones apuntadas.

El concepto Garantía en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones en favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas pre-establecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional. De esta guisa se ha estimado, incluso por la doctrina, que el principio de legalidad, el de división de poderes, el de responsabilidad oficial de los funcionarios públicos, etc., son garantías jurídicas estatuidas en beneficio de los

¹ BAZDRESCH, Luis. “*Garantías Constitucionales*”, Ed. Trillas, 1996, Págs. 18 y 19.

gobernados; afirmándose también que el mismo concepto se extiende a los medios o recursos tendientes a hacer efectivos el imperio de la ley y del derecho.

Por lo tanto el concepto de garantía individual se forma mediante la concurrencia de los siguientes *elementos*:

1.- Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos).

2.- Derecho público subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado (objeto).

3.- Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto).

4.- Previsión y regulación de la ley fundamental (fuente).”²

De lo antes mencionado podemos decir que, por el concepto de garantía entendemos que es una figura tendiente a resguardar, vigilar y proteger los derechos fundamentales de los gobernados consagrados en nuestra carta magna.

Para entender que bienes jurídicos tutela la garantía de audiencia es necesario explicar que se entiende por dicha garantía; para el maestro Luis Bazdresch consiste en “proteger esencialmente la dignidad humana y el respeto de los derechos personales, patrimoniales y cívicos de los particulares en sus relaciones con la autoridad, e incluye un conjunto bastante extenso de prevenciones constitucionales que tienden a producir en los individuos la confianza de que en sus relaciones con los órganos gubernativos, éstos no procederán arbitrariamente ni caprichosamente, sino de acuerdo con las reglas establecidas en la ley como normas del ejercicio de las facultades de los propios órganos, los cuales necesitan estar creados en una disposición legislativa y sus atribuciones necesitan a su vez estar definidas en textos legales o reglamentarios expresos.

Ahora bien la antes mencionada garantía de audiencia requiere el seguimiento de un juicio formal y ajustado a las leyes preexistentes aplicables, para evitar privar a una persona de la *vida*, de la *libertad*, de sus *propiedades*, *posesiones* o *derechos*, pues sólo con la satisfacción de esos requisitos será legal la actuación de la autoridad respectiva.”³

1.2 Titular de la Garantía de Audiencia.

"Cuando el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional afirma, que nadie podrá ser privado de determinados derechos esenciales; sino ajustándose a ciertos requisitos, se expresa que el titular de la garantía puede ser todo sujeto gobernado sin distinción de

² BURGOA ORIHUELA, Ignacio. “*Las Garantías Individuales*”, Ed. Porrúa, 1996, Págs. 161, 162 y 187.

³ BAZDRESCH, Luis. *Op. Cit.*, Págs. 162, 169 y 170.

nacionalidad, sexo, edad o condición. Estrictamente, aun estándose en el extranjero, provisional o permanentemente, puede existir una violación de los derechos de tal persona sobre bienes ubicados en el país, lo que no le obstruye el derecho a reclamar las violaciones, inclusive por medio de apoderado.”⁴

El maestro Ignacio Burgoa considera que “el goce de la garantía de audiencia, como derecho público subjetivo, corresponde a todo sujeto como gobernado en los términos del artículo primero constitucional. No bajo otra acepción debe entenderse el vocablo nadie, interpretándolo a contrario sensu. Por ende, los atributos accidentales de las personas, tales como la nacionalidad, la raza, la religión, el sexo, etc., no excluyen a ningún sujeto de la tutela que imparte la garantía de audiencia, y esta circunstancia, acorde con los principios elementales de la justicia y del humanitarismo, hace de nuestro artículo 14 constitucional un precepto protector no sólo del mexicano, sino de cualquier hombre, salvo las excepciones consignadas en la propia Ley Suprema.

Ahora bien, siendo el titular de la garantía de audiencia todo sujeto como gobernado, ¿qué se entiende por tal? El sujeto como gobernado y la autoridad se encuentran en una *relación de supra a subordinación, que tienen, para ser tales, como ámbito de operatividad, la esfera del particular*. Por tanto, el gobernado es el sujeto cuyo estado jurídico personal es susceptible de ser total o parcialmente objeto de actos de autoridad, cuyas notas esenciales son: la unilateralidad, la imperatividad o impositividad y la coercitibilidad.

Con vista a tales consideraciones, debe escribirse la conclusión a que podría llegarse mediante la interpretación literal del artículo primero constitucional, en el sentido de cualquier individuo, para ser titular de garantías individuales, debe necesariamente estar en los Estados Unidos Mexicanos, es decir, dentro de su territorio, ya que, aun cuando físicamente no se encuentre dentro del mismo, si su esfera jurídica total o parcial es susceptible de ser objeto de algún acto de autoridad, la persona goza de los derechos públicos subjetivos instituidos en nuestra Ley Fundamental por tener el carácter de gobernado, cuyo concepto no comprende al de individuo, sino a toda persona física o jurídica colectiva de derecho privado o social y a los organismos públicos descentralizados.”⁵

1.3 Bienes Jurídicos Tutelados por la Garantía de Audiencia.

El ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juventino V. Castro, “considera que la garantía de audiencia lo fundamental es adecuar los derechos del gobernado a un procedimiento de defensa, en contra de los actos de la autoridad que pretendan un daño en sus derechos. El artículo 14 constitucional prohíbe la privación de los derechos de los individuos, sin sujetarse las autoridades a los requisitos que la propia disposición señala; tales derechos son la *vida, la libertad y las propiedades*.”⁶

⁴ CASTRO, Juventino V., “*Garantías y Amparo*”, Ed. Porrúa, 1996, Pág. 231.

⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Op. Cit.*, Págs. 537 y 538.

⁶ CASTRO, Juventino V., *Op. Cit.*, Págs. 230- 232.

“La garantía de audiencia se encuentra aplicada en el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional, que textualmente dispone:

‘Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.’

La garantía de audiencia en nuestro actual artículo 14 Constitucional se integra, mediante cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, necesariamente concurrentes, y que son: *Juicio previo al acto de privación*; que dicho juicio se siga ante tribunales previamente establecidos; *el cumplimiento o la observancia de las formalidades procesales esenciales*; y la *decisión jurisdiccional ajustada a las leyes vigentes con antelación a la causa que origina el juicio*. Formándose la garantía de audiencia mediante la conjunción indispensable de tales cuatro garantías específicas, es evidente que aquella es susceptible de contravenirse al violarse una sola, por lo que, merced a la íntima articulación que existe entre ellas, el gobernado encuentra en el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional una verdadera y sólida protección a sus bienes jurídicos integrantes de su esfera subjetiva de derecho.

Los bienes jurídicos tutelados por la garantía de audiencia son, conforme al segundo párrafo del artículo 14 Constitucional los siguientes: La vida, la libertad, la propiedad, la posesión y los derechos del gobernado.”⁷

1.3.1 La Vida.

“La vida es precisamente existir, ser y particularmente para los hombres, tener un cuerpo y una mente aunque uno y otra estén incapacitados parcialmente, total, transitoriamente o permanentemente, siempre que el corazón mantenga su actividad. Decimos que la vida comienza, y por tanto el derecho a su garantía, desde el nacimiento, porque la primera parte del artículo 22 del Código Civil Federal dispone que la capacidad jurídica de las personas físicas, se adquiere por el nacimiento, lo que significa que éste es necesario para que el hombre sea sujeto de derechos; pero la segunda parte de ese mismo artículo 22 suscita un problema al disponer que, para los efectos del propio código civil, se tenga al individuo por nacido desde el momento en que es concebido, pues racionalmente ese principio debe hacerse extensivo para todos los efectos de derecho, inclusive el constitucional, sin circunscribirlo exclusivamente al derecho civil, de donde se seguiría que el individuo que ha sido concebido, tendría entre otros el derecho de nacer, del que no podría privársele sin los requisitos y formalidades que integran la garantía de la vida, lo cual obviamente trascendería a la inconstitucionalidad de las leyes que autorizan o legitimaran el aborto provocado.

La garantía de la vida consiste simplemente y concretamente en que el Estado no puede privar de la vida a un individuo humano sino como resultado de un enjuiciamiento

⁷

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Op. Cit.*, Págs. 536, 537 y 539.

formal, en el que tenga oportunidad de defensa, de presentar pruebas, y de alegar sobre sus derechos, el juicio debe concluir con una sentencia de derecho, que el reo podrá recurrir como legalmente proceda, y la pena impuesta debe estar decretada en una ley exactamente aplicable al delito que la motive; así se desprende de las categóricas prevenciones del segundo y del tercero párrafos del artículo catorce Constitucional.

Y como complemento de precisión, el artículo 22 Constitucional, párrafo tercero, determina los casos en que puede ser legal privar de la vida a una persona, pero lo prohíbe específicamente respecto de los delitos políticos, con motivo de los cuales se ha aplicado por sentencia solamente cuando el delito político estaba asociado con un delito común que sí la consentía, sin embargo, en la práctica sí se ha privado de la vida a numerosas personas por mera razón de disensión y aún de mero partidismo en el ámbito político, aunque afortunadamente ya hace muchos años que no se da un caso de esa clase en nuestro país.”⁸

1.3.2 La Libertad.

"La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, expedida por la Asamblea Nacional Francesa en 1789, instituyó como principio político expreso, que los hombres nacen libres y tienen derecho de conservar su libertad. Igual principio consigna la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, fechada el 10 de diciembre de 1948.

Nuestras constituciones políticas, a partir de la de 1814, no consignan expresamente que la libertad es un derecho del hombre, como lo hacen las dos proclamaciones acabadas de citar, sino que, al igual que respecto de la vida, dan por sentado que la libertad es el estado natural del hombre, y consignan disposiciones generales y específicas para protegerla.

Las disposiciones especiales referentes a la libertad corporal que contiene nuestra Constitución vigente, estipulan los casos y los requisitos en que permite que la autoridad restrinja la libertad personal, por razones del interés social, afectado por una alteración del orden jurídico, a través de ataques a la convivencia pacífica, en perjuicio directo de la sociedad misma y frecuentemente con daño a un particular.

Tal es el caso del artículo 14 Constitucional, que en su segundo párrafo previene que la privación de la libertad requiere procesamiento formal ante un tribunal previamente establecido, lo cual implica imputación concreta, audiencia, oportunidad de defensa y de aportar pruebas, sentencia y recursos.”⁹

El maestro Burgoa sostiene en cuanto a la libertad que, “ ésta se preserva por la garantía de audiencia como facultad genérica natural del individuo consistente en la forjación y realización de fines vitales y en la selección de medios tendientes a conseguirlos; y como tal facultad natural ostenta variados aspectos, constitutivos cada uno de ellos de facultades o libertades específicas, podemos concluir que la mencionada

⁸ BAZDRESCH, Luis. *Op. Cit.* Págs. 84 y 85.

⁹ *Ibidem*, Págs. 87 y 88.

preservación constitucional se extiende a todas éstas, sin contraerse a la mera libertad física, con estricto apego al principio jurídico que reza: donde la ley no distingue, no debemos distinguir. Es por ello por lo que todas las libertades públicas individuales, que como derechos subjetivos se consagran en nuestra Constitución, están protegidas, a través de la garantía de audiencia, frente y contra cualquier acto de autoridad que importe su privación y específicamente la libertad personal, física o ambulatoria.”¹⁰

1.3.3 La Propiedad.

"La propiedad, que es el derecho real por excelencia, está protegida por la garantía de audiencia en cuanto a los tres derechos subjetivos fundamentales que de ella se derivan, y que son: el de uso, el de disfrute y el de disposición de la cosa, materia de la misma. El primero se traduce en la facultad que tiene el propietario de utilizar el bien para la satisfacción de sus propias necesidades; por medio del segundo, el dueño de la cosa puede hacer suyos los frutos (civiles o naturales) que ésta produzca; y el derecho de disponer de un día se rebela como la potestad que tiene el titular de la propiedad, consistente en celebrar, respecto de aquél, actos de dominio de diversa índole. La propiedad, es una relación jurídica existente entre una persona, a quien se imputan tales derechos específicos, y a un sujeto pasivo universal que tiene la obligación negativa de no vulnerar, afectar o entorpecer su ejercicio, distinguiéndose frente a terceros de la simple posesión originaria, en que el derecho de propiedad está investido de una formalidad especial, respecto a bienes inmuebles, consistente en su inscripción o registro público, los cuales, son los únicos elementos que permiten diferenciar la propiedad de una cosa de su simple posesión a título de dueño.

“La garantía de audiencia, como garantía de seguridad jurídica que es, impone a las autoridades del Estado la obligación positiva consistente en observar, frente al gobernado una conducta activa y que estribe en realizar todo y cada uno de los actos que tiendan a la observancia de las exigencias específicas en que el derecho de audiencia se revela. Por tal motivo, las autoridades del Estado, tienen prohibido por el artículo 14 Constitucional privar a una persona de los bienes materia de su propiedad, si el acto de privación no está condicionado a las exigencias elementales que configuran la garantía mencionada, de cuya naturaleza misma se desprende que es cualquier tipo de propiedad materia de la tutela que imparte, ya que a través de juicio de amparo que se promueva por violación a la expresada garantía, sólo se constata, sí, en detrimento del propietario que puso las autoridades responsables incurrieron o no en dicha contravención, sin que la propia índole de tal juicio autorice, en dicho caso, la posibilidad de que se califique la propiedad que como supuesto afirme tener el agraviado. En efecto, el juicio de amparo no es el medio jurídico pertinente para resolver cuestiones de dominio, o sea, para decir el derecho en materia de propiedad, debiendo en cambio, proteger a ésta no desde el punto de vista de resolver una controversia suscitada entre dos o más sujetos que se disputen la titularidad de ese derecho, sino atendiendo a la circunstancia de que una persona, sea o no la propietaria de una cosa, no debe ser privada de tal carácter, falso o verdadero, legítimo o ilegítimo, sin observarse previamente las condiciones que establece el artículo 14 Constitucional. La sentencia de

¹⁰ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Op. Cit.*, Pág. 540.

amparo sólo puede ocuparse de la solución de cuestiones de dominio, diciendo el derecho en el sentido de establecer a cuál de los contendientes corresponde legítimamente la propiedad de un bien cuando esta cuestión ha sido previamente abordada y resuelta por la jurisdicción común en una o dos instancias, según sea el caso. Es entonces cuando al interponer a una de las partes el juicio de amparo contra la sentencia definitiva pronunciada sobre la propiedad de una cosa por los tribunales ordinarios, la jurisdicción federal puede tratar dicha cuestión examinando si la resolución reclamada se ajustó o no a la letra o interpretación jurídica de la ley en ella invocada, convalidando o invalidando dicho acto procesal, es decir, que dicha posibilidad de tratamiento solo se consigna en razón de la violación a la garantía de legalidad, mas nunca en razón de la contravención a la de audiencia.

Por otra parte, cuando la justicia de la unión, por infracción de la garantía últimamente citada, ampara a un sujeto por haber sido privado de sus propiedades por cualquier acto de autoridad, no dirime una cuestión de dominio, esto es, no decide sobre la titularidad legítima de la propiedad de una cosa en favor del quejoso, sino simplemente se concreta a protegerlos como propietario, si se le ha privado o se le pretende privar del derecho respectivo sin observarse previamente los requisitos o condiciones que se consigna en el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional.”¹¹

1.3.4 La Posesión.

Para Burgoa, en lo referente a la posesión señala que, puede ser originaria o derivada en atención a la causa possessionis, o sea, a la causa que da origen al poder fáctico que se despliega sobre un bien, diferenciándose ambas en que en la primera concurren todos los derechos normalmente referibles a la propiedad mientras que en la segunda sólo el jus utendi o el fruendi, conjunta o aisladamente.

Pues bien, no distinguiendo el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución sobre si la garantía de audiencia tutela a la posesión originaria o a la posesión derivada, es lógico concluir que protegen a ambas, máxime que el artículo 791 del Código Civil, al que necesariamente remite dicha disposición constitucional, considera como poseedores de la cosa tanto al originario como al derivado.

Por otra parte, tratándose de conflictos posesorios, es decir de cuestiones en que exista disputa de dos o más personas por la posesión de un bien, la garantía de audiencia es eficaz para preservar cualquier posesión independientemente del título o la causa conforme a la cual se haya constituido, siempre que no se trate de actos notoriamente ilegítimos o delictivos que por su propia índole jurídica son ineptos para originar, en favor de que ejerce el poder de hecho, ningún derecho normalmente atribuible a la propiedad. En otras palabras, y tal como sucede con la propiedad, mediante el juicio de amparo y por lo que toca a la violación de dicha garantía constitucional, no se decide cuestiones posesorias, esto es controversias entre sujetos que se disputan la verdadera posesión de una cosa ya que lo que en tal hipótesis persigue el juicio de amparo, es tutelar a cualquier poseedor, con la

¹¹ *Ibidem.* Págs. 540-542.

abstracción de la calidad de la causa possessionis que alegue o que se impugne, contra actos de autoridad que no hubieren observado las condiciones o exigencias de la citada garantía individual.

Lo anterior no implica, sin embargo, que en el juicio de amparo no pueden abordarse cuestiones netamente posesorias, por ello ocurre en el caso de que la acción constitucional se haya ejercido contra una resolución violatoria de la garantía de legalidad y no de la de audiencia, tal como acontece tratándose de la propiedad.”¹²

1.3.5 Los Derechos.

“Es a través el concepto de derechos como la garantía de audiencia adquiere gran alcance tutelar en beneficio del gobernado, pues dentro de su connotación se comprende cualquier derecho subjetivo, sea real o personal. Se ha definido a los derechos subjetivos como facultades concedidas a la persona por el orden jurídico, de tal manera que mediante esta idea, se demarca con claridad el ámbito de los mismos y la espera de los simples intereses que no están protegidos por la mencionada garantía constitucional.

Moviéndonos dentro de un terreno positivista, para el sólo efecto de explicar el alcance protector de la Garantía de Audiencia frente a los derechos del gobernado en los términos del segundo párrafo del artículo 14 constitucional, nos concretamos ha aceptar la tesis de que el *derecho subjetivo es una facultad concedida o preservada por la norma jurídica*. Si aplicamos al tema que estamos abordando la doctrina de Bonnecasse, para quien existe dos tipos de situaciones jurídicas, podemos explicar los derechos subjetivos como el cúmulo de facultades o pretensiones que adquiere una persona dentro de la situación jurídica completa en que se coloca, lo que equivale considerar a la norma objetiva como a la fuente de los mismos.

En efecto, la situación jurídica completa no es sino la actualización particular o individual de la situación jurídica abstracta, es decir, de la hipótesis general establecida en la norma de derecho objetivo. Ahora bien, ésta, con vista a su abstracción e impersonalidad, instituye obligaciones y derechos entre los sujetos también abstractos de las relaciones que consigna. Por ende, en virtud de la referencia que al caso individual realiza la circunstancia actualizadora de la situación jurídica abstracta los derechos y obligaciones imputados a los sujetos generales de la norma objetiva, se convierte en derechos y obligaciones particulares, o sea, subjetivos.

Atendiendo las consideraciones apuntadas, la idea de *derecho subjetivo puede conseguirse como la facultad que incumbe a un sujeto nacida de una situación jurídica concreta establecida por la actualización del status normativo abstracto y que importa a cargo de otra persona obligaciones correlativas.*”¹³

¹² *Ibidem*. Págs. 542-546.

¹³ *Ibidem*. Págs.. 547 y 548.

El derecho subjetivo, dice ¹⁴Recaséns Siches, es aquella situación en que una persona se haya en una relación jurídica, a virtud de la cual se le atribuye por la norma la facultad de exigir de otra persona el cumplimiento de cierto deber jurídico. En este sentido se dice que una persona tiene un derecho subjetivo stricto sensu o una pretensión, cuando el último grado de actualización de un deber jurídico de otra persona está a disposición de una persona titular o activa. Es decir, según esta acepción estricta, existe un derecho subjetivo a favor de una persona cuando ésta tiene la facultad de exigir el cumplimiento de un deber correlativo de otra, o sea, cuando llegado el momento tiene la facultad de invocar el auxilio del aparato coercitivo.

De lo anterior expuesto se deduce que no cualquier facultad derivada de la norma debe reputarse derecho subjetivo, si no solo en la medida en que de la situación jurídica concreta nazca o se origine una obligación correspondiente, debiendo ésta preverse en la situación jurídica abstracta legalmente estatuida. Por ende, cuando la norma de derecho objetivo no consigna cargo de uno de los sujetos abstractos respectivos ninguna obligación a favor del otro, en el status individual no existirá derecho subjetivo, ya que para que esto suceda es menester que la facultad personal inherente a una situación concreta sea imperativa, obligatoria y coercitiva, de tal suerte que co-sujeto de subtitular deba inexorablemente cumplimentar las pretensiones que mediante aquella se persigue.

Interpretando el alcance de la garantía de audiencia para tutelar los derechos del gobernado la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que cualquiera de ellos está protegido por el artículo 14 constitucional.

1.4 Excepciones a la Garantía de Audiencia.

"Como toda garantía individual, la de audiencia no opera por modo absoluto. Ello quiere decir que por regla general todo gobernado, frente a cualquier acto de autoridad que importe privación de alguno de los bienes jurídicos tutelados por el artículo 14 constitucional, goza del derecho público subjetivo de que se le brinden las oportunidades defensiva y probatoria antes de que se realice en su perjuicio el acto privativo. Sin embargo, con vista a diversas razones de interés general, la constitución consigna algunas excepciones al goce de la garantía de audiencia, establecidas sobre la base de la naturaleza de determinados actos de autoridad, excepciones que, dentro de un terreno estrictamente jurídico, sólo es posible calificarlas, desde el punto de vista de su justificación o injustificación, con un criterio axiológico o estrictamente sociológico (económico y político) y no a través de un ángulo jurídico-positivo, en virtud del principio de la supremacía constitucional, que convierte a la Ley Fundamental en el ordenamiento sobre el cual nada existe y bajo el cual existe todo en orden de la normación por el Derecho.

Ahora bien, las excepciones a la garantía de audiencia sólo deben consignarse en la Constitución, atendiendo a la circunstancia de que, por significar limitaciones a los derechos públicos individuales del gobernado, la fuente formal única de las mismas es la Ley Suprema.

¹⁴ "Filosofía del Derecho". Págs. 187 y 189.

Así, dentro de nuestro orden constitucional podemos apuntar las siguientes principales excepciones a dicha garantía:

1.- La que se prevé en el artículo 33 de la Constitución, en el sentido de que los extranjeros que juzgue o estime indeseables el Presidente de la República, pueden ser expulsados del país, sin juicio previo;

2.- La que se desprende del artículo 27 constitucional en lo referente a las expropiaciones por causa de utilidad pública, conforme al cual el Presidente de la República o los gobernadores de los Estados, en sus respectivos casos, pueden, con apoyo a las leyes correspondientes, dictar el acto expropiatorio antes de que el particular afectado produzca su defensa la que, sin embargo, puede ser previa según lo consigna el ordenamiento que regule dicho acto de autoridad, puesto que el párrafo segundo de la fracción VI de dicho precepto remite a la legislación secundaria federal o local, la determinación de los casos en que sea de utilidad pública la ocupación de la propiedad privada y de acuerdo con la que la autoridad administrativa hará la declaración correspondiente. Esta excepción ha sido confirmada por la jurisprudencia de la Suprema Corte en una tesis que asienta que en materia de expropiación, no rige la garantía de previa audiencia consagrada en el artículo 14 de la Constitución Federal, porque ese requisito no está comprendido en los que señala en artículo 27 de la misma carta fundamental.”¹⁵

Es evidente que el hecho de que el particular no goce de la garantía de audiencia frente a actos expropiatorios, no significa que estos no puedan impugnarse jurídicamente mediante el juicio de amparo, el cual, como es obvio, no procederá por violación a dicha garantía, pero sí en el caso de que la expropiación contravenga la de legalidad consignada en la primera parte del artículo 16 Constitucional, al infringirse el propio artículo 27 mencionado o la legislación secundaria respectiva. La excepción a la garantía de audiencia de que tratamos tiene, a su vez, una salvedad muy importante y que consiste en que, si dicha garantía se establece en materia expropiatoria por la ley secundaria respectiva, los decretos de expropiación que con base a ellas se expidan, deben acatarla, y si la infringen, por ende violan el segundo párrafo 14 Constitucional.

3.- La Suprema Corte ha establecido otra excepción o salvedad a la garantía de audiencia en materia tributaria, en cuanto que antes del acto que fije un impuesto, la autoridad fiscal respectiva no tiene la obligación de escuchar al causante. También ha estimado que las leyes fiscales no deben necesariamente consignar ningún procedimiento para que, conforme a el, se brinde autoridad a los sujetos tributarios para discutir los impuestos, derechos o aprovechamientos antes de que estas prestaciones se señalen en cada caso. El fundamento que se aduce a esta excepción o salvedad consiste en consideraciones de política fiscal, basadas en la naturaleza misma de las prestaciones mencionadas.

La Suprema Corte¹⁶ ha considerado, que cuando se trata de contribuciones, la audiencia que se puede otorgar a los causantes es siempre posterior a la fijación del

¹⁵ Jurisprudencia 1917-1985. Tercera parte, Pág. 626

¹⁶ “*Semanario Judicial de la Federación*”. Sexta Época. Vol.. XCVII, julio de 1965, Ejecutorias del pleno, Págs. 28-44.

impuesto, que es cuando existe la posibilidad de que los interesados impugnen ante las propias autoridades el monto y el cobro correspondiente, y basta que la ley otorgue a los causantes el derecho de combatir la fijación del impuesto, una vez que ha sido determinado por las autoridades fiscales para que en materia hacendaría se cumpla con el derecho fundamental de audiencia consagrada por el artículo 14 constitucional, precepto que no requiere necesariamente y en todo caso la audiencia previa, sino de acuerdo con su espíritu, es bastante, que los afectados sean oídos en defensa antes de ser privados de sus propiedades, posesiones o derechos.

4.- Tampoco es observable la garantía de audiencia tratándose de órdenes judiciales de aprehensión, salvedad que se deriva del mismo artículo 16 constitucional cuyo precepto, al establecer los requisitos que el libramiento de aquéllas debe satisfacer no exige que previamente a él se oiga al presunto indiciado en defensa, pues únicamente determina que dichas órdenes estén precedidas por alguna denuncia, acusación o querrela respecto de un hecho que legalmente se castigue con pena corporal, apoyada en declaración bajo protesta de persona digna de fe o en otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado. Así como la jurisprudencia de la Suprema Corte ha estimado que la citada garantía no opera en los casos de expropiación porque en el procedimiento respectivo que señala el artículo 27 de la Constitución no se incluye la audiencia ha favor del presunto afectado; con el mismo criterio debe concluirse que este derecho no está incorporado a las condiciones sobre las que descansa toda orden judicial de aprehensión y que fija el artículo 16 de la Ley Suprema.

5.- Otra salvedad a la garantía de audiencia es la que concierne a la materia agraria, en cuanto que los propietarios o dueños de predios afectables por dotación de tierras, bosques y aguas en favor de núcleos de población, no deben ser escuchados en defensa por las autoridades respectivas antes de que se dicte el mandamiento de posesión provisional del gobernador de la entidad federativa de que se trate y se pronuncie la resolución presidencial que decreta la dotación aludida. En otras palabras las autoridades agrarias no tienen la obligación constitucional de otorgar ningún plazo a tales propietarios o dueños para que éstos formulen sus defensas y aporten las pruebas pertinentes antes de que se realicen los mencionados actos de privación.

La salvedad de que tratamos se apoya en la índole misma del procedimiento dotatorio de tierras y aguas en favor de los núcleos de población que carezcan de éstos elementos naturales, procedimiento que indiscutiblemente es de interés social, ya que es el medio privado para realizar la reforma agraria en favor de las masas campesinas de México. Si las autoridades agrarias tuviesen la obligación constitucional que impone la garantía de audiencia, en el sentido de escuchar en defensa a los propietarios o dueños de los predios afectados por dotación antes de decretar éste acto, el consabido procedimiento, que de suyo es lento, se demoraría indefinidamente en detrimento de los núcleos de población interesados, ya que por cualquier irregularidad, vicio o defecto en la notificación inicial, los propietarios o dueños estarían siempre en la posibilidad de dilatar mediante de maniobras legales la finalización del mismo que culmina con la resolución presidencial dotatoria.”¹⁷

¹⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Op. Cit.*, Págs. 558-563.

El maestro Juventino V. Castro considera que “también queda fuera del alcance de la garantía de audiencia, en una expectativa de criterio jurisprudencial aquella excepción que se contempla en la antigua fracción II del artículo tercero constitucional, en el sentido de que no procedía el amparo, y por ello no había obligación de previa audiencia, contra la negativa o revocación primaria, secundaria y normal, y la de cualquier tipo o grado destinada a obreros y a campesinos.

Así mismo, considera, estrictamente, y en virtud de criterio jurisprudencial debe entenderse que tampoco procede la garantía de audiencia reclamable por medio del juicio de amparo, en tratándose de violaciones de derechos políticos. Ésta es la tesis de jurisprudencia firme que la establece que la violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales.

Llama la atención la anterior jurisprudencia de la Suprema Corte, ya que las fracciones VII y VIII del artículo 73 de la Ley de Amparo, no prevén cualquier clase de violación de derechos políticos, sino solamente las resoluciones o declaraciones de los presidentes de casillas, juntas computadoras o colegios electorales, en materia de elecciones, así como las del Congreso Federal y sus Cámaras, las de las Legislaturas de los Estados o de sus respectivas comisiones o diputaciones permanentes, en lo que toca a la elección, suspensión o remoción de funcionarios.”¹⁸

1.5 La Garantía de Audiencia en Actos Administrativos.

"En los términos en que se encuentra redactado el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional, que habla de privaciones mediante juicios, ante tribunales, y cumplimentando formalidades esenciales del procedimiento, fácilmente se puede llegar a la conclusión de que en la mente del constituyente estaba el que la garantía de audiencia es una garantía judicial, es decir, que debe de cumplimentarse dentro de un juicio. Precisamente por ello se requirió que, mediante criterio jurisprudencial, se extendiera la garantía de audiencia a actos de autoridad, efectuados fuera de procedimientos judiciales, porque de otro modo las seguridades jurídicas contenidas en la garantía de audiencia no existirían ante las autoridades administrativas que dentro de sus facultades, pero fuera de juicios, priven de sus derechos a los gobernados.

A esto se refiere la jurisprudencia que se cita a continuación:¹⁹

Tesis 339. Actos administrativos, orden y revocación de. Garantías de audiencia fundamentación o motivación.- Dentro de nuestro sistema constitucional no basta que una autoridad tenga atribuciones para dictar alguna determinación, para que ésta se considere legal e imperiosamente obedecida; máxime cuando tal determinación es revocatoria de otra anterior otorgada en favor de algún individuo. Los artículos 14 y 16 de la Constitución General de la República imponen a todas las autoridades del país la obligación de oír en defensa a los posibles afectados con tales determinaciones, así como la de que éstas, al pronunciarse, se encuentren debidamente fundadas y motivadas.

¹⁸ CASTRO, Juventino V. *Op. Cit.*, Pág. 234

¹⁹ Jurisprudencia 1917-1985. Tercera Parte, Pág. 580.

Es de hacerse notar que al crearse el juicio de amparo se tuvo la creencia de que dicho juicio debía de utilizarse para anular actos inconstitucionales de autoridad pero que no constituyeran negocios judiciales. Esto se plasmó en el artículo octavo de la Ley de Amparo de 1869, que expresamente prohibió el amparo en negocios judiciales.

Siendo similar el actual artículo 14 constitucional el mismo numeral de la constitución de 1857 no podía entenderse el criterio de que la garantía de audiencia no se refería a actos de autoridades fuera de negocios judiciales, sino precisamente a actuaciones dentro de un proceso judicial, al lado de la declaratoria de improcedencia para los juicios de amparo planteados por actos ocurridos dentro de un negocio judicial la contradicción era palpable y reducía la cuestión a un círculo vicioso, lo cual motivó que las leyes de amparo posteriores a la de 1869 ya no incluyeran dicha improcedencia, y posteriormente se estableciera la práctica de ordenar se extendiera la garantía de audiencia a toda clase de actos, a un los efectuados fuera de un procedimiento judicial.”²⁰

1.6 Criterio de la Suprema Corte sobre el alcance de la Garantía de Audiencia.

"Nuestro máximo tribunal ha establecido la tesis de que la Garantía de Audiencia es operante no sólo frente a las autoridades judiciales y administrativas, sino también frente a las legislativas, en el sentido de que éstas, en las leyes que expidan sobre cualquier materia y que prevean actos de privación en detrimento de la esfera jurídica de los gobernados, deben instituir un procedimiento por medio del cual los órganos del Estado encargados de aplicarlas oigan en defensa a los presuntos afectados y les reciban las pruebas atinentes a la preservación de sus derechos.

