

DERECHO

1930

2-4-30

UNIVERSIDAD NACIONAL DE MEXICO.
Facultad de Derecho
y
Ciencias Sociales.

¿El orden jurídico bajo el cual se realiza
la función administrativa es exclusivamen-
te de derecho público?

Tesis que para su examen pro-
fesional de licenciado en De-
recho, presenta el alumno
JUSTA LIO TOLEDO.

México, junio de 1930.





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

DEL ORDEN JURIDICO BAJO EL CUAL SE REALIZA LA FUNCION ADMINISTRATIVA ES EXCLUSIVAMENTE DE DERECHO PUBLICO?

Las actividades del Estado en la época actual, afirma Otto Mayer, parece desarrollarse fundamentalmente bajo estos tres aspectos: legislación, justicia y administración.

La legislación significaba en el antiguo derecho, el establecimiento de diversas reglas de derecho por el soberano, las cuales eran obligatorias para los gobernados. Actualmente ya no es muy exacta esta idea porque muchos actos de la Administración sólo se consideran como legales cuando las disposiciones que los establecen o los crean han sido decretadas por el órgano que de acuerdo con la organización política del Estado, se le encomienda el papel esencialmente legislativo.

La justicia, en principio, es la actividad del Estado encaminada a mantener el orden jurídico por medio del poder público. Este orden jurídico de acuerdo con la época actual, se concreta al derecho penal y al derecho civil. En consecuencia, la justicia determina el derecho aplicable en un caso particular o más bien individual.

La administración se puede considerar como la actividad del Estado que sin ser legislación tampoco es justicia. Es decir, se define la administración de una manera negativa concluyendo que todo aquello que no es ni legislación ni justicia, debe considerarse como administración.

Esta idea tampoco es exacta, puesto que existe en todo Estado una Constitución que lo organiza y la administración no es sino una simple auxiliar en esa organización.

Pero como no trataríamos de discutir acerca de si las actividades indicadas son las únicas que tiene el Estado, debemos admitir, como lo hace el autor citado, que ellas son las fundamentales y siendo la administración una de esas actividades, es de afirmarse que ella debe desenvolverse dentro de un orden jurídico determinado y aquellas que salieran fuera de dicho orden no podrán considerarse como administración.

Para nuestro objetivo, es necesario determinar la naturaleza de ese orden jurídico, lo cual requiere un análisis de la situación que ha guardado en diversas etapas de la historia, el derecho; señalando con toda claridad en esa evolución cómo las normas de carácter administrativo fueron des--premiéndose poco a poco de las normas del derecho privado, constituyendo lo que en la actualidad podemos llamar orden jurídico administrativo.

En vista de que en materia de derecho público la herencia que los romanos legaron a los pueblos modernos carece de interés, propiamente sobre el derecho administrativo no tenemos nada importante que apuntar.

Esta afirmación no la podemos hacer respecto del derecho privado, porque en la actualidad sigue constituyendo la fuente del derecho, al menos por lo que se refiere a la existencia de las instituciones, adaptándose naturalmente a las necesidades sociales. No pudo crearse un orden jurídico dentro del cual hubo de obrar el Estado Romano, porque el gobernado era un soldado, un ciudadano disciplinado que no veía en el derecho, sino una regla que regulaba relaciones sociales y

jfb.-10.

siempre de una utilidad muy grande. Si el romano percibía el alcance moral y la utilidad del precepto, inmediatamente justificaba su existencia. No concebía la existencia de la sociedad sin la existencia del derecho. No reconocía en el derecho una orden emanada de la divinidad como los otros pueblos, sino veía en el mismo derecho, algo útil, razón por la cual lo acataba por muy tirano que fuera el juez que lo aplicara. Algunos autores afirman que el romano sufría servilmente las consecuencias del derecho.

El hecho que se desprende de lo anterior, es el siguiente: de acuerdo con el espíritu de aquel pueblo, no fué posible la creación de un orden jurídico dentro del cual obrara el Estado y que a su vez lo diera al gobernante una personalidad frente al mismo Estado. El gobernante se encargaba de dar al pueblo las reglas de derecho para que éste las cumpliera, las reglas que, como ya se dijo, eran esencialmente de naturaleza privada, pues regulaban las relaciones existentes entre los particulares.

La etapa correspondiente al derecho romano que acabamos de examinar tenía, además, la característica de la unidad del poder público, lo que no sucede durante la Edad Media en que dicho poder se encuentra fraccionado entre una multitud de corporaciones y de individuos que se encontraban en un plano de superioridad con relación a sus gobernados. Este es el período que la historia le da el nombre de período de los señores feudales, quienes ejercían con relación a sus vasallos, una actividad cuyo contenido estaba limitado. El señor feudal tenía algunos derechos que el soberano le había concedido a tí-

tulo de recompensa o en virtud de convenio celebrado con los propios vasallos. De manera que, el señor feudal no podía llevar sus actividades más allá del derecho que el título amparaba o del que se hubiere acordado en el convenio. Estos derechos adquiridos por el señor feudal constituyeron lo que más tarde se llamó derechos del soberano, derecho del príncipe y que tuvieron mayor desarrollo con motivo del derecho natural. El derecho natural sostenía que al príncipe o al soberano debía darse los derechos necesarios para realizar los diversos fines encomendados al Estado.

Los derechos del señor feudal provenientes específicamente de un título o de un convenio, eran de naturaleza privada y los principios reguladores de esos actos eran del derecho gvil. La influencia de este derecho era en aquel entonces decisiva.

Sin embargo, el príncipe sólo hacía uso de esos derechos cuando realizaba algún fin de interés público, es decir, fin encomendado exclusivamente al Estado. Desde luego esto ya constituía una restricción para el Estado, puesto que sus actividades no tenían efecto en tanto no estuviere realizando un fin de interés general. Otro de los caracteres de este derecho medieval es el referente a la facultad que tenía el príncipe de llevar a cabo sus propias decisiones. Se le concedía una acción directa en este sentido. Si examináramos esta propia facultad del soberano encontraríamos en ella la influencia del derecho civil.

Pero también comenzaron a esbozarse en esa época algunas situaciones que más tarde llegaron a constituir los elementos

Jfb.-10.

esenciales del derecho administrativo. Tal es, el acto del Estado violando en muchas ocasiones el derecho del individuo que restringía su actividad, siempre que existiera una razón superior para sobrepasar esos derechos. Esta razón tenía que ser el fin mismo que el Estado tratara de realizar. Esta facultad excepcional del Estado de alterar un derecho privado cuando las necesidades del mismo así lo exigían, fué la que recibió el nombre de derecho eminente.

Podemos decir que durante esos dos períodos que se acaban de examinar, no aparece el derecho público; más bien se entendía como la negación del derecho.

La tercera etapa se caracteriza principalmente por la separación de la autoridad judicial de las demás actividades y como consecuencia de ella, la separación de leyes de carácter judicial y leyes que regían otra clase de relaciones del Estado y que en la actualidad se caracterizan como leyes administrativas.

Separada la actividad judicial de las demás actividades del Estado, el soberano dió reglas de acuerdo con las cuales debía ejercerse dicha actividad. Sin embargo, seguía constituyendo la base de ese ejercicio, el derecho privado, lográndose tan sólo que los gobernados tuviesen un tribunal a quien recurrir en caso de dificultades entre ellos mismos. Con frecuencia el soberano retiraba de los tribunales de justicia un caso particular para resolverlo, lo cual hacía recordar la época en que todas las actividades públicas se hallaban en sus manos. No se sujetaba a regla alguna de derecho. Existía esta

Jfb.-10.

situación completamente arbitraria y perjudicial para los gobernados. Dicha situación produjo necesariamente graves trastornos en la sociedad, la cual obligó al soberano a renunciar a ese derecho de juzgar un caso particular, a efecto de no seguir restando a los tribunales sus facultades.

Con esto quedó formada, con carácter autónomo, la administración de la justicia y los tribunales aplicaban las leyes que en materia civil y criminal daba el soberano. Cualquiera otro acto del particular que no se relacionara con las dos materias de las que tenían que conocer los tribunales, era de la competencia del poder público representado por el soberano.

Pero de esa manera los actos del soberano en materia legislativa (formación de leyes) o aplicación de los preceptos, siempre que este no fuera de la competencia de los tribunales, tenían que ser en muchas ocasiones contrarios a la voluntad e interés de los gobernados y de aquí que fuese necesaria la creación de una persona distinta de la del Estado, que se hiciera responsable de los actos de éste, pues su naturaleza soberana no le permitía tener responsabilidad alguna. La persona creada al lado del Estado soberano, tuvo que revestirse de una personalidad moral para poder funcionar y responder de los actos que el Estado realizara. Existieron, pues, dos personas distintas: el Estado revestido de toda su soberanía y una persona privada que se denominó "fisco" que era responsable de los actos que en su calidad de soberano realizaba el mismo Estado. Supongamos que se trataba de llevar a cabo una expropiación. El Estado con fundamento en su soberanía y por creerlo

jfg.-10.

de interés público, decretaba que a un particular se le privara de algún bien de su propiedad. Al decretarlo, ordenaba a la persona privada llamada "fisco", para que pagara la indemnización correspondiente.

