



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo
acuerdo número 985162 de fecha 17 de agosto de 1998.

El Contrato Administrativo.

**Análisis crítico de su evolución y elementos en el Derecho Administrativo
mexicano.**

Tesis que para obtener el grado de

Doctor en Derecho

Sustenta el

Mtro. Juan Manuel Otero Varela

Director de la Tesis

Dr. Luis José Béjar Rivera

Dedicatoria.

A Dios...

*A Él debo mi vida, todo lo que soy y lo que tengo, mi esposa, mi familia y mis amigos, mi profesión,
mi estudio y mi trabajo.*

A Sandy...

*Un regalo de Dios en mi vida, mi amiga, mi compañera y socia, gracias amor por cada momento
juntos, por tú paciencia y comprensión, por absolutamente todo.*

Agradecimientos.

A mis padres María Alma del Rocío Varela Mendoza y Juan Manuel Otero y de la Cerda, mi hermana Alma y toda mi familia, incluyendo por supuesto a Sergio, la Güera, Danilo y Merceditas, así como a Ricardo, Montse y Samantha, por su comprensión, cariño y apoyo incondicional a cada momento.

A quienes me han acompañado en esta travesía con su amistad, pero sobre todo con una buena dosis de paciencia y me han guiado con sus pláticas y recomendaciones, particularmente al Dr. Luis José Béjar Rivera, por su dirección en este trabajo y por las muchas charlas que entablamos durante su elaboración.

Finalmente, quiero hacer mención de dos personas fundamentales en este proyecto de vida académica, por un lado, al Dr. Guillermo Antonio Tenorio Cueto, gran amigo y compañero de estudios de muchos años, que me invitó a cursar el Programa de Doctorado y que durante estos años ha sido, lo reitero, amigo, valioso consejero y guía. La otra persona a la que quiero referirme es al Dr. José Antonio Lozano Diez, a quien debo la recomendación de retomar el desarrollo de esta línea de investigación que hoy presento y que nació bajo su guía en mi tesis de licenciatura, además de sus constantes muestras de amistad, su consejo en momentos difíciles y su invaluable apoyo para regresar a la investigación e incorporarme a la vida académica.

Gracias a todos, han sido ángeles en mi camino.

Contenido

Relación de abreviaturas.....	4
Introducción.....	6
1. El Estado como sujeto de contratación.....	10
2. Teorías acerca de la existencia y naturaleza del contrato administrativo.....	19
2.1. Corriente antigua o negativa del contrato administrativo.....	21
2.2. Corriente clásica.....	27
2.3. Criterios de distinción del Contrato Administrativo.....	31
2.3.1. Criterios derivados de la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado francés.....	32
2.3.1.1. Caso <i>Terrier</i> , 6 de febrero de 1906.....	32
2.3.1.2. Caso <i>Thérond</i> , 4 de marzo de 1910.....	34
2.3.1.3. Caso Sociedad de Granitos Porfídicos de Vosges, 31 de julio de 1912.....	35
2.3.1.4. Caso Esposos <i>Bertin</i> , 20 de abril de 1956.....	37
2.3.2. Criterios de distinción formulados a partir de la doctrina.....	38
2.3.2.1. Teoría subjetiva.....	39
2.3.2.2. Teoría Jurisdiccional.....	40
2.3.2.3. Teoría formal.....	42
2.3.2.4. Teoría de la naturaleza del contrato.....	44
2.3.2.5. Teoría voluntarista.....	45
2.3.2.6. Teoría de la Cláusula Exorbitante.....	46
2.3.2.7. Teoría legalista.....	51
2.3.2.8. Teoría de la desigualdad de las partes.....	52
2.3.2.9. Teoría teleológica.....	54
2.3.2.9.1. Modalidad de los servicios públicos:.....	55
2.3.2.9.2. Modalidad de la utilidad pública:.....	57
2.3.2.9.3. Modalidad del interés público:.....	58
2.3.2.10. Teoría mixta.....	59
3. La teoría del contrato administrativo en México.....	61
3.1. Las posturas adoptadas por la doctrina en México.....	61
3.1.1. Teodosio Lares. (1806-1870).....	61
3.1.2. José María del Castillo Velasco. (1820-1883).....	63
3.1.3. Gabino Fraga. (1899-1982).....	66