Ahora bien, la Suprema Corte, a través de su Segunda Sala, ha sustentado un criterio extensivo de la garantía de audiencia que no solo amplía su alcance tutelar, sino que en cierto modo exime al gobernado de la obligación de impugnar en vía de amparo alguna ley en que no se contenga el mencionado procedimiento y en la que se funde los actos de privación. A éste respecto se sostiene por el más alto tribunal de la República que, independientemente de que la ley secundaria observe o no la señalada garantía constitucional, toda autoridad del país, antes de privar a algún gobernado de los bienes jurídicos protegidos por la concebida garantía debe *escucharlo en defensa y recibirle las pruebas que rindan para apoyarla*. El fundamento lógico-jurídico de ésta consideración estriba en la supremacía que tiene el artículo 14 de la Ley Fundamental sobre la legislación ordinaria y de acuerdo con la declaración implicada en el artículo 133 Constitucional, por lo que, sin perjuicio de lo que pudieren disponer las leyes secundarias sobre algún procedimiento defensivo, es deber de todo órgano estatal acatar las exigencias instituidas en el citado artículo 14 y que configuran la garantía de audiencia.

Atendiendo la importancia que reviste este criterio extensivo transcribimos la parte conducente de las ejecutorias en que se ha sustentado y que ya constituyen jurisprudencia:

²⁰ CASTRO, Juventino V. *Op. Cit.*. Págs. 235 y 236.

‘No basta argumentar que la ley aplicable al caso no contenga determinaciones o reglamentaciones para oír a los interesados cuando se trata de revocar o modificar la situación jurídica creada en favor de ellos, para que las autoridades administrativa no tengan que otorgar a los particulares la garantía de audiencia porque sobre cualquier consideración o determinación de leyes secundarias, existe el mandato de imperiosa obligación a conceder dicha audiencia para afectar los derechos de los particulares’.²¹

‘Las autoridades administrativas están obligadas a llenar los requisitos que señale la norma secundaria aplicable y, además, a cumplir las formalidades esenciales del procedimiento, de tal suerte que, aunque la ley del acto no establezca, en manera alguna, requisitos ni formalidades previamente a la emisión del acuerdo reclamado, de toda suerte queda la autoridad gubernativa obligada a observar las formalidades necesarias para respetar la garantía de previa audiencia que consagra el artículo 14 constitucional. En estas condiciones, no es indispensable para el quejoso atacar la inconstitucionalidad de la Ley respectiva, puesto que, para alcanzar el otorgamiento del amparo, basta que el mismo agraviado demuestre la contradicción entre el acto combatido y la Carta Fundamental. Ciertamente es que, con arreglo a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y a la del Pleno del Tribunal Fiscal de la Federación, no tiene éste facultades para declarar la inconstitucionalidad de una ley, pero tal tesis no impide que el propio Tribunal sea competente para examinar y decidir si se ajusta o no a la Carta Magna un acto administrativo que no tiene las características de una ley’.²²

‘Aunque una ley no marque el procedimiento que se deba seguir cuando con su aplicación se prive de derechos a una persona, ello no debe obstar para que se le oiga, ya que es obligación de las autoridades ajustar sus actos y decisiones a lo que dispone la Constitución general, según lo manda el artículo 133 de ésta, y por consiguiente, la violación de la garantía de audiencia *no proviene de la aplicación de la ley común, sino de la de la observancia al aplicar esa ley*, de lo que determinan los artículos 14 y 133 de la Constitución, no siendo imputable tal omisión más que a la autoridad que aplicó aquella ley y no a la que la expidió, y siendo esto así, no es preciso que se pida amparo contra la ley misma o contra su expedición para que sea procedente el juicio que se promueve contra el acto de aplicación, ni la circunstancia de no señalarse dicha ley como acto reclamado, signifique consentimiento en que se aplique sin audiencia previa’.²³

“En los casos en que los actos reclamados impliquen privación de derechos, existe la obligación por parte de las autoridades responsables de dar oportunidad al agraviado para que exponga todo cuando considere conveniente en defensa de sus intereses; obligación que resulta inexcusable aún cuando la ley que rige el acto reclamado no establezca tal garantía, toda vez que el artículo 14 de la constitución federal impone a todas las autoridades tal obligación y, consecuentemente, su inobservancia dejaría a su arbitrio decidir acerca de los intereses de los particulares, con violación de la garantía establecida por el invocado precepto constitucional.”²⁴

²¹ Jurisprudencia. Sexta Época. Tomo XIX, Segunda Sala. Pág. 47.

²² Jurisprudencia. Sexta Época. Tomo XXXIII, Segunda Sala. Pág. 37.

²³ Jurisprudencia. Sexta Época. Tomo XVII, Segunda Sala. Pág. 29.

²⁴ Informe de 1971, Segunda Sala, Pág. 86.

En materia administrativa en general, y especialmente en materia agraria, la garantía de audiencia establece el artículo 14 constitucional, debe interpretarse en el sentido, “no de la exigencia de un juicio previo ante los tribunales establecidos, sino que las autoridades administrativas, previamente a la emisión de cualquier acto que implique la privación de derechos, respetando los procedimientos que lo condicionan, tienen la obligación de dar oportunidad al agraviado para que exponga lo que considere conveniente en defensa de sus intereses, aún cuando la ley que rija el acto no establezca tal garantía, basta que sea consagrada en la Constitución General de la República.”²⁵

‘No basta que una persona sea llamada a determinado procedimiento para considerar que con ello se respeta la garantía de audiencia sino que es necesario que en el mismo se aprecien las pruebas aportadas y se tome en cuenta lo que haga valer en defensa de sus derechos, aduciendo las razones concretas por las cuales se desechan, en su caso, esas pruebas o se desestiman los argumentos hechos valer’.²⁶

Por otro parte, la propia Suprema Corte, también por conducto de su Segunda Sala, ha establecido el criterio de que las autoridades administrativas no pueden reconsiderar sus actos revocándolos en perjuicio del gobernado a cuyo favor se hubiesen emitido, sin obsequiar la garantía de audiencia.

Para mejor inteligencia de este criterio debemos formular algunas consideraciones sobre la cuestión en relación con la cual se ha vertido.

Desde el año de 1935 se elaboró la tesis jurisprudencial de que las autoridades administrativas no tienen facultad para reconsiderar sus resoluciones, revocándolas, en el caso de que decidan una controversia sobre aplicación de las leyes que rijan en su ramo, creando derechos en favor de la partes interesadas o de tercero, pues tales derechos no pueden ser desconocidos por una resolución posterior dictada en el mismo asunto²⁷. Esta tesis subsiste en la actualidad, en virtud de que se ha reiterado por la jurisprudencia de la Suprema Corte.²⁸

Con posterioridad a las ejecutorias que informan la mencionada tesis jurisprudencial la misma Segunda Sala introdujo la modalidad de que las autoridades administrativas sí pueden revocar los actos que hubiesen emitido en favor de los particulares cuando tales actos no hayan estado fundados en las leyes o reglamentos que los rijan, por lo que, al no otorgar por ese motivo ningún derecho, su revocación no es violatoria de garantías constitucionales ya que los mencionados actos ‘no engendran derechos ni producen consecuencias jurídicas, si no, a lo más, una aparente situación legal, cuya destrucción no implica lo que en términos técnicos se denomina privación de un derecho’.²⁹

²⁵ Informe de 1982. Tesis 110, Segunda Sala.

²⁶ Informe de 1984, Segunda Sala, Pág. 86.

²⁷ Apéndice al tomo XXXV del Semanario Judicial de la Federación, tesis 680.

²⁸ Apéndice al tomo L, tesis 472.

²⁹ Tomo LXXI, Pág. 3089.

Ahora bien, las ejecutorias que consignan la modalidad antes apuntada ha sido, a su vez, desvirtuada por el criterio posterior de la mencionada Segunda Sala que, al reafirmar la tesis jurisprudencial que antes aludimos ha sostenido que las autoridades administrativas no pueden reconsiderar las resoluciones que hubieren dictado en favor de un gobernado, aunque sean imperfectas desde el punto de vista de su legalidad, sin conceder al presunto afectado la oportunidad para ser escuchado en defensa.

Dada la importancia que tiene dicho criterio, transcribimos las ejecutorias en que se contiene:

‘La garantía de referencia la establece el artículo 14 Constitucional para cualquier procedimiento en que las autoridades pretendan con razón o equivocadamente privar de algún derecho a las personas. Es inadmisibles que la autoridad administrativa anticipadamente y sin haber tenido en cuenta la defensa de los intereses, establezca que se trata en determinados casos de actos administrativos perfectos o imperfectos’.³⁰

‘Es absurda la tesis consistente en que la garantía de audiencia debe concederse tratándose de la revocación de actos administrativos, siempre en cuando los actos que se revoquen sean perfectos, porque si son imperfectos no proceden oír en defensa previamente al interesado. La garantía de referencia la establece el artículo 14 Constitucional para cualquier procedimiento en que las autoridades pretendan, en razón equivocadamente privar de algún derecho a las personas. Además es inadmisibles que la autoridad administrativa anticipadamente y sin haber tenido en cuenta la defensa de los interesados, establezca que se trate en determinado caso de actos administrativos perfectos o imperfectos’.³¹

“Una nueva resolución de autoridad administrativa que deja sin efectos la que antes se había dictado y que había creado derechos en favor de la quejosa, se traduce forzosa y necesariamente en violación de los artículos 14 y 16 Constitucionales en perjuicio del tercero interesado, a quién se priva de la más elemental defensa, lo que amerita conceder la protección constitucional”.³²

‘Si la resolución dictada, debida o indebidamente, no es recurrida en forma legal, no deja de causar estado, ya que fija determinadas circunstancias generadoras de derecho, que no pueden ser modificadas, si no siguiendo los procedimientos que la ley autoriza; y si no hay ningún precepto legal que faculte a la autoridad para modificar la resolución y la modifica, es evidente que viola los artículos 14 y 16 Constitucionales en perjuicio de la parte interesada’.³³

En perfecta congruencia con la interpretación que la Segunda Sala de la Suprema Corte ha sustentado respecto del alcance obligatorio de la garantía de audiencia para las

³⁰ Sexta Época. Tomo XIX, Segunda Sala, Págs. 47 y 48.

³¹ Sexta Época. Tomo XXXII, Segunda Sala, Pág. 35.

³² Sexta Época. Tomo XLIX, Segunda Sala, Pág. 66.

³³ Sexta Época. Tomo XLIX, Segunda Sala, Pág.65.

autoridades administrativas, se ha considerado que éstas tienen a su cargo la obligación probatoria del cumplimiento de las exigencias que constituyen a dicha garantía, por lo que, si no aportan ninguna prueba que lo demuestre, el amparo debe ser concedido en favor del sujeto que hubiese impugnado sus actos por la correspondiente violación constitucional.

Al respecto, nuestro máximo tribunal sostiene jurisprudencialmente: ‘la aseveración de la parte quejosa en el sentido de que no se le citó ni se le oyó en defensa, que engloba una negativa, obliga a las autoridades responsables a demostrar lo contrario, para desvirtuar la violación al artículo 14 constitucional, y por ello, si no se aporta la prueba requerida, debe concederse el amparo. Ante la negativa del quejoso, en quien la responsable fincó un derecho, la autoridad debió demostrar que sí oyó al agraviado para emitir la resolución cancelatoria del derecho aludido, y si no se prueba tal situación, procede otorgar al ofendido la protección constitucional’,³⁴ ”³⁵

³⁴ Sexta Época. Tomo VIII, Segunda Sala, Pág. 10.

³⁵ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Op. Cit.*, Págs. 567- 572.

CAPÍTULO II ACTO ADMINISTRATIVO

2.1 Distinción entre Hecho y Acto Jurídico y el Acto Administrativo como especie de éste.

"El acto jurídico generalmente es definido como una manifestación de voluntad, encaminada a provocar o producir efectos de derecho, con la manifiesta intención de que se realicen esos efectos.

El hecho jurídico es un acontecimiento de la naturaleza o del hombre al que el derecho le reconoce expresamente en el orden jurídico consecuencias de derecho. Es el caso del nacimiento y la muerte, hechos materiales de los que derivan consecuencias jurídicas; aclarando que en los hechos del hombre no interviene su voluntad para producir esas consecuencias jurídicas".³⁶

Para el maestro Rafael I. Martínez Morales, "los hechos jurídicos se distinguen de los actos jurídicos, en que los primeros son acontecimientos naturales o del hombre que producen consecuencias jurídicas sin que exista la intención de producirlas. En los segundos sí existe la intención de producir las dichas consecuencias de derecho. La distinción entre acto y hecho jurídico persigue señalar que los hechos jurídicos pueden trascender al campo de la función administrativa. En ocasiones, se dan hechos que provocan la acción de órganos administrativos, como lo son las inundaciones, terremotos, etc."³⁷

"Es evidente que el acto administrativo participa de las características del acto jurídico, es la expresión de una voluntad y produce efectos jurídicos; sin embargo, el acto administrativo tiene características propias que lo distinguen del género y de otra especie de actos como los civiles, penales, laborales, o mercantiles.

Es de aclarar que el hecho de hablar del acto administrativo pretende establecer a este tipo de acto en la normalidad de la acción y gestión administrativa, pero desde luego no quiere decir que sea realizado absolutamente por todos los órganos del Estado, centralizados, descentralizados, empresas públicas, ya que la variedad de actos que éstos realizan es tan amplia, que algunos escapan a la conceptualización del acto administrativo."³⁸

"Como notas preliminares a un concepto de acto administrativo, se han de mencionar las siguientes: El Acto Administrativo es un acto jurídico, de derecho público, lo emite la administración pública o algún otro órgano estatal en ejercicio de la función administrativa."³⁹

³⁶ ACOSTA ROMERO, Miguel. *"Teoría General del Derecho Administrativo"*, Ed. Porrúa, 1993, Pág. 622.

³⁷ MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., *"Derecho Administrativo Primer Curso"*, Ed. Harla, 1995, Págs. 216 y 217.

³⁸ ACOSTA ROMERO Miguel, *Op. Cit.*, Págs. 622 y 623.

³⁹ MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., *Op. Cit.*, Pág. 217.

Ahora bien, es un acto jurídico porque existe la manifestación de voluntad, por parte de la autoridad administrativa, de crear consecuencias de derecho y que estas se realicen.

2.2. Concepto del Acto Administrativo.

“Acto administrativo es la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria.”⁴⁰

Para Manuel Diez el acto administrativo es una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la administración activa en ejercicio de la potestad administrativa activa en ejercicio de la potestad administrativa.⁴¹

“Puede definirse el acto administrativo como decisión, general o específica, de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellos.”⁴²

Sin pretender aportar uno más, a la larga lista de conceptos de acto administrativo, sino que con el fin de explicarlo, consideramos que éste *es la declaración unilateral de voluntad de la administración pública que produce consecuencias subjetivas de derecho.*

El concepto indicado en el párrafo anterior, implica excluir de la categoría acto administrativo la actividad reglamentaria, puesto que se habla de consecuencias subjetivas; tampoco comprende los actos de esencia extrajurídica, ni los hechos jurídicos.

El acto administrativo es una manifestación unilateral y externa de voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública. Esta decisión crea, reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos u obligaciones, es generalmente ejecutivo y se propone satisfacer el interés general.

El acto administrativo supone la existencia de una decisión unilateral previa por parte del titular del órgano de la administración, o de la ejecución de esa decisión con independencia del contenido y de la forma que posteriormente adopte el acto, y de que, el mismo afecte al sujeto pasivo y sea bilateral o multilateral; su origen es una decisión unilateral, por ejemplo, el nombramiento de un Secretario de Estado. La decisión de nombrar es del Jefe de Estado es unilateral, aunque después el acto se convierta en bilateral, al aceptar el nombramiento la persona designada.

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández Tomas, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Tomo I, Segunda Edición, citado por Martínez Morales Rafael I. *Op. Cit.*, Pág. 218.

⁴¹ DIEZ, Manuel M. “*El Acto Administrativo*”, citado por MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. *Op. Cit.*, Pág. 218.

⁴² BIELSA, Rafael. “*Derecho Administrativo*”, citado por MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. *Op. Cit.*, Pág. 218

Una vez adoptada la decisión unilateral, el paso siguiente es la expresión externa de voluntad que también se realiza unilateralmente, de modo imperativo de autoridad y en un plano de desigualdad.

El Derecho Privado encuentra su especificación en uso de técnica contractual, que diferencia del anterior.

La decisión y la voluntad son del órgano administrativo competente que actúa a través de su titular y precisamente en uso de la potestad pública, lo que implica que el acto está fundado en Derecho, como acto jurídico, implica que puede crear, modificar, transmitir, reconocer, declarar o extinguir derechos u obligaciones.

Generalmente la situación de derecho creada por el acto administrativo es particular o concreta; sin embargo, ello no excluye la posibilidad de que, en ciertas ocasiones, se cree situación jurídica general o, en ciertos casos, una combinación de ambas; por ejemplo, la concesión de servicio público crea derechos personalísimos y concretos al concesionario y crea situación jurídica general para los usuarios.

2.3. Características del Acto Administrativo.

"El acto administrativo, como acto jurídico de la administración pública, se apoya en dos nociones esenciales: su carácter ejecutivo y su presunción de legitimidad, su unilateralidad y otros efectos jurídicos subjetivos. La acción pública tiene a su cargo la satisfacción de ineludibles necesidades colectivas y la vigilancia de la actividad privada. El interés es el regulador de los actos administrativos, el que inspira y determina la marcha del gobernado. Son actos que no deben ser aplazados o dilatados a pretexto de ingerencias judiciales, sino actos del poder público regulado por el bien común.⁴³

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

Por otra parte el principio de legalidad otorga un poder limitado para realizar los actos administrativos e imprime a la actividad pública, la justificación de su ejercicio o sea la satisfacción de los fines del Estado".⁴⁴

La doctrina administrativa expone que el acto administrativo tiene dos características: ejecutorio y ejecutivo.

⁴³ "Manual de Procedimientos Administrativos", citado por SERRA ROJAS, Andrés. "Derecho Administrativo", Editorial Porrúa, 1994, Pág. 235.

⁴⁴ SERRA ROJAS, Andrés. "Derecho Administrativo", Ed. Porrúa, 1994, Págs. 234 y 235.

1. Ejecutorio.

Respecto del carácter ejecutorio, en Teoría General del Derecho, puede entenderse esa expresión en dos sentidos:

a) *Que el acto tiene ejecución o Ejecutividad del acto.*

En Derecho Administrativo debe entenderse por acto ejecutivo, el acto administrativo que tiene en sí, la potestad necesaria para su realización fáctica coactiva, en caso de que el sujeto pasivo no la cumpla voluntariamente y que, además, su ejecución puede ser llevada a cabo por la propia Administración Pública, sin necesidad de acudir al Poder Judicial para ello.

Existen actos administrativos que son constitutivos porque crean un derecho enteramente nuevo, a favor de una persona determinada o de un grupo de personas son traslativos en ocasiones y presentan la característica común de crear un derecho nuevo que no existía anteriormente. Existen actos administrativos que son simplemente declarativos o que no necesariamente entrañan ejecución.

b) *Que ha causado ejecutoria.*

Por esto último se entiende aquélla sentencia o acto, contra el cual ya no cabe ningún medio de impugnación, es decir, que es completamente definitivo. En efecto, la palabra ejecutorio o ejecutoria, en Teoría General del Derecho, significa el que las actuaciones adquieran firmeza, es decir, no son ya susceptibles de ningún recurso.

En este orden de ideas, si se entiende por ejecutorio aquello que ya no se puede impugnar, consideramos que el acto administrativo no tiene esa característica puesto que, en general, puede ser modificado, bien en ejercicio del poder de revisión, o por alguno de los innumerables medios de impugnación que constituyen los recursos y procesos administrativos y los procesos judiciales, y vía jerárquico – administrativa. Por acto *administrativo no firme*, ha de entenderse aquel acto para cuya impugnación no han vencido los lapsos de *caducidad* previstos en la ley”.⁴⁵

Son raros los ejemplos de actos que no se pueden impugnar, pero existen y creemos que son la excepción que confirma la regla. Podemos citar, entre otros, el acto por el que se decreta la expulsión de un extranjero por el Ejecutivo Federal, contra el que no procede ni el Juicio de Amparo, de acuerdo con el artículo 33 constitucional; los que la doctrina administrativa señala como actos de gobierno; un acta de nacimiento, matrimonial o defunción, generalmente no son impugnables. No obstante lo anterior, en Derecho Comparado y en países en donde existe el llamado Recurso Contencioso de Anulación, consideran que el acto administrativo, objeto de ese recurso, debe ser definitivo.

2. Actos Ejecutivos.

Cobro de impuestos, la expropiación, el decomiso, un apercibimiento, un clausura, la revocación de un permiso, o de una concesión, el cese de un empleado, etc.

⁴⁵ ACOSTA ROMERO, Miguel. “Teoría General del Derecho Administrativo”, Ed. Porrúa, 1993, Págs. 623-627.

En la doctrina venezolana, Brewer-Carias entiende que por acto administrativo definitivo ha de entenderse aquel que, contrariamente a los actos de trámite, pone fin a un asunto produciendo per-se plenos efectos jurídicos. Por vía de excepción, sin embargo, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de impugnar por vía contencioso-administrativa los actos de trámite, siempre que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan fin al procedimiento administrativo o hagan imposible su continuación.

Por acto administrativo que causa estado debe entenderse aquel acto que, por agotar la vía administrativa, no es susceptible de ser recurrido en la vía jerárquico-administrativa.

2.4. Requisitos Constitucionales.

“La constitución federal fija requisitos de los actos administrativos, en los artículos 16 y 14 que en lo conducente prevén: Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, si no en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. (Artículo 16 constitucional). A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna (Artículo 14 Constitucional).

1. Competencia. “La competencia es la posibilidad que tiene un órgano de actuar; la ley le asigna al órgano determinados asuntos que puede o debe atender. Por su parte, las facultades se refieren a los servidores públicos; o sea la aptitud que estos reciben de la legislación para emitir los actos necesarios a fin de ejercer la competencia del órgano. Así tenemos que, conforme a la disposición constitucional, el acto administrativo debe ser producido por un órgano competente, mediante un funcionario o empleado con facultades para ello. La competencia la asigna la ley; las facultades deben estar contempladas también en la ley o, por disposición de esta, en un reglamento o acuerdo de delegación de facultades.

2. Forma Escrita. “El mandato constitucional es claro en el sentido de que los actos de autoridad han de ser por escrito. Esto constituye una garantía de certeza jurídica. Además, la forma escrita ha de reunir ciertos requisitos que la lógica, la ley y la costumbre contemplan (fecha, firma, claridad, etc.).

3. Fundamentación. “Fundamentar un acto implica indicar con precisión qué ley o leyes y cuales de sus artículos son aplicables al caso, originan y justifican su emisión, no señalar las normas dan fundamento legal al acto, vicia a éste.

La fundamentación, es decir, citar el artículo y ley aplicable, se refiere tanto al contenido del acto como a la competencia del órgano y a las facultades del servidor público.

Para el maestro Acosta Romero, “la fundamentación legal, es decir que la autoridad cite o invoque los preceptos legales conforme a los cuales el orden jurídico le permite realizar el acto dirigido al particular. En derecho público la existencia de una competencia reposa normalmente sobre un texto que define su naturaleza y precisa sus límites.

4. Motivación. “El motivar un acto administrativo consiste en describir las circunstancias de hecho que hacen aplicable la norma jurídica al caso concreto. La motivación es la adecuación lógica del supuesto de derecho a la situación subjetiva del administrado. En México, aparte del artículo 16 Constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reiterado este requisito, fijando que las resoluciones administrativas deben ser motivadas al mostrar en que caso se han realizado los supuestos de hecho que condicionan la aplicación de los preceptos que fundan aquellas.”⁴⁶

Acosta Romero considera que la autoridad debe señalar cuales son las circunstancias de hecho y de derecho, inmediatas anteriores al acto administrativo, que lo originaron.

En materia fiscal, el Código Fiscal de la Federación, de 1981, establece además de los requisitos constitucionales que ya comentamos, los que señala el artículo 38, para los actos administrativos:

Artículo 38.- Los actos administrativos que deban notificar deberán tener por lo menos los siguientes requisitos:

- I.- Constar por escrito;
- II.- Señalar la autoridad que lo emite;
- III.- Estar fundado y motivado y expresar la resolución, objeto o propósito de que se trate,
- IV.- Ostentar la firma del funcionario competente y, en su caso, el nombre o nombres de las personas a las que vaya dirigido. Cuando se ignore el nombre de la persona a la que va dirigido, se señalarán los datos suficientes que permitan su identificación.

Si se trata de resoluciones administrativas que determinen la responsabilidad solidaria se señalarán, además, la causa legal de la responsabilidad.

2.4.1. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación relativos a la Fundamentación y Motivación

En relación a este tema la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado los criterios jurisprudenciales que a continuación se transcriben por considerarlos que nos permiten tener un panorama teórico- práctico más profundo.

I. “Motivación Concepto de la. La motivación por el Artículo 16 constitucional consistente en el razonamiento, contenido en el texto mismo del acto autoritario de molestia, según el cual quien lo emitió llegó a la conclusión de que el acto concreto al cual se dirige se ajusta exactamente a las prevenciones de determinados preceptos legales. Es decir, motivar un acto es externar las consideraciones relativas a las circunstancias de hecho que se formuló la autoridad para establecer la adecuación del caso concreto a la hipótesis legal.”⁴⁷

⁴⁶ MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. *Op. Cit.*, Pág. 224-225.

⁴⁷ “*Semanario Judicial de la Federación*”. Sexta Época, Tercera Parte: Vol. LXXVI, Pág. 44.

2. **“Fundamentación y Motivación.** Debe constar en el cuerpo de la resolución y no en documento distinto. Las autoridades responsables no cumplen con la obligación constitucional de fundar y motivar debidamente la resoluciones que pronuncian, expresando la razones de hecho y las consideraciones legales en que se apoyan, cuando éstas aparecen en documento distinto.”⁴⁸

3. **“Resoluciones Administrativas, Fundamentación y Motivación de las.** Una resolución se encuentra debidamente fundada y motivada, cuando, además de citarse los preceptos violados, se mencionan los hechos concretos en los que consistió la violación.”⁴⁹

4. **“Fundamentación y Motivación, Garantía de.** Para cumplir lo preceptuado por el artículo 16 de la Constitución Federal, que exige que en todo acto de autoridad se funde y motive la causa legal del procedimiento, deben satisfacerse dos clases de requisitos, unos de forma y otros de fondo. El elemento formal queda surtido cuando en el acuerdo, orden o resolución, se citan las disposiciones legales que se consideran aplicables al caso y se expresan los motivos que procedieron a su emisión. Para integrar el segundo elemento es necesario que los motivos invocados sean reales y ciertos y que, conforme a los preceptos invocados, sean bastantes para provocar el acto de autoridad.”⁵⁰

5. **“Fundamentación de Actos de Autoridad.** Cuando el artículo 16 de nuestra Ley Suprema previene que nadie puede ser molestado en su persona, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, está exigiendo a las autoridades, no que simplemente se apeguen, según su criterio personal íntimo, a una ley, sin que se conozca de qué ley se trata y los preceptos de ella que sirvan de apoyo al mandamiento relativo de las propias autoridades, pues esto ni remotamente constituiría garantía para el particular, por lo contrario, lo que dicho artículo les está exigiendo es que citen la ley y los preceptos de ella en que se apoyen, ya que se trata de que se justifiquen legalmente sus proveídos haciendo ver que no son arbitrarios. Forma de justificación tanto más necesaria, cuanto que, dentro de nuestro régimen constitucional, las autoridades no tienen más facultades que las que expresamente les atribuye la ley.”⁵¹

6. **“Fundamentación y Motivación.** De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuado y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también debe señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso completo se configuren las hipótesis normativas.”⁵²

⁴⁸ *Ibidem.* Sexta Época, Tercera Parte: Vol. CXXXII, Pág. 49.

⁴⁹ *Ibidem.* Sexta Época, Tercera Parte: Vol. LXXVI, Pág. 58.

⁵⁰ *Ibidem.* Amparo en revisión 9746/66. Sexta Época. Vol. CXXVII. Tercera Parte. Segunda Sala, Págs. 21 y 22.

⁵¹ *Ibidem.* Volumen 89, Tercera Parte, Pág. 35.

⁵² Amparo en Revisión 5724/76.

7. **“Fundamentación y Motivación.** Violación Formal y Material. Cuando el artículo 16 Constitucional establece la obligación para las autoridades de fundar y motivar sus actos, dicha obligación se satisface, desde el punto de vista formal, cuando se expresan las normas legales aplicables, y los hechos que hacen que el caso encaje en las hipótesis normativas. Pero para ello basta que quede claro el razonamiento sustancial al respecto, sin que pueda exigirse formalmente mayor amplitud o abundancia que la expresión de lo estrictamente necesario para que sustancialmente se comprenda el argumento expresado. Sólo la omisión total de motivación, o la que sea tan impreciso que no dé elementos al afectado para defender sus derechos o impugnar el razonamiento aducido por las autoridades, podrá motivar la concesión del amparo por falta formal y fundamentación. Pero satisfechos esos requisitos en forma tal que el afectado conozca la esencia de los argumentos legales y de hecho en que se apoyó la autoridad, de manera que quede plenamente capacitado para rendir prueba en contrario de los hechos aducidos por la autoridad, y para alegar en contra de su argumentación jurídica, podrá concederse o no, el amparo por incorrecta fundamentación y motivación desde el punto de vista material o de contenido, pero no por violación formal de la garantía de que se trata, ya que ésta comprende ambos aspectos.”⁵³

8. **“Fundamentación y Motivación.** El Artículo 16 de la Carta Magna es terminante al exigir, para la validez de todo acto autoritario de molestia, que el mismo esté fundado y motivado, debiendo entenderse por fundamentación la cita del precepto que le sirva de apoyo, y por motivación la manifestación de los razonamientos que llevaron a la autoridad a la conclusión de que el acto concreto de que se trate, encuadra en la hipótesis prevista en dicho precepto. No basta, por consiguiente, con que exista en el Derecho Positivo un precepto que pueda sustentar el acto de la autoridad, ni un motivo para que ésta actúe en consecuencia, sino que es indispensable que se haga saber al afectado los fundamentos y motivos del procedimiento respectivo, ya que sólo así estará en aptitud de defenderse como estime. Por otra parte, la circunstancia de que el acto reclamado satisfaga las garantías del mandamiento escrito y de autoridad competente, no le libera del vicio de inconstitucionalidad consistente en la ya apuntada falta de fundamentación, pues todas estas garantías son concurrentes y deben, por lo mismo, ser respetadas por la autoridad en el mismo acto que de ella emane.”⁵⁴

9. **“Autoridades Administrativas.** Debe asentarse que la autoridad administrativa carece de facultades constitucionales para privar de sus posesiones o derechos a los particulares, lo que no puede hacerse, sino por la autoridad judicial, como se sostiene en la tesis de jurisprudencia número 27, visible en la página 46, tercera parte, de la compilación de 1965, y es suficiente el anterior criterio, para que sin entrar en mayores consideraciones, se estimen violatorios de los artículos 14 y 16 constitucionales, los actos que se reclamaron, en mérito de lo cual procede revocar el fallo recurrido y concederá al quejoso el amparo solicitado.”⁵⁵

⁵³ *“Semanario Judicial de la Federación”*, Volumen 58, Sexta Parte, Pág. 35. Primer Circuito, Primero Administrativo.

⁵⁴ *Ibidem.* Volumen XLVIII, Tercera Parte, Pág. 36.

⁵⁵ ACOSTA ROMERO, Miguel. *“Teoría General del Derecho Administrativo”*, Ed. Porrúa, 1993, Págs. 642, 643

2.4.2. Principio de Legalidad y No Retroactividad.

“Toda la actividad del Estado, ya sea función administrativa, jurisdiccional o legislativa, debe ajustarse a la ley. Así, los actos de los órganos del Poder Ejecutivo han de ser producidos conforme a disposiciones previamente emitidas por el legislador.

Si, en términos generales, el particular puede hacer todo lo que la ley no le prohíba, la administración pública solamente puede hacer lo que la ley le permita expresamente.