El hecho que encontramos en esta tercera etapa de la evolución histórica que examinamos, es el desmembramiento del poder público que antes era uno solo y ahora se encuentra dividido en tres: el poder que administra la justicia, el poder soberano y el fisco que era el responsable de los actos que éste realizara. Pero cabe determinar cuales eran entonces las actividades encomendadas al Estado soberano y cómo las realizaba. Podemos decir que eran aquellas que no constituían la competencia de los tribunales de justicia y ni tampoco de la persona privada fisco. Ésta realizaba por medio de funcionarios quienes no hacían otra cosa, sino llevar a cabo las órdenes emanadas del soberano, a las cuales tenían que dar exacto cumplimiento. Estos funcionarios no se sujetaban a regla de derecho alguno?

En consecuencia, no podemos afirmar que existía un derecho administrativo autónomo en esta época, pues las únicas normas que regulaban las relaciones del poder público con los particulares, eran de derecho civil.

Pero esta situación tuvo que cansar a los gobernados. Ellos observaban que la administración de justicia se realizaba dentro de normas locales creadas para el efecto, no así la administración pública donde imperaba el caprecho del príncipe o del rey. Se suscitaron diversas dificultades entre el po
jfb.-10.

der público y la administración de justicia en virtud de que ésta amparaba a los particulares contra actos de los funcionarios dependientes de aquél, quienes siempre eran sostenidos y respaldados por la soberanía de dicho poder.

Se provocó una reacción contra aquella situación, a la cual se sumaron las doctrinas de la Representación y División de Poderes erigiéndose una situación perfectamente definida. Montesquieu inspirado en otras legislaciones, concluyó que el poder soberano debía dividirse en tres poderes que eran los mismos que existían, pero con las modificaciones necesarias. Son los que subsisten actualmente en los países civilizados. Se destruyó el pasado y se procuró crear para cada poder órdenes jurídicos dentro de los cuales debían funcionar, tal como el que existía ya para la administración de justicia. Pero como el poder legislativo se le encomendó la función esencial de crear situaciones de carácter impersonal y abstracto, quedaron los otros con la función de aplicar las reglas expedidas por el poder legislativo. Con motivo de la creación de estas situaciones y en virtud de que en algunos países existe una separación absoluta entre el poder ejecutivo y el judicial, no así en otros, como en el nuestro, el judicial tiene intervención en la resolución de los actos administrativos, quedaran separados perfectamente las tres actividades de que habíamos al principio y con ellas sus órdenes jurídicas correspondientes.

De esta manera se creó, de acuerdo con los acontecimientos históricos que hemos señalado, el orden jurídico dentro del

jfb.-10.

cual se realizan los actos administrativos.

Función administrativa.

Ya sabemos que existe un orden jurídico distinto del orden jurídico privado y como ese orden jurídico se desprende del derecho privado cuyas reglas eran las que exclusivamente regían las relaciones existentes entre el poder soberano y los particulares. Pero como todavía en la actualidad se duda de la separación que existe entre estos dos órdenes jurídicos y no se reconoce la autonomía de un nuevo derecho que rija los actos de la administración y menos que ese derecho tenga una naturaleza completamente distinta de la del derecho privado, procede desde luego hacer el estudio de otros problemas, para llegar a definir perfectamente esa naturaleza que es el objetivo fundamental de este trabajo.

De los problemas que tenemos que estudiar, se encuentra desde luego la determinación de lo que debe entenderse por ~~función administrativa~~ y para eso tenemos que examinar diversas teorías que sobre el particular existen.

Northolamy nos dice que la función de juzgar y la función de administrar, están separadas en la práctica y en la teoría, pero ambas tienen una finalidad común que es la de ejecutar las leyes. Desde este punto de vista, las dos constituyen el poder ejecutivo. En consecuencia, todo lo que no es el servicio de justicia, se engloba dentro de lo que se denomina ADMINISTRACION que es la función propia del poder ejecutivo, definiéndose el derecho administrativo, de acuerdo con lo que se acaba de asentar, como un conjunto de principios según los cuales esa administración ejerce su

Jfb.-10.

actividad. (Droit Administratif 11a. edición).

La tesis que acabamos de exponer en forma sintética, funda su concepto exclusivamente en la finalidad perseguida al realizar los actos administrativos o sea la finalidad de ejecutar las leyes.

Por su parte Mauriou nos dice que la función administrativa consiste en llevar los negocios corrientes del público:

- I.- En lo que concierne al manejo de los intereses generales;
- II.- En lo que concierne a la ejecución del derecho. (Droit Administratif et Droit Public. Pág. 15).

Se considera, pues, como un acto de intermediación del poder público en virtud del cual dicho poder menaja los intereses corrientes del público satisfaciendo intereses generales por medio de medidas de policía y manejando esos mismos intereses al ejecutar las leyes de orden público. Lo primero también es logrado por medio de establecimiento de servicios públicos.

Se desprende de lo anterior que el fin perseguido al realizarse el acto administrativo es esencialmente de naturaleza práctica o técnica, pero nunca jurídica. La importancia que desde el punto de vista jurídico pudiera tener el acto administrativo es completamente secundario. Esa intermediación del poder público la equipara el autor a la actitud de un particular al realizar un negocio para el cual no ve sino el beneficio que de sus actos se pueden obtener. En todos los actos que interviene el Estado para prestar un servicio a los particulares, es una función de provisión la que ejercita, tales son las medidas de policía mencionadas. Define este autor

Jfb.-10.

el servicio público diciendo que es un servicio prestado por el poder público al público de una manera regular y continua.

Mayer afirma que, la administración es la actividad del Estado para realizar sus fines, sujetándose a su propio orden jurídico. (*Droit Administratif Allemand*, Pág. 13 Tomo Premier).

Encontramos en el concepto de Mayer que acabamos de señalar, una idea muy interesante: sin modificar el criterio de que la actividad del Estado se realiza para la consecución de los fines que le son encomendados, afirma que la actividad debe desenvolverse dentro de un orden jurídico establecido por el propio Estado. Este orden jurídico tiene que ser de una naturaleza especial desde el momento en que se compondrá de normas jurídicas reguladoras de actividades públicas, aplicadas esencialmente a la realización de fines de interés general y no de interés privado. Ese orden jurídico lo crea el poder legislativo.

Jellinek toma también el elemento fin para definir la actividad del Estado y justificar a la vez la existencia del mismo. Afirma que el fin principal del Estado fué, durante mucho tiempo, el de conservar íntegramente su poder, procurar su protección y mantener el derecho. El propio autor considera esa concepción como estrecha y mezquina, es decir, como algo que no tiene realidad alguna. Al lado del Estado habían otras instituciones que se dedicaban a diversas actividades, las cuales el Estado jamás había pensado realizar. Así se ve que en el curso de la famosa discusión entre Jfb. 410.

el Estado y la Iglesia, el primero comprendió que debía ocuparse de asuntos que originariamente no eran de su incumbencia y que dentro de los límites o mejor dicho dentro de su jurisdicción, estaban lejos de ser los suyos al formarse. Se abrogó derechos y deberes de índole esencialmente sociales. Adoptó como principio fundamental y supremo al cual tenía que amoldar su actividad, el de favorecer el desarrollo progresivo del pueblo y de sus miembros, aplicando dicho principio en tres diversos sentidos: I.- Respecto del individuo cuyo desarrollo debe favorecer como miembro de un conjunto; II.- Respecto del pueblo considerado como la totalidad de los miembros presentes, así como del porvenir de la propia colectividad; III.- Respecto de la especie humana de la cual cada pueblo es un miembro. En consecuencia, desde el punto de vista de la finalidad, el Estado debe ocuparse de tres órdenes de intereses: individuales, nacionales y humanitarios. Debe considerarse como una asociación soberana formada por los miembros de un pueblo, revestida del carácter de una persona jurídica, cuya actividad sistémica y centralizadora satisface, ejerciéndola por medios externos, los intereses solidarios del individuo, de la nación y de la humanidad en el sentido de un desarrollo progresivo. (L'Etat Moderne et son Droit)

Como podemos ver, la tesis de Jellinek asigna al Estado diversos fines que se pueden reducir en estos dos principales: creación y conservación del derecho y un desarrollo progresivo del pueblo. El primero se realiza por la función legislativa y judicial, y el segundo por la función administrativa.

Con lo anterior damos por terminado el estudio de las teorías que consideran la función administrativa como una actividad del Estado para realizar sus fines y pasaremos a examinar otras que para definir la propia función, se colocan desde otro punto de vista.