3.1.4. Alfonso Nava Negrete.	68
3.1.5. Jorge Olivera Toro.	71
3.1.6. Miguel Acosta Romero.	74
3.1.7. Andrés Serra Rojas.	80
4. El contrato administrativo en la legislación mexicana.	84
4.1. El artículo 134 Constitucional y sus principios rectores.	88
4.1.1. Desarrollo histórico legislativo del precepto.	88
4.1.2. Principios consagrados en el artículo 134 Constitucional.	95
4.1.2.1. Eficiencia.	95
4.1.2.2. Eficacia.	98
4.1.2.3. Honradez.	99
4.1.2.4. Transparencia.	101
4.1.2.5. Economía.	103
4.1.2.6. Otros principios.	104
4.2. Evolución del marco normativo-legal de la contratación administrativa.	107
4.2.1. Desarrollo normativo durante el siglo XIX.	107
4.2.2. Desarrollo normativo durante el siglo XX.	107
4.2.2.1. La época revolucionaria.	107
4.2.2.2. La Segunda Guerra Mundial.	111
4.2.2.3. El período de reorganización y modernización.	113
4.2.2.3.1. Primera Ley de Inspección de Adquisiciones (LIA).	115
4.2.2.3.2. Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas (LICOP).	117
4.2.2.3.3. Segunda Ley de Inspección de Adquisiciones (LIA).	128
4.2.2.3.4. Ley sobre Adquisiciones, Arrendamientos y Almacenes de la Administración Pública Federal (LSAAAAPF).	131
4.2.2.3.5. Ley de Obras Públicas (LOP).	136
4.2.2.4. La renovación moral.	139
4.2.2.4.1. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestaciones de Servicios Relacionados con Bienes Muebles. (LAAPSRBM)	139
4.2.2.4.2. Ley de Adquisiciones y Obras Públicas. (LAOP).	141
4.2.2.4.3. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. (LAASSP).	146
4.2.2.4.3.1. Objeto, sujetos obligados a la aplicación de la norma y exceptuados de la misma.	147

4.2.2.4.3.2. Contenido de las adquisiciones, arrendamientos y servicios.	149
4.2.2.4.3.3. Interpretación para efectos administrativos y supletoriedad de la norma.	151
4.2.2.4.3.4. Los procedimientos de adjudicación.....	151
4.2.2.4.3.5. La adjudicación y la formalización del contrato.....	154
4.2.2.4.3.6. El contrato. Su contenido y tipos.	158
4.2.2.4.4. Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. (LOPSRM).....	160
5. El contrato administrativo y su definición por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	166
6. Elementos de los contratos públicos o administrativos.....	174
6.1. Elemento subjetivo.	176
6.1.1. El órgano u organismo público contratante.....	177
6.1.1.1. El ejercicio de una función administrativa.	177
6.1.1.2. La competencia.	180
6.1.2. El contratista del Estado.....	186
6.1.2.1. El órgano u organismo público contratista.	186
6.1.2.2. El particular contratista.....	191
6.1.3. El Consentimiento.	194
6.1.3.1. La declaración de la voluntad.....	196
6.1.3.2. El acuerdo de voluntades.	199
6.2. Elemento objetivo.	202
6.2.1. Objeto.....	202
6.2.2. Causa o motivo.....	205
6.3. Elemento teleológico.	206
6.4. Elemento formal.....	208
6.4.1. Formalidad.	210
6.4.1.1. La Licitación Pública.	211
6.4.1.2. Excepciones a la licitación.	218
6.4.2. Forma en sentido estricto.	219
7. Conclusiones.....	224
Bibliografía	227

Relación de abreviaturas.

CCF	Código Civil Federal.
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles.
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
DOF	Diario Oficial de la Federación.
FERRONALES	Ferrocarriles Nacionales.
IMSS	Instituto Mexicano del Seguro Social.
INFONAVIT	Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores.
ISSSTE	Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores al Servicio del Estado.
LAAPSRBM	Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles.
LAASSP	Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
LAOP	Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.
LAPP	Ley de Asociaciones Público Privadas.
LFPA	Ley Federal de Procedimiento Administrativo.
LFPRH	Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.
LGBN	Ley General de Bienes Nacionales.
LIA	Primera Ley de Inspección de Adquisiciones.
LIA	Segunda Ley de Inspección de Adquisiciones.
LICOP	Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas.
LOAPF	Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
LODC	Ley Orgánica del Departamento de Contraloría.
LOP	Ley de Obras Públicas.
LOPSRM	Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.
LSAAAAPF	Ley sobre Adquisiciones, Arrendamientos y Almacenes de la Administración Pública Federal.