Bajo otro enfoque, el principio de legalidad se refiere a que los actos administrativos se reputan válidos o legítimos, correspondiendo, en todo caso, al gobernado o a los medios de control, demostrar lo contrario.

El principio de la no retroactividad que el artículo 14 constitucional indica para la ley, es aplicable a los actos administrativos. Dado que los órganos de la administración pública actuarán ejecutando la ley, es lógico concluir que sus acciones deben seguir las características de ésta. La no retroactividad del acto administrativo se refiere a los efectos de éste, es decir, no puede lesionar derechos adquiridos con anterioridad a su emisión.”⁵⁶

En principio, la regla de la no retroactividad de las normas jurídicas rige también en derecho administrativo. Esta regla se funda en la idea de que, por regla general, una nueva ley no puede aplicarse más que a los hechos y circunstancias jurídicas que se han producido después de promulgada esta ley, por este motivo la practica supone, con razón, que la nueva ley no afecta a los derechos lícitamente adquiridos. Sin embargo, si no existe una prohibición general establecida por la Constitución o por una ley determinada para una materia, toda norma jurídica nueva puede ser investida de fuerza retroactiva y comprende situaciones ya existentes y consumadas. Los efectos retroactivos se obtienen sin que hayan sido dispuestos expresamente, basta que se observe esta intención en el conjunto del nuevo derecho. Cuanto más importante sea para el bien común una norma jurídica, tanto más justificado es suponer que su autor quiso aplicarla también para circunstancias ya existentes. Si, por ejemplo, se estima ser perjudiciales al bien público ciertos tipos de construcción, entonces la ley ordena su supresión, se aplica no sólo a los edificios que en lo sucesivo se intente construir, sino también a los ya existentes. Aún cuando una situación haya sido justificada o reconocida por un acto administrativo especial durante el dominio del antiguo derecho, no por ello excusa someter a una nueva norma jurídica con fuerza retroactiva una extensión mucho mayor que en derecho privado. De todas suertes, la interpretación debe decir en cada caso si una nueva norma jurídica ha de tener vigencia nada más que para el futuro, o si hay que aplicarla también a situaciones ya existentes.

Dos ejecutorias de la Suprema Corte nos ayudan a robustecer el concepto de retroactividad:

“La ley es retroactiva cuando vuelve al pasado para cambiar, modificar o suprimir los derechos individualmente adquiridos ya; y según los tratadistas los derechos que se derivan de un contrato, son derechos adquiridos.”⁵⁷

⁵⁶ MARTÍNEZ MORALES, Rafael. I. *Op. Cit.*, Pág. 225 y 226.

⁵⁷ “*Semanario Judicial de la Federación*”, V Época. Tomo XLV, Pág. 780.

“La ley es retroactiva cuando vuelve sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, o para modificar o suprimir los efectos de un derecho ya realizado.”⁵⁸

También debemos mencionar la aplicación retroactiva de las leyes de procedimiento. A este respecto ha dicho la Suprema Corte, sentando jurisprudencia al respecto:

“La retroactividad de las leyes de procedimiento cabe cuando se trata de la forma con arreglo a la cual puede ser ejercido un derecho precedentemente adquirido, pero no cuando ese derecho ha nacido del procedimiento mismo, derecho del que no puede privarse a nadie por una ley nueva y que hizo nacer excepciones que pueden ser opuestas por colitante; más la tramitación del juicio debe, desde ese punto, sujetarse a la nueva ley.”⁵⁹

2.5 Elementos Constitutivos del Acto Administrativo y su Fundamento.

"Para tratar de establecer sistemáticamente las partes que son necesarias para que se dé el concepto del acto jurídico, la doctrina del Derecho Civil determinó la noción de elementos constitutivos, según se podrá apreciar líneas adelante, en Derecho Administrativo es diferente la apreciación y no se habla de elementos de existencia y de validez. La doctrina administrativa ha considerado que son elementos del acto administrativo los siguientes:

- 1.- Sujeto;
- 2.- La manifestación externa de voluntad;
- 3.- Objeto, y
- 4.- La forma.

La *finalidad y el motivo*, pudieran llegar a ser requisitos del acto, pero de ninguna manera consideramos que sean elementos, ni requisitos, y el mérito es una noción tan vaga e imprecisa, que no creemos que sea, ni llegue a ser, elemento o requisito del acto administrativo.

2.5.1 Sujeto.

a) Sujetos Pasivos, que son aquellos a quienes va dirigido o quienes ejecutan el acto administrativo; y que pueden ser otros entes públicos, personas jurídicas colectivas, o el individuo en lo personal.

b) Sujeto Activo, el órgano de la Administración que crea el acto administrativo se ha considerado que debe tener competencia para ello, entendiéndose por competencia la facultad para realizar determinados actos, que atribuye a los órganos de la Administración Pública el orden jurídico. Con esto creemos precisar que la competencia siempre debe ser otorgada

⁵⁸ *Ibidem*. V Época. Tomo LXXI, Pág. 980.

⁵⁹ Índice 1917-1965. Tesis comunes al Pleno y a las Salas. Tesis 104, Pág. 306.

por un acto legislativo material (Ley del Congreso o Reglamento del Ejecutivo). Sin embargo, hay casos en la práctica administrativa en que se otorga competencia por medio de acuerdos o decretos del Ejecutivo. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido: las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite, su ejercicio debe limitarse a los términos establecidos por la ley y el interés público.⁶⁰

La competencia puede ser delegada en aquellos casos que lo permita la ley. Según la teoría pueden delegarse facultades vinculadas o reglamentadas, más no así las discrecionales; sin embargo, nuestra legislación permite que se deleguen en ciertos casos éstas últimas. Se llama *avocación* cuando el funcionario superior asume las funciones que normalmente corresponden al inferior. La avocación y la delegación, en nuestra opinión, son excepciones al principio de que la competencia no se prorrogue.

c) Concepto de Autoridad. En México el doctor Gabino Fraga desarrolló hace varias décadas el concepto de autoridad, señalando que autoridad es todo órgano del Estado, que tiene atribuidas por el orden jurídico, facultades de decisión o de ejecución o alguna de ellas por separado.

Ignacio Burgoa⁶¹ se orienta también en sentido parecido, al decir que autoridad es el órgano estatal embestido de facultades de decisión o ejecución, cuyo ejercicio engendra la creación, modificación o extinción de situaciones en general de hecho o jurídicas con trascendencia particular o determinada de una manera imperativa.

Cuando los órganos de la Administración Pública Centralizada tiene facultades de decisión y ejecución, se ha considerado que son autoridades. El problema se presenta tratándose de organismos descentralizados y empresas de Estado en los cuales, dada su variedad de actividades y lo disperso de la legislación administrativa que los regula, en algunos casos son considerados como autoridades (IMSS e ISSSTE) y en otros todavía no se define claramente ese carácter (UNAM, CONASUPO, etc.).

La manifestación de voluntad, o sea, la expresión del proceso volitivo del órgano administrativo que está actuando como tal, debe tener una exteriorización que pueda ser perceptible, o sea, que se manifieste objetivamente esa voluntad. Es pertinente aclarar que no se confunde el hecho de que la manifestación de voluntad sea externa con la forma como se objetiva ésta, que es otro elemento del acto administrativo.

La voluntad de la administración debe reunir determinados requisitos, que son;

- a) Debe ser espontánea y libre;
- b) Dentro de las facultades del órgano;
- c) No debe estar viciada por error, dolo, violencia, etc., y
- d) Debe expresarse en los términos previstos en la ley.

⁶⁰ Tesis Jurisprudencial núm. 47, Pág. 106, del tomo correspondiente a la Sexta Parte de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 1917 a 1965.

⁶¹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *"El Juicio de Amparo"*, Págs. 298 y 299. Citado por ACOSTA ROMERO, Miguel. *Op. Cit.*, Pág. 632.

Esquematisando, el papel de los elementos de los que el acto administrativo es producto (hechos, reglas de Derecho, voluntad), es generalmente concebido de la manera siguiente: a) reglamentación jurídica constituye un límite al poder de las autoridades administrativas; b) el hecho no tiene importancia más que en la medida en que fue previsto por la regla de Derecho y constituye la concretización de un límite legal al poder de las autoridades administrativas, y c) la voluntad tendrá que ser dentro de los límites precisados anteriormente.

Las relaciones entre la acción de la administración y el ordenamiento jurídico son analizadas generalmente a la luz del principio de legalidad concebido como estableciéndose un límite más o menos estricto, al poder a autoridades administrativas.

2.5.2 Objeto.

Según el criterio del maestro Acosta Romero, puede dividirse en:

a) Objeto directo o inmediato. Es la creación transmisión, modificación, reconocimiento o extensión de derechos y obligaciones dentro de la actividad del órgano administrativo y en la materia en la que tiene competencia.

b) Objeto indirecto o mediato. Es realizar la actividad del órgano del Estado, cumplir con sus cometidos, ejercer la *potestad pública* que tiene encomendada.

El objeto debe reunir, de acuerdo con la mayoría de opiniones, los siguientes *requisitos*:

1. Debe ser posible física y jurídicamente;
2. Debe ser lícito;
3. Debe ser realizado dentro de las facultades que le otorga la competencia al órgano administrativo que lo emite (criterio de la especialidad).

2.5.3 Forma.

La forma constituye la manifestación material objetiva en que se plasma el acto administrativo, para el efecto de que pueda ser apreciada por los sujetos pasivos o percibida a través de los sentidos. Viene a ser la envoltura material externa en la que se aprecian no solo los elementos del acto administrativo, sino también sus requisitos, circunstancias y modalidades.

En Derecho la forma tiene una importancia capital, en la gran mayoría de los casos ella permite determinar la naturaleza jurídica de un texto y es legítimo esperar que el empleo de una forma determine efectos precisos, del acto administrativo.

La forma escrita siempre constituyó un factor rígido a la vista de los administrados y no existe duda que contribuyó a delimitar considerablemente la actitud de las autoridades subordinadas sobre su materia.

La forma puede adoptar diversas variantes, la más normal es la forma escrita, casi pudiéramos decir que es la regla general; así, tenemos que hay acuerdos, decretos, oficios,

circulares, memorandums, telegramas, notificaciones que se expresan a través de la escritura. También puede ser verbal, ya sea directamente o a través de los medios técnico-mecánicos de transmisión del sonido, sobre todo, en los altos niveles de jerarquía.

La forma puede adoptar también otros medios de exteriorización de la voluntad, algunos autores llegan a hablar de señales que regulan la actividad de los particulares (un semáforo, las luces de aterrizaje en los aeropuertos, señalamientos, etc.)”.⁶²

2.5.4. Modalidades del Acto Administrativo.

"Se han expuesto los elementos que consideramos integran la estructura del acto administrativo, es decir, que lógicamente son parte de él.

El motivo puede ser previo o con comitante a la voluntad, al objeto y al acto mismo; la finalidad puede ser previa, simultánea o posterior a la voluntad, al objeto o al acto.

De acuerdo con lo expuesto, estudiaremos el motivo y la finalidad, no como elementos del acto administrativo, sino como requisitos, modalidades o circunstancias del mismo. Utilizamos estas tres expresiones porque nuestra legislación administrativa, desde luego, no reconoce éstos conceptos como elementos del acto administrativo, sin embargo algunas veces los regula como requisitos, otras como circunstancias y en ocasiones como modalidades.

1. Motivo. Es el conjunto de circunstancias de hecho y de derecho que proceden al acto administrativo. Si se refiere al acto, es el conjunto de circunstancias de hecho o de derecho que preceden el acto administrativo y que deben existir objetivamente; por ejemplo para otorgar una concesión de explotación de bienes del Estado, el solicitante debe reunir una serie de requisitos previos que son el motivo para su otorgamiento. La motivación volitiva será la apreciación de esos requisitos y, además, de la conveniencia que para el interés público representa su realización, para la voluntad del titular del órgano que emite el acto.

2. Finalidad. Fin es la meta que se pretende alcanzar con una actividad o con una conducta. La finalidad del acto administrativo ha sido considerada en forma unánime por los autores en el sentido de que debe perseguir el interés general o el bien común, de acuerdo con los objetivos que a su vez tenga el Estado. Es conveniente precisar que la finalidad no coincide con lo que hemos estimado como objeto mediato del acto desviación de poder, siendo causa de anulación del acto cuando se plantea ante los tribunales administrativos.

El Código Fiscal de la Federación de diciembre de 1981 y que entró en vigor el primero de abril de 1983, cambió esta situación y ahora parece ser que lo que se conoce en doctrina como desvío de poder, está concebido de la siguiente manera en el artículo 238 fracción V de dicho Código Fiscal:

⁶² ACOSTA ROMERO, Miguel. *Op. Cit.* Págs. 628-635.

Artículo 238.- Se declarará que una resolución administrativa es ilegal cuando se demuestre alguna de las siguientes causales...

V.- Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiere dichas facultades.

Lo anterior parece ser un gran avance, en favor de los administrados, pues ya no solo en materia de sanciones, sino en cuanto al ejercicio de facultades discrecionales de las autoridades operará el desvío de poder, como causa de ilegalidad”.⁶³

2.6. Extinción de los Actos Administrativos.

“La extinción de los actos administrativos hace alusión a la desaparición o cese de los efectos que dicho acto debe producir, es decir, por la realización de su objeto. En principio todo acto administrativo se cumple voluntariamente por la administración pública, como por los particulares interesados y en algunos casos por los terceros. En otros casos el cumplimiento es directo o meramente declarativo.

La doctrina y la legislación administrativa han reconocido ciertos procedimientos o medios que tienden a destruir o limitar los efectos jurídicos de los actos administrativos, como la revocación, rescisión, prescripción, caducidad, término, condición, renuncia de derechos y resoluciones jurisdiccionales. El concepto de extinción se ha empleado en el derecho administrativo extendiendo su concepto original.

Un acto administrativo se extingue por diversos medios, cuando se le elimina de la vida jurídica, por la administración pública, por determinación judicial, por circunstancias legales no consideradas ni advertidas en el momento en que se expidió o por razones posteriores de oportunidad, mérito o conveniencia.

Un acto administrativo se extingue por el cumplimiento voluntario sea de los particulares o de la propia Administración. Numerosos actos administrativos continúan produciendo sus efectos de acuerdo con su naturaleza jurídica y por la realización de su objeto. El cumplimiento automático difiere del cumplimiento a término. La normalidad o anormalidad en la configuración de un acto administrativo depende de cómo se ha cumplido con su régimen jurídico, es decir, cuando no se han reunido sus elementos legales.

Debemos distinguir entre extinción del acto administrativo y la cesación de los efectos del mismo. “Dice a este propósito Marinenhoff, la cesación de los efectos del acto apareja la idea de algo que ocurre normalmente, de acuerdo a lo previsto de antemano, pues, el acto administrativo que cesa de producir efectos se considera que hasta ese momento ha existido legalmente. En cambio la extinción del acto generalmente se produce por causas no precisamente queridas, sino que son consecuencias de hechos o circunstancias advertidos o surgidos posteriormente, la *cesación* de los efectos del acto se

⁶³ *Ibidem*. Págs. 636-638.

opera por ejemplo, por expiración del término establecido y por cumplimiento del objeto. La *extinción* del acto se produce, por caducidad, revocación, anulación, renuncia, rescisión.”⁶⁴

2.7. La Invalidez del Acto Administrativo.

“En la legislación administrativa nos encontramos con dos situaciones diversas: a) *La invalidez del acto administrativo*; y b) *La irregularidad del acto administrativo*. Estos tipos de nulidades son provocadas por la violación de los preceptos legales, relacionados con los elementos del acto administrativo, ya que se producen efectos anormales que afectan su eficacia.

No disponemos de una teoría sistemática de las nulidades, la cual sufre una indudable influencia del derecho privado. Las soluciones han sido casuísticas y ocasional, pues cada ley se encarga de fijar el alcance de la nulidad que comprende. Un acto administrativo es válido o es nulo según la ley. El acto es valido y produce sus efectos si nace perfecto y es nulo porque existe un vicio que lo destruye definitivamente o es susceptible de perfeccionarse.”⁶⁵

Para que el acto administrativo pueda ser tomado en cuenta por el derecho, se requiere que produzca legalmente sus efectos. Si el acto existe, nuestro problema se reduce a determinar la gravedad de la irregularidad y a destruir o limitar sus efectos, de acuerdo con las exigencias del interés general.

“La ilegalidad de un acto no implica su inexistencia o ineficacia y de ahí que el acto ilegal, no el ilícito, se convalide si la consiente aquel a quien perjudica, lo cual acontece si no lo combate dentro de los términos otorgados para tal fin.”⁶⁶

Una buena parte de los casos que se citan como inexistentes son actos nulos de pleno derecho, porque el contenido del acto es imposible, lo anterior no obsta para señalar que nuestra legislación administrativa emplea en determinados casos el concepto de inexistencia.

2.7.1. Nulidad Absoluta por Violación de la Ley.

El maestro Andrés Serra Rojas nos da su idea de *nulidad absoluta* y expone que la Suprema Corte ha sentado la siguiente tesis jurisprudencial: “Las autoridades solo pueden hacer lo que la ley les permite.”⁶⁷

⁶⁴ SERRA ROJAS, Andrés. “*Derecho Administrativo*”, Ed. Porrúa, 1994, Págs. 311 y 312.

⁶⁵ *Ibidem*. Págs. 317 y 318.

⁶⁶ “*Semanario Judicial de la Federación*”, Sexta Época.

⁶⁷ EJ. 1917-1965, Pleno, Tesis número 47.

En diversas ejecutorias la Corte ha resuelto: “Los actos de las autoridades administrativas, que no estén autorizados por ley alguna, importan una violación de garantías.”⁶⁸

“Las autoridades administrativas no tienen más facultades que las que expresamente les conceden las leyes, y cuando dictan alguna determinación que no está debidamente fundada y motivada en alguna ley, debe estimarse que es violatoria de las garantías consignadas en el artículo 16 constitucional.”⁶⁹

2.7.2. La Nulidad Relativa o Anulabilidad en el Derecho Administrativo.

“El acto anulable tiene la apariencia de ser un acto administrativo normal y surte sus efectos jurídicos hasta la declaración de nulidad. Los elementos que caracterizan la nulidad relativa o anulabilidad apoyadas en la legislación administrativa, son los siguientes:

- a) Se violan leyes permisivas, supletorias y otras de la misma naturaleza.
- b) Los actos son realizados por autoridades competentes, pero la manifestación de voluntad se realiza en forma defectuosa o irregular.
- c) El acto se convalida por confirmación.
- d) El acto se perfecciona por la prescripción. Artículo 60 de la Ley General de Bienes Nacionales.
- e) La nulidad sólo pueden invocarla los interesados.
- f) No son actos constitutivos de delitos.
- g) Su contenido es posible y lícito.
- h) La forma legal es imperfecta y puede perfeccionarse.
- i) El error es enmendable.
- j) La nulidad solo puede alegarse dentro de los plazos fijados por la ley.

El no cumplir con las reglas que fija la ley implica la nulidad de la enajenación, pero en numerosos casos pueden subsanarse las omisiones que se presenten y convalidarse el acto matizado la nulidad como una nulidad relativa.”⁷⁰

2.7.3. Autoridad Competente para Dictar la Declaración de Nulidad.

“El acto administrativo debe formarse en nuestra legislación de acuerdo con los mandatos de la ley, y si ésta es contraria, el acto administrativo no debe producir ningún efecto porque se contraviene el interés general.

Debe, en todo caso, distinguirse entre el acto administrativo perfecto que es el que satisface todas las condiciones legales y el acto nulo, que se ha revisado en contra de determinadas disposiciones legales.

⁶⁸ “*Semanario Judicial de la Federación*”, Tomo 29, Pág. 669, Quinta Época.

⁶⁹ *Ibidem*. Tomo 99, Pág. 2629.

⁷⁰ *Ibidem* Págs. 322-324.

La ley administrativa fija la autoridad competente -administrativa o jurisdiccional- para dictar la declaración de nulidad.

La legislación administrativa no es uniforme en cuanto las autoridades que deban intervenir para declarar la nulidad de una resolución administrativa. Dos criterios imperan en dichas leyes.

- a) La autoridad administrativa puede, a petición de un particular interesado o como consecuencia de un recurso administrativo, revisar la legalidad de un acto.
- b) La misma autoridad administrativa, que emite el acto, es competente, en casos de irregularidad para declarar la nulidad de un acto administrativo o cuando el órgano superior nulifique un acto del anterior, o cuando imponga obligaciones a un particular.
- c) La autoridad judicial en materia de amparo, o los Tribunales Administrativos son competentes para formular una declaración de nulidad, cuando el acto ha creado derechos a favor de un particular.

La constitución nos ofrece un ejemplo por el cual se autoriza al Ejecutivo Federal a declarar la nulidad de una resolución anterior, cuando existen razones de interés general, por las cuales el constituyente estima que debe declararse una nulidad porque con ello se implican perjuicios graves para el interés general. Tal es el caso citado de la fracción XVIII, del artículo 27 constitucional, que faculta al Ejecutivo de la Unión para declararlos nulos.

Los actos administrativos no tienen la autoridad y fuerza de cosa juzgada. La misión del Poder Ejecutivo no tiene la misma finalidad que la función jurisdiccional; si ésta declara el derecho y fija su estabilidad, aquélla persigue otros fines de interés general.

El acto administrativo debe ajustarse a la ley, por lo que, en caso contrario, la autoridad administrativa al destruirlo, no afecta ningún interés particular. Tal es el caso de la resolución de la Suprema Corte: Semanario Judicial de la Federación, tomo 49, página 2639, V época.

2.8 Clasificación de los Actos Administrativos.

“La doctrina parte de criterios diversos para clasificar los actos administrativos, tomando en cuenta la complejidad de la actividad de la Administración Pública, los diversos intereses y finalidades que se persiguen con su cumplimiento.

Un determinado acto administrativo guarda relación con otros y todos a su vez integran la función administrativa. Estas denominaciones de los actos administrativos son las que emplean las leyes administrativas cuando analizan sus efectos; las decisiones administrativas cuando lo concretan y las resoluciones judiciales cuando fijan la naturaleza de sus actos”.⁷¹

⁷¹ *Ibidem*, Págs. 236 y 237.

Las clasificaciones principales de la doctrina administrativa, son las que a continuación se señalan:

2.8.1 Actos de Autoridad y Actos de Gestión.

"El concepto de soberanía en su forma tradicional lo identificaba con la noción de poder público, que a su vez implicaba la existencia de un derecho que regulara su actuación con normas de derecho público. Frente la noción del Estado-autoridad o poder que manda surgió el concepto del Estado gestor sometido a un régimen de derecho privado. Una de las más antiguas clasificaciones de los actos administrativos principalmente en el curso del siglo XIX los clasifica en actos de autoridad y actos de gestión.

a) Actos de Autoridad. El Estado procede autoritariamente por medio de mandatos que son expresión de su voluntad y se fundan en razones de orden público.

b) Actos de Gestión. El Estado no siempre manda, ni es necesario que haga valer su autoridad, pues en ocasiones se equipara a los particulares para hacer más frecuentes, efectivas y seguras las relaciones con ellos, para estos casos se coloca en el mismo plano y prescinde de sus privilegios y prerrogativas de soberano y su voluntad surte efecto con el concurso de la voluntad contraria.

Esta clasificación se ha vinculado en nuestro derecho a la transitoria tesis de la doble personalidad del Estado mantenida por la Jurisprudencia de la Suprema Corte y por la legislación y el derecho moderno ha criticado la teoría y la clasificación mencionadas, al considerar que los actos del Estado provienen de una personalidad única, que no debe prescindir de su posición preeminente y de la tutela del interés general".⁷²

2.8.2 Por su Finalidad.

a) Actos Instrumentales. Son los medios para realizar las actividades administrativas, comprenden actos *preliminares*, de *trámite o preparación* o en general de *procedimiento*. Estos actos son necesarios para que se pueda realizar eficientemente el ejercicio de la función administrativa.

Los actos de trámite, por vía de ejemplo, están formados por una serie de actos que no tienen el carácter de resolutivos, ya que simplemente se concretan a preparar una resolución administrativa o un propósito administrativo sin afectar ningún derecho. Son propiamente el antecedente del acto.

La mayor parte de estos actos requiere la colaboración voluntaria o forzada de los particulares, los cuales deben aportar a la Administración Pública los datos que le permitan resolver legalmente los casos administrativos. Manifestaciones, cuestionarios, estados

⁷² *Ibidem*, Págs. 237 y 238.

contables, revisiones, informes, dictámenes de los particulares, son elementos indispensables para la aplicación de la ley administrativa.

b) Actos Principales. Son los actos básicos o definitivos de la Administración e implica propiamente el espacio de la función administrativa, tales como una concesión de servicio público, una declaración de expropiación por causa de utilidad pública, una orden de requisición, un contrato de obra pública o de suministro otros semejantes.

c) Actos de Ejecución. Tienen por objeto dar cumplimiento a las determinaciones del acto principal. En materia fiscal, el Código Fiscal de la Federación contiene un capítulo denominado: Del procedimiento administrativo de ejecución, artículo 145 y siguientes”.⁷³

A este grupo pertenecen los *actos de ejecución* de orden material o jurídico, que tienden al cumplimiento obligatorio de las resoluciones administrativas, como en el caso de la facultad económica coactiva cuya constitucionalidad ha sido ampliamente reconocida.

2.8.3 Por las partes que intervienen.

“Toman en cuenta las voluntades que intervienen en su formación, esta clasificación deriva de la formación del acto.

a) Acto Simple, es aquel en que interviene una sola voluntad de un ente administrativo sea individual o colectivo, es decir, la voluntad de la administración pública se manifiesta en forma unilateral.

b) Acto Complejo, puede ser bi o plurilateral, es el que resulta o se forma del concurso de dos o más voluntades, públicas o privadas, varios órganos y personas, que se unen en una sola voluntad. El refrendo es ejemplo de acto complejo.

c) Acto Colegial, es el acto emanado de diversos consejos o comisiones, juntas o cuerpos que colaboran con la Administración Pública.

d) Acto Unión, en este acto intervienen varias voluntades, pero ni su finalidad es idéntica, ni su efecto es el de dar nacimiento a una situación jurídica individual, como en el caso del nombramiento de un empleado público.

El *contrato* es un acto jurídico en el que concurren varias voluntades, pero no se pueden considerar como un acto administrativo, ni como acto propio de la función administrativa, según diversos autores. Existen actos jurídicos denominados contratos administrativos que forman en la actualidad uno de los temas mas importantes del derecho administrativo.

⁷³

Ibidem, Pág. 238.

e) **Acto Colectivo**, es el que resulta de la concurrencia de varias voluntades, con igual contenido y finalidad que se reúnen exclusivamente para la manifestación común, permaneciendo jurídicamente autónoma.⁷⁴

2.8.4 Por su contenido y Efectos Jurídicos.

“Según *el efecto* que producen se clasifican:

1. **Actos que favorecen, aumentan o amplían las facultades, posibilidades o los poderes de los particulares.** Entre éstos se pueden citar:

a) **La Admisión**, es un acto que tiene por objeto permitir el ingreso de una persona para que entre a formar parte de una institución, con el fin de que pueda participar en ciertos derechos o goce de algunos servicios públicos. Dan acceso al particular a los beneficiarios de un servicio público.

b) **La Concesión**, es un acto que jurídicamente confiere a un particular un derecho subjetivo, una nueva condición jurídica o un nuevo derecho, por medio del cual el poder público le transfiere derechos o facultades administrativas, mediante determinadas cláusulas compromisorias derivadas del interés público que significa el control de la administración pública, en la legislación mexicana se concede lo que pertenece originariamente a la Nación.

c) **La Autorización, Licencia y Permiso**, se diferencian de la concesión en que ésta es un acto constitutivo por medio del cual la administración confía derechos a un particular. La *autorización* es un acto unilateral de la administración pública, el cual se otorga con relación a los servicios públicos, y por medio de ella 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, al comprobarse que se han satisfecho los requisitos legales para el ejercicio de un desarrollo; en tanto que el *permiso* alude a levantar una prohibición. La *licencia* no determina el nacimiento de un nuevo derecho a favor de una persona, sino la eliminación de un requisito jurídico, para poder ejercitar un derecho conferido por el propio poder.

El estudio de la *licencia, permiso y autorización*, debe llevarnos al análisis de la constitucionalidad de los diversos reglamentos de policía del Departamento del Distrito Federal, los de la Secretaría de Salud y otros.

d) **La Aprobación y el Visto**, por medio de la aprobación la autoridad administrativa superior controla y vigila los actos emitidos por determinadas autoridades administrativas inferiores, es un requisito posterior que se refiere a actos jurídicos válidos de personas públicas realizados con anterioridad, que requieren, para ejecutarse, de la aprobación de la autoridad administrativa superior.

⁷⁴ *Ibidem*, Págs. 238 y 239.

e) **La Dispensa o Condonación**, es el acto administrativo que exime a una persona del cumplimiento de una obligación preescrita por la ley, como la prestación del servicio militar obligatorio, los requisitos para celebrar matrimonio, un recargo fiscal, y otras análogas.

2. **Actos destinados a limitar o reducir los derechos que restringen la esfera de los particulares.** Se pueden citar los siguientes:

a) **Penas disciplinarias o sanciones** que tienen por objeto castigar las infracciones de las leyes u órdenes administrativas como la multa, el decomiso, la clausura, el arresto, que son impuestas por la administración, a diferencia de las sanciones que corresponden imponer a las autoridades judiciales.

b) **La expropiación**, es una transferencia coactiva de derechos, que impone a los particulares la sesión de sus propiedades al poder público, mediante ciertos requisitos y con arreglo al interés general.

c) **La revocación o retiro** de un acto válido por otro, apoyado en causas supervenientes.

d) **La nulidad**, es un acto nulo aquél que se encuentra privado de sus efectos por la ley.

e) **Las órdenes administrativas**, imponen a los particulares la obligación de dar, hacer o no hacer, que se traducen por parte del poder público en mandatos o prohibiciones. Se citan los mandatos, las órdenes y las publicaciones.

f) **Actos que condicionan el ejercicio de un poder por parte de un órgano**, estos actos se hacen depender del cumplimiento de una obligación pública como en el caso de la designación, el requerimiento y la propuesta.

g) **Actos de ejecución forzada**, son los actos por los que una autoridad administrativa ejercita coacción sobre los particulares que se niegan voluntariamente a obedecer los mandatos de la ley o de las órdenes administrativas”.⁷⁵

2.8.5 Por su Contenido.

1) **Actos de trámite**, que están formados por una serie de actos que no tienen el carácter de resolutivos, pues simplemente se concretan a preparar una resolución administrativa o un propósito administrativo sin afectar ningún derecho.

2) **Los actos definitivos**, que son aquellos con los cuales se da fin a un procedimiento administrativo, realizando la finalidad última o mediata de la ley. Considera también de interés la clasificación que hace Forshoff, fijándose en el contenido de los actos administrativos en los términos siguientes:⁷⁶

⁷⁵ *Ibidem*, Págs. 239, 240 y 241.

⁷⁶ FORSHOFF, “*Tratado L*”, Págs. 292 y 293.

a) Actos Administrativos Imperativos. Son aquellos que contienen un mandato o una prohibición. Son aquellos que su aplicación es el derecho policial. Su misión es provocar en los obligados una determinada conducta respecto de la Administración y, en caso necesario, forzar coactivamente a ella, por eso hay que contar también entre los actos administrativos de esta especie las medidas coactivas adoptadas para la ejecución de un mandato o una prohibición.

b) Actos Jurídicos Conformadores. Pueden presentarse en formas muy diversas. Es común a todos ellos el fundar, modificar o suprimir una situación o una relación jurídica completa. A esta categoría pertenecen todas las autorizaciones, permisos, licencias y concesiones que crean una situación jurídico- administrativa del destinatario. También tienen efecto constitutivo el asentamiento y la confirmación, de la que depende la eficacia de un acto administrativo o cualquier otra acción de la administración. Junto a las designaciones de toda índole, entre las más importantes es el nombramiento de funcionarios, entran también en esta categoría todas las órdenes conformadoras respecto de cosas públicas, especialmente la afectación y su *actus contrarius*. Por último, hay que mencionar la confirmación de nuevos órganos de la Administración con personalidad jurídica propia, la aprobación de sus ordenanzas y todos los restantes actos de inspección en el marco del derecho de las corporaciones y fundaciones, sin que con esto quede ni aún aproximadamente agotado todo el ancho campo de los actos administrativos conformadores.

c) Actos Administrativos Declaratorios. Pertenecen a este grupo todas las declaraciones sobre determinadas propiedades de personas o cosas, de cuya existencia o ausencia dependen determinadas consecuencias jurídico administrativas.

d) Actos Administrativos Regístrales. No constituyen diferencia alguna que la atestiguación consista en la inscripción en un registro público (por ejemplo, el registro civil, el catastro), o en el otorgamiento de un documento especial”.⁷⁷

⁷⁷SERRA ROJAS, Andrés. *Op. Cit.*, Págs. 243 y 244.