Algunos autores, entre ellos Laband, tratan de definir la función administrativa como una actitud psicológica del Estado. Cuando éste quiere obrar, realiza actos de naturaleza administrativa que se diferencian de los legislativos por ser su pensamiento y ambos de los judiciales por considerarse como la voluntad del mismo Estado. El poder legislativo crea normas jurídicas de carácter general, el judicial aplica esas normas a una situación concreta y un tercer poder las pone en ejecución cuyos actos constituyen la función administrativa.

Existen otros autores que para definir la función administrativa, toman en cuenta las consecuencias jurídicas que la misma produce. Se destaca como primera figura de esta tesis, León Duguit. Este autor hace un estudio muy amplio acerca del acto de voluntad y las conclusiones que obtiene las aplica a los actos jurídicos, que en su concepto no son sino actos de voluntad.

En el acto voluntario, Duguit ve cuatro fases diferentes: concepción del acto o sea la representación anticipada del que se quiere realizar; deliberación que es el proceso de contradicción durante el cual el individuo que va a realizar el acto, tiene presente diversas ideas tendientes una-

JTB.-10.

a convencer al sujeto a que realice el acto y otras a que lo deje de hacer; la decisión, que es el momento psicológico en que el individuo después de aquilatar las ideas contradictorias presentadas, se decide por una que lo determina a realizar el acto; y por último viene la realización del acto.

Una de las fases que mayor importancia se le concede dentro de esta teoría, es la deliberación. En ella aparece o más bien intervienen otros elementos que son también de importancia y que se refieren a los efectos y naturaleza del acto administrativo. Todo acto que se realiza debe tener dos objetos: uno inmediato y otro mediano. El primero es el de ejecutar determinado movimiento físico, al cual tendrá que ser aplicada una ley física o de naturaleza social obteniéndose los efectos correspondientes que constituyen el objeto mediano del acto y que es independiente de la voluntad del individuo que realiza el acto. En consecuencia, el acto tiene que producir algún efecto.

En tratándose del acto jurídico, que según Duguit pasa por las mismas fases, el efecto necesariamente tiene que ser de orden jurídico creándose una situación nueva que produce una modificación en el orden jurídico existente, o sea el estado social constituido de acuerdo con las normas jurídicas que rigen en un momento dado y las situaciones jurídicas que de las mismas se desprenden. Esta modificación o creación puede ser de diversas clases: el acto al realizarse crea o modifica una regla de carácter general cuya aplicación no está limitada a determinados individuos y se de-

nomiza acto regla; el acto condición es aquel que de no realizarse, un individuo determinado no podría colocarse en la situación creada de antemano por una regla general, es decir, dicho acto condiciona al individuo dentro de la regla; el acto subjetivo que es aquel acto jurídico especial que no está determinado por una regla establecida de antemano, sino su extensión, su objeto y la persona a que se refiere se determinan precisamente con la realización de ese acto especial.

Como nuestro objetivo principal es examinar la aplicación de estas diversas teorías a las funciones del Estado, a efecto de obtener nuestro punto de vista para definir la función administrativa, podemos decir que la tesis que se examina sostiene, después del estudio que acabamos de hacer, que el acto realizado por el Estado tiene los mismos caracteres que el acto jurídico en general ya sea en derecho público o privado, pues la naturaleza diferente de ambos, no proviene de la de los individuos que realizan los actos, sino de la norma objetiva que se aplica. Clasificando las funciones del Estado de acuerdo con el acto jurídico realizado, se concluye que aquellos actos que crean o modifican una situación jurídica general, constituyen la función legislativa.

En consecuencia, el acto regla es una función legislativa.

En cambio, el acto condición y el acto subjetivo los considera el autor como materia de la función administrativa, para la función jurisdiccional, Duhuit no deja ninguna de las reglas porque dicha función la considera como la resolución de una cuestión de derecho y que no implica propiamente un acto jurídico.

Para terminar con el examen de estas teorías, estudiaremos una última que es la de Gastón Jéze. Para este autor, el derecho consiste esencialmente en una regulación de competencias definiendo capacidades de individuos particulares si se trata de derecho privado y de funcionarios en tratándose de derecho público. Existe, pues, dentro de esa facultad, la posibilidad de que los individuos realicen actos que produzcan efectos jurídicos. El ejercicio de esa facultad que el propio derecho concede a los individuos, es lo que Jéze llama acto jurídico. De manera que, una manifestación de voluntad hecha dentro de la esfera legal con el objeto de producir efectos jurídicos, es lo que se llama acto jurídico. El conjunto de facultades o poderes que tienen los individuos para realizar los actos jurídicos, constituye la situación jurídica de los mismos. Los poderes pueden ser generales o particulares, según que se conceda sin tener en cuenta al individuo o que se crean precisamente con motivo de una intervención de particulares en la realización de un acto. Si la situación jurídica es el conjunto de esos poderes, aquélla debe tener los mismos caracteres que éstos. Es decir, las situaciones jurídicas tienen que ser generales y particulares siendo los caracteres de los primeros completamente opuestos a los de los segundos. Aquellos son impersonales, permanentes y sólo se modifican por una ley y no por convenio celebrado entre particulares.

Una vez obtenido el concepto de las dos situaciones, el autor estudia los actos jurídicos de acuerdo con los efectos que producen en las mencionadas situaciones.

Actos creadores de situaciones jurídicas generales; actos creadores de situaciones jurídicas individuales; actos que revisten a un individuo de una situación jurídica general; y actos encaminados a comprobar situaciones jurídicas generales o individuales, o bien, la existencia de determinados hechos, teniendo esa comprobación el carácter de cosa juzgada.

Los actos señalados en primer término, constituyen la función legislativa; los dos segundos forman la administrativa y los últimos la jurisdiccional.

Fuera de los actos que acabamos de señalar, sólo se considera a los de carácter complejo. Estos últimos son de mucha importancia para el estudio que hagamos de uno de los actos que a diario se realizan en nuestro derecho administrativo y que los tribunales, en muchos casos, consideran como actos creadores de situaciones individuales, aplicando en los casos de conflicto, el derecho privado exclusivamente.

Nuestro objeto principal no es hacer la crítica de cada una de las teorías que hemos estudiado, sino se concretar a deducir de ellas, la definición que más nos convenga de lo que debe entenderse por acto o función administrativa.

En consecuencia, de la exposición sintética que hemos hecho de las diversas teorías que tratan de definir la función administrativa, encontramos los siguientes caracteres:

I.- La función administrativa es una función del Estado.

II.- El Estado al realizar esas funciones, obra bajo un régimen jurídico determinado.

III.- Dichas funciones son actos creadores de situaciones jurídicas concretas e individuales.

De acuerdo con lo anterior, podemos definir la función administrativa como una actividad del Estado determinando situaciones jurídicas concretas e individuales, bajo un orden jurídico determinado.

Como último problema previo a nuestro estudio particular y a efecto de tener un elemento más para sostener nuestra tesis de la existencia de un orden jurídico distinto al orden jurídico privado, que rija a determinados aspectos de las relaciones del Estado con los particulares, procede determinar la separación que existe entre el derecho público y el derecho privado. Siguiendo nuestro método de agrupar las tesis de acuerdo con el punto de vista desde el cual han examinado el problema los autores, es conveniente señalar las teorías que toman como fundamento los intereses protegidos por el derecho o sea las que tienen en cuenta la finalidad perseguida por el propio derecho; aquellas que encuentran la distinción en los intereses mismos ya sea porque estos tengan o no un carácter patrimonial; la de Duguit que se fija en la existencia de la sanción o carencia de la misma, y por último aquellas que fundan la distinción entre el derecho público y el derecho privado en los signos exteriores de cada uno de ellos. Podríamos clasificar estas últimas como teorías formalistas.

Separación entre el derecho público y el derecho privado.

Los romanos fueron los que sostuvieron primeramente la

tesis de que la distinción entre el derecho público y el derecho privado está en la naturaleza de los intereses protegidos y afirmaban que el conjunto de los intereses públicos protegidos formaba el objeto del derecho público y el conjunto de los intereses privados el del derecho privado.

Algunos autores, Bruns y Konner entre ellos, han sostenido una tesis, pero otros la han combatido diciendo que ella no determina ni delimita perfectamente los diversos aspectos del derecho; que la distinción es relativa desde el momento en que el interés general que para ellas debía ser motivo del derecho público, está formado de intereses particulares. Sostienen los impugnadores de la tesis romana que en cierto sentido todo derecho es creado para proteger intereses individuales, es decir, intereses privados. Esta relatividad de la distinción se hace más notable si se examinan algunos casos concretos en los cuales los actos realizados afectan unos directamente a los intereses generales y son regidos por el derecho privado y aquellos que son de la competencia del derecho público y sin embargo no interesan como los otros a los intereses generales. Regular la transmisión de los bienes inmuebles es de una importancia más general que la organización de un ministerio, y, sin embargo, lo primero es de la competencia del derecho civil y lo segundo del derecho público.