LSE	Ley de Secretarías de Estado.
PEF	Presupuesto de Egresos de la Federación.
RLAASSP	Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.
RLFPRH	Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.
RLOPSRM	Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.
RTFJFA	Revista del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación.
SFP	Secretaría de la Función Pública.
SHCP	Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
SJFyG	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.
SPP	Secretaría de Programación y Presupuesto.
TLCAN	Tratado de Libre Comercio para América del Norte. (Estados Unidos, Canadá y México).

Introducción.

Al igual que en la mayor parte de los países de tradición romano-canónica, el Estado mexicano ha adoptado una clasificación dual para la actividad contractual que desarrolla como parte de su función administrativa.

En este sentido, realiza operaciones jurídicas que puede instrumentar a través de contratos cuya formalización, contenido obligacional y efectos, se rigen por normas de derecho privado, surgiendo así los llamados contratos civiles de la Administración.

Sin embargo, existe también otro tipo de contratos a los que generalmente se les ha atribuido el nombre de contratos administrativos, aunque también se les conoce como contratos públicos, estatales o del Estado, que por diversas circunstancias, se encuentran sujetos a un régimen jurídico especial, que responde a reglas de derecho público.

Es en función de esta última figura contractual que se desarrolla el presente trabajo, a través del cual se busca realizar una revisión del contrato administrativo en México, en virtud de que a la fecha no existe una postura uniforme entre la doctrina, la legislación y la jurisprudencia en la materia.

Bajo este contexto, en el primer apartado de este documento se advierte como punto de partida la posibilidad real y concreta de que el Estado pueda realizar operaciones jurídicas a través de contratos, es decir, que pueda establecer relaciones de derecho con los particulares, basadas en el libre acuerdo de voluntades.

Continuando la idea anterior, se analiza la forma en la que el particular se relaciona con el Estado contratante y colabora con éste en el cumplimiento de sus

metas, haciendo hincapié en que, aun con los nuevos esquemas de contratación cooperativa, que tienden a una apertura negocial en el contenido y alcances de los proyectos de infraestructura de los que son objeto, el Estado siempre se reserva potestades ejecutivas o directivas que le son atribuidas legalmente, no solamente por el orden público de sus funciones, sino más bien por los fines que persigue su actuación, que hacen irrenunciable su responsabilidad y sus obligaciones como garante del interés general, mediante el ejercicio del poder público.

Bajo esta tesitura, es menester abordar las posturas más representativas que a la fecha buscan definir y explicar al contrato administrativo, así como exponer sus razones, alcances, debilidades y críticas, con la finalidad de entender el estado en el que se encuentra dicha teoría, además de los retos que hoy enfrenta, partiendo de la tesis de que se trata de un acuerdo de voluntades con un fin público, razón por la cual está sujeto a reglas de derecho público exorbitantes del derecho privado, que colocan al contratante de la Administración en una situación de subordinación jurídica con respecto a esta última.

En el segundo apartado de este trabajo se describe el desarrollo evolutivo del contrato administrativo como una categoría autónoma del derecho administrativo, para lo cual se parte del análisis de aquellas posturas doctrinales que originalmente se opusieron a su existencia, para poder continuar con las que han aportado elementos importantes para su definición, desde su nacimiento a través de diversas resoluciones del Consejo de Estado francés, que denota el origen adjetivo de esta figura, hasta el desarrollo de sus elementos y características por buena parte de la doctrina, que ponen de manifiesto su complejidad.

Asimismo, se busca no solamente establecer la manera en la que ha sido concebido el contrato administrativo y el proceso evolutivo de su definición, como una figura con elementos y características propias, que le dan sustancia y lo distinguen del contrato de derecho privado, también se pretende advertir que el estudio de esta figura jurídica es una tarea que de ninguna manera puede

agostarse con este trabajo, en virtud de que su naturaleza y alcances siguen siendo objeto de las más apasionadas discusiones a todos los niveles, desde las eruditas trincheras de los académicos y doctrinarios, pasando por el legislador, la interpretación jurisdiccional y el devenir propio de la función administrativa del Estado, sin que hasta la fecha exista una postura que aglutine en forma unánime la conformidad de todos los operadores jurídicos.