CAPÍTULO III CONTRATOS

3.1 Definición del Contrato.

El maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia⁷⁸, nos señala que, la primera consideración que hay que hacer en este estudio, es que no es posible dar un concepto general del contrato con validez universal, ya que éste varía necesariamente de país en país y de época en época, de acuerdo con sus leyes y costumbres respectivas.

Por otra parte, la influencia doctrinal que es determinante en la labor legislativa, puede orientar la concepción de este término hacia diversos sentidos; y si los autores de obras jurídicas tampoco están unificados para darle al contrato un significado uniforme, necesariamente éste varía en el aspecto legal, según sea la orientación doctrinal que haya motivado al autor de la ley.

No obstante lo anterior, es preciso hacer varias consideraciones que sí tienen una aplicación general:

a) Los contratos se estudian y tienen su campo de actualización dentro del ámbito patrimonial; su estudio sólo tiene importancia práctica si se hace dentro de la teoría del patrimonio. Así, al pretender ampliar su órbita a otras materias civiles u otras disciplinas jurídicas, es violentar su naturaleza y función, lo que se traduce en una escasa o nula utilidad práctica o doctrinal. Discutir si el matrimonio, la adopción o la actuación del funcionario público.

b) Todo contrato necesariamente implica un acuerdo de voluntades pero no un acuerdo simple, sino la manifestación exteriorizada de dos voluntades por lo menos, en los términos en que lo disponga una norma vigente; y

c) Todo contrato debe ligar, enlazar a las personas que lo celebran, estableciendo entre ellas un vínculo obligatorio de contenido patrimonial. Este aspecto es la razón de ser, es el objetivo principal y el motivo del contrato.

En el derecho positivo mexicano, existe una distinción entre el convenio y el contrato, considerando al primero como el género y al segundo como la especie, sin perder de vista que ambos son a su vez, especies de actos jurídicos.

El derecho positivo mexicano distingue al contrato del convenio y de los preceptos respectivos puede obtenerse la distinción entre convenio en un sentido amplio y convenio en un sentido restringido, aún cuando como especies de un mismo género, que es el de acto jurídico, todas las disposiciones jurídicas aplicables a los contratos también lo serán a los convenios.⁷⁹

⁷⁸ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. “*Contratos Civiles*”. Ed. Porrúa. 1992. Págs. 19 – 21.

⁷⁹ ROGINA VILLEGAS, Rafael. “*Compendio de Derecho Civil. Contratos*”. Ed. Porrúa. 1993. Págs. 7-9.

El **convenio** en sentido amplio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones. El **contrato** es el acuerdo de dos o más personas para crear o transmitir derechos y obligaciones.

Como consecuencia del desprendimiento del contrato de su género, el convenio en sentido restringido, queda reducido al acuerdo de dos o más personas para modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Ahora bien, el maestro Rojina Villegas comenta que, el contrato se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones; es una especie del género de los convenios. El convenio es un acuerdo de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales; por lo tanto, el convenio tiene dos funciones: una positiva, que es crear o transmitir obligaciones y derechos, y otra negativa: modificarlos o extinguirlos.⁸⁰

Dentro de la terminología jurídica se ha hecho una distinción entre contratos y convenios en sentido estricto: al contrato se le ha dejado la función positiva, es decir, el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, y al convenio en sentido estricto, le corresponde la función negativa de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones. El convenio, lato sensu, comprende ambas funciones.

Artículo 1279 del Código Civil vigente en el Estado de Guanajuato señala que es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y el artículo 1280 señala que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. El contrato crea derechos reales o personales, o bien los transmite; pero el contrato no puede crear derechos distintos.

En los derechos y obligaciones que engendra o transmite el contrato, no solo hay derechos personales, sino también reales. Existen contratos que originan exclusivamente derechos personales, otros que crean derechos reales y personales, y puede haber contratos que exclusivamente tengan por objeto dar nacimiento a derechos reales.

En los contratos de prestación de servicios se advierte, desde luego, que se trata de derechos personales consistentes en la ejecución de un trabajo, de un hecho, de un servicio, y en la remuneración de ese trabajo, trátase del mandato o de la prestación de servicios profesionales o no profesionales.

“La expresión contrato tiene en la práctica jurídica mexicana diversas significaciones: como acto jurídico, como norma individualizada y como documento en el cual se contienen los pactos o cláusulas convenidas por las partes, que crean o transmiten derechos y obligaciones.”

3.1.1. Como Acto Jurídico.

“Cualquier transformación en el ámbito de lo jurídico, o sea cualquier situación que produzca una consecuencia a la que se califique como jurídica, necesariamente debe ser el

⁸⁰ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. *Op. Cit.* Pag. 22.

resultado de una motivación a un supuesto jurídico y toda activación de un supuesto jurídico, forzosamente debe de obedecer a la actualización de un hecho jurídico.

Estos términos de supuestos jurídicos, consecuencias de derecho, sujetos de derecho que son las personas a quienes se imputan las consecuencias y objetos de derecho que es el elemento material y objetivo que maneja la ciencia jurídica, reciben el nombre de conceptos jurídicos fundamentales sin los cuales, por lo tanto, no podría hablarse de situación o relación con la calificación de jurídica.

Los *supuestos jurídicos*, son las hipótesis normativas de cuya excitación depende el que se produzcan consecuencias de derecho.

Las *consecuencias de derecho*, son las situaciones o relaciones que se originan como consecuencia de haberse activado uno o varios supuestos jurídicos.

El acto jurídico, es el acontecimiento del hombre en el cual intervine su voluntad en forma directa y que por la motivación que hace de un supuesto jurídico, produce consecuencias de derecho.

Si en la realización del acto jurídico interviene una sola voluntad, se dice que éste es monosubjetivo, y si intervienen dos o más voluntades el acto será plurisubjetivo. Se utiliza esta terminología para no confundir los actos monosubjetivos con los unilaterales y los plurisubjetivos con los bilaterales. La clasificación de los actos en monosubjetivos y plurisubjetivos, obedece a que en su realización intervengan dos o más personas manifestando su voluntad; en cambio, en la clasificación de los actos jurídicos y en especial en los contratos, como se verá más adelante, en unilaterales y bilaterales, se toman en consideración las obligaciones que genera el acto ya sea para una sola de las partes o para todas las que intervienen en él; así, un acto será unilateral si sólo genera obligaciones para una de las partes aunque intervengan dos en la realización del acto y será bilateral si genera obligaciones para las dos partes o para todas las personas que intervengan en el acto, siendo más de dos.

Al referirse el acto jurídico a la materia civil y dentro de ésta a la regulación patrimonial que presupone la posibilidad de la obtención de bienes y servicios como medios de la circulación de la riqueza y además relacionando los conceptos anteriores con la posibilidad de crear y transmitir derechos y obligaciones, se está ya en posibilidad de dar un concepto de contrato como acto jurídico siendo el acuerdo de voluntades conforme a lo dispuesto por un supuesto para producir las consecuencias de derecho consistentes en crear o transmitir derechos y obligaciones de contenido patrimonial.”⁸¹

3.1.2. Como Norma Jurídica.

“Al estudiar al contrato, deben de tenerse en cuenta dos aspectos fundamentales; el primero, el acto jurídico como acuerdo de voluntades que es el proceso creador del

⁸¹ *Ibidem*. Págs. 22 - 24.

contrato, y el segundo, que es el resultado de ese proceso; así como no deben confundirse los actos discursivos con el discurso mismo o el proceso de elaboración legislativa con la Ley, tampoco deben confundirse el acto productor del contrato con el contrato mismo.

El resultado del acto contractual puede considerarse como una norma de la cual emanan derechos u obligaciones para las partes que en él intervienen.

Los temas principales que deben de tratarse en el estudio del contrato como norma jurídica son: los ámbitos de validez material, temporal y personal, y los conflictos entre contratos relacionados son los ámbitos indicados.”⁸²

3.1.3. Como Documento.

“Esta acepción, hace referencia al documento o al conjunto de signos sensibles que es el resultado del proceso contractual y en el cual se contiene la voluntad de las partes, que es en donde constan los pactos o cláusulas de la norma individualizada.”⁸³

3.2. Elementos del Contrato.

“En la determinación de las partes que necesariamente deben integrar un contrato, reina en la doctrina una gran anarquía.

La mayoría de los autores mexicanos, por no decir que todos siguiendo el criterio del código civil, clasifican a los elementos del contrato en esenciales y de validez.

Para la doctrina mexicana son elementos de esencia el consentimiento y el objeto; y de validez, la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin y la forma.

Llámesese elemento la parte integrante de una cosa que si falta, esa cosa no existe como tal, aunque de hecho puede existir una diversa.

3.2.1. Elementos de Existencia.

1. El Consentimiento

“La voluntad es la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa y la voluntad desde el punto de vista jurídico es esa intención para realizar un acontecimiento referida a la obtención de efectos jurídicos previstos en la norma.

En los actos plurisubjetivos, la unión acorde de voluntades de los sujetos que intervienen, en los términos señalados en la norma o supuestos jurídicos, se llaman consentimiento.

⁸² *Ibidem.* Págs. 24 y 25.

⁸³ *Ibidem.* Pág. 25.

Por lo anterior, en el contrato, el consentimiento es la unión o conjunción acorde de voluntades de los sujetos contratantes, en los términos de la norma, para crear o transmitir derechos y obligaciones.

Si en un determinado supuesto no existiera esa unión o conjunción acorde de voluntades en los términos de la norma, podría existir o un hecho jurídico o uno o varios actos monosubjetivos que originarán consecuencias de derecho, pero no existiría un contrato, ya que es un elemento para la existencia de éste, el que se dé ese consentimiento con la acepción señalada.”⁸⁴

2. El Objeto

“El objeto del contrato, como el objeto del derecho en general, es la conducta y dicha conducta puede manifestarse como una prestación o como una abstención. Si tal conducta se manifiesta o se exterioriza como una prestación, puede encausarse como un hacer algo o como un dar cierta cosa, que al final no sería sino una modalidad de un hacer algo; y si la conducta se manifiesta o exterioriza como una abstención, puede encausarse como un no hacer algo.

Ahora bien, el contenido de la prestación hacer algo debe ser posible y lícito, ya sea que se proyecte hacia un hecho o hacia una cosa.

Hay objeto directo e indirecto. Es objeto directo del contrato la conducta que puede manifestarse como una prestación -un dar o un hacer- o como una abstención -un no hacer-. Es objeto indirecto del contrato: La cosa como contenido del dar (que debe ser posible); el hecho como contenido del hacer (que debe ser posible y lícito), y la abstención, como contenido del no hacer (que debe ser posible y lícita).

La creación y la transmisión de derechos y obligaciones, no es, ni puede ser objeto del contrato, sino que esas situaciones son la consecuencia o resultado del propio contrato como acto jurídico que motivó o actualizó un supuesto de derecho.

Sin embargo, como tales consecuencias son precisamente la razón de ser de los contratos, el motivo que impulsa a las personas a vincularse jurídicamente, es por lo que se ha originado la confusión, considerando la creación y la transmisión de derechos y obligaciones como el objeto directo de los contratos. Además, el equívoco también puede tener su origen en los términos de objeto, que es la conducta y objetivos o finalidades del contrato que son los de producir las consecuencias consistentes en la creación o en la transmisión de derechos y obligaciones.

Por lo tanto, se insiste en que la creación y la transmisión de derechos y de obligaciones son las consecuencias del contrato, pero nunca su objeto.

Si en un supuesto o pretendido contrato no existiese una conducta humana a regular, no puede hablarse jurídicamente de contrato”.⁸⁵

3. La Forma

“La forma, en términos generales es la manera de exteriorizarse el consentimiento en el contrato y comprende todos los signos sensibles que las partes convienen o la ley establece para lograr esa exteriorización.

Si la voluntad es la exteriorización de la intención o resolución de realizar un acontecimiento que actualice un supuesto jurídico, y las voluntades acordes de dos o más sujetos forman el consentimiento, si no existiese esa forma o manera de exteriorizarse no se podría hablar del acto contrato. “Todo contrato tiene forma, ya que sin ella es inconcebible. La forma es la exterioridad, la visibilidad del acto, abstraída de su contenido y ningún acto tiene el carácter de voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste. En sentido genérico, con la palabra forma se designa a cualquier manera exteriorizante de la voluntad.”⁸⁶

Se puede considerar validamente que la forma es una parte integrante de la voluntad, por ser la manera de exteriorizarse o socializarse la intención para formar esa voluntad, y por lo tanto, también parte integrante del consentimiento, por ser este la conjunción de voluntades. No obstante esa consideración, se prefiere conceptuar a la forma como un elemento por separado, por la importancia práctica y didáctica que tiene su estudio en el análisis de los contratos en particular.

Debe precisarse que la forma, no es simplemente la manera de emplearse el lenguaje (que puede ser mímica, verbal o por escrito), sino todo conjunto de elementos sensibles que pueden comprender más; esto es, además del empleo del lenguaje, una cierta forma de expresarlo o determinadas menciones que deben hacerse, las personas o la actividad de ellas, ante quiénes se debe expresar (testigos, juez, notario, registrador) y los archivos en que debe constar (por ejemplo, los volúmenes de protocolo del notario).”

3.2.2. Elementos de Validez.

1) La Capacidad

“La capacidad es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales.

Del concepto anterior se desprende la clasificación de la capacidad en:

Capacidad de goce, de derecho o jurídica; y

⁸⁵ *Ibidem.* Págs. 30 - 31.

⁸⁶ *Ibidem.* Págs. 31- 34.

Capacidad de ejercicio, de hecho o de obrar.

La capacidad de goce es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones.

La capacidad de ejercicio es la aptitud de las personas para hacer valer sus derechos y sus obligaciones, ya sea por sí mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales.

Es importante hacer la distinción, porque la falta de capacidad ya sea de un tipo o de otro, puede acarrear consecuencias diversas.

En el derecho mexicano, que sigue una tendencia ideológica sustentada en la libertad humana, la capacidad de hecho y de derecho se presume. Lo que significa que toda persona es capaz mientras no exista una disposición normativa que le niegue esa capacidad.

Por otra parte, la ley puede imponer o establecer incapacidades de hecho, de ejercicio o de obrar en términos generales, pero no podría señalar incapacidades de goce, de derecho o jurídicas generales sin atentar contra la dignidad humana o sin negar la personalidad jurídica.

Si en términos generales se dijera que determinada persona o grupo de personas no tienen aptitud para ser titulares de derechos, tales personas no serían sujetos jurídicos o sea se les estaría negando su personalidad jurídica.

Por otra parte, aunque una persona no sea apta para hacer valer por sí misma sus derechos o para cumplir con sus obligaciones, no significa que no los tenga o que no pueda hacer ejercicio de los primeros o que no deba cumplir con las segundas, y por lo tanto requerirá de otra persona para que en su representación lo haga; de ahí la necesidad jurídica de la representación, ya que sin ella sería lo mismo en tener o el no tener derechos, ya que si no se pueden hacer valer ni por sí ni por otro, desde un punto de vista lógico significa que no los tiene y se volvería al punto de partida, al indicar que faltaría la personalidad jurídica a ese ente.

De lo anterior se desprende que no puede hablarse de una incapacidad sin ley.

Respecto a las incapacidades de goce, acorde con lo expuesto, la ley no las establece en forma general, sino sólo señala en forma particular, quien o quienes no tienen aptitud de ser titulares de ciertos derechos.

La ley establece incapacidades de goce en los siguientes tres casos:

a) Los extranjeros no tienen aptitud de ser titulares de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles cuando éstos están ubicados dentro del territorio nacional en la llamada “zona prohibida” (artículo 27 Constitucional).

b) Los tutores, mandatarios, albaceas, representantes del ausente y empleados públicos, no tienen aptitud para ser titulares del derecho de propiedad, como compradores, de los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados. No debe confundirse la limitación a la capacidad de goce, con el desconocimiento de la personalidad jurídica. La ley, al imponer una incapacidad de goce, presupone la existencia de la persona jurídica a quien se establece esa limitación. La personalidad jurídica es el reconocimiento que hace la ley a un individuo o a una corporación para ser centro de imputación de normas jurídicas, para que pueda actuar en el ámbito jurídico. La capacidad de goce y sus limitaciones, hacen referencia a situaciones determinadas, singularizadas. Por ejemplo, una persona (personalidad jurídica) puede tener o no la aptitud (capacidad de goce) para ser titular de derechos de propiedad de un bien inmueble rústico con fines agrícolas, ya que según la Constitución Política, las sociedades mercantiles por acciones no tendrán esa capacidad.

c) Los ministros de los cultos, no tienen aptitud de ser titulares de derechos hereditarios derivados de un testamento otorgado por ministros del mismo culto o de particulares con quienes no tengan parentesco dentro del cuarto grado (artículo 130 Constitucional y 2581 del código civil vigente en el Estado de Guanajuato); pero esto no significa que no puedan tener aptitud para ser titulares, por ejemplo, de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles, ya que tales derechos pueden adquirirlos por otro medio diferente al señalado.

Por otra parte se habla también de capacidad general y de capacidad especial, entendiéndose por la primera, la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento, sin requerir que el sujeto tenga una calidad específica de tipo personal o en relación al bien que eventualmente puede constituir el contenido de su prestación de dar.

Por capacidad especial debe entenderse, además de la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento, la calidad o una calidad específica de tipo personal o una calidad específica relacionada con el bien como contenido de su prestación de dar.

Para clarificar los conceptos anteriores, se dan a continuación tres ejemplos:

Si se celebra un contrato por un incapaz con incapacidad de ejercicio, el contrato será anulable, estará viciado de una nulidad relativa, lo que origina que sólo él puede invocar esa incapacidad; el contrato puede ser confirmado por sus representantes legales si tienen facultades para ese efecto o por el mismo incapaz cuando haya cesado su incapacidad y por el transcurso del tiempo prescribe la acción de nulidad.

Por el contrario, si se celebra un contrato por un incapaz con incapacidad de goce, el contrato será nulo de pleno derecho, esto es, que estará viciado de nulidad absoluta, lo que origina que de ella pueda prevalerse todo interesado, inclusive el Ministerio Público y el vicio no desaparezca por confirmación ni por prescripción.

Si se celebra un contrato de compraventa por el cual un menor de edad vende un bien inmueble el contrato está viciado de nulidad relativa y por lo tanto puede confirmarse

por el interesado al llegar a su mayoría de edad o por quien ejerza sobre él la patria potestad, si obtiene previamente la autorización judicial; sólo el menor puede invocar la nulidad y la acción para hacerla valer puede prescribir.

Si se celebra un contrato de compraventa respecto de un bien ubicado en zona prohibida por un extranjero como comprador, el contrato estará viciado de nulidad absoluta, lo que origina que no pueda nunca confirmarse, la acción para pedir la nulidad nunca prescribirá y la puede hacer valer en todo momento cualquier interesado, inclusive el Ministerio Público.

Las incapacidades de ejercicio se establecen en protección de intereses individuales, ya sea de los menores o de las personas que por circunstancias personales no tienen una facultad normal de razonar y por eso la calificación de un contrato celebrado por ellas, será la nulidad relativa.

En cambio, las incapacidades de goce, se establecen en protección de intereses de orden público, en normas de carácter imperativo o prohibitivas y por lo tanto su incumplimiento o violación se traducirá en un hecho ilícito y por ende la calificación de un contrato celebrado en contravención de tales disposiciones será la nulidad absoluta.

Por otra parte, si se celebra un contrato por una persona que requiera de una capacidad especial sin tenerla, el contrato podrá ser declarado por la ley como nulo, o no producirá los efectos previstos por las partes sino los que determine la ley y hará responsable al otorgante de los daños y perjuicios causados a la otra parte, y en ocasiones la ley sanciona en forma específica al sujeto. En términos generales, los requisitos específicos de tipo personal que exige la ley en la celebración de los contratos, es lo que constituye la capacidad especial y las normas que los señalan son imperativas. Sin embargo, cuando no se cumplen, pueden establecerse diversas sanciones que pueden consistir en la nulidad del contrato o en privarlo de ciertos y determinados efectos.”⁸⁷

2. La Ausencia de Vicios en el Consentimiento.

“Los vicios del consentimiento son aquellas circunstancias particulares que sin suprimirlo, lo dañan. De lo anterior se desprende que, cuando uno de los llamados vicios no solo daña al consentimiento, sino que lo suprime, deja de ser vicio, para constituir una falta de consentimiento.

En los contratos se requiere que las personas como sujetos de derecho manifiesten un consentimiento exento de vicios, ya que tales circunstancias pueden invalidar y de hecho invalidar el contrato, lo que origina su nulidad, y la calificación de esa nulidad será la relativa. De lo expuesto resulta, sin duda, que los vicios del consentimiento son causa de nulidad relativa de los contratos.

Tradicionalmente se han considerado como vicios del consentimiento al error, al dolo, a la lesión y a la violencia.”⁸⁸

⁸⁷ *Ibidem.* Págs. 35- 40.

⁸⁸ *Ibidem.* Págs. 40 - 41.

a) El Error.

“El error es el conocimiento equívoco de la realidad y no debe confundirse con la ignorancia, porque está es una falta de conocimiento.

También puede decirse que el error es el conocimiento inexacto de la realidad consistente en creer cierto lo que es falso o falso, lo que es cierto.

Para que el error pueda considerarse como un vicio del consentimiento y por lo tanto originar la nulidad, del contrato, debe recaer sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan.

El error puede referirse a las calidades o composiciones físicas de la cosa (como contenido de las prestaciones de dar) considerada en sí misma; a las calidades o funcionalidad de la cosa referida al uso o utilización que desee darle el sujeto; o a la identidad de la persona del cocontratante en aquellos contratos que se celebren en atención a las cualidades del sujeto.

Si la falta de identidad entre la realidad y el motivo determinante de la voluntad del sujeto recae sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad misma de la cosa como objeto del contrato, técnicamente no puede ser considerada como un vicio, sino como una falta de consentimiento, ya que las voluntades no serían coincidentes en los términos previstos por la norma jurídica, para formar un consentimiento, y al faltar éste, por ser uno de sus elementos, no existiría el contrato.

Por otra parte existen errores que la ley no considera como causas de nulidad del contrato: Son el que no recae sobre el motivo determinante de la voluntad y el error de cálculo que sólo da lugar a rectificación.”⁸⁹

b) El Dolo.

“El concepto de dolo lo proporciona en derecho mexicano el artículo 1915 del código civil para el Distrito Federal (1303 del código civil para el Estado de Guanajuato), señalando que es cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes. En términos generales puede decirse también que el dolo es el empleo de cualquier medio ilegal para inducir o provocar el error y así obtener la voluntad de una persona en la formación de un contrato.

Las sugerencias, los artificios o los medios ilegales, no constituyen prácticamente un vicio del consentimiento, sino que son los medios para obtener el resultado de inducir a error o mantener en él a una persona, y por lo tanto el vicio no es el dolo sino el error. Sin embargo, el concepto es útil, en virtud de que puede ser más fácil probar la presencia de un dolo en el contrato por la manifestación de los actos en las sugerencias o artificios, que

⁸⁹ *Ibidem.* Págs. 41 - 42.

probar el error y aún más cuando éste se desprende de circunstancias que no están declaradas en el contrato.

Este vicio es causa de nulidad relativa del contrato, si el error a que induce o que es mantenido por el mismo recae sobre el motivo determinante de la voluntad del sujeto en su celebración.

El dolo siempre supone una intención de dañar o engañar, por lo que el hecho de alabar las calidades de una cosa para determinar a una parte a celebrar un contrato, si no hay esa intención de daño, tradicionalmente se ha llamado “dolo bueno” y no es una causa de nulidad del contrato.”⁹⁰

c) La Violencia.

El artículo 1819 del código civil del Distrito Federal (Art. 1307 del Código Civil vigente en el Estado de Guanajuato), indica que “hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado,” para determinar a una persona a celebrar un contrato.

La violencia cuando se convierte en una fuerza física irresistible, configura ya no un consentimiento viciado, sino una falta absoluta de él. La violencia en sí o el temor que nace de ella, vicia la voluntad del sujeto y origina una causa de nulidad relativa del acto.

d) La Lesión.

“La lesión es el perjuicio que sufre una persona de la cual se ha abusado por estar en un estado de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, en la celebración de un contrato, consistente en proporcionar al otro contratante un lucro excesivo en relación a lo que él por su parte se obliga. La ley da al perjudicado la acción de nulidad del contrato por el plazo de un año, o de ser ésta posible, la reducción equitativa de la obligación.

No debe confundirse o equipararse a la lesión con el error, la violencia o el dolo; ya que por error se entiende el concepto equívoco o engañoso que se tiene de la realidad y por ignorancia la falta de conocimiento de los negocios y en general de las cosas prácticas que sólo se adquiere con el vivir o con la práctica. La violencia es la coacción infringida a una persona para determinarla a celebrar un contrato o a realizar un acto y por estado de necesidad, la aceptación a realizar un acto por encontrarse el individuo en un estado apremiante, y la lesión el perjuicio sufrido por un contratante como consecuencia de su ignorancia, inexperiencia o miseria. Por otra parte, el dolo implica por su naturaleza, la acción de una persona que por medio de maniobras fraudulentas hace caer en error a otra o la mantiene en él.

⁹⁰ *Ibidem.* Págs. 42 - 43.

Además en la lesión para que se considere como un vicio se requiere una desproporción entre las prestaciones. En los vicios del consentimiento no se requiere la existencia de esa desproporción para que proceda la nulidad del acto, y por último, en la lesión, al haber desproporción entre las prestaciones, en los actos en que no haya prestaciones recíprocas, no puede originarse, y sí en cambio, puede haber un vicio del consentimiento en los actos a título gratuito.

Al analizar los fines que persiguen por una parte la lesión y por la otra los vicios del consentimiento, se encuentran diferencias más profundas. Aquellos tratan de proteger a una persona en forma individual y en una relación jurídica determinada. Ésta, debe de ser un instituto social esto es, camino que conduzca a la protección del hombre productivo para hacer su existencia digna y el hecho de que la nulidad, en el derecho mexicano, sea la relativa par sancionar un acto lesivo, no indica sino que sólo se tomaron en consideración al regularla los casos aislados en que se puede presentar o en general una falta de meditación del legislador en la importancia social que esta figura reviste.

Reglamentar la lesión como una institución social es uno de los medios de abolir las formas de explotación del hombre por el hombre y eliminar la desigualdad social, con vistas a realizar la fraternidad de todos los individuos.

Esto ultimo se deduce del hecho de que establecieron que solo los contratos válidos son rescindibles y al consignar la posibilidad en la compraventa de que ésta es rescindible por lesión, no la consideran nula, o anulable; es así que basta la desproporción matemática que la ley indica, para que exista lesión, aún en el caso de que no se abusara de la víctima por su estado de necesidad, ignorancia o inexperiencia.

El código civil actual, del Distrito Federal, en su artículo 17 resiente en una forma clara y directa la influencia de los ordenamientos alemán y suizo, aceptando la teoría mixta de la lesión como un vicio objetivo y subjetivo a la vez. Una diferencia notable además, en relación a los códigos anteriores, es la de que hace extensiva la institución a todos los contratos que según su naturaleza permitan que se presente y no únicamente en el de compraventa.

En relación a la lesión, el Código Civil del Estado de Morelos (su principal redactor fue el maestro D. Rafael Rojina Villegas) plasma principios netamente sociales, lo que le hace, entre otros muchos aspectos, destacarse de todos los ordenamientos civiles del mundo, como un código de derecho moderno, acorde con las necesidades actuales, haciendo de la lesión una institución social y dando al perjudicado y a todo interesado una acción denominada absoluta del contrato.

El artículo 17 de ése código del Estado de Morelos, dice:

“Cuando alguno explotando o aprovechándose de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema necesidad de otro, obtenga un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tendrá derecho a obtener la declaración de nulidad del contrato y, de no ser posible, la reducción equitativa de su obligación.

Cuando una persona jurídica, individual o colectiva haya llevado a cabo sistemáticas actividades por las que, explotando o aprovechándose de la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema necesidad de otro, obtenga lucros excesivos evidentemente desproporcionados a sus inversiones, al grado de provocar o crear inicios de cualquier problema social, el Estado someterá a revisión los actos ejecutados y proveerá a la prevención o resolución del problema social originado o en génesis. El Estado podrá ejercer esta facultad en todo tiempo, siendo imprescriptible su derecho al respecto; pero siempre que medie compensación adecuada a las inversiones del empresario y a sus beneficios equitativos que se estimarán por la autoridad judicial...”⁹¹

La nulidad de que habla este precepto es la absoluta, ya que conforma el artículo 75 del mismo código “la lesión en los contratos originan la nulidad absoluta de los mismos y no será renunciable el derecho de pedir la nulidad.”

De lo anterior se desprende que la lesión debe de establecerse como una protección efectiva a las clases productivas del país, en los diferentes contratos y en especial en los de compraventa (de bienes de consumo necesario o inmuebles para casa habitación), arrendamiento, mutuo y de garantía, en donde una persona puede sufrir más acusadamente el problema de su desigualdad mediante normas específicas relacionadas directamente con esos contratos.”

3. La Licitud en el Objeto, Motivo o Fin.

⁹²“El objeto, o sea la conducta manifestada como una prestación o como una abstención, debe de ser lícita además de posible y así mismo el hecho como contenido de la prestación, también debe de ser lícito.

No es posible hablar de la licitud referida a la cosa como contenido de la prestación de dar, ya que las cosas en sí mismas no pueden ser lícitas o ilícitas sino que la conducta referida a esas cosas es la que puede ser lícita o no, según esté acorde o contradiga lo preceptuado por una norma imperativa. La conducta de los contratantes será lícita, si se establece conforme a lo dispuesto por una norma, o simplemente sino contraviene una disposición de carácter imperativo; y será ilícita si el pacto constituye una contravención a una norma de interés público.

Ahora bien, esa conducta debe de ser lícita y en ese sentido debe entenderse el objeto lícito.

También los motivos y fines de contrato deben de ser lícitos, es decir que no estén en contradicción con una disposición normativa de carácter imperativo o prohibitivo.

⁹¹ *Ibidem.* Págs. 44 - 47.

⁹² *Ibidem.* Págs. 47- 49.

Los motivos son las intenciones internas o subjetivas del sujeto relacionadas directamente con la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte.

Conforme a la terminología del Código Civil vigente, los motivos pueden clasificarse en dos grupos: el primero comprende a los que la ley denomina motivos determinantes de la voluntad; el segundo, a todos aquellos motivos que no sean en forma directa, determinantes de la voluntad del sujeto al contratar.

Los motivos que una persona puede tener para contratar, son móviles internos, personales de cada parte contratante y que a menudo son desconocidos, no sólo para los terceros sino que escapan aún al otro contratante y por ende, cuando éstos son ilícitos rara vez puede demostrarse esa circunstancia.

Los fines son las intenciones de destino último en que pretende utilizar el contratante la cosa o el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte.

Debido al elemento subjetivo que implican estas figuras, en la mayoría de los casos en que existe un motivo o un fin ilícito, es muy difícil lograr que se declare nulo el contrato.

Además, cuando la obligación es de dar, se restringe aún más su aplicación, debido al mismo interés de las partes en que subsiste el acto y en su renuencia a devolverse las prestaciones al declararse el contrato nulo. En las obligaciones de hacer es más fácil percatarse de ésta ilicitud y mediante la prevención judicial o administrativa, evitar la consumación del contrato.

El motivo determinante o los móviles, pueden, sin embargo, estar expresamente declarados en el contrato o conocerse fehacientemente por determinadas circunstancias o por que hagan una relación directa entre lo preceptuado por la norma y el contenido del contrato y, en este caso, es cuando por darse a conocer a terceros puede ser declarada fácilmente su nulidad.

El motivo determinante y los móviles, aunque internos, deben estar directamente relacionados con el objeto como contenido de las prestaciones de las partes, para que su ilicitud pueda ser causa de nulidad del contrato y esta circunstancia es lo que distingue claramente al motivo de los fines.

Estos últimos, son así mismos móviles de la voluntad, pero no relacionados en forma inmediata con el objeto.

La ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato produce la nulidad absoluta del mismo, en vista de que tales actos serán ilícitos por contravenir una disposición de carácter imperativo o prohibitivo y tales disposiciones solo se establecen en vista de la protección del interés común, del orden público o de las buenas costumbres.

La ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato origina la nulidad absoluta del mismo.

La nulidad absoluta es la sanción que la ley impone a las partes cuando realizan un acontecimiento contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres que origina su ilicitud y tiene como característica y que produce provisionalmente sus efectos los que son destruidos retroactivamente cuando el juez pronuncie su nulidad esto es, que opera hacia el pasado; no puede ser confirmado, no prescribe la acción para hacerla valer y de ella puede prevalecerse todo interesado.

Si la ilicitud pudiera producir la nulidad relativa, significaría que se deja a la voluntad de los particulares el acatar o no las disposiciones de orden público, ya sea mediante la confirmación del acto o simplemente no haciendo valer la sanción, lo que haría inútil tal norma de orden público, destruyendo así el valor y principio de seguridad que deben tutelar esas disposiciones”.

3.3. Clasificaciones Generales de los Contratos.

3.3.1. Contratos Unilaterales y Bilaterales.

"El contrato unilateral es una acuerdo de voluntades que engendra sólo obligaciones para una parte y derechos para la otra. El contrato bilateral es un acuerdo de voluntades que da nacimiento a derechos y obligaciones en ambas partes. (Artículos 1322 y 1323 del Código Civil vigente para el Estado de Guanajuato)

Hay contratos que en el momento de su celebración sólo producen obligaciones a cargo de uno de los contratantes; aunque por hechos posteriores; durante la vigencia de ese contrato, pueden nacer obligaciones a cargo de la otra parte. Estos contratos, llamados por algunos autores sinalagmáticos imperfectos (denominación que no consta en nuestros códigos), son en realidad unilaterales. Tales son el comodato y el depósito cuando son unilaterales en los cuales si el comodatario o el depositario tuviere que hacer, para la conservación de la cosa ciertos gastos, el comodante o el depositante tendrá obligación de reembolsarlos.

Artículo 1322 del Código Civil Vigente en el Estado de Guanajuato: El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada.

Artículo 1323 del Código Civil Vigente en el Estado de Guanajuato: El contrato es bilateral cuando la partes se obligan recíprocamente. La cosa siempre perece para el acreedor; en los contratos translativos de dominio, el acreedor es el dueño; en los contratos translativos de uso, el acreedor a la restitución es el dueño y la cosa perece siempre para él.

Si el contrato fuere unilateral no habría posibilidad de plantear el problema, porque esta cuestión supone que siendo las obligaciones recíprocas, una parte no cumple entregando la cosa por un caso de fuerza mayor y en atención a esto la otra parte debe cumplir, ya que no es imputable el incumplimiento al deudor.

Una segunda cuestión propia de los contratos bilaterales es la excepción de contrato no cumplido. En todas las obligaciones recíprocas, cuando una parte no cumple o se allana

en cumplir, carece de derecho para exigir a la otra el cumplimiento de su obligación, y si a pesar de ello pretendiera exigir judicialmente el cumplimiento por una demanda, ya el demandado le opondrá la excepción de contrato no cumplido.

La *exceptio non adimpleti contractus*, no puede presentarse en los contratos unilaterales, por la sencilla razón de que en ellos sólo una de las partes está obligada, y si no lo cumple, la otra judicialmente exigirá ese cumplimiento, sin que pueda sufrir la excepción de contrato no cumplido, ya que el actor, no tiene por su parte ninguna obligación que realizar. Por ejemplo, en la donación se celebra el contrato, pero el donante no entrega la cosa al donatario en la fecha estipulada; el donatario exigirá la entrega de la cosa y el donante no podrá oponer la excepción de contrato no cumplido, porque el donatario nada tiene que cumplir.

Pero en la compraventa, si no se fija un plazo para la entrega de la cosa y el precio, se entiende que es al contado, y el comprador no podrá exigir la entrega de la cosa, si no deposita el precio o si no lo consigna judicialmente; a su vez, el vendedor no podrá exigir el pago del precio, si no deposita la cosa.”⁹³

3.3.2 Contratos Onerosos y Gratuitos.

"Es oneroso el contrato que impone provechos y gravámenes recíprocos. Es gratuito aquel en que los provechos corresponden a una de las partes y los gravámenes a la otra.

No es exacto, como afirman algunos autores, que todo contrato bilateral sea oneroso y todo contrato unilateral sea gratuito. Generalmente se piensa que como el contrato bilateral engendra derechos y obligaciones recíprocos, también da origen a provechos y gravámenes recíprocos, y no es exacto, como lo demuestra el comodato, en el que a pesar de que se engendran obligaciones para ambas partes, no se originan gravámenes recíprocos.

Generalmente se afirma que los contratos a título gratuito se celebran en consideración a la persona (*intuitu personae*), en tanto que los contratos a título oneroso se llevan a cabo por razones exclusivamente patrimoniales o económicas y, por lo tanto, para nada toman en cuenta las condiciones personales. Desde luego se advierte que la disyuntiva así presentada está desmentida en múltiples contratos onerosos, toda vez que en los de prestación de servicios remunerados, evidentemente que es factor decisivo la probabilidad, competencia, eficiencia, etc., del que realiza el trabajo o cumple la obligación de hacer. Es decir, estos contratos se celebran en consideración a la persona, como ocurre generalmente con los actos a título gratuito, pues en ellos el *animus donandi* o la intención de ejecutar una liberalidad, se funda principalmente en razones de afecto, parentesco, espíritu de ayuda, etc., hacia la persona del beneficiado.

Al referirse Josserrand⁹⁴ a los distintos criterios que se han elaborado para distinguir los contratos onerosos de los gratuitos, estudia el punto de vista de Planiol, quien partiendo

⁹³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Op. Cit.* Págs. 9, 10 y 11.

⁹⁴ Josserrand, *“Los Móviles en los Actos de Derecho Privado”*, traduc. de José M. Cajica, Págs.58 - 59. Citado por Rojina Villegas Rafael, *Op.Cit.*, Editorial Porrúa, 1994, Págs. 12 y 13.

del dato económico considera que en todo contrato oneroso debe haber reciprocidad de beneficios, de tal suerte que el patrimonio de cada contratante permanece fundamentalmente idéntico, ya que el mismo tiempo que sufre una disminución por la carga o gravamen que reporte en beneficio de la otra parte, recibe simultáneamente un provecho como prestación correlativa y, por lo tanto se mantiene un cierto equilibrio patrimonial. En cambio, en los contratos gratuitos, sólo una de las partes se beneficia a costa de la otra, quien necesariamente sufre la disminución patrimonial consiguiente. Este es criterio adoptado por nuestros Códigos, al decir el artículo 1837 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, igual al 1275 del anterior que: Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes. Correlativo al artículo 1324 de nuestro Código Civil para el Estado de Guanajuato.

El criterio económico es seguramente más seductor y entre sus partidarios cuenta con Planiol.- Para este sabio autor, el contrato es a título oneroso cuando cada una de las partes recibe alguna cosa de la otra; a título gratuito, cuando una sola de las partes procura una ventaja a la otra, sin recibir nada en cambio; el carácter gratuito u oneroso de la operación depende, pues, de la reciprocidad de las prestaciones u obligaciones que las partes cambian entre sí; Planiol, precisando este pensamiento, escribe: verificar el valor del patrimonio de las dos partes, antes y después de la operación; en condiciones normales, la misma cifra o al menos las variaciones susceptibles de advertirse no deben sobrepasar los límites de la incertidumbre inherente a una estimación de este género. Si falta esta reciprocidad, es decir, si una de las partes da o hace cosa sin recibir nada en cambio, el acto es a título gratuito.”⁹⁵

3.3.3 Contratos Conmutativos y Aleatorios.

“Los contratos onerosos se subdividen en conmutativos y aleatorios: Son Conmutativos, cuando los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato; es decir, cuando la cuantía de las prestaciones puede determinarse desde la celebración del contrato. Son Aleatorios, cuando los provechos y gravámenes dependen de una condición o término, de tal manera que no pueda determinarse la cuantía de las prestaciones en forma exacta, sino hasta que se realice la condición o el término. En el contrato aleatorio, la prestación no está determinada, y sólo por ello es aleatorio, y no porque se ignore si habrá ganancia o pérdida.”⁹⁶

El artículo 1325 del Código Civil vigente en el Estado de Guanajuato dice: “El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio cuando la prestación de vida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice”.

⁹⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Op. Cit.* Págs. 11 - 13.

⁹⁶ *Ibidem.* Págs. 13 - 14.

3.3.4 Contratos Reales y Consensuales.

“Los contratos reales son aquellos que se constituyen por la entrega de la cosa. Entre tanto no exista dicha entrega, solo hay un antecontrato, llamado también contrato preliminar o promesa de contrato. Si las partes de un contrato real pactan que en el futuro se entregará la cosa, no han celebrado el contrato real; han celebrado una promesa de contrato, porque cuando se entrega la cosa, se constituirá propiamente el contrato real.

En el mutuo, en el comodato y en el depósito, según el derecho romano y nuestra legislación anterior, era requisito indispensable hacer la entrega de la cosa para que se constituyera el contrato. Actualmente el Código Civil cambia la naturaleza de esos contratos y los considera consensuales, es decir, que existe el mutuo, el depósito o el comodato antes de la entrega de la cosa, y es una obligación nacida del contrato, es decir, a posteriori, la de entregar la cosa, en el depositante, mutuante o comodante. Por esto, dichos contratos, además de cambiarse de reales a consensuales, se cambian de unilaterales a bilaterales, porque ya habrá obligación en una parte de entregar y en otra de restituir.

En oposición a los contratos reales, se citan los consensuales, pero es necesario precisar el alcance de este término, porque también se usa en oposición a los contratos formales. Cuando se dice que un contrato es consensual, en oposición a real, simplemente se indica que no se necesita la entrega de la cosa para la constitución del mismo. En cambio, cuando se dice que un contrato es consensual, en oposición a formal, se considera que existe por la simple manifestación verbal o tácita del consentimiento, sin requerir una forma escrita, pública o privada, para la validez del acto. Desde este punto de vista, son contratos consensuales en oposición a reales, todos los que reglamenta nuestro derecho, respecto a prestaciones de cosas, exceptuando la prenda, porque en ningún caso exige el Código Civil la entrega de la cosa para que se perfeccione o constituya.

Tenemos en los translativos de dominio que la venta, permuta, donación y mutuo, existen antes de la entrega de la cosa, porque ésta es una obligación del enajenante derivada del negocio ya formado. En los translativos de uso, que son el arrendamiento y el comodato, la entrega de la cosa tampoco es actualmente un elemento constitutivo del acto. El arrendamiento existe antes de la entrega de la cosa, que puede ser simultánea o posterior al acuerdo, lo mismo que en el comodato y en los contratos de custodia, como el depósito, que el Código actual ha convertido en consensual. Sólo nos queda la prenda como contrato real, pero se admite ya en el Código vigente que la entrega sea jurídica.”⁹⁷

3.3.5 Contratos Formales y Consensuales.

"Otra clasificación muy importante, por las consecuencias que tiene en cuanto a la validez y nulidad de los contratos, es la que los distingue en solemnes, formales y consensuales. Son contratos formales aquellos en los que el consentimiento debe manifestar por escrito, como un requisito de validez, de tal manera que si no se otorga en escritura pública o privada, según el acto, el contrato estará afectado de nulidad relativa. Por

⁹⁷ *Ibidem.* Págs. 14 - 15.

consiguiente, el contrato formal es susceptible de ratificación expresa o tácita; en la expresa se observa la forma omitida; en la tácita se cumple voluntariamente y queda purgado el vicio.

El contrato consensual en oposición al forma es aquél que para su validez no requiere que el consentimiento se manifieste por escrito, y, por lo tanto, puede ser verbal o puede tratarse de un consentimiento tácito, mediante hechos que necesariamente lo supongan, o derivarse del lenguaje mímico, que es otra forma de expresar el consentimiento sin recurrir a la palabra o a la escritura.

En estos contratos consensuales no es menester que haya una manifestación verbal para su validez; puede expresarse por el lenguaje mímico, es decir, por señas, sin pronunciar palabras y puede el consentimiento desprenderse de hechos que necesariamente lo presupongan. La compraventa de bienes muebles es un contrato consensual; es válido, si se manifiesta verbalmente, el consentimiento, o bien, si por medio de señas dos mudos celebran el contrato o si a través de hechos que lo presupongan, una parte toma la cosa y entrega el precio a la otra, que a su vez lo recibe.

En el contrato formal la expresión escrita es un elemento de validez, y si no se observa, el acto existe, pero está afectado de nulidad relativa, que puede desaparecer por confirmación expresa o tácita o por prescripción. Los contratos solemnes, la forma es un elemento esencial del contrato, de manera que si no se observa, no llega a existir y, por tanto, no puede convalidarse ni por ratificación ni por prescripción.

Puede otorgarse un nuevo negocio observando la forma omitida, pero esto no es una ratificación, porque en el contrato solemne, el observar la forma omitida no convalida retroactivamente al acto, sino que implica un nuevo otorgamiento, para que surta sus efectos hasta el momento en que se observe la solemnidad.”⁹⁸

3.3.6. Contratos Principales y Accesorios.

"Los principales son aquellos que existen por sí mismos, en tanto que los accesorios son los que dependen de un contrato principal. Los accesorios siguen la suerte de los principales porque la nulidad o la inexistencia de los primeros origina a su vez, la nulidad o la inexistencia del contrato accesorio. Estos contratos accesorios son llamados también de garantía, porque generalmente se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación que se reputa principal, y esta forma de garantía puede ser personal, como la fianza, en que una persona se obliga a pagar por el deudor, si éste no lo hace, o real, como la hipoteca, la prenda o la anticresis en que se constituye un derecho real sobre un bien enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, de tal manera que si el deudor no cumple, el acreedor puede rematar el bien dado en garantía y pagarse perfectamente con su producto.

⁹⁸ *Ibidem.* Págs. 15 y 16.

En estos contratos accesorios, la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, sufre en ciertos casos excepciones, porque no podría existir el contrato accesorio, sin que previamente no se constituyese el principal. Sin embargo, el derecho nos presenta casos en que puede haber fianza, prenda o hipoteca, sin que haya todavía una obligación principal, como ocurre cuando se garantiza obligaciones futuras o condicionales; el tutor de una fianza, prenda o hipoteca para garantizar su manejo, y aún no ha incurrido al entrar a desempeñar la tutela, en ninguna responsabilidad, ni tiene, por tanto, ninguna obligación. Aquí tenemos una excepción a ese principio: existe legalmente el contrato accesorio, antes de que haya la obligación principal.

Fuera de este caso de excepción, cuando la obligación principal es inexistente o nula, la accesoria también lo es; pero cuando la obligación accesoria es inexistente o nula, tal cosa no afecta la obligación principal. La fianza o la prenda pueden ser nulas o inexistentes y tener vida jurídica en forma independiente la obligación principal, pues solo para su garantía se estipula una obligación accesoria.”⁹⁹

3.3.7 Contratos Instantáneos y de Tracto Sucesivo.

“Los instantáneos son los contratos que se cumplen en el mismo momento en que se celebran, de tal manera que el pago de las prestaciones se lleva a cabo en un solo acto; y los de tracto sucesivo son aquellos en que el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un período determinado. Por ejemplo, es un contrato instantáneo la venta al contado, la permuta. En cambio, el arrendamiento es de tracto sucesivo, porque durante un tiempo determinado la cosa estará en poder del arrendatario y a su vez éste pagará periódicamente una renta.

Tiene importancia esta clasificación en cuanto a la nulidad, porque en los contratos instantáneos sí es posible la restitución de las prestaciones. En cambio, en los de tracto sucesivo, no siempre lo es, porque habrá algunas que ya definitivamente quedaron consumadas y existirá una imposibilidad de hecho para restituir las. En el arrendamiento hay un obstáculo insuperable para restituir el uso que ya disfrutó el arrendatario, y su nulidad no trae consigo la devolución de la renta, porque el arrendatario no puede a su vez devolver el uso. En cambio, en la compraventa, la nulidad trae como consecuencia la restitución de la cosa y del precio aun cuando sea de tracto sucesivo porque se haya pagado este último en abonos.”¹⁰⁰

3.4. Terminación del Contrato.

“En un sentido amplio puede decirse que el contrato termina por frustración del mismo o por extinción de sus efectos.

Un contrato se frustra cuando no produce efecto a causa de hechos o circunstancias contemporáneas a la celebración del contrato.

⁹⁹ *Ibidem.* Págs. 16 y 17.

¹⁰⁰ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel, *Op. Cit.* Págs. 17 - 18.

Asimismo, un contrato puede extinguirse o dejar de producir efectos a causa de hechos o circunstancias supervenientes, acaecidas con posterioridad a la celebración del contrato.”¹⁰¹

3.4.1. La Frustración del Contrato.

“El vocablo no es ajeno a las fuentes de las obligaciones, ya que en Derecho Penal es conocida la figura del delito frustrado. Al efecto, se distingue entre tentativa y delito frustrado, porque “en éste, la ejecución es completa, en el sentido de que el agente ha desarrollado toda la actividad necesaria para llegar a la consumación, sin que ella se opere, por circunstancias ajenas a su voluntad. El delito frustrado es completo en la ejecución subjetiva, pero incompleto en la objetiva; el delito tentado es incompleto, tanto en la una como en la otra.”

Por otra parte, frustrar significa quedar sin efecto un propósito contra la intención de quien quería llevarlo a cabo, significación que hace más adecuada la expresión de frustración del contrato que la denominación surrealista de patología del contrato. Hay frustración del contrato en los cinco casos siguientes:

- 1) Cuando falta alguno de los elementos de existencia del contrato: consentimiento u objeto, y se trata, por consiguiente, de un contrato inexistente.
- 2) Cuando el contrato está afectado de nulidad absoluta, misma que se presenta si el contrato recae sobre un objeto imposible o ilícito (por ejemplo una compraventa entre particulares sobre un bien de dominio público o un arrendamiento de una casa de asignación) o si el fin o motivo determinante del contrato es ilícito (por ejemplo, un contrato de obra a precio alzado para construir una casa que las partes convienen se destinara a la explotación de juegos prohibidos). Estos casos son causas de invalidez del contrato. La Ley del Desarrollo Urbano del D.F. de 1976 sanciona con nulidad absoluta aquellos contratos en los que se conceda o transmita cualquier forma de tenencia jurídica sobre un predio urbano (ventas, donaciones, arrendamientos, etc.), si las partes omiten expresar el uso a que se destinará tal inmueble o si el uso que se indique en el contrato no concuerda con el uso específico que concretamente haya asignado el Departamento del D.F. a ese bien y se haya inscrito en el Registro Público de la Propiedad.
- 3) Cuando hay falta de capacidad en alguna de las partes (a veces la falta de ella equivale en realidad a la ausencia del consentimiento, como el contrato celebrado por un demente completo o por un niño), o ha habido algún vicio del consentimiento (error, dolo o violencia), incluyendo por analogía en nuestro derecho el estado de necesidad (especie de violencia fortuita), o cuando no se ha llenado la formalidad exigida por la ley. En todos estos supuestos, por el principio de conservación, que tiende a conservar la eficacia de los actos jurídicos, el contrato produce provisionalmente sus efectos, hasta en tanto no se deduzca la acción de nulidad.

¹⁰¹ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. “*De Los Contratos Civiles*”. Ed. Porrúa, 1995, Pág. 123.

Acerca de estas tres primeras causas de frustración del contrato, es muy importante destacar un doble criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

a) Que en nuestro derecho no hay contratos nulos de pleno derecho, sino que en todos los casos se necesita la declaración judicial.

“Nulidad, no existe de pleno derecho. Si no hay disposiciones expresas en las leyes y para los casos que ellas comprendan, nuestra legislación no autoriza que se reconozca la existencia de nulidades de pleno derecho, sino que las nulidad deben ser declarada por la autoridad judicial, en todos los casos, y previo el procedimiento formal correspondiente”¹⁰².

b) Que las diferencias entre nulidad e inexistencia de los contratos, son puramente académicas.

“Nulidad e inexistencia. Sus diferencias son meramente teóricas. Aun cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales emplea la expresión acto jurídico inexistente, en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes, nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio Código da a las inexistencias, es el de las nulidades, según puede verse en las situaciones previstas por los artículos 1427, 1433, 1434, 1826, en relación con el 2950 fracción III, 2442, 2270 y 2779, en las que, teóricamente, se trata de inexistencias por falta de objeto, no obstante, el código las trata como nulidades, y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el código los trata como nulidades.”¹⁰³

4) Cuando una de las partes, mediante la explotación de la suma ignorancia, de la noria inexperiencia o de la extrema miseria (pero no del estado de necesidad) de la otra parte, ha obtenido a través del contrato un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que aquella se obliga, cuyos supuestos configuran la lesión y dan nacimiento a la nulidad del contrato, la cual a pesar de que en el derecho francés lleva el nombre de rescisión sólo por razones históricas, realmente concuerda en lo fundamental con la nulidad relativa.

5) Cuando sin ser nulo el contrato, porque produce efectos con respecto a determinadas personas, es, sin embargo, ineficaz con respecto a otras personas a las que les es inoponible. Opera en este caso el principio de la relatividad (efectos directos entre las partes que han celebrado el contrato), pero parcialmente no opera el principio de la oponibilidad del contrato del contrato frente a terceros (efectos indirectos o reflejos del contrato respecto de terceros).

¹⁰² Tesis jurisprudencial número 198 de la Tercera Sala de la Suprema Corte hasta el año de 1985.

¹⁰³ Tesis jurisprudencial número 197 de la Tercera Sala de la Suprema Corte hasta 1985.

Este fenómeno jurídico se presenta en el contrato celebrado por el “falso procurador”, que no tiene poder o ha traspasado los límites del mandato, pues es el acto no es nulo porque produce efectos entre el tercero y el falso procurador, haciendo responsable a éste de los daños y perjuicios; pero no produce efectos frente al supuesto representado. En este caso la falta inmediata de producción de efectos puede desaparecer en forma retroactiva si posteriormente el supuesto representado ratifica el contrato que es el caso inverso al de la nulidad relativa en que provisionalmente se producen efectos, pero pueden desaparecer éstos retroactivamente al intentarse la acción de nulidad.

Así acontece también en el contrato translativo de propiedad o constitutivo de derechos reales sobre inmuebles, cuando el contrato no se ha inscrito en el Registro Público de la Propiedad, pues en tal caso dicho contrato no es nulo, porque produce todos sus efectos entre las partes y aún con respecto a terceros que no tengan derechos reales sobre el inmueble en cuestión (como los acreedores quirografarios), pero sin embargo es ineficaz o inoponible frente a terceros registrales, que son los que tienen derechos reales sobre dicho inmueble.

Lo mismo ocurre con los contratos onerosos concretados de mala fe y con todos los contratos gratuitos celebrados por un deudor insolvente, que hubieren sido revocados a consecuencia del ejercicio de una acción pauliana, en cuyos contratos el acto no es nulo, a pesar de la impropia expresión empleada por la ley, pues el contrato produce efectos entre las partes y aún con respecto a los terceros, incluyendo a los acreedores del deudor que no hubieran intentado la acción, pero que, sin embargo, el contrato es ineficaz o inoponible y en la medida sólo en que los perjudica con respecto a los acreedores que hubieran intentado la acción. Mateos Alarcón señala también que la venta de una parte alícuota de la propiedad, sin respetar el derecho al tanto, no hace nula la venta entre comprador y vendedor, sino inoponible o ineficaz frente al codueño preterido.

Como se ve en estos últimos casos, la frustración no es completa o absoluta, sino sólo relativa, situación muy semejante a la de la que se produce, a virtud del principio de la conservación del contrato, en los casos de “conversión del contrato” antes señalados.”¹⁰⁴

3.4.2. Las Causas de Terminación del Contrato.

“Un contrato que se ha celebrado válidamente y ha empezado a producir sus efectos, puede dejar de producir éstos o extinguirse estos mismos a consecuencia de hechos o acontecimientos posteriores a dicha celebración y que constituyen propiamente las causas de terminación del contrato, mismas que pueden reducirse principalmente a los siguientes supuestos:

1) El agotamiento natural del contrato, o lo que es lo mismo la ejecución total de las obligaciones derivadas del mismo contrato. Es el modo natural y ordinario de terminación del contrato, al igual que el vencimiento del plazo en los contratos duraderos.

¹⁰⁴

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. *Op. Cit.* Págs. 123-126.

2) El vencimiento de un término. En algunos contratos, particularmente en los de ejecución duradera, se establece un plazo para la terminación del contrato. Así ocurre, por ejemplo, en el arrendamiento a plazo fijo, en el comodato a término, en la aparcería, en el mutuo y en la asociación y en la sociedad. La fijación de un plazo puede ser, a veces, esencial al mismo contrato, como ocurre en la promesa de contrato y producir, además, al vencimiento del plazo, no precisamente la terminación del contrato, sino la caducidad misma de los derechos derivados del propio contrato, según acontece también en el mismo contrato de promesa, cuando sin culpa de ninguno de los promitentes y por inactividad de éstos mismos no se celebró el contrato definitivo dentro del plazo pactado en la promesa.

Finalmente, el término concedido a una de las partes para la ejecución del contrato puede ser de tal manera esencial, que una vez vencido el plazo y no ejecutado por dicha parte, el contrato debiera tenerse por resuelto.

3) La muerte de uno de los contratantes. Hay contratos en los que por ley la muerte de uno de los contratantes pone fin al contrato, como sucede en el mandato cuando muere el mandante o el mandatario. Esto ocurre generalmente en los contratos duraderos y que se celebran “intuitu personae”, como, por ejemplo, el comodato. Sin embargo, existe la excepción en el arrendamiento, que aunque es un contrato duradero e “intuitu personae” por lo que toca al inquilino, no concluye con la muerte del arrendatario, a menos que exista pacto expreso que lo establezca.

En varios otros contratos al fallecer una de las partes, es potestativo para la otra la continuación del contrato o la terminación del mismo, como acontece en el contrato de obra a precio alzado cuando fallece el empresario y en el contrato de aparcería cuando muere el aparcerero.

Finalmente, la muerte de una de las partes puede ser causa de la terminación del contrato en los casos en que haya pacto expreso en ese sentido, como ocurre en el arrendamiento. Por otra parte, la muerte de una persona puede establecerse directamente como hecho para la terminación de un contrato, según acontece en la renta vitalicia al acaecer la muerte de la persona sobre cuya vida se constituyó dicha renta, y en la sociedad cuando fallece el socio industrial o alguno de los socios que tengan responsabilidad limitada.

4) La incapacidad sobreviniente de una de las partes, cuando se trata de un contrato duradero e “intuitu personae”, puede también poner fin al contrato, en el mandato, en la sociedad, en el contrato de obra a precio alzado y en la prestación de servicios profesionales.

5) Por voluntad unilateral de una de las partes, cuando en casos excepcionales a la regla general de la intangibilidad del contrato, faculta el legislador a uno de los contratantes para desistirse unilateralmente del contrato, como ocurre en el caso del arrendamiento por tiempo voluntario, de separación voluntaria de un socio de una asociación o sociedad, de renuncia o de revocación del mandato, del desistimiento del transporte, del contrato de obra a precio alzado, y de la prestación de servicios profesionales, del desistimiento de la

promesa con arras penitenciales y de la expresa denuncia unilateral por el síndico en los contratos bilaterales pendientes de ejecución al ocurrir la quiebra de una de las partes.

6) Por mutuo consentimiento de las partes, en virtud de que ambos contratantes pueden ponerse de acuerdo para revocar o resolver voluntariamente el contrato que han celebrado, como ocurre, por ejemplo, en el arrendamiento y en la sociedad.

Aunque el mutuo disenso es un modo general de poner fin a cualquier contrato, no siempre, empero, es plenamente eficaz el mutuo consentimiento para dejar sin efecto el contrato, ya que en los contratos translativos de propiedad o de derechos reales se requiere una retransmisión para dejar las cosas en el estado que antes tenían, retransmisión que puede tropezar con el obstáculo de los derechos adquiridos por los terceros sobre los mismos bienes, durante el tiempo intermedio.

7) La quiebra de una de las partes, en cuyo caso cuando se trata de contratos bilaterales pendientes de ejecución total o parcialmente, puede la otra parte “exigir al síndico que declare si va a cumplir o rescindir el contrato, aun cuando no hubiese llegado el momento de su cumplimiento”, pudiendo el contratante no quebrado “suspender la ejecución del contrato hasta que el síndico cumpla o garantice el cumplimiento de su prestación” (artículo 139 de la Ley de Quiebras). Una regla semejante existe a propósito de los contratos unilaterales.

8) Por resolución o rescisión del contrato bilateral, resolución que puede presentarse en los casos que se analizaremos con detenimiento en un capítulo posterior.”¹⁰⁵

¹⁰⁵

Ibidem. Págs. 126 - 128.

CAPÍTULO IV EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

4.1 Generalidades.

“El Estado para el cumplimiento de sus fines utiliza innumerables instrumentos jurídicos en el desarrollo de su actividad, la que ha ido ampliándose, así mismo, se afirma que el Estado para obtener de los particulares los medios económicos y la prestación de servicios que aquél requiere para cumplir sus cometidos lo hace a través de la vía imperativa, es decir, estableciendo impuestos y servicios obligatorios y gratuitos al particular. En México, ambos medios están previstos en la Constitución, artículo 31, fracción IV, y quinto, pero al mismo tiempo están limitados expresamente a los supuestos que el propio código político señala.

Ahora bien, no siempre el Estado actúa por vía imperativa, sino que solicita de los particulares, ya sean personas físicas o jurídicas colectivas, mediante el instrumento jurídico que constituyen los convenios y contratos, por medio de los cuales al mismo tiempo que estimulan los intereses de la iniciativa privada se obtienen beneficios mutuos que armonizan el interés colectivo con el interés de los particulares.

Para los efectos administrativos, al margen de la distinción de matiz que hace el Código Civil para el Distrito Federal, que en su artículo 1792 define al convenio como el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones y da el nombre de contratos a los convenios que producen o transfieren dichas obligaciones.

Ese concepto tratará de explicar la naturaleza de los actos contractuales que celebra la Administración Pública y, dentro de éstos, aquellos que están sujetos al Derecho Privado, los contratos típicamente administrativos, y los demás convenios sujetos a normas específicas de Derecho Público.

Rafael De Pina, considera necesario llegar a un concepto de contrato que nos permita aclarar esta institución en sentido unitario.

El significado semántico de contrato es: pacto o convenio entre partes sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidos.

El contrato o convenio puede ser concebido “como un acuerdo de voluntades que crea obligaciones y derechos para las partes que lo celebran, para realizar un objeto determinado que puede ser específico para cada una de ellas y cuyo cumplimiento puede ser exigido por cualquiera de ellas.”¹⁰⁶

Gabino Fraga comenta que, “es un hecho indiscutible que el Estado en el desarrollo de su actividad obtiene de los particulares prestaciones voluntarias de bienes o de servicios personales. Es así como se le ve comprando inmuebles y equipo para sus oficinas y

¹⁰⁶

ACOSTA ROMERO, Miguel. “Segundo Curso de Derecho Administrativo”, Ed. Porrúa, 1993, Págs. 467 y 468.

servicios; arrendando los bienes que le son necesarios; encargando a particulares la construcción de obras públicas; asociándose con particulares en empresas mercantiles, etc.

Como se ve, esas diversas operaciones corresponden, por lo regular, a tipos de contratos usuales en las relaciones entre particulares, y por ese motivo, ha surgido el problema si el Estado puede contratar y el de si, pudiendo hacerlo, los contratos que celebre son de la misma naturaleza que los contratos civiles.

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. Solamente cuando la realización de éstas en una forma regular y continua depende de la obtención oportuna de esos bienes y servicios y no existiere la colaboración adecuada de los particulares, el Estado tiene que proceder por la vía de mando, imponiendo unilateralmente su voluntad.

De tal manera que la primera cuestión planteada debe ser resuelta en el sentido de que el Estado sí puede contratar, dándose, por lo tanto, motivo para que inmediatamente se pase al estudio de la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por el Estado.

Podría, en primer término, pensarse en una solución consistente en considerar que esos contratos tienen una naturaleza peculiar en razón de que en ellos una de las partes contratantes es el Estado, ya que la competencia de la Administración y de sus agentes se regula, no por la ley civil, sino por leyes constitucionales y administrativas; porque, además, estas últimas prescriben requisitos de forma y solemnidades especiales distintas de las que exigen las leyes civiles y, finalmente, porque las mismas leyes especiales de la Administración imponen a ésta serias restricciones en cuanto a los objetos que puedan ser materia de contratación.