Inspirados en la tesis romana pero sin admitirla en lo absoluto, Savigny y posteriormente Stahl, formularon el sistema que se puede denominar teleológico. Así encontramos que si los romanos definían el derecho según los intereses que

JCh.-12.

tesis de que la distinción entre el derecho público y el derecho privado está en la naturaleza de los intereses protegidos y afirmaban que el conjunto de los intereses públicos protegidos formaba el objeto del derecho público y el conjunto de los intereses privados el del derecho privado.

Algunos autores, Bruas y Neumer entre ellos, han sostenido esa tesis, pero otros la han combatido diciendo que ella no determina ni delimita perfectamente los diversos aspectos del derecho; que la distinción es relativa desde el momento en que el interés general que para ellos debía ser motivo del derecho público, está formado de intereses particulares. Sostienen los impugnadores de la tesis romana que en cierto sentido todo derecho es creado para proteger intereses individuales, es decir, intereses privados. Esta relatividad de la distinción se hace más notable si se examinan algunos casos concretos en los cuales los actos realizados afectan unos directamente a los intereses generales y son regidos por el derecho privado y aquellos que son de la competencia del derecho público y sin embargo no interesan como los otros a los intereses generales. Regular la transmisión de los bienes inmuebles es de una importancia más general que la organización de un ministerio, y, sin embargo, lo primero es de la competencia del derecho civil y lo segundo del derecho público.

Inspirados en la tesis romana pero sin admitirla en lo absoluto, Savigny y posteriormente Stahl, formularon el sistema que se puede denominar teleológico. Así encontramos que si los romanos definían el derecho según los intereses que

Jfb.-10.

regulaba, estos autores distinguen el derecho según su fin. Savigny afirma que en el derecho público, el Estado es el fin y el individuo ocupa un lugar secundario, contrario de lo que sucede en derecho privado, en el cual el individuo es el fin y el Estado es un medio.

Stahl por su parte sostiene, sin distanciarse de Savigny en el fondo, que hay relaciones jurídicas que tienen por fin la satisfacción de las necesidades individuales y otras que tratan de establecer la unión de los hombres bajo la misma autoridad y hacerlos que vivan dentro de esa unidad.

Khering desarrolla la tesis de los autores citados y distingue las relaciones jurídicas según los sujetos del fin en tres clases; relaciones en las que el sujeto del fin es el individuo, es el Estado o lo es la sociedad. Este propio autor no considera la distinción como fundamental porque hay instituciones jurídicas, como la propiedad que pueden ser privadas, social o pública.

Abrams opone el fin inmediato al fin último. Afirma que el fin último de todo derecho es la personalidad humana, pero esta misma personalidad puede ser también el fin inmediato y en este caso la relación es de derecho privado y si lo es el Estado o la sociedad, se encuentra entonces en presencia de una relación de derecho público.

Todas estas tesis no explican cómo el Estado llega a ser sujeto de una relación jurídica de carácter puramente civil. Tal como cuando el Estado compra, cambia o arrienda una cosa.

Ante la imposibilidad, pues, de encontrar una distinción correcta teniendo en cuenta los intereses protegidos por el

derecho o el fin por el que se creó, otros autores, contándose entre ellos rusos, alemanos y franceses, optaron por abandonar la tesis romana y estudiar el problema desde otros puntos de vista diferentes.

Algunos como Mayer, Oussoff y Kawelinc fundan la separación entre el derecho público y el derecho privado en la distinción de los intereses, ya sea que éstos tengan o no un carácter patrimonial y otros como Zitelvitch ven en el derecho privado un derecho de disposición.

Para Kawelinc la distinción entre ambos derechos carece de fundamento teórico. El derecho civil está formado de diversas partes o instituciones que presentan cierta unidad por provenir de una misma fuente que es el Jus Civilis de los romanos, término común a todo el derecho de aquel pueblo. Actualmente las circunstancias obligan a los juristas a deshacer esa unidad que no tiene sino un interés exclusivamente histórico. El derecho civil moderno, sostiene este autor, es el conjunto de derechos que afectan al patrimonio individual y excluye todo derecho que no tenga ese carácter, aun cuando esté organizado dentro del derecho civil, tales como las relaciones de familia.

Con esa concepción del derecho, dice el propio autor, las relaciones jurídicas consideradas como de derecho público, deben catalogarse dentro del derecho privado, tales como las leyes que organizan los impuestos, las que establecen los castigos y otras.

No es posible convenir con este autor en el punto de

jfb.-11.

que la distinción entre los derechos que se ha venido estudiando no tenga un fundamento racional. Esa aglomeración de partes que forma el derecho civil tiene su razón de ser. Ellas corresponden a diversas necesidades sociales que aparecen con la complejidad de cada época. Hay instituciones como la de la letra de cambio que no existía en el derecho romano y sin embargo aparece en la legislación civil. En consecuencia, no es de afirmarse que la unidad proviene simplemente porque las instituciones tienen una misma fuente.

De acuerdo con la tesis de Kaveline nosotros llegaríamos a colocar dentro del derecho civil todas las relaciones sociales. Además, de no definir el valor material del derecho patrimonial, ofrece varios inconvenientes para el estudio del derecho porque conduce necesariamente a separaciones arbitrarias entre partes de una misma rama del derecho como es el civil.

Zitovich llega al mismo resultado que Kaveline siguiendo en sus razonamientos otro procedimiento, es decir, también considera la naturaleza económica de los derechos. Las insuficiencias de las clasificaciones basadas sobre la materia y el contenido de las relaciones jurídicas, ha llevado a los juristas a buscar otras características para hacer la distinción.

Duguit, como creador de la teoría que niega la personalidad del Estado, considera que las relaciones jurídicas existentes entre el Estado y los particulares, son relaciones jurídicas que crea la ley positiva dándoles un valor jurídico determinado y que no se pueden distinguir de las

de naturaleza privada desde el punto de vista del sujeto que es el mismo Estado, puesto que éste está formado de individuos que detentan el poder y propiamente las relaciones siguen siendo entre individuos de la misma categoría.

La distinción debe hacerse desde el punto de vista de la sanción. El derecho público no tiene una sanción directa y el privado sí la tiene. El individuo en sus relaciones con los otros individuos puede recurrir a la fuerza de que disponen los gobernantes para dar validez al derecho que le concede la ley positiva, lo que no sucede cuando uno de los sujetos es el Estado y siendo, naturalmente, éste el obligado. La fuerza física no la puede emplear el Estado contra sí mismo.

Esta tesis es cierta en la parte a que se refiere al punto práctico de la existencia de la sanción, entendiéndose ésta como la fuerza física material de que dispone el Estado cuando se trata de relaciones entre particulares; pero no es tan exacta cuando trata de asimilar el Estado al particular, porque el Estado aun en sus relaciones con los particulares tiene una personalidad especial y distinta de la de aquéllos, pues los intereses que maneja no son de los individuos que lo componen, sino de la sociedad.

Otros autores, entre ellos Kant, distinguen el derecho público del derecho privado en virtud de las diferentes situaciones en que se encuentra el sujeto de cada derecho. Ellos toman como base al hombre sujeto de los derechos concedidos por la ley considerándolo como miembro de la sociedad o como simple individuo. Esta concepción de

JCb.11.

debe a la influencia de la escuela del derecho natural o sea la existencia previa de un estado de naturaleza a la formación de la sociedad. Ya existían derechos antes de que la sociedad se formara y esos derechos tenían una naturaleza privada. Se creó la sociedad y fué necesario organizarla creando instituciones que vinieron a constituir el derecho público. De manera que, este derecho no es sino la ampliación del privado al cual sirve de sostén.

La Escuela histórica encabezada por Puchta fué la que vino a desvanecer la tesis anterior. Parte de la idea de que el derecho debe distinguirse teniendo en cuenta al individuo como tal o como miembro de la sociedad. En el primer caso le son concedidos los derechos de propiedad y de familia y en el segundo caso los derechos públicos y eclesiásticos constituyendo los dos primeros el derecho privado y los segundos el derecho público.

De acuerdo con ese concepto el autor citado divide los derechos en tres grandes ramas: derechos privados, derechos públicos y derechos eclesiásticos.

Algunos autores han modificado esta tesis distinguiendo simplemente dos clases de derechos: públicos y privados. Los primeros implican necesariamente la existencia de una sociedad organizada y que no existirían sin esa sociedad y los segundos suponen únicamente una coexistencia de hombres.

Estas teorías parten de una base falsa al considerar la existencia de derechos sin sociedad. El individuo es un producto de la sociedad y los derechos concedidos a ese

jfb.-11.

to lo es precisamente por la sociedad misma, fuera de la cual no es posible la existencia de derecho alguno.