Una vez analizado el panorama evolutivo del contrato administrativo, desde su nacimiento en el contencioso-administrativo francés, hasta las distintas vertientes doctrinales que han sido formuladas para su delimitación, se procede al estudio de la teoría de este instrumento en el derecho mexicano.

Para efectos de lo anterior, se procede al estudio del marco teórico del contrato administrativo en la doctrina jurídica nacional, que se aborda en el tercer apartado del presente trabajo.

De igual manera, en el cuarto capítulo se realiza un análisis del desarrollo evolutivo del marco regulatorio de la contratación administrativa en materia de adquisición y arrendamiento de bienes muebles, la prestación de servicios de cualquier naturaleza, la obra pública y los servicios relacionados con la misma, estudiando primeramente su base constitucional, no solamente a partir de los principios que la informan, sino también de los procedimientos administrativos instaurados para su adjudicación, previstos en el propio texto constitucional, así como en la legislación secundaria.

Las potestades jurídicas que la legislación ha conferido a la contratación administrativa, han generado una serie de criterios jurisdiccionales que tienen como objetivo distinguir a estos instrumentos jurídicos, de aquellos que pueden celebrarse en términos de la legislación civil, así como precisar su naturaleza jurídica especial, circunstancia que exponemos en el apartado quinto de este trabajo.

Finalmente, para poder estar en aptitud de realizar el análisis que se pretende con este trabajo, es importante revisar los elementos que integran al contrato administrativo en nuestro sistema jurídico y la forma en la que éstos se integran y se interrelacionan para la construcción de esta categoría regida por el derecho público.

1. El Estado como sujeto de contratación.

Más allá de las discusiones que puedan darse acerca de la personalidad del Estado¹, resulta cierto que su constitución y, propiamente su finalidad, se encuentra encaminada a la satisfacción de las necesidades e intereses de una población en un territorio determinado.

En este sentido, resulta plausible señalar que para el cumplimiento de esos fines, es necesario que el Estado se encuentre dotado de una estructura ordenada y organizada en forma sistemática en funciones y competencias, que le permita desarrollar todo tipo de actividades vinculadas a la satisfacción del interés general.²

La actividad del Estado se desarrolla a través de múltiples actos que tienen una connotación jurídica. Por un lado, existen actos que los órganos estatales realizan en forma unilateral, afectando la esfera jurídica de terceros, con independencia de la intervención de su voluntad.

En estos casos, se dice que el Estado actúa imponiendo su voluntad a otros, obligándolos a realizar determinadas conductas o a abstenerse de ellas, así como

¹ Cfr. Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*, trad. Fernando de los Ríos, México, FCE, 2000, pp. 169 y ss.; Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, 13ª ed., México, Porrúa, 2003, pp. 285 y ss.; Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, 37ª ed., México, Porrúa, 2003, pp. 185 y ss.

² Para efectos del presente estudio, nos acogemos a la versión republicana de interés general, surgida de la Revolución francesa, a la que apunta Jaime Rodríguez-Arana Muñoz en la Introducción de su obra *Interés general, derecho administrativo y Estado de bienestar*, al comentar el *rapport* de 1999 del *Conseil d'Etat*, que sitúa a dicho concepto como la finalidad última de la acción pública, y lo define como “[...] expresión de la voluntad general, que confiere al Estado la suprema tarea de atender el bien de todos y cada uno de los ciudadanos [...] que se refiere a aspectos tan materiales y concretos como la educación, la sanidad, la seguridad [...]”, en contraposición de la versión de corte utilitario propia del Estado liberal, también expuesta por el mismo Consejo de Estado, en la que el interés general no es más que “[...] el interés común en el sentido de suma de los intereses individuales y surge espontáneamente del juego de los agentes económicos [...]”, situando al Estado como un mero árbitro regulador de las fuerzas e intereses económicos. Cfr. Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Interés general, derecho administrativo y Estado de bienestar*, Madrid, Lustel, 2012, pp. 12 y ss.