En México, la noción subjetiva del contrato administrativo que eleva a esa categoría a todos los contratos que la Administración pública celebra aparece acogida en diversas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sucede con la Administración lo que ocurre con todas las personas jurídico colectivas, las que, según las disposiciones del mismo Código Civil, tienen la capacidad que la ley, la escritura constitutiva y sus estatutos les señalan, no pudiendo ejercer más derechos que los que sean necesarios para el objeto de su institución, debiendo obrar y obligarse sólo por medio de los órganos que las representen de acuerdo con la ley, escritura constitutiva y estatutos.

Por otra parte, un contrato no pierde su naturaleza civil por el hecho de que una ley especial prescriba una formalidad determinada. El mismo Código Civil dispone que “en los contratos cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley”. (Art. 1319 del Código Civil vigente en el Estado de Guanajuato).

De lo anterior se desprende que no existe incompatibilidad entre la existencia de un contrato de indiscutible naturaleza civil y la circunstancia de que la capacidad o competencia, el objeto y los requisitos y formalidades se determinen por una ley diferente o un acto especial. Lo único que importe para conservar la naturaleza civil del acto es que los efectos que produce, la regulación de los derechos y obligaciones que origine y la interpretación de sus cláusulas queden subordinadas a los preceptos comunes al régimen contractual del derecho civil.

Si pues no basta que el Estado intervenga para que se califique la naturaleza jurídica del contrato, debemos buscar otro elemento que sirva para distinguir las dos categorías en que la doctrina más generalmente aceptada agrupa los contratos que el Estado celebra: contratos civiles y contratos públicos o administrativos.

La distinción entre contratos civiles y contratos administrativos tiene importancia para señalar doctrinalmente el régimen que a cada uno conviene. La existencia de una categoría especial de contratos, los administrativos, sólo puede justificarse por la circunstancia de que ellos están sujetos a un régimen jurídico exorbitante del constituido por el derecho civil.

La afirmación anterior podría conceptuarse como la correcta solución del problema que venimos estudiando, puesto que ella implica un criterio preciso para hacer la distinción de las dos categorías de contratos que puede celebrar la Administración: los contratos civiles y los administrativos; los primeros, sujetos al régimen de derecho civil aplicable a las relaciones privadas, y los segundos, sujetos a régimen jurídico diferente.

Pero bien vistas las cosas, el problema, aunque teniendo ya una base para su solución, queda desplazado a la investigación de las siguientes cuestiones: a) ¿Por qué en algunos contratos, los llamamos administrativos, existe un régimen exorbitante del derecho civil?, y b) ¿En qué consiste ese régimen especial?

Sobre el primer punto, se ha sostenido que la diferencia de régimen entre los contratos administrativos y los contratos civiles celebrados por la Administración obedece a que en los primeros ésta obra como poder público, mientras que en los segundos actúa como simple persona jurídica. Fuera de que esta opinión supone la existencia de una doble personalidad en el Estado, ella implica un desplazamiento de la cuestión que trata de resolverse hacia esta otra: la de precisar las razones por las que en unos casos el Estado interviene como Poder y en otros como persona jurídica.

Esta misma opinión reviste una modalidad especial, cuando se sostiene que el contrato administrativo, a diferencia del civil, supone una desigualdad jurídica de las partes contratantes. Hablar en estos términos significa que el Estado, en situación de superioridad respecto de su co-contratante, *puede imponer a éste las cláusulas del convenio*, no quedando al particular ni la posibilidad jurídica de discutirlos. En tales condiciones pensamos que se destruye la idea misma de contrato, pues si las dos voluntades que en el deben intervenir no contribuyen a su formación, sino que sólo una de ellas lo impone y la otra se limita a aceptarlo, porque no puede jurídicamente discutirlo, entonces no existe la

bilateralidad de voluntades, pudiendo, entonces, decirse con Posada, que “si la administración impone su voluntad por interés público, no contrata, manda.”¹⁰⁷

De acuerdo con otras opiniones, la diferencia de régimen en las dos clases de contratos que venimos considerando, se debe a que en los administrativos el objeto es diferente al de los civiles; que en aquellos lo constituye una obra pública o un servicio público que es, en definitiva, el interés social.

Gastón Jéze, establece como elementos del contrato administrativo, que haya un acuerdo de voluntades entre la Administración y un particular que genere una situación jurídica individual; que la prestación del particular tenga por objeto asegurar el funcionamiento de un servicio público; que “en estos contratos las partes, por una cláusula expresa, por la forma misma dada al contrato, por el género de cooperación pedido al contratante o por cualquier manifestación de voluntad ha entendido someterse al régimen especial de derecho público. Por una parte, la Administración ha creado este régimen especial; por la otra, el contratante sometiéndose voluntariamente a este régimen jurídico especial, ha renunciado a prevalecerse de las reglas de derecho privado para la determinación de su situación jurídica.

A la teoría de Jéze se le pueden hacer dos objeciones fundamentales: una, la de utilizar el concepto de servicio público, que hace depender la existencia del contrato administrativo de que las partes hayan entendido someterse al régimen de derecho público. Esto significa 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.

Como se ve, el criterio de que se habla no puede ser más incierto ni menos sólido y, por lo mismo, se hace indispensable buscar otro que no tenga esos defectos. Se ha considerado por una parte de la doctrina que el carácter administrativo y consecuentemente el régimen excepcional relativo, corresponde a los contrato en razón de la finalidad que persiguen, que es una finalidad pública, o según otras expresiones, de utilidad pública, de utilidad social.

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

De la misma manera que las finalidades de la vida comercial y los procedimientos en ella empleados no han podido contenerse dentro de las normas rígidas del derecho civil

¹⁰⁷FRAGA, Gabino. “*Derecho Administrativo*”, Ed. Porrúa, 1994, Págs. 395 - 403.

y han originado un derecho exorbitante de él, el derecho mercantil, en igual forma las finalidades diversas de la vida estatal y los procedimientos en ella usados, completamente diversos de las finalidades y procedimientos de la vida civil y de la mercantil, imponen la exigencia de otro régimen exorbitante para regular las relaciones que surgen en los llamados contratos administrativos.

El Estado tiene encomendadas las atribuciones indispensables para satisfacer por medios de que no disponen los particulares necesidades colectivas inaplazables; que por consecuencia debe existir un régimen el que constituye el derecho público, que se inspira en el propósito de que las necesidades generales sean satisfechas en una forma eficaz, continua y regular.

Sin embargo, subsiste todavía pendiente de aclarar por qué en unos casos celebra el Estado contratos civiles y en otros contratos administrativos, la razón de ello se encuentra en 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.

Por el contrario, cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se entrará en el dominio del contrato administrativo.

Cabe afirmar que no basta con que existan reglas especiales respecto de competencia, requisitos y solemnidades en la celebración de los contratos en que el Estado interviene, para configurar el tipo de contrato administrativo, pues dichas reglas no llegan a afectar la naturaleza del vínculo contractual y éste puede seguir siendo civil a pesar de que ellas sean aplicables, por el contrario, las reglas relativas a la ejecución, interpretación y terminación del contrato, sí se afectan según el carácter que éste revista.

Gastón Jéze, plantea y resuelve, “¿En qué consisten exactamente, las reglas especiales aplicables a la ejecución de las obligaciones respectivas de las partes contratantes que resultan de los contratos administrativos propiamente dichos? 1□ Hay principios de justicia y de equidad que dominan todos los contratos, de cualquier naturaleza que sean, de derecho privado o de derecho público. Estos principios derivan de algunas ideas fundamentales: la palabra dada debe ser respetada; el que comete una falta en la ejecución de sus obligaciones debe soportar las consecuencias; las cláusulas de un contrato deben ser interpretadas y ejecutadas razonablemente al sentido literal de los términos empleados; las obligaciones de las partes no son sólo las que están formalmente expresadas en el contrato, sino todas las que resulten de la naturaleza del contrato y de los usos admitidos para estos contratos, etc.

Estos principios se aplican indiscutiblemente a los contratos administrativos propiamente dichos. Sin embargo es preciso observar que las fórmulas por las cuales los códigos de derecho privado han traducido más o menos felizmente estos principios, no se aplican a los contratos administrativos. Estas fórmulas tienen fuerza obligatoria para las

relaciones contractuales a que se refieren: las que resultan de los contratos de derecho privado. Las fórmulas no rigen a los contratos administrativos, lo que les es aplicable son las ideas que expresan esas fórmulas. En efecto, la idea general de justicia y equidad puede, en las relaciones del contratante y de la Administración, implicar consecuencias diferentes de las que el derecho privado ha formulado para las relaciones de particular a particular; hay un elemento esencial que el derecho privado no tiene en cuenta; las necesidades del funcionamiento regular y continuo del servicio público; 2□ Hay reglas técnicas en los códigos de derecho privado (Código Civil, Código de Comercio) para tal o cual contrato (venta, arrendamiento, etc.). El derecho privado construye tipos de contratos civiles o comerciales, de convenciones celebradas en ciertas materias entre particulares.

Estas reglas se aplican indiscutiblemente a los contratos celebrados por la Administración, aún para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos. Pero no hay que aplicarlos por analogía a contratos administrativos que a primera vista se asemejan a ciertos contratos de derecho privado, pero que en realidad son contratos diferentes.”¹⁰⁸

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

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

Pudiera considerarse que las facultades que corresponden a la Administración en el contrato administrativo vienen a ser incompatibles con la naturaleza misma del contrato, pues equivalen a que la fijación de las prestaciones y el cumplimiento de las mismas queden al arbitrio de una de las partes, que en el caso es la Administración, la cual en esa forma impondría unilateralmente su voluntad. En efecto, el particular, desde el momento en que celebra el contrato administrativo, 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 cumplimiento de las atribuciones del Estado, tendrían que quedar subordinadas a ellas e irse ajustando a las variaciones que las mismas exijan para poder dar adecuada satisfacción a las necesidades colectivas.

Finalmente, el régimen excepcional de los contratos administrativos permite considerar como válidas ciertas estipulaciones que no podrían tener efecto en el régimen de contratación civil. Dentro de este último serían contrarias al orden público y, por lo tanto, estarían viciadas de invalidez las cláusulas que invistieran a uno de los contratantes de

¹⁰⁸ Théorie générale des contrats de la administration. “Rev. de Dr. Pub.” a partir de 1930, Págs. 605. Citado por FRAGA, Gabino. “Derecho Administrativo”, Ed. Porrúa, 1994, Pág. 398.

facultades para imponer de propia autoridad a su contraparte la ejecución forzada de sus obligaciones, las sanciones estipuladas en el contrato o la extinción misma de éste.

Por el contrario, esas mismas estipulaciones en favor de la Administración dentro de los contratos administrativos se consideran como perfectamente regulares, porque ellas salvaguardan el eficaz cumplimiento de las atribuciones estatales, que de otro modo quedaría impedido si el Estado no dispusiera de medios rápidos y efectivos para poder satisfacer las necesidades colectivas. Y es que el Estado, como ya hemos dicho antes, no puede prescindir de su carácter de Poder público aun en las relaciones contractuales, y “si no impone como Poder el contrato, impone al que quiere contratar con él condiciones que dejan a salvo ese Poder.”

4.2. Clasificación de los Contratos Administrativos.

4.2.1. Contratos Sujetos a Derecho Privado que celebra la Administración Pública.

“La practica administrativa mexicana frecuentemente nos da ejemplos de multiplicidad de contratos que la Administración Pública celebra con los particulares y en los cuales se sujeta al Derecho Privado.

También se dice que no hay autonomía de la voluntad de las partes, sobre todo respecto de los particulares. Sobre este punto, en los ejemplos que veremos más adelante, se aprecia que si existe dicha autonomía, pues, en última instancia, el Estado no puede obligar forzosamente al particular a contratar con él. Por lo que hace al Estado, independientemente de la aplicación del Derecho Civil, se aplicarán ciertas reglas administrativas para que el órgano de la Administración Pública, cuya voluntad es expresada por su titular, no se exceda en sus funciones y contrate únicamente sobre aquellos aspectos que se refieran a su competencia.

No es posible afirmar la absoluta igualdad de las partes en un contrato de esta naturaleza, pues si la Administración Pública se sujeta a normas de Derecho Privado, no deja de formar parte del Estado y éste no pierde su personalidad de Derecho Público, no siéndole aplicables los procedimientos de ejecución y apremio, que pueden invocar entre particulares; sin embargo, esto es explicable, ya que a través de estos contratos el Estado cumple con una parte de sus cometidos y no está actuando en función de intereses particulares.

En la doctrina administrativa mexicana, encontramos que están sujetos al Derecho Privado los siguientes contratos:

1.- Contratos de arrendamiento. Cuando los órganos de la Administración Pública, central o descentralizada, celebran contratos de arrendamiento con los particulares para la instalación de sus oficinas, generalmente en ellos no se estipulan cláusulas exorbitantes del Derecho Civil, ni situaciones que caigan dentro del Derecho Público, salvo las derivadas de los artículos 4° y 5° del Código Federal de Procedimientos Civiles respecto que a la Federación y a los organismos de la Administración Pública, no se les podrá ejecutar, ni ordenar medidas de apremio.

2.- Contratos de prestación de servicios profesionales. Hay ocasiones en que la Administración Pública requiere de los consejos, de las consultas o de la opinión técnica, de profesionistas que están dedicados al ejercicio de su profesión y que, por diversos motivos, no quieren ser funcionarios o empleados públicos, entonces, la Administración Pública para obtener sus servicios profesionales, los contrata bajo la forma de un convenio de prestación de servicios profesionales, sujeto eminentemente a las normas de Derecho Civil.

3.- Contratos de comodato y de donación. Existen supuestos en los que la Administración Pública, con el propósito de ayudar a instituciones o fundaciones de beneficencia pública o privada, les cede gratuitamente determinados bienes o les permite su uso también gratuito. Los contratos de comodato o donación se rigen por normas de Derecho Civil.

4.- Adquisiciones. Las adquisiciones de bienes, así como las reparaciones que no excedan de una cantidad, que las leyes de Derecho Público fijan, para permitir flexibilidad en la actuación administrativa quedan también sujetas al Derecho Civil; por ejemplo, cuando se compran lápices o papel de oficina, en cantidades pequeñas para satisfacer necesidades imprescindibles de esos elementos. Sobre las adquisiciones de mercancías y bienes, es conveniente comentar que en el Diario Oficial de la Federación de 15 de octubre de 1930, la Secretaría de Comercio, publicó la norma de concurso para adquisición de mercancías, materias primas y bienes muebles que regulan algunos aspectos de estos contratos.”¹⁰⁹

4.3. Contratos de Derecho Mercantil.

“Están sujetos a la legislación mercantil entre otros contratos que celebra la Administración Pública: los fideicomisos, aquellos en los cuales actúen como fideicomitentes las Secretarías de Estado, organismos desconcentrados y descentralizados, así como las sociedades mercantiles de Estado y que se constituyan en alguna institución fiduciaria autorizada, se rigen por normas de Derecho Mercantil, con algunas modalidades que establece el Derecho Público; en este supuesto son aplicables la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares y la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

1.- Emisión de títulos de crédito unitarios y en serie. Cuando la Administración Pública emite títulos de crédito, por ejemplo, cheques pagarés, letras de cambio, está sujetándose a las normas de Derecho Mercantil; es muy frecuente, por ejemplo, que pague a sus empleados con cheques librados a cargo de Instituciones de Crédito.

Cuando la Administración Pública central o descentralizada emite bonos para captar el ahorro público, ya sea en el aspecto interno, o para colocarlos en el extranjero, estimamos también que se somete a normas de Derecho Mercantil, lo mismo puede decirse en especial de las sociedades nacionales de crédito, como la Nacional Financiera.

¹⁰⁹

ACOSTA ROMERO Miguel, *Op. Cit.* Págs. 468 - 471.

2.- Contratos de sociedad. Cuando la Administración Pública organiza sociedades mercantiles se sujeta tanto para la organización, como para el funcionamiento de ellas, en normas de Derecho Mercantil.”¹¹⁰

4.4. Contratos de Derecho Administrativo.

“Hemos establecido una diferencia dentro de los contratos de Derecho Administrativo, aquéllos que considera la doctrina contratos administrativos en sentido estricto, que son: el de obras públicas y el de suministro, y otra serie de contratos o convenios administrativos que celebra la Administración Pública en el desarrollo de su actividad general.

Para algunos autores no es normal que el Estado con su personalidad de Derecho Público busque la colaboración de los particulares, ya que éstos no tendrían frente al ente público ninguna garantía y además para otros autores se considera que cuando el Estado celebra contratos administrativos más bien impone a los particulares una obligación. Diferimos de estas opiniones, porque el Estado no puede imponer a los particulares más cargas y obligaciones que aquellas expresamente contenidas en la Constitución y en las leyes.

Formalmente será contrato administrativo áquel en el cual una de las partes sea el Estado, a través de un órgano de la Administración Pública o de los organismos desconcentrados o sociedades mercantiles de Estado.

Los típicos contratos administrativos, que señala la doctrina francesa, son los contratos de suministro y abastecimiento y el de obra pública.

Contratos y convenios que celebra la Administración Pública:

- 1.- De Derecho Civil.
- 2.- De Derecho Mercantil.
- 3.- De Derecho Administrativo.
 - A) Contratos Administrativos en sentido estricto.
 - De Obra Pública.
 - De Suministro.
 - B) Administrativos en General.
 - Con las entidades federativas.
 - Con los municipios.
 - Con los organismos internacionales.

Ahora bien, pasaremos a analizar diversos criterios para distinguir los contratos administrativos de los contratos del Derecho Civil.”¹¹¹

¹¹⁰ *Ibidem*, Págs. 471 y 472.

¹¹¹ *Ibidem*, Págs. 472 y 473.

4.4.1 Criterios para distinguir los Contratos Administrativos de los Contratos de Derecho Civil.

La doctrina y una realidad evidente han hecho posible que no exista duda acerca de los contratos administrativos; por lo mismo es necesario marcar sus características y los criterios que nos permitan identificarlos, lo cual haremos en los siguientes párrafos.

4.4.2 Criterio Objetivo o Intrínseco.

“Cuando el Estado acuerda con los particulares realizar una actividad de interés general, y para ello es necesario que se celebre un contrato, verbigracia, contrato de obra pública para constituir una carretera. Este criterio objetivo indica que será contrato administrativo: aquel cuyo objeto vaya íntimamente relacionado con la actividad de la Administración Pública o con el mismo se satisfaga el interés general.”¹¹²

4.4.3 Criterio relativo a la Jurisdicción de los Tribunales que se encargan de conocer de las controversias surgidas con motivo de la interpretación y cumplimiento de los Contratos Administrativos.

“El criterio de clasificar a los contratos administrativos en relación con la competencia de los tribunales que deban conocer de los conflictos originados con la interpretación, ejecución y cumplimiento de dichos contratos, están muy influenciados de la teoría y práctica de Francia, en donde los Tribunales Administrativos tienen jurisdicción para resolver estas cuestiones.

En nuestro país, los problemas derivados de los contratos administrativos, se resolvían tradicionalmente por los tribunales federales (juzgados de distrito), sin embargo, posiblemente con el afán de introducir instituciones francesas que viene desde 1938, el legislador reformó el Código Fiscal de la Federación (Diario Oficial de 31 de diciembre de 1961), para incluir en la fracción X del artículo 160 la competencia de las salas de dicho Tribunal para conocer de los conflictos relativos a los contratos de obra pública, reforma que fue confirmada otra vez el 31 de diciembre de 1965, y que posteriormente también pasa del Código Fiscal de la Federación a la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación (Diario Oficial de 2 de febrero de 1978, artículo 23, fracción VII). Para dar a las salas regionales del Tribunal Federal Fiscal, ahora Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, competencia sobre las resoluciones que se dicten sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias de la administración pública federal centralizada.

Cabe comentar que esta jurisdicción era limitada, como puede verse, a los contratos de obra pública celebrados por las dependencias centralizadas, pero no abarca los celebrados por las dependencias paraestatales.

¹¹²

Ibidem, Págs. 473 y 474.

Creemos que el artículo 23, fracción VII, de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, ha quedado derogado de acuerdo con el artículo 2º transitorio de la Ley de Obras Públicas (Diario Oficial de 30 de diciembre de 1980), en relación con el artículo 50, segundo párrafo, textualmente dice: “Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de esta ley, o de los contratos celebrados, serán resueltas por los Tribunales Federales”.

Consideramos que al hablar de Tribunales Federales, la Ley de Obras Públicas se está refiriendo a los Juzgados de Distrito, pues aun cuando el Tribunal Fiscal de la Federación, es un Tribunal Federal, la ley no se refiere específicamente al mismo, sino habla de Tribunales Federales, expresión que, en nuestro medio, usualmente se entiende referida a los Juzgados de Distrito, por lo cual la jurisdicción aplicable a los contratos administrativos en nuestro país, vuelve a ser la ordinaria de los Tribunales Federales (a partir de 1981).¹¹³

4.4.4. Criterio de las Cláusulas Exorbitantes.

“Se señalan en la doctrina que es típico de los contratos administrativos el que contengan cláusulas exorbitantes, es decir, en las cuales la Administración Pública tiene una serie de derechos que en cierta forma rompen con el principio tradicional de Derecho Civil, de igualdad de las partes en un contrato; esas cláusulas son, por ejemplo, en el contrato de obra, las de especificaciones y planos que se imponen al contratista, la de suspensión de obras y modificación de las mismas sin indemnización, la cláusula de rescisión unilateral, así como las que establecen la intervención de otros órganos de la Administración Pública.

Algunos autores consideran que en el contrato administrativo tiene que concurrir típicamente un contrato de adhesión, en el cual las cláusulas están previamente determinadas por la autoridad y que el particular únicamente expresa su voluntad en obligarse sin condiciones. Además, se expresa que en este aspecto el contrato administrativo se sustrae al régimen ordinario para cumplir con las finalidades que persigue el Estado al realizarlo, que son satisfacer el interés público mediante su actividad. Desde luego, aún en este aspecto, se necesita el concurso de la voluntad del contratante para que se lleve a cabo el contrato.

Miguel Ángel Bercaitz¹¹⁴ considera que los efectos de los contratos administrativos no sólo son entre las partes, sino que también afectan a terceros que no han intervenido en la formulación del contrato. Lo pactado entre la Administración Pública y el contratante surte efectos respecto del usuario del servicio y a la obra, o de los contribuyentes beneficiados con ella según los casos. Es característico de esta clase de contratos administrativos extender sus efectos a personas que no entraron en su formación.”¹¹⁵

¹¹³ *Ibidem*, Págs. 474 y 475.

¹¹⁴ BERCAITZ, Miguel Ángel. “*Los Contratos Administrativos*”, Pág. 214.

¹¹⁵ ACOSTA ROMERO, Miguel. *Op. Cit.*, Págs. 475 y 476.

4.4.5. Hechos del Príncipe.

“En relación a la voluntad de las partes que intervienen en ellos se ha aceptado que el Estado siempre está en ventaja jurídica respecto al contratante, pues tiene facultad de dejar sin efecto al contrato administrativo en caso de su incumplimiento o en el supuesto de que las necesidades colectivas o el interés general así lo requieran, de variar las condiciones y circunstancias del contrato dentro de ciertos límites, de variar la extensión de la obligación del contratante, de rescindir unilateralmente el contrato, de ejecutar forzadamente o por un tercero en caso de morosidad. A estas circunstancias les llama la doctrina “hechos del príncipe.”¹¹⁶

4.4.6. Elementos del Contrato Administrativo.

“Los elementos de los contratos administrativos son: sujetos, consentimiento, objeto, forma, causa y licitación.

a) **Sujetos.** Por lógica, los sujetos son; por una parte, el particular, persona física o moral, por la otra, el ente de la administración pública que pretende celebrar un contrato.

En cuanto al particular, no basta que tenga la capacidad de ejercicio que marca la legislación civil, sino que además si se trata de personas morales, sus representantes deben acreditar fehacientemente su personalidad para obligar a su representada; en ciertos casos, se necesita que estén inscritos en el padrón de proveedores del gobierno federal o local, según sea el caso; es fácil advertir que la capacidad del particular se rige por normas tanto de derecho privado como público.

Con respecto al ente de la administración pública, su competencia para contratar se encuentra prevista en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, o local en su caso, sus reglamentos interiores y disposiciones legales correlativas, como en el caso de organismos descentralizados; donde se prevé al servidor público facultado para suscribir convenios y contratos.

Tratándose de órganos centralizados y desconcentrados sin personalidad jurídica propia, quien contrata es, en estricto derecho, la Federación como persona moral, ya que ninguna de las secretarías y similares poseen personalidad sino que celebran esos actos en nombre y por cuenta del Estado (Federación). Cuando se trata de contratos locales o municipales, los correspondientes municipios y entidades federativas, sí cuentan con personalidad jurídica propia cada uno de ellos, según establece el Código Civil federal.

b) **Consentimiento.** Presupone el acuerdo de voluntades, en este caso de los contratantes, pero la forma de manifestarlo es diferente para cada uno: ya que el particular, persona física o jurídica colectiva, la externa en una forma simple y llana, como lo haría respetando las normas del derecho privado; para el ente de la administración pública, no es tan sencillo, ya que su consentimiento va precedido de ciertos requisitos que debe cubrir, ya

¹¹⁶ BERCAITZ, Miguel Ángel, *Op. Cit.*, Pág. 214..

sean legales o formales, como pueden ser la convocatoria y licitación pública, la autorización de la partida correspondiente, la verificación de que el particular se encuentre inscrito en el padrón de proveedores, etc. por los motivos aludidos, no puede pensarse que un contrato administrativo se base en el silencio del ente de la administración y mucho menos aceptar que la voluntad de este se manifieste de forma tácita.

c) Objeto. Como todo contrato, es necesario que se contenga en estos instrumentos un objeto determinado, lícito y posible; lo anterior es una clara referencia a los contratos de derecho privado, ya que es un absurdo pensar que la administración pública celebre un instrumento en el cual su objeto careciera de las características legales, si así lo hiciera, el contrato sería nulo.

d) Forma. Los contratos administrativos no están sujetos en lo general a determinadas condiciones de forma, no puede admitirse un contrato administrativo basado en el silencio de la administración o en su aceptación tácita, de lo que se desprende que los contratos administrativos deben guardar la forma escrita.

En algunos casos, estos instrumentos son elaborados en formatos establecidos (machotes), impuestos generalmente por la administración pública o por organismos internacionales como el BID y el BIRD; éstos lo hacen a efecto de asegurar el destino de los préstamos otorgados a los entes de la administración, así fuerzan a ésta y a su cocontratante a ceñirse a determinado formato.

e) Causa. Es lógico pensar que cada uno de los cocontratantes tenga diversas razones para obligarse, de un lado encontramos que el particular busca obtener un lucro como causa determinante de su actuación, en tanto que los entes de la administración tendrán como causa fundamental alcanzar sus cometidos o el interés público.

f) Licitación. Este elemento es introducido en los contratos administrativos como un mecanismo de control al gasto que realizan los entes públicos: encuentra su justificación en disposiciones legales, las que también establecen las excepciones a la licitación pública.

Para Rafael Bielsa la licitación es “una institución típica de garantía del interés público (moralidad y conveniencia administrativas)”. Es decir, se trata de un procedimiento administrativo que consta de varias etapas y por el cual se selecciona la mejor oferta en precio y calidad de un bien o servicio que requiere la administración pública. La licitación pública tiene su base constitucional en el artículo 134 de nuestra Carta Magna.

La licitación, se inicia con una convocatoria que deberá ser publicada en los periódicos de mayor circulación del lugar y que contendrá: el nombre del convocante, la descripción de los bienes objeto del concurso, el lugar a donde deben acudir los interesados para obtener las bases del concurso, el lugar a donde deben acudir los interesados para obtener las bases del concurso, así como el sitio y la fecha en que se celebrará la apertura de ofertas.

Las bases a que hace mención la convocatoria, deben contener la información específica de los bienes y del concurso, los aspectos económicos, los requisitos que han de reunir los participantes y los criterios para la adjudicación del contrato.

Las excepciones a la licitación pública están fijadas en la ley y pueden resumirse; cuando el monto es ínfimo puede existir la adjudicación directa; cuando el objeto del contrato sea bienes perecederos; cuando sólo pueda contratarse con persona determinada, por ser proveedor único; o bien cuando se contrate con grupos urbanos y rurales marginados, así como con campesinos y, finalmente, en situaciones extraordinarias o imprevistas.”¹¹⁷

4.5. Diversos Tipos de Contratos Administrativos.

Tradicionalmente, se ha aceptado que los contratos administrativos típicos son los de obra pública y el de suministro; pero la evolución de los actos contractuales del Estado ha ampliado este criterio, y aunque en algunos casos es dudosa la naturaleza del contrato, haremos una breve exposición de los que se suman a los tradicionales.

a) Contrato de Empréstito Público. Como es del conocimiento general, todos los Estados para realizar sus cometidos recurren al financiamiento del gasto público por medio del empréstito, ya sea interno o externo, proveniente de particulares, organismos internacionales o de gobiernos extranjeros.

Respecto a la naturaleza de este contrato se han elaborado dos teorías: la unilateralista que niega el carácter contractual del empréstito, porque argumenta que el Estado establece unilateralmente las condiciones de los títulos emitidos sin la intervención de los tenedores, lo que se equipara a un contrato de adhesión. Esto conduce a la opinión de que el empréstito interno es una obligación unilateral autónoma; en tanto que en el aspecto externo es un acuerdo internacional, pero nunca un contrato administrativo.

Por su parte la teoría contractualista expone que el empréstito público debe ser considerado como un verdadero contrato administrativo; porque en el aspecto interno, al ser emitido un título de empréstito (bonos de deuda, cetes, etc) y ser aceptado, simultáneamente se perfecciona el contrato (administrativo) de empréstito público; en el aspecto externo, cuando el Estado obtiene fondos del exterior no se puede decir que está contratando deuda pública externa propiamente dicha; además se deben cumplir las formalidades de ley para este tipo de actos, principalmente las contempladas en la Ley General de Deuda Pública y en el Presupuestos de Egresos de la Federación.

b) Contrato de Consultoría. Debe entenderse como consultoría la obra o el servicio de carácter intelectual que realiza una persona física o jurídica colectiva, para proveer al ente administrativo con el mejor consejo calificado respecto de un determinado asunto.

En algunos países, se encuentra legislado este contrato y se le confiere la connotación de administrativo, por su conducto se regulan cuestiones de precio, responsabilidad del consultor, calidad del trabajo, etc. Creemos que en realidad este tipo de contrato no es de naturaleza administrativa, ya que se puede identificar plenamente con el contrato de prestación de servicios profesionales de carácter civil.

¹¹⁷

MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. *“Derecho Administrativo Segundo Curso”*. Ed. Harla, 1994, Págs. 128 - 130.

c) **Contrato de Riesgo.** Este contrato se encuentra íntimamente ligado al petróleo; de sobra se conoce su importancia y trascendencia en la economía de los países productores o compradores de él. La necesidad de proteger este recurso natural y asegurar la soberanía nacional, y al mismo tiempo hacerle frente a las grandes inversiones que se requieren para su explotación, dieron por resultado el surgimiento del contrato de riesgo. Éste tiene su origen en los países que han nacionalizado su industria petrolera, como México, Argentina e Indonesia.

Adilson Abreu Dallari sostiene que el contrato de riesgo es “un contrato de prestación de servicios de investigación, explotación y desarrollo de la producción de petróleo, en el que, además, el prestatario de los servicios es retribuido solamente si se descubren yacimientos comerciales explotables”.

Es importante aclarar que no se trata de una concesión, sino de un verdadero contrato, motivo por el cual el monopolio estatal se encuentra plenamente asegurado, teniendo además la característica de que cualquier posible controversia debe arreglarse de conformidad con el derecho interno del país productor.

Dada la naturaleza de este contrato y la importancia que reviste, así como la modalidad de que el Estado productor sólo pague cuando se encuentre el energético, es de recomendarse que el campo de empleo de tal instrumento contractual se extienda a otras áreas y no sólo se ocupe del petróleo.

d) **Contrato de Subsidio o Subvención.** La doctrina ha denominado a este contrato como subvención, nosotros consideramos subsidio como sinónimo de tal término.

En un aspecto amplio, podemos entenderlo como toda ayuda de una persona, ya sea física o jurídica colectiva, pública o privada. Se puede intentar una definición en su concepción general, así tenemos que subsidio es la intervención económica por parte de la administración pública, que acude en ayuda de un ente público subordinado, y ocasionalmente de un particular, a efecto de que sea financiado en la realización de actividades necesarias para la colectividad o bien con fines de interés público.