Jellinek distingue los derechos en dos categorías: los sujetos que pueden querer y aquellos que pueden obtener. El derecho, dice él, no hace otra cosa sino reconocer las relaciones que tiene ante sí, las cuales son independientes del propio derecho. Los individuos poseen de antemano el poder de hecho, pueden obrar legalmente. Las consecuencias del reconocimiento de ese poder de obrar aparece con toda claridad cuando se trata de establecer los efectos de las prohibiciones legales. Toda prohibición puede reducirse a esta fórmula: Tú no puedes legalmente. Las prohibiciones, sin embargo, no hacen imposible la realización de un acto, tan sólo declaran el cumplimiento ilegal, lo que quiero decir que esas prohibiciones pueden ser violadas.

El derecho puede agregar a la capacidad del individuo un elemento nuevo dando a sus actos una fuerza jurídica que entraña consecuencias nuevas. Aparece entonces lo que se llama "la fuerza jurídica" (*puissance juridique*).

El poder jurídico es la libertad natural reconocida al individuo y sólo existe con relación a otros individuos reconocidos como tales; la fuerza jurídica que se suma a la libertad natural del hombre para protegerla o darle una nueva capacidad, existe solamente en tanto que exista el Estado que creó el derecho.

El poder jurídico no puede existir sin la fuerza jurídica y ésta sí podrá existir sin el primero cuando se trata de dar nueva capacidad natural al individuo y no simplemente protegerla.

En lo que se acaba de exponer se funda Jellinek para hacer la distinción entre ambos derechos diciendo que el primer elemento denominado "poder", siempre existe en el derecho privado y el segundo elemento siempre se presenta en el derecho público. Todos los derechos públicos tienen como fundamento una fuerza resultante de la ley.

Esa distinción es artificial, pues los dos elementos que se señalan, no son esenciales en materia de derecho subjetivo. Semejante distinción no depende de la materia del derecho, sino de las consecuencias que entraña la violación.

Korkounov sostiene que la base de toda distinción debe buscarse en la forma que revisten las relaciones jurídicas, ya que las tesis anteriores han demostrado que la distinción basada sobre los intereses que esos derechos protegen, no son suficientes para establecer una distinción clara y precisa.

El derecho es la facultad de servirse de alguna cosa. Esta facultad puede estar garantizada bajo la forma de repartición de la cosa u objeto, en varias partes, atribuyéndose a los individuos cada una de ellas a título de propiedad. La concepción completa de la propiedad privada está en jfb. 211.

basada sobre la repartición y sirve de base a la institución de la familia que excluye la intervención de personas extrañas.

Frecuentemente se toma la repartición como idea fundamental del derecho porque las cuestiones de derecho se relacionan con la propiedad.

Al lado de esa forma, existe otra que es la adaptación de la cosa u objeto, a la realización común de algunos intereses. Esto se debe a la insuficiencia de la primera forma. Existen algunas cosas que son difíciles de repartirse, tales son por ejemplo: los ríos navegables, los caminos públicos, las monedas, etc. Ante esa dificultad, estos objetos se adaptan.

Las dos formas no pueden existir aisladamente por ser insuficientes. Se puede reconocer la propiedad privada, pero la posesión misma tiene necesidad de ser protegida, pues un orden de cosas en el que esta protección no existiera, es difícil concebirlo. En consecuencia, si no es el derecho de propiedad el que debe ser protegido, al menos la posesión temporal del uso debe estar garantizado.

En el concepto de Korkounov, las distinciones que existen entre el derecho público y el derecho privado se pueden explicar por la distinción que existe entre la repartición y la adaptación.

Las diferencias más notables entre ambos derechos son las que se relacionan con la adquisición de los derechos, la pérdida de los mismos, a su contenido y a las relaciones entre los derechos y las obligaciones.

Los derechos privados se adquirieron por diversas circunstancias y tienen un carácter netamente individual, pues tienen relación directa o indirecta con un individuo. Este carácter individual se afirma por el lazo que se crea entre el individuo y la cosa. En consecuencia, en el derecho privado siempre se encuentra la capacidad y la posesión. En cambio, si se trata de un objeto adaptado al uso común, el caso es diferente. Un individuo no podrá intervenir para adquirir la cosa por-que es un grupo de personas el que se sirve de ella. Esto tiene lugar con motivo del ejercicio de los derechos públicos.

La pérdida de un derecho público resulta de la pérdida de la capacidad, independientemente de la voluntad del sujeto. En cambio, los derechos privados pueden ser perdidos voluntariamente por el sujeto sin que éste pierda su capacidad. El sujeto puede renunciar a un derecho, enajenarlo o cederlo a otra persona para que lo ejerza en su lugar; este caso se explica también por la teoría de la repartición y adaptación.

En tratándose de un objeto adaptado, el poder de disposición no existe, tales son por ejemplo, las líneas ferroviarias cuando no son de propiedad individual, sino del Estado.

Ahora bien, respecto a los derechos y obligaciones, si se trata de un objeto adaptado y por tanto regido por el derecho público, el sujeto es indeterminado y si es una cosa de posible repartición, el sujeto es perfectamente definido.

El autor cuya tesis estamos examinando afirma, después de considerar los casos que hemos expuesto, que las particularidades del derecho público y del derecho privado se explican de una manera satisfactoria por las distinciones que existen entre la repartición y la adaptación.

De la exposición de las diversas teorías existentes acerca de la distinción entre el derecho público y el derecho privado se desprende un hecho innegable con el cual todas las tesis están de acuerdo y es el siguiente: existe una separación real entre los dos derechos.

Resumiendo las conclusiones que hemos obtenido en las tres partes de nuestro estudio hasta aquí expuesto, podemos expresarlas con las proposiciones siguientes:

I.- El derecho administrativo estudiado desde el punto de vista histórico, se ve que se desligó del derecho civil por ser de naturaleza completamente distinta;

II.- El derecho administrativo es una rama del derecho público y entre éste y el derecho privado existe una separación real; y

III.- La función administrativa o actos de la administración, es la actividad del Estado encaminada a determinar situaciones jurídicas para casos individuales y concretos bajo un orden jurídico determinado.

Naturaleza del orden jurídico.

Por lo expuesto en el párrafo anterior, podemos afirmar que existe efectivamente un orden jurídico especial cuya naturaleza debemos definir a efecto de colocarlo don-

tro de alguna de las dos ramas en que está dividido el derecho. Hemos de advertir que sobre este punto todavía no está claramente señalado un criterio para los actos en los que interviene el Estado como persona pública. No se presenta esta duda por ejemplo en Francia, pues el derecho administrativo en este país constituye un orden jurídico especial perteneciente al derecho público y los actos administrativos se sujetan a la jurisdicción de tribunales especiales administrativos para su resolución. Este ha sido el país por excelencia creador del derecho administrativo considerado como una rama del derecho público. Así lo reconoce el propio autor alemán Otto Mayer en su obra "El derecho Administrativo Alemán" al confesar que el derecho francés sobre el particular, es una enseñanza para Alemania, ya que en Francia estos movimientos científicos se realizan siempre de una manera más brusca que en cualquier otro.

No sucede nada semejante en el nuestro, donde no se lo ha querido dar importancia al Derecho Administrativo y que por el contrario se ha tratado de no dar su existencia como ciencia del derecho independiente de las demás. Felizmente la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales ya se percató desde hace algunos años de la importancia de esta materia y ha puesto las cátedras respectivas en manos de una pléyade de jóvenes maestros que han sabido corresponder a las aspiraciones de la juventud de cuya dirección se han encargado. Esto no quiere decir que nosotros olvidamos o creemos que el derecho privado ha sido el mismo

desde la época de los romanos, pues ello equivaldría a negar las sabias conclusiones a las cuales llega el profesor Leon Duguit en sus obras acerca de la transformación paralela que van sufriendo ambos derechos.

A reserva de examinar la situación en que se han colocado nuestros tribunales respecto de la aplicación del derecho civil a los actos administrativos, iniciaremos desde luego nuestro estudio acerca de la determinación de la naturaleza del orden jurídico de que se trata.

Teniendo como modelo en este estudio a la organización jurídica francesa, hemos de afirmar con los autores de ese país, que las discusiones acerca de si los actos administrativos deben corresponder a un orden jurídico exclusivo de derecho público o privado, ha tenido dos aspectos fundamentales que son:

I.- Los actos administrativos realizados por los funcionarios o agentes como consecuencias de la voluntad unilateral del Estado son de la competencia del derecho privado o del derecho público si lesionan los intereses de un particular?

II.- Los actos administrativos verificados por los mismos funcionarios o agentes con motivo de acuerdos voluntarios bilaterales no contractuales, pertenecen a uno u otro derecho?

La resolución del primer problema que constituye uno de los aspectos señalados, trajo consigo la resolución del segundo, obteniéndose en cada caso principios generales a

los que tuvieron que sujetarse más tarde los tribunales como reglas de derecho.