En su concepto restringido, puede ser considerado como la ayuda que se incluye en el presupuesto a favor de un órgano administrativo descentralizado; por lo cual, tendrá las siguientes características: ser en dinero, ser de origen presupuestario y ser otorgado por la administración pública centralizada en beneficio de un ente del sector paraestatal.

Manuel M Diez encuadra este contrato con una donación modal de derecho administrativo, y lo define como la donación modal por la cual un organismo público asume parte de la carga financiera de otro organismo de rango inferior o de un particular .que tenga jurídicamente la consideración de tercero- con una finalidad de interés general pero específica y determinada.

Como se puede ver, existe un aumento en el patrimonio del subsidiado y su obligación consiste en realizar ciertas actividades de interés público, en tanto que el

subsidiador sólo aporta el dinero y no lo controla ni recibe un beneficio directo, por lo que este contrato tiene el carácter de gratuito.

Por otro lado, el incumplimiento de la obligación da lugar a responsabilidad del servidor público, pero no afecta al contrato en sí, porque la obligación impuesta al subsidiado no influye para el nacimiento, otorgamiento o cumplimiento del instrumento. Finalmente, aclararemos que el subsidiado debe ser parcial, pues si fuera total se iría contra su naturaleza.

e) Contrato de Juego. El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 2772, prescribe “Las loterías o rifas, cuando se permitan, serán regidos por las leyes especiales que las autoricen, y las segundas, por los reglamentos de policía.

Con estas disposiciones podemos identificar los juegos permitidos, encontrándose que son: Lotería Nacional para Asistencia Pública, pronósticos deportivos, lotería instantánea, zodiaco, melate, y tris, organizados por entes públicos; el hipódromo, galgódromo, rifas y sorteos pueden ser efectuados por los particulares con apego a las disposiciones que acerca de la materia se dicten.

Para nuestro estudio lo importante es saber si los juegos organizados por los entes públicos tienen naturaleza de contrato administrativo. Al respecto, se ha dicho que son un contrato consensual por su perfeccionamiento, de adhesión por la manifestación de la voluntad y administrativos porque una de las partes es un organismo descentralizado del gobierno federal.

Contrario a esto, se afirma que el billete o contraseña de estos juegos, es un título de crédito al portador que debe regirse por la legislación mercantil, ya que el ente emisor se obliga por su declaración, sin la aceptación del tenedor del billete o contraseña y, por lo tanto, su adquisición no implica relación jurídica con determinada persona; en virtud de lo anterior, el ente administrativo sólo responde por la literalidad del título: el poseedor del título, con su presentación, puede exigir el premio, no por tratarse de un derecho contractual sino en razón del derecho que lleva implícito el título de crédito.

El hecho de que el emisor de un billete o contraseña sea un ente público no quiere decir que la relación que se establece con el tenedor sea contractual, ya que este tipo de instrumentos tiene autonomía por su naturaleza de títulos de crédito.

f) Contrato de Concesión. Algunos autores consideran a la concesión de naturaleza contractual, por ello asume que la concesión minera, de aguas o de servicios públicos, debe ser catalogada como un verdadero contrato administrativo.

g) Servidores Públicos. Conforme al criterio sostenido en estos cursos de derecho administrativo, el nombramiento o la relación de trabajo del Estado con sus empleados, no es un contrato administrativo, estaríamos en presencia de un contrato laboral.

CAPÍTULO V LA RESCISIÓN Y SU CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

5.1 Rescisión en Materia Civil.

Para entrar al estudio de este tema me permitiré citar al maestro Manuel Borja Soriano, quien primeramente nos explica en que consiste el pacto comisorio. “Se llama pacto comisorio la cláusula por la cual las partes convienen en que el contrato será resuelto si una u otra de ellas no cumple con su obligación. El pacto comisorio no es sino una condición resolutoria de naturaleza particular”. La condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales y su fundamento es la interdependencia entre las obligaciones recíprocas que nacen de esa especie de contratos.

La condición resolutoria va implícita y se sobreentiende en todos los contratos bilaterales, porque se presume que ninguno quiere quedar obligado sino en el caso de que la otra parte cumpla su obligación.

Giorgi, tratando del origen y naturaleza jurídica del pacto comisorio tácito, se expresa así: “aunque este pacto tenga mucha y estrecha analogía con la condición verdadera y propia, de la que toma hasta el nombre, aunque por todos los tratadistas y por el mismo código se considera y trata entre las condiciones, sería, sin embargo, un error confundirla con la condición resolutoria en el sentido riguroso de la palabra, es decir, en el sentido de modificación accidental de la obligación, como sería un error incluir entre las obligaciones condicionales todas aquellas que nacen de los contratos sinalagmáticos. Cuatro diferencias substanciales separan el pacto comisorio tácito de la condición resolutoria verdadera y propia, a saber: 1°. La resolución del contrato no ocurre ipso jure, sino por declaración del juez. 2°. La parte respecto de la cual no se ha ejecutado el contrato, tiene el derecho, o de pretender su cumplimiento o de pedir la resolución con daños y perjuicios..., con estos caracteres es imposible incluir científicamente el pacto comisorio tácito entre las condiciones en el sentido propio de la palabra. Su índole es clarísima, y no se puede dudar de que en vez de colocarse entre las modificaciones accidentales de los contratos, debe incluirse entre los efectos derivados por ministerio de la ley de los contratos sinalagmáticos.” Compartimos más bien la opinión de aquellos que fundan la condición resolutoria tácita en la presunta voluntad de las partes. Degny pregunta: ¿Cuál es el carácter jurídico de este pacto comisorio tácito? ¿Es una verdadera y propia condición, como impropiamente le llama el artículo 1165 del Código Civil? Si así fuese todos los contratos bilaterales serían condicionales, lo que es absurdo, porque la condición es un elemento accidental del negocio jurídico, mientras que el pacto comisorio tácito es un elemento natural de aquel, y es, más bien, una consecuencia del incumplimiento, ni el código, con el artículo 1165, ha querido decir que un efecto normal de la voluntad de los contratantes es querer resolver el contrato, cuando a una de las partes no satisfaga su obligación.

Ya hemos visto que “la parte respecto de la cual la obligación no se ha cumplido tiene un derecho de opción: puede o demandar a la otra parte la ejecución de sus obligaciones o pedir la resolución del contrato. Tiene así la elección entre dos acciones que tienen papeles absolutamente distintos. Una tiende a asegurar a la parte que la ejerce el

beneficio del contrato y a permitirle por consiguiente alcanzar el fin que se ha propuesto al contratar, la otra acción tiene una función bien diferente: ya que supone que una de las partes quiere, en defecto de ejecución hacerse desligar de los vínculos del contrato”.

“Nada se opone a que la parte respecto de la cual la obligación no se ha cumplido renuncie a la acción en resolución, porque esta acción se ha introducido exclusivamente en su interés.”

¿Después de haberse demandado la resolución de una obligación se puede exigir su cumplimiento? Esta pregunta la contesta afirmativamente algunos autores diciendo que el hecho de emplearse una acción no implica la renuncia de la otra.

Ya hemos visto que, según prevención expresa de nuestros códigos, ya se exija el cumplimiento o ya la resolución de la obligación, el perjudicado puede además exigir el resarcimiento de daños y perjuicios.

Después de analizar a la resolución, pasaremos a tratar como es que opera la resolución.

La resolución no opera de pleno derecho. La parte respecto de la cual la obligación no se ha ejecutado, tiene pues una opción que ejercer: lo que excluye la posibilidad de una resolución que opere de pleno derecho. La solución contraria habría conducido a que una de las partes habría podido por su sola voluntad resolver el contrato rehusándose a cumplirlo”.

La resolución, en principio, debe ser demandada judicialmente. así se desprende de la palabra exigir contenida en los artículos 1350 del código de 1884 y 1949 del código de 1928 y se precisa claramente en el artículo 1421 del primero de estos códigos. “No bastaría, pues, que la parte respecto de la cual la obligación no se ha cumplido, manifestara a la otra por acto extrajudicial su voluntad de resolver el contrato”. Esta resolución hay necesidad de pedirla.

Pero puede suceder que el contratante que ha faltado al cumplimiento de su obligación así lo reconozca y de acuerdo con el otro contratante consienta en la resolución. Esta resolución convencional producirá los mismos efectos que si una de las partes hubiera confesado la demanda, por lo que el juez hubiera pronunciado sentencia declarando la resolución. No hay razón para obligar a los interesados a seguir un litigio cuando en realidad no existe controversia alguna entre ellos.

La ley no establece sino dos diferencias entre la condición resolutoria tácita y la condición resolutoria expresa, en cuanto a sus efectos respectivos: por una parte, la primera no opera de pleno derecho; por otra parte, puede dar lugar a indemnización de daños y perjuicios.

La resolución pronunciada por aplicación de los artículos citados en el primer párrafo de esta sección obra retroactivamente, de la misma manera que la que resulta de una condición resolutoria expresa cumplida. Es una consecuencia necesaria del principio que

acabamos de establecer. Luego, por efecto de esta resolución, las cosas vuelven al estado que tenían como si la obligación no hubiere existido.”¹¹⁸

El maestro Ramón Sánchez Medal,¹¹⁹ nos menciona que la “rescisión o resolución de un contrato sinalagmático puede producirse por cualquiera de estas causas:

a) Por incumplimiento de una de las partes, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes, da derecho a la otra a pedir la resolución del contrato bilateral, a la que a veces llama el legislador rescisión de contrato, pudiendo en general tomarse estos dos términos como sinónimos. Sin embargo, también este término de rescisión se usa ocasionalmente por nuestro legislador, simplemente para indicar la terminación del contrato, como sucede en el contrato de arrendamiento.

La norma general para este modo de terminación de contrato es que la parte perjudicada que quiera resolverlo por incumplimiento de la otra, debe promover el juicio correspondiente ante la autoridad judicial, y que, por tanto, dicha resolución no opera de pleno derecho.

A este respecto la Suprema Corte ha sostenido que el incumplimiento en los contratos bilaterales no resuelve automáticamente el contrato, sino que es necesario acudir a la autoridad judicial; pero que, sin embargo, dicha resolución es automática cuando ha habido pacto comisorio expreso: “El pacto comisorio expreso es legítimo y en virtud de él y diversamente a lo que acontece en el tácito en que en el incumplimiento se requiere la declaración judicial para lograr la rescisión, el contrato se resuelve automáticamente por el solo efecto del incumplimiento y sin intervención de los tribunales; por tanto, si el pacto comisorio no es expreso sino tácito, es evidente que una de las partes no pudo rescindir, por sí y ante sí, el contrato tan sólo porque la otra haya dejado de cumplir con las obligaciones que el propio contrato le impuso. Si el pacto comisorio o sea la cláusula por la que las partes convienen en que el contrato será resuelto si una u otra de ellas no cumpliera con su obligación, no figura expresamente en el documento en que consta el contrato respectivo, es evidente que tal pacto no pudo operar de pleno derecho.”¹²⁰

Para que un incumplimiento sea causa de rescisión de un contrato, es menester que tal incumplimiento sea de consideración, en atención a la importancia de la obligación incumplida, pues los pequeños incumplimientos no sirven de fundamento a una acción de rescisión.

Al incumplimiento del contrato puede equipararse también el cumplimiento defectuoso o llamado también “violación contractual positiva”, cuando no hubo falta de prestación, ni atraso o mora, sino vicios, defectos o irregularidades en la prestación. Por

¹¹⁸ BORJA SORIANO Manuel, *“Teoría General de la Obligaciones”*, Ed. Porrúa, 1995, Pág. 478.

¹¹⁹ SÁNCHEZ MEDAL Ramón. *“De los Contratos Civiles”*. Ed. Porrúa, 1995, Págs. 128 a 134.

¹²⁰ *“Semanario Judicial de la Federación”*, Sexta Época, Cuarta Parte, Vol. I Pág. 119.

ejemplo, en un contrato de obra a precio alzado, el empresario ha terminado una construcción que se le encomendó, pero que carece de cimentación segura y adecuada.

En los casos de rescisión por incumplimiento, puede el contratante perjudicado con éste agregar una reclamación por daños y perjuicios, comprendiéndose dentro de ellos no sólo los daños materiales, sino también el daño moral.

Por imposibilidad superveniente de las obligaciones a cargo de una de las partes en el contrato bilateral. Además del incumplimiento de una de las partes, puede dar lugar a la resolución del contrato sinalagmático el hecho de que después de celebrado dicho contrato haya sobrevenido la imposibilidad de cumplir con una de las obligaciones derivadas del propio contrato, como ocurre en el arrendamiento cuando por caso fortuito o fuerza mayor o causa de reparaciones se priva totalmente o por más de dos meses parcialmente, del uso de la cosa arrendada al arrendatario. En este mismo caso de imposibilidad superveniente, puede el perjudicado optar por la reducción de la prestación en lugar de la resolución del contrato, cuando la imposibilidad superveniente es sólo parcial, como acontece también en el arrendamiento.

Asimismo, tampoco se produce la resolución del contrato por imposibilidad superveniente cuando dicho contrato tuviera efectos reales sobre alguna especie indeterminada que hiciera necesaria la especificación, o sea la individualización de la cosa con conocimiento del contratante-adquiriente, ya que los géneros no perecen y la transmisión de propiedad no se habría realizado antes de dicha individualización de la cosa.

Cuando fuese objeto de la transferencia una cosa determinada sólo en su género, el adquiriente no quedará liberado de la obligación de ejecutar la contraprestación, si el enajenante hubiera hecho la entrega o si la cosa hubiera sido individualizada.

Sin embargo, hay que hacer notar que aunque la prestación a cargo de una de las partes sea imposible de obtener directamente por la otra parte mediante un procedimiento judicial, puede sin embargo, optar esta última parte por no exigir la resolución del contrato, sino preferir “la satisfacción por equivalente”, a base de reclamar una suma de dinero en sustitución de aquella prestación incumplida y otra cantidad por daños y perjuicios, cuyo monto en uno y en otro caso puede el juez moderar prudentemente si tal reclamación se promueve a través de un juicio ejecutivo.

c) Por excesiva onerosidad superveniente, fundada en la teoría de la imprevisión. Por último, una parte de nuestra doctrina sostiene que existe un tercer caso de resolución del contrato sinalagmático por excesiva onerosidad superveniente, que equivale a la revisión del contrato por los tribunales y ya no sólo por el legislador, cuando acontecimientos extraordinarios e imprevisibles agraven considerablemente la prestación de una de las partes. Los autores que sustentan este criterio apelan a construcciones doctrinales basadas en los artículos 1796, 1838, 1845, 1857 y 2117 del Código Civil. Invocan el artículo 1796, por cuanto que para el cumplimiento de los contratos hay que respetar “la buena fe”; el artículo 1838, en atención a que los contratos conmutativos las prestaciones de las partes han de ser ciertas desde que se celebra el contrato de manera que permitan apreciar inmediatamente la pérdida o la ganancia que derivará del contrato, el artículo 1845, que

concede al juez la facultad de reducir equitativamente la pena, cuando la reducción no pueda ser proporcional en los casos de incumplimiento parcial de la obligación; el artículo 1857, en el que se apela para la interpretación de los contratos oscuros, a la mayor reciprocidad de intereses en los contratos onerosos; y el artículo 2117, por virtud del cual el legislador establece un tope máximo a la responsabilidad por incumplimiento en las deudas de dinero.”

Con todo, según se indico antes, ni los mencionados esfuerzos de una parte de nuestra doctrina, ni las soluciones que ofrece también una parte del derecho comparado, autorizan la aplicación general a nuestro derecho, de la teoría de la imprevisión o de la revisión del contrato o de la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente, pues la admisión de estas instituciones quebrantaría gravemente la seguridad en la contratación. Es más, nuestra legislación rechaza expresamente esta revisión del contrato a propósito del contrato de obra a precio alzado, ya que “el empresario que se encargue de ejecutar alguna obra por precio determinado, no tiene derecho de exigir ningún aumento, aunque lo haya tenido el precio de los materiales o el de los jornales”.

El único caso admitido en nuestra legislación de algo parecido a la revisión del contrato, mas no para resolver el contrato, sino sólo para reducir la contraprestación, es la pérdida de la cosecha por casos fortuitos extraordinarios”.

5.2 Rescisión en Materia Administrativa.

La rescisión en los contratos administrativos se da básicamente en los contratos de obra pública que celebra el Estado con los particulares, por tal razón analizaremos la rescisión administrativa encaminada a este tipo de contratos.

La rescisión de los contratos de obra pública tiene un régimen especial contemplado en los artículos 49 y 50 de Obras Publicas.

El régimen legal de las obras públicas tiene un régimen que exorbita el Derecho privado campeando por un Derecho propio, con modalidades propias, y ubicación dentro del Derecho público. Diremos que esencialmente, los problemas de obras públicas, fueren cuales fueren, deben hallar solución al amparo de la legislación específica que es su derecho aplicable.

No obstante, el derecho supletorio en la materia que nos ocupa y tanto la doctrina como la jurisprudencia encuentran en el mismo elementos valoratorios llamados a llenar vacíos o simplemente refirmar principios generales de vigencia permanente.

Formulado el brevísimo comentario precedente en el análisis conceptual de los mencionados artículos 49 a 54 de la Ley de Obras Públicas, se advierte un mayor acierto en el ordenamiento de la rescisión contractual; este mejor ordenamiento se observa en las siguientes circunstancias:

- a) Separación de las causales de rescisión respecto del Estado y del empresario.

- b) Ubicación separada de las causales de rescisión por muerte, quiebra o concurso civil atento a que éstas en principio, no son imputables a ninguna de las partes intervinientes en el contrato.
- c) Separación de las consecuencias rescisorias respecto de la administración y del empresario.

Aclaremos que la resolución reclama un hecho o hechos sobrevinientes previstos en el contrato o en la ley. Por el contrario, para la rescisión no son necesarios hechos sobrevinientes, sino la expresión común de las partes contratantes o de una sola de ellas cuando tal situación aparece admitida por la ley.

Antes de considerar los casos específicos que contempla la Ley de Obras Públicas, anotamos que la posición jurídica de la administración y del contratista o empresario, es distinta frente a la rescisión contractual. En efecto, el Estado declara y ejecuta por sí la rescisión de un contrato, sin perjuicio del recurso jerárquico y vía contenciosa administrativa pertinentes.

Según el reconocido principio de ejecutoriedad de los actos administrativos consagrados por la doctrina, y también por la jurisprudencia en reiterados fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando la administración resuelve unilateralmente, declarar rescindido un contrato de obra pública, la resolución puede ejecutarse inmediatamente. De lo contrario, la resolución resultaría simbólica, careciendo de virtualidad.

Razones suficientes autorizan al Estado a no someterse a la larga espera de una sentencia judicial. Tampoco puede admitirse la postergación de las obras públicas, en cuya ejecución rápida y eficaz radica la mayor satisfacción del interés público, que directa o indirectamente están llamadas a servir.

Por otra parte, siempre estarán a salvo los derechos del empresario para reclamar, por la vía correspondiente, la revocatoria del acto administrativo rescisorio, y también para reclamar las indemnizaciones que pudieren corresponderle.

Sin embargo lo expuesto precedentemente, que encuentra respaldo, en gran parte, en la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos, no puede aceptarse con carácter absoluto. La doctrina y jurisprudencia admiten que la ejecutoriedad de un acto administrativo puede suspenderse.

En efecto, se ha dicho con acierto: “si bien los actos administrativos se presumen legítimos, su ejecutoriedad puede ser suspendida excepcionalmente y provisionalmente, por el órgano jurisdiccional, sea porque del simple examen surge que el mismo escapa a la competencia de la autoridad que lo dictó o porque su cumplimiento puede producir daños irreparables o volver ilusorio el derecho de la actora si fuera reconocido en definitiva.

El empresario debe demandar la rescisión sin que pueda resolverla por sí mismo. Para ello la vía contencioso-administrativa que le otorga el artículo 55 de la ley de obras públicas. Consideramos que el empresario, según los casos, podrá suspender la ejecución de la obra con conocimiento del comitente administrativo, pero nunca podrá abandonarla.

La muerte del contratista ocasiona la rescisión ope legis del contrato de obra pública; así se desprende de la disposición en análisis cuando consagra: “quedará rescindido el contrato”. Pero la misma disposición admite que los herederos del empresario pueden ofrecer llevar a cabo la obra según la condiciones del contrato.

Como consecuencia de la rescisión por muerte del contratista, podemos mencionar las siguientes:

- a) El comitente administrativo deberá recibir la obra en forma provisional en el estado en que se halle. La recepción definitiva se practicará a posteriori.
- b) Pago del precio de la obra ajustado a la realización parcial de ella; pago de los reajustes pertinentes.
- c) Pago del valor de equipos, herramientas y útiles del contratista que la administración estime conveniente retener.
- d) La administración podrá subrogarse respecto de los derechos y obligaciones de los contratos celebrados por el empresario fallecido.
- e) Pago de los materiales preparados, al precio corriente en la oportunidad en que se abonen si éstos fuesen útiles a la obra en construcción. Cabe agregar que debe comprenderse dentro del concepto anterior, tanto los materiales que se hallen al pie de la obra, como los que estén en elaboración, en viaje o contratados. Igualmente deben pagarse los materiales, aunque sean suntuarios, siempre que tengan relación con la obra y puedan aprovecharse en ella según el proyecto.

Igualmente que en el caso de muerte, la quiebra del contratista produce la rescisión del contrato de obra. Los principios generales que hemos expuesto para el caso del fallecimiento del empresario son de estricta aplicación a las situaciones de quiebra y concurso civil, ya que la ley trata en conjunto los distintos casos.

En efecto, el síndico de la quiebra o del concurso podrá ofrecer llevar a cabo la obra en las condiciones estipuladas en el contrato.

Ahora bien, pasaremos al análisis del fraude o negligencia grave del contratista.

El fraude presupone intención; es el propósito de sustraerse al cumplimiento de normas legales mediante engaño, ocultamiento de normas legales, en perjuicio de alguien, con plena conciencia de la actitud asumida. Es causa de nulidad de los actos jurídicos, según lo dispuesto en los artículos 945 y 961 del Código Civil.

Diremos que existe delito civil cuando se trasgrede intencionalmente la norma legal, produciendo daños; si no existe daño no habrá delito civil.

En el delito penal debe existir también trasgresión intencionada de una norma que configura o tipifica, precisamente, el acto ilícito como delito; si no existe la tipificación no habrá delito; en cambio la habrá exista o no daño.

El constructor comete fraude e incurre en responsabilidad delictual cuando emplea materiales de mala calidad o inadecuados en la construcción de la obra con conocimiento de tales circunstancias; igualmente, si no advierte a la administración que el material proporcionado por ésta no es apto; si de mala fe recibiese del comitente pago de sumas no debidas en razón de falsas mediaciones; etc.

En todos los casos habrá que precisar si existe responsabilidad penal o civil conforme a lo que hemos expresado precedentemente.

En el caso de negligencia existe responsabilidad cuasi delictual cuando, sin existir intención de dañar, el daño se produce por culpa, negligencia, descuido, imprudencia impericia. Desde luego, el empresario responde no solo por los actos u omisiones propios, sino también por los de las personas que están bajo su dependencia o de las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado.

Al respecto, Bercaitz expresa: “Los contratos deben cumplirse de buena fe y la administración pública los celebra para que se ejecuten y no para revocarlos, es evidente que la caducidad por hecho imputable al contratante, debe fundarse en un acto o en una omisión grave que ponga en peligro la satisfacción de los fines determinantes de su concertación, o que traduzca, por su reiteración, contumacia o rebeldía, una conducta incompatible con esos fines.

“La prueba de tales hechos debería de documentarse administrativamente en forma fehaciente o indubitable, y solo debe llegarse al caducidad cuando se han agotado todas las vías conminatorias previas (apercibimiento, multa, etc.) o cuando, por las modalidades del contrato o las posibilidades administrativas, no sea factible la ejecución con sustitución, como sanción”.¹²¹

En los casos de contravención de obligaciones contractuales, el derecho de la administración para rescindir el contrato nace de la responsabilidad contractual en que incurre el contratista en razón del incumplimiento de sus obligaciones.

Contravenir, como dice Roque Barcía en su diccionario, “no es más que volver donde se ha venido: desandar lo andado, deshacer lo hecho”. En definitiva, es violar lo que estamos obligados a cumplir por imperio de la Ley o por convenio.

¹²¹

BERCAITZ, Miguel Ángel, *“Teoría General de los Contratos Administrativos”*, Buenos Aires, 1952, pág. 349.

Cuando el contratista excede el plazo fijado en las bases de la licitación para iniciar las obras. El empresario debe iniciar la obra en el término o dentro del término establecido en las bases de la licitación o en cualesquiera de las otras piezas contractuales. Si así no lo hiciera el comitente administrativo tendrá derecho para rescindir el contrato. En el último apartado del artículo que analizamos establece que se podrá prorrogar el plazo si el contratista demuestra que la demora se ha producido por causas inevitables y ofreciese cumplir el compromiso.

De los términos de la disposición se deducen que la prórroga es facultativa para el comitente administrativo; en caso de accederse, este deberá examinar detenidamente las causales alegadas si la administración las considerare improcedentes, el contratista tendrá siempre abierta la vía contencioso-administrativa.

Dentro de las causas inevitables debemos incluir la imposibilidad sobreviniente por caso fortuito o fuerza mayor; si sobreviene una imposibilidad que responde al dolo o culpa de cualquiera de las partes, entendemos que la situación debe regirse por lo expuesto en los artículos 507, 511 y 528 del Código civil. Debe tratarse de un estado de cosas sobrevinientes de la vinculación contractual, ya que si fuere anterior o coetáneo a esta, el contrato sería nulo o anulable en virtud de lo dispuesto por los artículos 953, 1045 y 1167 del Código civil.

Desde luego que las causales deben de ser definitivas, insuperables y no imputables al contratista. Por tanto, no configuran la situación que analizamos, la presencia de dificultades graves que pueden superarse, aunque hagan más costosa la obra ya sea por encarecimiento de los materiales o de la obra de mano.

Transferencia del contrato o asociación del contratista sin estar autorizado.

Prohibición de transferir o ceder. Debemos considerar al contrato de obra pública como celebrado *intuitu personae*, es decir, que las características de todo orden que rodea al empresario son de particular interés para la administración.

Si no fuera así, resultaría difícil explicarse muchos actos y gestiones que el Estado lleva a cabo y con finalidad selectiva, antes de formalizar la concertación de una obra. Mediante este proceso anterior al contrato, no solo se busca las ventajas económicas que pueda producir la puja de precios, sino también comprobar y documentar la solvencia moral, solvencia económica, capacidad de ejecución, cumplimiento, etc., del adjudicatario.

En consecuencia, resulta acertada la prohibición de la ley para que el contratista ceda o transfiera el contrato en todo o en parte, sin previa autorización de la autoridad competente.

Sin embargo, la administración podrá autorizar la cesión en casos plenamente justificados y siempre que el nuevo contratista reúna, por lo menos, iguales condiciones de solvencia, técnica, financiera y moral que el anterior.

Prohibición de asociarse. Se introduce una novedad con respecto a la legislación anterior, consistente en la prohibición de asociarse para el cumplimiento del contrato sin la autorización de autoridad competente.

Consideramos que los fundamentos de esta prohibición son los mismos que hemos enunciado en el caso de la cesión o transferencia. En efecto, la sociedad que el empresario pueda constituir cambia o desnaturaliza la persona o entidad con la cual contrato originariamente el Estado.

Sin embargo, el Estado puede servirse de la prohibición que analizamos con la finalidad de evitar, indirectamente, la formación de grandes sociedades con carácter de verdaderos trusts, que en un momento dado pueden obstaculizar su libre desenvolvimiento. Este argumento puede hacerse también, en el caso de la intrasferibilidad del contrato de obra pública, que hemos considerado en el apartado anterior.

El inciso b) del artículo 50 sanciona con la rescisión del contrato al contratista que viola las disposiciones del artículo que comentamos.

Por otro parte, en nuestra opinión consideramos que la cesión, transferencia o asociación llevada a cabo por el contratista sin la conformidad de autoridad competente, será nula en virtud de lo dispuesto por los artículos 18 y 1044, los cuales resultan de aplicación.

Sin embargo, esta nulidad no es absoluta, y si la administración la acepta o tolera a posteriori, aun tácitamente, los actos del contratista en el sentido expresado con anterioridad quedarán confirmados.

Ya hemos expresado que el contrato de obra pública se celebra *intuitu personae*, es decir que el Estado no es indiferente respecto de las condiciones particulares del contratista; por el contrario, lo ha elegido mediante un minucioso procedimiento selectivo.

Alguna vez se ha interpretado que si el contrato no expresa nada respecto de la prohibición al contratista de cederlo o asociarse para la ejecución de la obra ha de entenderse que las partes, voluntariamente, han querido apartarse de la ley.

En consecuencia, la prohibición debe aceptarse aún cuando nada se diga en el contrato al respecto. Por otra parte, debe considerarse nula cualquier cláusula que prescindiendo de la prohibición, deja al arbitrio del contratista la posibilidad de ceder el contrato o asociarse para su cumplimiento. Ello importaría crear la incertidumbre respecto de si el contratista originario será o no quien realice la obra, haciendo desaparecer todas las prevenciones tomadas mediante los actos licitatorios.

Hay contratos y no subcontratos, pero debemos reconocer que el lenguaje jurídico corriente nos ha impuesto el término “subcontratar” con un vigor extraordinario. Su vigencia es constante y su uso aparece poco menos que irremplazable en la terminología contractual. Se trata del caso de una palabra consagrada con tales características que se nos ocurre colocada en la antesala de los diccionarios jurídicos esperando el veredicto confirmatorio.

Diremos que del termino “subcontratar” se usa para identificar la vinculación jurídica (que indudablemente es un contrato) por la cual un empresario compromete la

ayuda de otro empresario para cumplir en forma más eficaz y conveniente los objetos de su contratación pública o privada.

A) Efectos de la Subcontratación.

1. Cuando no existe autorización estatal para subcontratar, el subcontratista será un desconocido para el comitente administrativo. Por tanto, carecerá de la acción directa del artículo 1645 del Código Civil.
2. Cuando existe autorización para subcontratar, el comitente administrativo no podrá desconocer al subcontratista, aun cuando la relación jurídica de éste con el empresario sea siempre de Derecho privado. Además, gozará de los beneficios de la acción directa que otorga el citado artículo 1645 del Código Civil.

El abandono o interrupción de los trabajos debe interpretarse en el sentido de la no presencia del contratista en la obra, como asimismo de cualquier persona con facultades o condiciones para representarlo. Lógicamente, no se trata de ausencia transitoria y justificable; debe advertirse en el empresario el ánimo de dejar o desamparar la obra privándola de su atención, vigilancia y custodia directa, o de la que pueda prestarle, indirectamente, por un representante autorizado ello.

La ley da al término “interrupción” un sentido suspensivo, es decir, que el contratista no abandona la obra sino que la prosigue irregularmente. Los plazos y las características de éstos son los mismos en el caso de interrupción que en el de abandono.

Al determinar situaciones y plazos precisos, la ley ha adoptado un criterio objetivo que facilita la interpretación y evita entre dichos posteriores. Así como el mutuo consensus entre la administración y el contratista hace posible el nacimiento del contrato administrativo de obra pública, nada impide que el mutuo disensu ponga fin a la vida de dicho contrato, originando su rescisión por un acuerdo común de voluntades.

Perjuicios sufridos por la administración. Dentro de la estructura de la ley resulta lógica la responsabilidad puesta a cargo del contratista. En efecto, responderá por todos los gastos que devengue un nuevo proceso licitatorio, de adjudicación y contratación.

Consideramos que también deberá responder por los mayores precios eventuales, que tenga que pagar el comitente administrativo con motivo de la nueva contratación, siempre que esta no se demore inmotivadamente.

La responsabilidad que resulte para el contratista por los perjuicios en caso de ejecución directa, estimamos que debe aceptarse con las siguientes restricciones: a) que la obra respecto de la cual sea producido la rescisión contractual, no haya podido licitarse nuevamente, por causas atendibles, verbigracia: urgencia sobreviniente, etc; b) que habiéndose realizado la licitación, esta hubiere resultado desierta o dejado sin efecto por motivos justificados.

Entendemos que la ejecución directa por el Estado tiene riesgos que no deben cargarse al empresario sin previo examen, so pena de incurrir en una agravación injustificada de la responsabilidad.

Contrato Rescindido. Variación del proyecto.

Rescindido el contrato de obra pública por culpa del contratista, se contempla la posibilidad de que la administración resuelva variar el proyecto que sirvió de base para contratar originariamente.

Cabe preguntarse qué se debe entender por variación del proyecto. Pensamos que se trata de la alteración de las bases que sirvieron para concretar el acuerdo común de voluntades que dio lugar a la convención. Es decir, lo que altera la naturaleza de la obra o su estructura fundamental, o los conceptos medulares de su concepción arquitectónica, o la variación primaria del esfuerzo de realización.

En definitiva, debe entenderse que el Estado, después de rescindido el contrato, ha cambiado de orientación sobre las características, conveniencia y naturaleza de la obra originaria, en forma tal que si el contratista no hubiere sido desplazado se habría negado a la realización de la obra.

Lo expuesto anteriormente encuentra verdadero respaldo en los términos de la aclaración parlamentaria cuando expresa: “en este caso no podrá hablarse de ejecución del contrato por cuenta del empresario, dado que las bases del mismo han sido alteradas...”.

La sanción es la liquidación de trabajos efectuados, un caso de rescisión por culpa del contratista, con las modalidades que hemos considerado con anterioridad se sanciona solamente con la pérdida de la garantía.

La solución es razonable, pues resultaría injusto e improcedente reclamar al contratista el resarcimiento de daños y perjuicios con motivo de la ejecución de una obra respecto de la cual no contrató.

Igualmente, resulta acertado el criterio de la ley al liquidar al empresario los trabajos realizados hasta la fecha de la cesación de éstos. En efecto, aplicada la sanción de pérdida de la fianza, el comitente administrativo no puede pretender nada más.

Aclaremos que la rescisión es facultativa para el empresario, quien podrá continuar o no con los trabajos, haciendo las reservas y reclamaciones pertinentes.

Cuando la ejecución se suspende por más de tres meses. Los contratos se celebran para cumplirse, no sólo en cuanto a su objeto, sino también dentro de los términos y plazos preestablecidos. En consecuencia, no es posible que ninguna de las partes contratantes difieran su cumplimiento sin causal justificada.

La administración no puede someter al contratista a una espera que exceda de tres meses, pues debe presumirse que éste tiene otros compromisos respecto de otras obras.

Además, la postergación impuesta puede hacerle incurrir, a su vez, en mora o incumplimiento con terceros, alterando el ritmo normal de su evolución económica.

Lo expuesto con anterioridad constituye la norma general, pero no obstante, debemos reconocer el derecho de la administración para suspender definitivamente la prosecución de la obra en cualquier momento, y aún más, suspender definitivamente su iniciación si no hubiere comenzado.

Estimamos que la facultad mencionada en el párrafo anterior debe tener por concedida en favor del comitente administrativo, aun cuando nada se haya estipulado en el contrato y en los pliegos de condiciones. Se trata de una facultad muy particular, que reconoce como fundamento, además de principios de orden público, razones de equidad y de justicia. En efecto, es lógico que una obra pública contratada debe iniciarse o proseguirse a todo trance aunque haya dejado de responder a las necesidades directas o indirectas de la colectividad; aunque se haya vuelto inútil o existan serios motivos financieros para no llevarla a cabo.

La facultad que comentamos debe considerarse aplicable a cualquier sistema de ejecución de obra, y halla respaldo supletorio, como ya lo hemos expresado, en el artículo 1638 del Código Civil; en cambio, en la construcción privada la citada disposición del Código civil concede al empresario lucro cesante, además del daño emergente. Advertimos que la facultad que hemos comentado sólo corresponde a la administración y no al empresario; igual temperamento se advierte en el derecho privado.

Por otra parte, reiteramos que cuando la administración suspende por más de tres meses una obra, debe entenderse, a nuestro juicio, que no desea proseguirla, y resulta procedente la causal de rescisión.

Igualmente, ya hemos expresado que, en nuestra opinión, el contratista puede demandar la rescisión del contrato, como una consecuencia de la falta de pago de los certificados por parte de la administración o bien una alteración sustancial del contrato, ya sean obras públicas o privadas.

Por caso fortuito o fuerza mayor. Esta causal de rescisión en favor del contratista es un concepto nuevo en la ley, con respecto a la anterior legislación de obras públicas, surge que la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato debe obedecer a caso fortuito o fuerza mayor.

La imposibilidad puede radicar en las personas o en las cosas que constituyen la base o fundamento de la obra contratada: expropiación del inmueble el cual se va a comenzar la obra o que ya se ha comenzado, hundimiento extraordinario del terreno por la acción de un terremoto, invasión de las aguas del mar o de los ríos etc.

La solución la estilamos idéntica tanto para la obra privada como para la obra pública. Cabe preguntarse: ¿Cual es la posición del empresario a quien le sobreviene, sin culpa suya, una imposibilidad insalvable, después de haber llevado a cabo toda la actividad preliminar a la ejecución de la obra, pero que aun no ha dado comienzo material a ella?.

Creemos que el artículo 1642 del Código Civil prevé implícitamente, la situación anterior, cuando expresa: “Imposibilidad de hacer o de concluir la obra”. Consideramos que la primera parte comprende la cuestión planteada, ya que solo se puede concluir lo ya empezado. Por ello consideramos que lo dispuesto por el artículo 1642 del Código Civil debe aplicarse también al caso de una obra pública cuya ejecución material no ha comenzado.

Cuando la administración no entrega los terrenos o no realiza el replanteo. Consideramos de aplicación las argumentaciones respecto a la no entrega de elementos o materiales, expuestas precedentemente.

Desde luego, los plazos dentro de los cuales la administración cumplirá con las exigencias del inciso c) que comentamos, deberán estar predeterminados en los pliegos respectivos. Pero si tal determinación se hubiera omitido, debemos considerar que el comitente administrativo deberá cumplir con sus obligaciones inmediatamente que el empresario lo solicite, de lo que convendrá dejar constancia fehaciente, pues desde esa oportunidad ha de empezar a correr la tolerancia de treinta días que la ley establece en favor del Estado.

5.3. Diferencia entre la Rescisión Administrativa y la Rescisión Civil.

Este pequeño apartado sirve para diferenciar la rescisión administrativa de la rescisión civil. Como ya lo habíamos mencionado anteriormente, la rescisión administrativa es cuando el estado decide de forma unilateral dar por terminada la relación contractual con el particular por una afectación al interés general.

Mientras que la rescisión civil se da de la misma forma, con la diferencia de que se necesita una declaración judicial para tal efecto y además, tal vez la más importante característica, es que el estado no participa en su calidad de soberano, sino en una aparente igualdad ficticia frente a los particulares.

Es decir, que en la rescisión administrativa siempre una de las partes de la relación contractual debe ser el estado, de forma supraordinada y que llevará a cabo la rescisión de manera unilateral, mientras que en la civil, los intervinientes tienen la misma calidad, incluso si el Estado participará, lo haría de esta forma y requeriría la intervención de una autoridad judicial. Por lo tanto en la rescisión civil, el estado pierde su calidad soberana y se somete a una autoridad judicial.

5.4. Análisis.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a considerado que la rescisión de los contratos administrativos únicamente podrán ser declarada mediante juicio seguido ante los tribunales competentes para ello, pues sostiene que la única autoridad competente para decidir la controversia que resulta de dicho contrato es la autoridad judicial, puesto que en todos los litigios que se susciten con motivo de las acciones civiles, solamente podrán ser resueltos por esa autoridad y nunca de las partes contratantes.

Ahora bien, como en el caso de la Ley de Obras Públicas contempla la rescisión administrativa de los contratos, el referido contrato contiene una serie de prestaciones y servicios recíprocos que le dan el carácter de sinalagmático, y que por lo mismo, no puede ser desconocido por alguna de las partes, pues quien debe resolver ese punto es la autoridad judicial competente en el juicio previo que exige el artículo catorce de la Constitución.

La rescisión de los contratos administrativos viola la garantía que otorga el artículo 16 de la Ley Suprema, puesto que el desconocimiento de lo estipulado en dicho contrato no puede verificarlo por sí y ante sí, por ser la misma autoridad incompetente para ello, en virtud de que la autoridad administrativa no está facultada para resolver sobre la legitimidad o ilegitimidad de las obligaciones, y mucho menos en aquellas, en que es una de las partes contratantes.

CONCLUSIONES

CAPÍTULO I.

Está el primer capítulo dedicado a exponer el marco de garantías, amplio y universal, que se encuentra establecido en nuestra Constitución y que se enuncia categórico, en su generalidad, en el artículo 1º; para cobrar más especificidad en los artículos 14, el cual establece la garantía de audiencia, y el artículo 16, que funda el principio de legalidad. Reiterados una y otra vez, de diversas maneras, los contenidos jurídicos de esos artículos, las reiteraciones tienen la finalidad de afirmarnos en el conocimiento de los mismos y en la confianza social que nos produce saber que, al menos en la teoría y en la letra constitucional, no existe un resquicio de nuestra vida que no esté tutelado y defendido. Pero no sólo la nuestra, como mexicanos, sino la de cualquier ser humano que pise nuestro territorio, que por ese simple hecho queda investido de todas las garantías establecidas en nuestra Constitución. Las excepciones a esa universalidad tienen la finalidad de hacer más racional y funcional la interrelación entre los individuos y el aparato institucional administrativo estatal.

Vida, libertad, propiedad, posesiones y derechos quedan defendidos – sobre todo – ante la discrecionalidad, el arbitrio, el autoritarismo o el abuso de las acciones gubernamentales, porque sin descuidar y desconocer que esos bienes deben ser también tutelados de la interacción de los particulares, el contenido de los artículos hasta ahora mencionados está dirigido a amortiguar el poder del Estado ante el particular, de disuadirlo – al Estado – de hacer un uso de ese poder que no este expresamente consignado en la letra de la Constitución.

Dos serían, entonces, las circunstancias que confluirían en ese propósito: por un lado el principio supremo de equidad jurídica y social de “nadie ni nada fuera de la ley”, por otro, una Constitución que no sólo considera y protege, como todas las viejas constituciones liberales, los valiosísimos derechos individuales, sino que amplía ese manto protector al ámbito de lo social, de lo colectivo, centrado sobre todo en los artículos 3, 27 y 123, pero también espigado a lo largo de toda la estructura constitucional.

De todo ese propósito protector, lo contencioso resalta en primer término. Porque a pesar de todo el gran avance que en lo material, técnico y científico se ha alcanzado, en lo humano seguimos siendo iguales o peores que hace 4 ó 5 milenios, y la tentación del abuso desde el poder constituido constitucionalmente siempre está latente. Y ese temor es lo que está expresado en los artículos señalados arriba; contra el abuso, la discrecionalidad, el arbitrio y el autoritarismo están dirigidos sus contenidos. Y dada la naturaleza humana actual la importancia y vigencia de ellos siempre debe ser y tenerse presente.

Siendo eso así, la garantía de audiencia y las herramientas jurídicas derivadas o relacionadas con ella son importantes. No sólo importantes, fundamentales, para que la función del Estado se mantenga dentro del ámbito marcado por la Constitución y sus funciones se apeguen puntualmente a ella.

Puesto en esa perspectiva y subrayado fuertemente lo contencioso, el terreno de nuestro análisis queda acotado al ámbito de la acción administrativa, y el sujeto concreto del análisis será, es, el acto administrativo – todo acto administrativo –, pues sólo a través de éste, sólo a través de toda decisión y manifestación de voluntad administrativa, puede violentarse el marco constitucional respectivo y quedar violadas esas garantías contenciosas constitucionales.

CAPÍTULO II

Siendo todo acto de autoridad administrativa susceptible de ser puesto en cuestión como violador de la garantía de audiencia, y no nada más en los casos en que la ley secundaria o reglamentaria lo consigna expresamente sino, de acuerdo con diferentes ejecutorias y tesis jurisprudenciales existentes y citadas en apoyo a ello, aun en aquellos otros que no se expresa textualmente, el capítulo segundo es dedicado a hacer un análisis casi exhaustivo del Acto Administrativo.

Comenzando por la distinción pertinente entre hecho y acto jurídico y considerando a éste como el género y al acto administrativo como una de las especies – tal vez la más importante desde el punto de vista contencioso –, el análisis destaca la manifestación de voluntad, implícita en todo acto jurídico, de generar efectos jurídicos, como eje central – a través del acto administrativo –, de todo el desarrollo administrativo, pues en ella queda implícita la responsabilidad jurídica de funcionarios, instancias e instituciones públicas ante la ley.

Caracterizar a esa manifestación de voluntad como externa y unilateral, en ejercicio – constitutivo de la función pública – de la potestad pública, es el segundo aspecto importante en este análisis del acto administrativo. El tercero sería destacar que esa manifestación, ese movimiento de la voluntad pública esta realizada en nombre del interés general, es ejecutiva y por medio de ella se crea, en el acto administrativo, reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos y obligaciones. Como se puede colegir, una función cuasi – totalizante del Estado. No, si se ajusta a la letra última de la Constitución, previsor y contenciosa. No, si toda su acción se funda en derecho.

A partir de aquí se entra al análisis de los elementos que le darán concreción al acto administrativo, V.G.: el sujeto y la competencia respectiva estatuida por la ley, necesaria para que la manifestación de voluntad o la declaración unilateral de la administración pública produzca consecuencias subjetivas de derecho; el objeto y su licitud y posibilidad; la forma, el motivo y la finalidad. Importante es destacar que la autoridad administrativa – o sujeto activo – no es libre en su función, sino que está determinada por la ley. Cuando obra en función de su arbitrio se aparta de la ley y se vuelve inmediatamente responsable del juicio ante la garantía de audiencia. Siempre lo es por ser parte de una estructura competencial.

La revisión que se hace de los diferentes elementos que concurren a constituir el acto administrativo está dirigida a destacar todo aspecto dentro de ellos que pueda

configurar una falta de sustancialidad jurídica, que pueda ser parte a su vez de una imputabilidad de ilegalidad o inexistencia del mismo. V.G.: si la voluntad es o no libre o esta viciada por dolo o error; si se ajusta a los términos de la ley, etc.

Se entra después, como un ejercicio confirmatorio del conocimiento del acto administrativo, en la revisión de algunos criterios clasificatorios de los actos administrativos, para abrir casi enseguida un espacio al análisis del principio de legalidad, fuertemente ligado al acto administrativo pues norma, estructura, cómo deben conducirse los diferentes componentes de la administración, procedimentalmente, para ser considerados legales o ajustados a la ley. Nada fuera de la precisa ley, nada fuera de la estricta ley, podría ser su consigna jurídica. Este mismo principio daría fundamento cuasi racional a la no retroactividad de la ley. La consideración de ésta, en lo que respecta a aquellas excepciones de la misma, nos lleva de nuevo al terreno donde el Estado se afirma ante el particular, manifestando su imperio, pues la conclusión a que se llega respecto de la interpretación como herramienta para resolver los casos concretos de posible aplicación de retroactividad, hacen recaer en el interés social, público, el peso determinante ante el interés particular.

Finalmente se da el análisis de los modos y consecuencias de la extinción de los actos administrativos, definido como cese de los efectos, que dichos actos deben producir, los cuales son: la revocación, la rescisión, la prescripción, la caducidad, el término, la condición, la renuncia de derechos y las resoluciones jurisdiccionales. Los casos analizados concluyen que la extinción se da por cumplimiento voluntario, o por acuerdo de los particulares y la administración pública o por determinación judicial. Se consideran además procesos similares como la invalidez, la inexistencia y la nulidad, absoluta o relativa, y el tema de las autoridades competentes para declarar esto último.

CAPÍTULO III

Para mejor ubicar la razón de ser del Contrato Administrativo se puede establecer lo siguiente secuencia:

Existen en la vida material de un país muchas necesidades, algunas de las cuales competen resolverlas a los particulares y son de su dominio y ámbito jurídico. Otras escapan a esta competencia por implicarse lo que llamamos el interés público, que cuida, por mandato constitucional y por razón de ser propia, el Estado. Este tiene que hacer constante diagnóstico, tanto para priorizar el orden de resolución de las mismas, como para adecuar las estrategias y medios de cumplirlas,

Tomando las decisiones políticas pertinentes – primera manifestación de una voluntad calificada, aquí meramente política, social - , el Estado, a través de sus órganos administrativos, funcionarios e instituciones, intenta aterrizarlas con programas concretos y materializarlas con acciones administrativas que, dado el carácter público constitucional del aparato administrativo, todas ellas, las acciones, son por necesidad actos jurídicos.

Para lograr esto último, muchas veces el Estado tiene que buscar acomodar, empatar su interés y voluntad jurídica con el interés y la voluntad de los particulares, dando lugar a ese

acuerdo tan necesario para ambos al que llamamos consentimiento y sin el cual nada se puede dar ni existir. Se pasa así de la voluntad política, nacida de la necesidad social, a la voluntad jurídica vehiculada en acuerdos mixtos – Estado, particulares – formalizados a través de herramientas jurídicas provenientes del ámbito del derecho privado, en este caso el contrato, que por ser la administración uno de los contrayente, queda adjetivado como administrativo, y que en esencia es, antes que nada, un acto jurídico. De eso trata el capítulo III, del Contrato y sus determinaciones esenciales y su aplicación a la acción pública, administrativa.

Este capítulo además de mostrar, primero, lo más esencial del ámbito del contrato, como lo es su definición y características, su distinción respecto de los convenios – estableciendo a éstos como el género y a aquél como la especie -, hacer algunos señalamientos particulares, desarrollar brevemente la estructura del contrato, haciendo énfasis en los elementos fundamentales, tanto aquellos que le confieren esencia, como los que le dan validez, pasa luego a afirmar la imposibilidad – o inutilidad tal vez – de establecer la clasificación de los muchos aspectos que conforman el contrato, para dar un orden funcional a los mismos; continúa, en esa línea, a reseñarnos una secuencia de clasificaciones según criterios tales como la voluntad, el provecho, la entrega o no de la cosa, la validez y la nulidad, la dependencia, y la vigencia. Termina el capítulo haciendo una mención sobre las causas que llevan al contrato a su terminación, ya sea por aquellas, contemporáneas a la celebración del mismo, que lo frustran e impiden que produzca efecto alguno; o por aquellas otras, supervinientes, a la celebración del contrato y que producen la extinción de los efectos del mismo. Esta última sección, la de la terminación del contrato; está fuertemente vinculada a la parte donde se analizan los elementos estructurales del contrato, en una relación de causa efecto, pues en los elementos del contrato y en los requisitos para el mismo se encuentran las causales para frustrar o extinguir los efectos del mismo; también lo está a aquella donde se intenta clasificar: conceptos jurídicos como consentimiento, objeto, forma, capacidad, ausencia de vicios en el consentimiento, licitud del objeto, motivo, se desprenden y son puntos en cuestión aquí, proviniendo de la parte estructural del contrato.

Mención especial nos merecen algunos aspectos señalados en esta tercera parte:

a.- La observación excepcional, cuando se está hablando de los puntos de vista desde los cuales se puede ver el contrato, de que éste puede y debe ser visto como una norma jurídica individualizada y, por tanto, válida solamente para ese caso y extinta tan luego el contrato se cumple.

b.- El señalamiento, casi como en notas, del doble señalamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a las tres primeras causales de nulidad de los contratos:

No hay contratos nulos de pleno derecho. En todos los casos se necesita la declaración judicial, previo procedimiento formal correspondiente.

Las diferencias entre nulidad e inexistencia de los contratos son puramente académicas.

Desde esta perspectiva resulta que muchas hojas del legajo y algunas de este capítulo están de más pues han sido puestas para ser arqueología jurídica, fundamentales para la erudición, pero no para la práctica judicial.

c.- Por último, pero no lo último, como diría Shakespeare, se encuentra y se revisa ese concepto fundamental, no nada más en este capítulo ni en el trabajo todo, sino en la vida toda, la jurídica y la social, pues se entretejen ambas indisolublemente, de la voluntad.

Señalada como requisito fundamental, central, en el establecimiento del acto jurídico y su distinción y diferencia con el hecho jurídico – que no la tiene – la voluntad es un elemento anterior a muchos aspectos y procesos, jurídicos o no. Por ejemplo fenomenológica y socialmente está en el inicio de los cambios y las transformaciones sociales, económicas y culturales que la nación necesita y que por, regla general, son esencialmente inherentes a la función pública; como voluntad social, primero; luego como voluntad política, misma que tendría que ser traducida – al implementarse medidas concretas – en voluntad jurídica.

La voluntad – sin más, general, psicológica – esta en la base de todas las acciones conscientes en la base de la responsabilidad.

Cuando el particular o el Estado desean defender derechos y reconocer obligaciones se habla, entonces de voluntad calificada, de voluntad jurídica, necesaria de origen para toda acción decisoria – administrativa - y calificada como tal, al momento de producirse la relación contractual, en el caso del particular. Si consideramos que, según la definición de acto jurídico, la voluntad es central e imprescindible, pues ella le da nacimiento, nos daremos cuenta de la enorme importancia que tiene el conocimiento claro de lo que ella es y de las formas que puede asumir. Como ejemplo: una es la voluntad jurídica unilateral, pero otra la sumada en una relación contractual a la cual damos el nombre consentimiento. Pero en esta voluntad comprometida se da alguna irregularidad o disminución, puede quedar afectado el acto jurídico mismo. Se tiene que estar siempre atento en este aspecto, pues de aquí se puede derivar la frustración o extinción de los efectos de un contrato.

CAPÍTULO IV

Porque todos estamos atravesados, prendidos en toda la red de relaciones jurídicas que lo hacen posible, todos somos el Estado. Y si bien éste nos construye y preserva la seguridad como individuos, siempre que el interés de lo gregario, de lo social, de lo colectivo, lo requiere, el Estado subordinará esos derechos individuales, para cumplir con las atribuciones que le marca la Constitución. Para cumplirlas se vale de muchas y variadas herramientas jurídicas y actuando en la mayor parte de sus acciones como poder, sin desconocer aquellas otras en las cuales lo hace como persona jurídica. Esto último sucede cuando solicita de los particulares, personas físicas o jurídicas colectivas, que concurran a la realización de determinadas obras, a la producción de bienes o a la prestación de servicios. Y si cuando actúa como poder lo hace manifestando una unilateralidad contundente, cuando actúa como persona jurídica, como particular, tiene que ajustarse a las condiciones de bilateralidad o plurilateralismo. El Estado sí puede contratar, pero lo tiene que hacer aceptando las consecuencias y responsabilidades de la bilateralidad. Establece entonces una relación contractual con los particulares, que se vincula, según el caso, a través de contratos sujetos a derecho privado o a través de los contratos de derecho

administrativo de los cuales quedan señalados como estrictamente administrativos el de suministro y el de obras públicas.

Contrato administrativo es aquel en el cual una de las partes es el Estado, a través de un órgano de administración pública, o de los organismos desconcentrados o de las sociedades mercantiles de Estado.

En relación a la voluntad de las partes, se ha aceptado que el Estado siempre esta en ventaja jurídica respecto del contratante, pues tiene facultad de dejar sin efecto el contrato administrativo en caso de incumplimiento o, en el supuesto de que las necesidades colectivas o el interés general así lo requiera, de variar las condiciones y circunstancias del contrato dentro de ciertos límites, de variar la extensión de la obligación del contratante, de rescindir unilateralmente el contrato o de ejecutar forzosamente o por un tercero en caso de morosidad.

Tenemos, entonces, que hay una necesidad que determina el carácter del contrato administrativo: la de cuidar que la relación entre las prestaciones que impone a los contratantes ese contrato, y el cumplimiento de las atribuciones que el Estado tiene a su cargo, sea mantenida y aceptada aunque ello implique – dentro de la situación jurídica creada – el sacrificio o condicionamiento del interés privado del contratante, ante el del Estado. “En caso de duda, las cláusulas del contrato administrativo deben entenderse en el sentido que sea más favorable al correcto desempeño, por parte del Estado, de la atribución que esta comprometida”. En función de este principio o de esta necesidad social – estatal “las prestaciones convenidas, son modificadas, aumentadas, disminuyéndolas o poniéndoles fin”.

El capítulo cuarto señala y revisa los contratos que el Estado celebra sujetándose al derecho privado. Se hace entonces la observación de que aunque el Estado funcione aquí como persona jurídica, las normas que establecen su competencia o calificación le implican alguna limitación como contratante, lo cual lleva a exigir al acto contractual a hacer un conjunto de excepciones en algunos de los aspectos del mismo, a favor del Estado, tales como los “procedimientos de ejecución y apremio” a los cuales no se ajusta el Estado. Es decir, finalmente, lo estatal, las finalidades que tiene que cumplir y el interés público siempre estarán determinando la relación contractual. Y si esto se manifiesta de modo discreto en aquellos actos contractuales en los cuales participa como persona jurídica, es más avasallante y condicionante cuando lo hace como poder. Pareciera ser que el Estado actúa en la relación contractual administrativa, imponiendo unilateralmente su voluntad. Pero no es así, pues “el particular desde el momento en que celebra el contrato administrativo, sabe que las obligaciones que contrae no tienen la misma rigidez que las obligaciones contractuales civiles, y que han sido convenidas teniendo en cuenta que son útiles al eficaz cumplimiento de las atribuciones del Estado”.

Una consideración fenomenológica acerca del contrato administrativo y las circunstancias en las que se da en las cuales funciona, nos haría evidentes los siguientes aspectos y observaciones:

Antes que nada es un acto de autoridad, es decir, que en su origen esta la manifestación de la voluntad.

Sus partes fundamentales son: el sujeto, el consentimiento, el objeto, la forma, la causa y la licitación, elementos que tienen que observarse para no afectar la calidad y la naturaleza del contrato y las responsabilidades respectivas.

Al final de este capítulo se hace una mención especial del contrato de obra pública, destacándose de él su fuente normativa y la observación de que “no es solo obra pública la que se construye o edifica por primera vez, sino también las modificaciones materiales a las obras existentes”. Los elementos del contrato de obra pública son:

El sujeto activo, que construye u ordena construir.

El régimen jurídico, de derecho público.

La obra, de determinados materiales, de interés público y destinada a satisfacer necesidades generales.

El sujeto pasivo, que es el contratista que ejecuta.

CAPÍTULO V

La última parte del legajo se dedica a exponer las causas y consecuencias de la rescisión en la relación contractual administrativa, en la cual concurren los dos regímenes de derecho, el privado y el público. Se revisa sobre todo el incumplimiento de obligaciones y las alternativas que a ellos se presentan y las situaciones en las cuales se da ese incumplimiento de obligaciones.

Proviene el contrato del ámbito del derecho privado y, tal como se hizo en el caso del contrato administrativo, que primero se analizó su funcionamiento en ese ámbito para más tarde ampliarlo al análisis de su funcionamiento en el ámbito público, en el caso de la rescisión ocurre exactamente igual. Primero se le analiza en materia civil, genérico, para luego ver como aplica más específicamente en materia administrativa.

Establecido en términos generales que la resolución del contrato ocurre a causa del incumplimiento de obligaciones, dos son las situaciones que se crean como alternativas:

Que esté expreso en una cláusula que las partes convienen en que el contrato será resuelto si una de ellas incumple en su obligación. La resolución se daría automáticamente.

La condición resolutoria no necesitaría expresarse sino que quedaría supuesta, tácita, en todos los contratos bilaterales; debido a la interdependencia entre las obligaciones recíprocas inherentes a esa contractualidad. Se presume que ninguno quiere quedar obligado sino en el caso de que la otra parte cumpla con su obligación.

Eliminada la primera situación, el esclarecimiento discurre sobre el actuar de la parte afectada de la segunda situación, la cuál puede ejercer el derecho de opción: facultad de esta, ante el incumplimiento de obligaciones de la otra parte, de exigir el cumplimiento de las obligaciones incumplidas, o de pedir la resolución del contrato y, además, pedir el resarcimiento de daños y perjuicios.

La resolución no opera de pleno derecho; si lo fuera, el incumplido, por interés propio provocaría la rescisión del contrato incumpléndolo, dañando el interés del otro. Siendo en cambio necesaria la demanda resolutoria, queda en la parte afectada optar según sus intereses. La parte perjudicada debe promover el juicio correspondiente ante la autoridad competente. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el incumplimiento en los contratos bilaterales no resuelve el contrato automáticamente, sino que es necesario acudir a la autoridad judicial, pero que, sin embargo, dicha resolución es automática cuando ha habido pacto comisorio expreso.

Posteriormente se analizan en lo civil tres causales de rescisión: por incumplimiento de alguna de las partes, por imposibilidad superviniente de las obligaciones de una de las partes y por excesiva onerosidad.

El anterior análisis de la rescisión y las causales de la misma están ubicadas en el ámbito del derecho privado, con contratantes e intereses que son reconocidos y validados según quién tenga la razón jurídica y asignando a las partes el mismo trato y el mismo peso en la valoración y decisión jurisdiccionales de última instancia. Pero cuando se habla de una relación contractual administrativa la situación cambia; pues además de que existe una diferencia entre las partes contratantes – un particular y la administración pública – se introduce un elemento decisorio y determinante de las situaciones jurídicas en última instancia: el interés público o el interés social. La posición jurídica de la administración y la del contratista o empresario no solamente es distinta frente a la rescisión contractual, sino que obliga a que derechos y obligaciones y causales de rescisión y efectos posteriores a la misma, se particularicen e inclinen notoriamente hacia el interés administrativo. Por ejemplo, el Estado declara y ejecuta por sí y ante sí la rescisión del contrato, sin perjuicio, claro está del recurso jerárquico y la vía contenciosa administrativa pertinente; el empresario, al contrario del Estado, debe demandar la rescisión, sin que pueda resolverla por sí mismo.

Después de entrar al análisis de situaciones y casos que pueden darse en la rescisión contractual entre Estado y contratista – en el caso de obra pública en concreto-, análisis que llega a la minucia sobre pagos, materiales, herramientas, responsabilidades de las mismas, pero que también aborda cuestiones importantes y graves como las causales fraude y negligencia, se arriba a las conclusiones finales en forma de observaciones en la rescisión civil y la rescisión administrativa: el incumplimiento de obligaciones en la rescisión civil, afecta, siempre, un interés particular; en la administrativa, el interés público; la rescisión civil se da siempre a partir de una declaración judicial; la administrativa se da por el Estado y ante sí. En la rescisión civil participan particulares en igualdad de circunstancias; en la administrativa participan, en aparente igualdad el Estado frente a los particulares.

Concluyendo, en la rescisión administrativa siempre una de las partes es el Estado, que actúa de forma supraordinada y con la facultad de rescindir de manera unilateral. Si bien los derechos de los particulares quedan a salvo, lo son de manera contenciosa, de último recurso.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACOSTA ROMERO Miguel. *“Segundo Curso de Derecho Administrativo.”* Ed. Porrúa, México, 1993, P.P 1165.
2. ACOSTA ROMERO, Miguel. *“Teoría General del Derecho Administrativo.”* Ed. Porrúa, México, 1993, P.P 982.
3. BAZDRESCH, Luis, *“Garantías Constitucionales.”* Ed. Trillas, 1996, México, P.P. 178.
4. BIELSA, Rafael. *“Derecho Administrativo.”*
5. BORJA SORIANO, Manuel. *“Teoría General de la Obligaciones.”* Ed. Porrúa, México, 1995, P.P. 732.
6. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *“El Juicio de Amparo.”* Ed. Porrúa, México, 1995, P.P. 1092.
7. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *“Las Garantías Individuales.”* Ed. Porrúa, México, 1996, P.P. 810.
8. CASTRO, Juventino V. *“Garantías y Amparo.”* Ed. Porrúa, México, 1996, P.P. 595.
9. DIEZ, Manuel M. *“El Acto Administrativo”*.
10. FRAGA, Gabino. *“Derecho Administrativo.”* Ed. Porrúa, México, 1994, P.P. 506.
11. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas. *“Curso de Derecho Administrativo.” Tomo I.* Segunda Edición.

12. MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. "*Derecho Administrativo Primer Curso.*" Ed. Harla, México, 1995, P.P. 316.
13. MARTÍNEZ MORALES Rafael I. "*Derecho Administrativo Segundo Curso.*" Ed. Harla, México, 1994, P.P. 452.
14. ROJINA VILLEGAS, Rafael, "*Compendio de Derecho Civil Contratos.*" Ed. Porrúa, México, 1993, P.P. 548.
15. SÁNCHEZ MEDAL Ramón, "*De Los Contratos Civiles.*" Ed. Porrúa, México, 1995, P.P. 617.
16. SERRA ROJAS, Andrés. "*Derecho Administrativo.*" Ed. Porrúa, México, 1994, P.P. 897.
17. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. "*Contratos Civiles.*" Ed. Porrúa, México, 1992, P.P. 412.

LEGISLACIONES

Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos.

Ley de Obras Públicas.

Código Civil Federal.