La discusión se suscitó en virtud de que los autores de derecho civil y los tribunales afirmaban que los empleados o agentes de las administraciones públicas que en cumplimiento de sus deberes oficiales hubiesen lesionado los intereses de un particular, incurrirían en responsabilidad civil y conforme los preceptos del derecho privado era de exigírseles el pago de los daños y perjuicios causados. Se argumentaba que los hechos provenientes de la negligencia o imprudencia de los agentes y empleados, constituían a la vez infracciones a los reglamentos administrativos, razón por la cual, la acción que contra ellos se dirigiere, tendría su fundamento en los principios del derecho común; y como contra la administración no podía dirigirse acción alguna porque habría sido ~~tan- to como castigarse a sí misma~~, se concluía que en el caso de que fuera posible dicha situación, ella no habría sido sino una consecuencia del propio derecho privado.

En cambio, los que sostenían la tesis contraria, afirmaban que sólo a la administración le tocaba regular las condiciones en que debían funcionar los servicios públicos de cuyo buen funcionamiento ella era la encargada, desarrollando sus actividades dentro de la autoridad de la ley. Ella determinaba las relaciones entre el Estado y sus empleados o agentes y entre aquél y los particulares que aprovechan los servicios públicos. Con motivo del establecimiento de esas relaciones, se crean naturalmente derechos y obliga-

ciones, los cuales no pueden ser regulados ni juzgados por el derecho civil y tribunales de la misma naturaleza, sino por la administración por ser ella la única interiorizada en el funcionamiento de los servicios públicos. Ella y sus empleados o agentes son los responsables del buen funcionamiento de los mismos, motivo este por el que la responsabilidad tiene que determinarse en función de la naturaleza y necesidad de cada servicio. En consecuencia, la administración, dentro de sus leyes especiales, es la única capacitada para determinar las condiciones y naturaleza de los servicios y por tanto la responsabilidad de los agentes y funcionarios a cuyo cargo se hallan. Esa responsabilidad no es absoluta ni general, sino varía en relación con la naturaleza del servicio.

Ahora bien, respecto de los actos en los cuales existe acuerdo de voluntades ha sucedido algo semejante y si no se ha sostenido que todos deban regirse por el derecho público, se debe a que no todos afectan con la misma intensidad a los servicios públicos, y aquellos en que el carácter civil de las relaciones es más acentuado, se concluye que deben aplicarse combinados ambos derechos.

Así como en estos actos, que son siempre contractuales, una graduación como resultado de la o igual colaboración proporcionada por los particulares, proveedores o empresarios, para la creación o mantenimiento del servicio público; En algunos contratos donde hay necesidad de aplicar las reglas del derecho privado, éstas no aplican exclusivamente por la circunstancia de que hay que asegurar o respetar

el buen funcionamiento del servicio público. Este principio se aplica generalmente al convenio celebrado con un particular que concede gratuitamente un bien inmueble a una asociación privada que persigue un fin de interés general. Los autores, después de haber buscado una identidad entre estos actos y los del derecho privado, han llegado a la conclusión de que es un acto sui generis, propio del derecho Administrativo.

Por lo que se refiere, pues, a estos acuerdos de voluntades no contractuales, debe establecerse también el principio fundamental de que las reglas del derecho privado no son aplicables, sino en la medida en que ellas contribuyen al buen funcionamiento del servicio público. Tales por ejemplo: el acuerdo celebrado entre la administración y un obrero que forma parte del personal que atiende las reparaciones de una vía férrea o el que celebra un individuo que sirva plaza como soldado en una corporación. Evidentemente que no es posible aplicar a estos actos las reglas del derecho privado, porque una de las partes que celebran el convenio, se encuentra sujeta a una situación jurídica general establecida de antemano por una ley.

No importa que, de todo lo que llevamos expuesto acerca de la naturaleza del orden jurídico que examinamos, podemos deducir el siguiente principio: deben aplicarse a los actos administrativos los principios del derecho Administrativo considerado como una rama del derecho público y solamente son aplicables las reglas del derecho privado en la medida en que ellas contribuyan al buen funcionamiento

del servicio público.

Como se ve, la noción de servicio público es la que ha servido fundamentalmente para concluir que los actos que hemos estudiado no deben ser regidos por principios de derecho privado, sino de derecho público. Ahora si examinamos este propio derecho público aplicándosele la teoría de los actos jurídicos, encontraremos si no una oposición absoluta entre sus reglas y las del derecho privado, afirmaremos al menos que no son las mismas. Hay diferencias muy importantes.

Desde luego tenemos la primera divergencia en lo que se refiere a la competencia. En derecho público y concretamente con motivo de los actos administrativos, el funcionario o agente tiene la obligación de ejercer su competencia siempre que así lo prescriba la ley, aun cuando su sentir personal fuera el no hacer uso de esa competencia. El particular a esto respecto es completamente libre de ejercer o no su competencia. Si la competencia que tiene el funcionario o agente fuere discrecional, tampoco la podría ejercer libremente porque dicha competencia no se ejerce ya sino en interés del buen funcionamiento del servicio público.

La competencia de los agentes o funcionarios está dividida en cuanto a la materia y en cuanto al acto mismo. En el primer caso, un funcionario es competente para realizar determinados actos y en el segundo muchos funcionarios son competentes para realizar un mismo acto como cuando se trata de actos jurídicos importantes. Esta competencia de los funcionarios es exclusivamente para la materia en que

la ley se las concede. De manera que, en principio, los funcionarios son incapaces y sólo por disposición expresa son capaces, contrario de lo que sucede en derecho privado en el que la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción.

Respecto a la competencia de hecho, existen dos reglas, tanto en derecho privado como en derecho público y son: 1ª.- Los actos jurídicos, para producir sus efectos jurídicos, deben provenir de individuos capacitados; 2ª.- Los terceros antes de contratar deben investigar sobre la capacidad jurídica de su contratante. Estas reglas son más atenuadas en derecho privado que en derecho público, y la razón está en las necesidades de orden económico, en la estabilización de las situaciones jurídicas, en la paz social, etc.

Asimismo encontramos diferencias entre las reglas de derecho público y el derecho privado si examinamos los vicios de que adolece frecuentemente el consentimiento de los contratantes que realizan un acto administrativo. El vicio es todo acontecimiento sin el cual, los contratantes no hubiesen dado su consentimiento. Como en derecho privado, en derecho público existen el error, la violencia y el dolo como vicios del consentimiento.

En derecho civil el error constituye un vicio cuando recae sobre la cualidad esencial de la cosa, existe violencia cuando ella ha sido tan fuerte que el que resultó víctima no pudo resistir de dar su consentimiento; y el dolo existe cuando las maniobras dolosas han sido tales que sin

ellas la víctima no habría dado su consentimiento.

En derecho público estas mismas reglas se aplican modificadas.

Las reglas aplicadas al objeto del contrato se rigen por el principio de que todo acuerdo debe recaer sobre un objeto determinado y lícito. El objeto es la prestación que debe efectuarse como consecuencia de la situación jurídica creada por el acto jurídico. Esa prestación se exige que sea materialmente determinable y no esté prohibida por la ley. Este es el principio del derecho privado; pero el derecho público abarca mas casos porque todo objeto que se oponga a la realización o desarrollo de un servicio público se considera como ilícito. Son pues más numerosas y más variables en este derecho que en el privado.

Veamos ahora los actos jurídicos desde el punto de vista de los motivos que los determinan, o sea, examinemos sucintamente la teoría denominada de los motivos determinantes. Se entiende por motivo, a las consideraciones de hecho y de derecho que hacen que un individuo realice cierto acto jurídico. En derecho privado el motivo determinante influye sobre el valor jurídico del acto o sea sobre la manifestación de voluntad unilateral o bilateral. Es necesario que ese motivo determinante exista de hecho, que sea lícito y moral, para que la manifestación unilateral o bilateral de voluntad de comulore como regular.

En derecho público existe un principio que es el siguiente: la actividad y competencia de los funcionarios y

agentes públicos sólo puede tener por motivos determinantes el buen funcionamiento del servicio público. De manera que los funcionarios y agentes excepcionalmente están capacitados, es decir, lo están sólo en aquellos casos en que la ley lo prevenga y siempre en favor de un servicio público, contrario de lo que sucede en derecho privado en el que la capacidad es la regla. Las leyes y reglamentos administrativos han llegado al grado de exigir a los funcionarios y agentes que en los actos jurídicos que realizan, deben señalar expresamente el motivo determinante. En virtud de esta teoría y es aquí donde está su importancia, se logra determinar perfectamente la naturaleza de un acto jurídico.

Por último, por lo que respecta a la forma de los actos jurídicos, en derecho público la regla es más estricta que en derecho privado en el sentido de que los actos para producir sus efectos jurídicos se requiere que se realicen en la forma prevista por las leyes y reglamentos. Tiene mayor generalidad, mayor aplicación y mayor energía en el primero de los derechos citados que en el segundo. La razón es la misma que hemos encontrado en este examen que hacemos de la naturaleza del orden jurídico administrativo, o sea, las necesidades del buen funcionamiento de los servicios públicos.

Conclusión.

Creemos que con todo lo expuesto queda resuelto nuestro problema teórico inicial o sea el relativo a la determinación de la naturaleza del orden jurídico bajo el cual

debe realizarse la función administrativa. No debe haber temor por nuestra parte para afirmar que ese orden jurídico debe ser especial y de naturaleza exclusivamente de derecho público y sólo, como lo acabamos de demostrar en esta última parte de nuestro estudio y eso por lo que se refiere a determinados actos, el derecho privado será aplicado como excepción a los actos jurídicos administrativos. En otros términos, los principios del derecho privado serán aplicados siempre que así expresamente lo prevenga una disposición administrativa.

Situación que han guardado nuestros tribunales respecto del problema.

A diario tiene lugar en la vida administrativa de México un hecho que, si se examina detenidamente, cada caso constituye un problema. Diversas Secretarías de Estado celebran con los particulares contratos en virtud de los cuales estos últimos se comprometen a crear o mantener un servicio público o explotar determinada riqueza nacional para provecho propio y como compensación en ambos casos, se le hace al particular contratante la concesión de importar libres de gravamen determinados materiales empleados en la creación o mantenimiento de dichos servicios. La justificación en el primer caso es el propio servicio y en el segundo, la protección a la industria.

Citaremos como ejemplos, las cláusulas de los contratos celebrados por la Secretaría de Agricultura y Fomento y la de Comunicaciones y Obras Públicas con los señores

Pedro Ruiz y John F. Hart y la Cía. Mexicana de Aviación, S. A., respectivamente, los primeros para establecer una planta empacadora y beneficiadora de productos derivados de la pesca y la segunda para llevar a cabo el mejoramiento del Puerto Aéreo Central de la Ciudad de México.

Dichas cláusulas previenen los siguientes:

"Artículo 6o.- El concesionario tiene derecho a:

I.- Introducir libres de impuestos de importación que en seguida se detallan, los materiales y artículos necesarios para uso exclusivo de la fábrica empacadora que se le autoriza a instalar y de los artículos e ingredientes que necesite para preparación de los productos que sean lanzados al comercio.

.....

Cláusula décima.- La empresa podrá introducir libres de los impuestos de importación y derechos consulares que en seguida se detallan, los materiales y artículos necesarios para uso y operación de las rutas aéreas autorizadas a la misma Empresa por la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas, tales como hangares, aeroplanos terrestres, hidroaeroplanos, aeroplanos náufricos y globos dirigibles, motores de aviación, refacciones para dicho material de vuelo, equipo especial para talleres de construcciones aeronáuticas, implementos aparatos y accesorios de radiofaro y los materiales necesarios para la construcción de las obras de mejoramiento a que se refiere este contrato.

.....

Intencionalmente hemos elegido para su estudio dos

Pedro Ruiz y John F. Hart y la Cía. Mexicana de Aviación, S. A., respectivamente, los primeros para establecer una planta empacadora y beneficiadora de productos derivados de la pesca y la segunda para llevar a cabo el mejoramiento del Puerto Aéreo Central de la Ciudad de México.

Dichas cláusulas previenen los siguientes:

"Artículo 6o.- El concesionario tiene derecho a:

I.- Introducir libres de impuestos de importación que en seguida se detallan, los materiales y artículos necesarios para uso exclusivo de la fábrica empacadora que se le autoriza a instalar y de los artículos e ingredientes que necesite para preparación de los productos que sean lanzados al comercio.

.....

Cláusula décima.- La empresa podrá introducir libres de los impuestos de importación y derechos consulares que en seguida se detallan, los materiales y artículos necesarios para uso y operación de las rutas aéreas autorizadas a la misma empresa por la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas, tales como hangares, aeroplanos terrestres, hidroaeroplanos, aeroplanos anfíbios y globos dirigibles, motores de aviación, refacciones para dicho material de vuelo, equipo especial para talleres de construcciones aeronáuticas, implementos aparatos y accesorios de radiofaro y los materiales necesarios para la construcción de las obras de mejoramiento a que se refiere este contrato.

.....

Intencionalmente hemos elegido para su estudio dos

contratos completamente distintos porque son distintos sus fundamentos. En el primer caso se trata de una concesión para la explotación de una riqueza nacional que no aprovecha al público sino al concesionario. No vemos la razón por la cual se continúa en favor del mencionado contratante el privilegio de no pagar determinados impuestos. Esta exención, en ambos contratos, no se justifica jurídicamente ni a la luz de los principios superiores de la imposición. ¿Acaso se justifica una de ellas como una protección? No es el caso de examinar este problema, pero si la exención se hace con ese objeto, sería conveniente adoptar otra forma de proteger a la industria sin contra venir las disposiciones legales existentes. Tal es, por ejemplo, el subsidio. No hay razón para crear situaciones anormales como las que trae consigo una exención de impuestos.

Supongámos que a fines del presente año estando en sesión las Cámaras, el país tuviera una crisis que obligara al Congreso a gravar todas las fuentes capaces de producir ingresos al Estado y que ese Poder se encontrase precisamente sin poder para gravar infinidad de actividades que se encuentran actualmente amparadas por un contrato celebrado entre un particular y una Secretaría de Estado.

Este problema constitucional jamás se ha suscitado gracias a que nuestros gobernantes han resuelto las crisis de diferente manera y porque nuestro Poder Legislativo no tiene conciencia de su papel en la organización del Estado. Generalmente las crisis se han resuelto de una manera arbitraria como es la de descontarlo a los empleados

Federal es cierta cantidad de su sueldo para aplicar los fondos a la resolución del problema de la falta de trabajo en el país o para el mantenimiento de un partido político o gravando una fuente ya gravada como en el caso del impuesto adicional de un centavo sobre el porte postal para combatir la langosta o en el del adicional sobre el impuesto del pulque para la campaña antituberculosa. Por otra parte, mientras Cámaras Legislativas, ya sea por la impropiedad de la mayoría de sus miembros o porque éstos persiguen fines completamente distintos a los de la legislación, ignoran que diariamente las Secretarías de Estado, en otros términos, el Poder Ejecutivo, está celebrando contratos en los cuales se restringe la facultad soberana de imposición que la Constitución les concede fundamentalmente en los artículos 73, Fracción VII, y 74, Fracción IV.

Aun cuando jurídicamente este difícil problema es de mucha trascendencia, no juzgaremos los contratos desde ese punto de vista y sólo nos concretaremos a afirmar a este respecto que ellos son perfectamente anticonstitucionales a pesar de las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que sostiene la legalidad de esas cláusulas. Como ejemplos, los amparos promovidos por la Cía. de Luz y Fuerza de Tlaxcala, S. A., contra actos del administrador de Rentas de Tlaxcala, Ver., y fallado en revisión el 13 de agosto; el promovido por la Abastecedora de Huixtlián contra actos del Gobierno de Sinaloa, fallado también en revisión el 25 de abril de 1929, y otros más.

el que debe ser asegurado y fiscalizado por los gobernantes. La explotación de los bienes de propiedad nacional es un hecho que afecta al interés público y por eso el artículo 27 Constitucional los considera en su párrafo sexto como inalienables e imprescriptibles y exige para su explotación, como requisito indispensable, que a los particulares se les haga la concesión por el Gobierno Federal y siempre con la condición de que en dichos bienes se establezcan trabajos regulares y se cumplan los requisitos establecidos por las leyes.

En consecuencia, la intervención del Estado es necesaria en la realización de esos actos e interviene no como persona privada, sino colocada en un plano completamente diferente al del particular a quien se le hace la concesión. Se diría que el Estado realiza un acto contractual y por tanto debe considerarse como parte contratante, simplemente. En efecto, el acto que realiza reviste la forma de un contrato y no solamente en nuestra legislación, sino en Francia misma donde el acto se denomina contrato de concesión de servicio público. De aquí se derivan diversos errores inclusive el de nuestros tribunales.

Si examinamos los diversos aspectos de uno de esos contratos, encontraremos en efecto elementos que hacen pensar en un acto de naturaleza privada. Desde luego, la personalidad misma del concesionario que va a realizar la actividad autorizada por la concesión. Su situación nace de un acuerdo voluntario lo cual le da un carácter contractual

al acto; ambas partes persiguen fines diferentes, el Estado procurando que el establecimiento o funcionamiento del servicio público sea un hecho y el concesionario por su parte que de los trabajos realizados se obtengan utilidades que aumenten su patrimonio; la duración de la concesión también le puede dar al acto el carácter contractual, porque si la ley, cuando existe, señala un máximo, puede no ser éste el que se estipule, sino otro diferente que tendrá que ser el resultado de un acuerdo entre las dos partes; el otorgamiento de una garantía es también otra característica de los actos contractuales del derecho civil y al concesionario se le exige ese requisito.

El contrato celebrado por la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas con la Compañía Mexicana de Aviación, S. A., a que hicimos referencia en párrafos anteriores, contiene exactamente esos diversos aspectos.

La primera de las cláusulas del contrato previene que en virtud del convenio que se celebra, dicha empresa se compromete a llevar a cabo las obras que en el mismo se indican para el mejoramiento del puerto aéreo central de la ciudad de México, desprendiéndose de ese convenio las obligaciones y derechos de cada una de las partes, así como la denominación de concesionaria que se le da a la empresa en todo el contrato. Se establece en la cláusula décimo tercera que el contrato durará diecinueve años, once meses. La Ley Orgánica de la Contraloría establece que en cada contrato que se celebre con los particulares, se otorgará una ga-

rantía, consistente en una fianza o depósito en efectivo que se presentará o se hará en la Tesorería General de la Nación. Cualquiera de estas garantías no hacen efectivas en favor de la Nación, si la concesionaria no cumple con lo estipulado en el contrato.

Sin embargo, así como hemos encontrado estos aspectos que nos pueden traer la duda acerca de la naturaleza del contrato concesión, podemos examinarlo exclusivamente como acto realizado por la administración y ver que tiene muchas discrepancias con los actos contractuales civiles por lo que no es de negar su naturaleza distinta.

Seguiremos en esta parte de nuestro estudio a Gaston Jéze por tratarse de un contrato de concesión de servicios públicos como lo es el mantenimiento del servicio de recolección de basura entre la ciudad de México y diversos puntos del país. Este autor considera que todo contrato concesión de servicio público, tiene los siguientes caracteres:

I.- El contrato concesión de servicio público, es un contrato administrativo propiamente dicho.

II.- Tiene por objeto la explotación de un servicio público o el funcionamiento del mismo.

III.- La explotación es a riesgo del concesionario.

IV.- La remuneración del concesionario consiste en el derecho que se le confiere de exigir del público que haga uso del servicio, una taxa fijada por una tarifa durante el tiempo que dura la concesión.

V.- La concesión se hace por un largo período de

oq.

tiempo.

Es un contrato administrativo en el sentido preciso de la palabra, porque implica siempre la aplicación de reglas que están fuera del derecho civil. El hecho de que la ley la conceda a la administración el poder de organizar un servicio público, significa que este poder no está sujeto al derecho civil, porque sólo en esa forma podrá asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio que es una necesidad que afecta al interés general. Basta señalar la forma en que se perciben los ingresos del concesionario que es mediante tasas fijadas de acuerdo con la administración, para afirmar que es un contrato administrativo. La jurisprudencia francesa en este sentido es clara y precisa. En el asunto de la Sociedad Provedora de Gas de Bordeaux, juzgado por el Consejo de Estado, el 30 de marzo de 1910, se concluyó: el contrato administrativo es un contrato esencialmente administrativo, que no tiene analogía con ningún otro en el derecho civil. Considerado nuestro contrato desde este punto de vista, quizá no llene perfectamente esta característica, porque no existe una ley sobre servicios aéreos que regule los contratos de esta naturaleza. La razón está en nuestro mismo modo de ser, es decir, en México hemos de empezar por donde debemos terminar. La expedición previa de una ley sobre materia de rutas aéreas, es una necesidad imperiosa que nadie debe negar. El establecimiento de esas rutas en todo el país, prueba la urgencia de la creación de una legislación en este sentido. La Secretaría de Hacienda, teniendo

tiempo.

Es un contrato administrativo en el sentido preciso de la palabra, porque implica siempre la aplicación de reglas que están fuera del derecho civil. El hecho de que la ley la conceda a la administración el poder de organizar un servicio público, significa que este poder no está sujeto al derecho civil, porque sólo en esa forma podrá asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio que es una necesidad que afecta al interés general. Basta señalar la forma en que se perciben los ingresos del concesionario que es mediante tasas fijadas de acuerdo con la administración, para afirmar que es un contrato administrativo. La jurisprudencia francesa en este sentido es clara y precisa. En el asunto de la Sociedad Provedora de Gas de Bourdeaux, juzgado por el Consejo de Estado, el 30 de marzo de 1916, se concluyó: el contrato administrativo es un contrato esencialmente administrativo, que no tiene analogía con ningún otro en el derecho civil. Considerado nuestro contrato desde este punto de vista, quizá no llene perfectamente esta característica, porque no existe una ley sobre servicios aéreos que regule los contratos de esta naturaleza. La razón está en nuestro mismo modo de ser, es decir, en México hemos de empezar por donde debemos terminar. La expedición previa de una ley sobre materia de rutas aéreas, es una necesidad imperiosa que nadie debe negar. El establecimiento de esas rutas en todo el país, prueba la urgencia de la creación de una legislación en este sentido. La Secretaría de Hacienda, teniendo

en cuenta estas circunstancias, ha exigido que en los contratos se redacte una cláusula condicional en el sentido de que se reformará el contrato en los términos que lo prevenga la ley relativa. No pasa igual cosa con las concesiones en materia de ferrocarrilos, de pesca, de aprovechamiento de aguas, para las cuales existe una ley especial. No debemos, pues, considerar estos contratos como del derecho civil por el sólo hecho de que no exista una ley que los regule, porque esta razón no sería una consecuencia de la naturaleza misma del servicio, sino del poco conocimiento que nuestros legisladores tienen de la importancia de los problemas nacionales. Además, podríamos afirmar en estos casos, que el mismo contrato constituye la ley, porque en ese acto existen dos situaciones creadas: la que es consecuencia de las cláusulas que se refieren al servicio mismo y que no se pueden cambiar y las que atañen a la persona del concesionario. Las primeras crean una situación de carácter general e impersonal y las segundas una situación jurídica individual.

En cuanto a que estos contratos tienen siempre por objeto la explotación de un servicio público, se confirma en el contrato de nuestro ejemplo, porque la idea esencial es satisfacer un interés general tan imperiosamente necesario, que legitima el empleo de procedimientos de derecho público.

La Jurisprudencia Francesa dijo en 1913, por conducto de Helbromer, lo siguiente: cuando el Estado, el Departamento o la Comuna, organizan un servicio público, ya sea encargándose de su explotación y funcionamiento o concediéndolo a un tercero, es para satisfacer las necesidades generales de

la colectividad, satisfacción que no podría dejarse a la iniciativa privada porque habría sido imperfecta y discontinua.

Respecto a que estos contratos se explotan a riesgo del concesionario, está perfectamente comprobado desde el momento en que una de sus cláusulas previene que caduca administrativamente si el concesionario no explota o mantiene el servicio en los términos precisos en que se encuentra redactado el contrato.

Por lo que se refiere a la taxa que el concesionario debe cobrar, de acuerdo con la tarifa, es un elemento que aparece en el contrato inicial que la Compañía Mexicana de Aviación celebró con la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas, donde se incluye una cláusula previsional que el precio de los pasajes se sujetarán a una tarifa que señale de acuerdo ambas partes. En materia civil, estos precios se habrían señalado unilateralmente por parte del empresario. La taxa tiene todas las características de un impuesto especial. Una vez fijada, no podrá ser modificada sino por la autoridad competente previa proposición del concesionario.

Por último, en cuanto a la duración del contrato que debe ser por un largo período de tiempo, esta circunstancia la exige la estabilidad misma del servicio aprobado por la administración, el público y el concesionario. No podrá haber un funcionamiento regular y continuo del servicio público, si el modo de explotación a el concesionario cambia frecuentemente. La explotación implica la inversión de grandes capitales, razón por la cual el período de tiempo debe ser largo. El contrato que nos ha servido de modo

lo para este estudio, señala, como ya lo dijimos, un periodo de diecinueve años, once meses, debido a que la Ley de Inmuebles de la Federación previene que la duración de estos contratos no debe ser mayor de veinte años, sino con aprobación del Congreso. Por esta razón durante otras administraciones se han hecho concesiones hasta por cincuenta años.

sobre cada uno de estos dos últimos caracteres existe jurisprudencia de los tribunales franceses.

b En nuestro concepto estos cinco caracteres o aspectos del contrato concesión, deben ser la base fundamental sobre la que se apoyen nuestros tribunales para decidir si debe ser el régimen de derecho público el que se aplique en los casos de los contratos de esta naturaleza. Los otros aspectos a que hicimos referencia en párrafos anteriores y que supuestos fueron los que hicieron que los contratos no consideraran como pertenecientes al derecho privado, no son sino secundarios y que sólo logran que se obtenga la conclusión de que la concesión tiene una naturaleza compleja y debe ser objeto de un orden jurídico especial. Es necesario examinarlos desde este punto de vista, a efecto de ir obteniendo ejecutorias y llegar, como último resultado, a la formación paulatina de un derecho administrativo mexicano.

Antes por termino este estudio, sin tener la pretensión de haberles señalado a nuestros tribunales el derecho definitivo para el examen de los contratos concesión, sino simplemente de haber contribuido dentro de nuestras

posibilidades al establecimiento de un criterio que hasta hoy ha sido imperfecto.

México, junio de 1930.

E. Yoldo.