a prestar determinados bienes o servicios, mediante el establecimiento de un mandato cuya validez se encuentra sujeta a una disposición normativa previa, emitida por la autoridad estatal competente y facultada para tales efectos, dentro de un ámbito espacial determinado, conocido típicamente como principio de legalidad.³

No obstante lo anterior, como parte de esta actividad jurídica del Estado, también se encuentra aquellas operaciones en las que los órganos encargados de la función administrativa estatal, obtienen de terceros prestaciones voluntarias de bienes o servicios. En este sentido, existe una correspondencia entre el interés del Estado y el de los particulares, no siendo necesario el empleo del mandato imperativo por parte del poder público, para satisfacer aquellos requerimientos que son necesarios para el eficaz cumplimiento de sus atribuciones y sus fines.

³ Podemos entender por principio de legalidad aquel que impone la vinculación de la administración a las regulaciones previstas por el legislativo. Cfr. Maurer, Hartmut, *Derecho Administrativo Alemán*, trad. de Gabriel Doménech Pascual (coord.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, serie doctrina jurídica, Núm. 637, p. 113. De acuerdo con Margáin Monautou, este principio se respeta cuando “[...] el acto administrativo se emite por la autoridad competente; se satisfacen las formalidades señaladas por la ley; se respeta el procedimiento administrativo para su admisión, y contiene la debida fundamentación y motivación del mismo.” Cfr. Margáin Monautou, Emilio, *Introducción al Estudio del Derecho Administrativo Mexicano*, 3ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 56. Esta forma de actuar de la Administración frente al particular, acorde al principio de legalidad, ha sido también objeto de comentario por el Poder Judicial Federal, en el sentido de que “*Del artículo 16, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierten los requisitos de mandamiento escrito, autoridad competente y fundamentación y motivación, como garantías instrumentales que, a su vez, revelan la adopción en el régimen jurídico nacional del principio de legalidad, como una garantía del derecho humano a la seguridad jurídica, acorde al cual las autoridades sólo pueden hacer aquello para lo que expresamente les facultan las leyes, en el entendido de que éstas, a su vez, constituyen la manifestación de la voluntad general. Bajo esa premisa, el principio mencionado tiene una doble funcionalidad, particularmente tratándose del acto administrativo, pues, por un lado, impone un régimen de facultades expresas en el que todo acto de autoridad que no represente el ejercicio de una facultad expresamente conferida en la ley a quien lo emite, se considerará arbitrario y, por ello, contrario al derecho a la seguridad jurídica, lo que legitima a las personas para cuestionar la validez de un acto desajustado a las leyes, pero, por otro, bajo la adopción del mismo principio como base de todo el ordenamiento, se genera la presunción de que toda actuación de la autoridad deriva del ejercicio de una facultad que la ley le confiere, en tanto no se demuestre lo contrario, presunción de legalidad ampliamente reconocida tanto en la doctrina como en la legislación nacional [...]*” Cfr. Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, Tesis aislada IV.2o.A.51 K (10a.), visible en SJFYG Febrero de 2014, Tomo III, p. 2239. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. CARACTERÍSTICAS DE SU DOBLE FUNCIONALIDAD TRATÁNDOSE DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON EL DIVERSO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD Y EL CONTROL JURISDICCIONAL.

Bajo este contexto, el contrato es uno de los instrumentos más comunes y representativos de la actividad del Estado, a través del cual se obtiene la colaboración voluntaria del particular, para la consecución de objetivos y metas concretos, que tienen como finalidad el interés público.

En este sentido, existen diversas formas en las que el particular puede colaborar con la Administración, ya GASTON JÈZE destaca dicha posibilidad “[...] *para garantizar el funcionamiento de los servicios públicos [...]*” -es decir, para- “[...] *asegurar la regularidad y la continuidad del servicio.*”⁴. En este sentido, dicho autor exponía que tal colaboración se podía manifestar en forma voluntaria o forzosa⁵, dependiendo del hecho de que se pudiera obtener voluntariamente del particular los bienes o servicios necesarios para la prestación del servicio público del que se tratara o bien, tuviera que recurrir a la *compulsión*⁶ para su obtención.

Con una línea de pensamiento distinta a JÈZE, pero coincidente en este sentido, MAURICE HAURIUO, partiendo de la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión, expresa la idea de que:

[...] la gestión administrativa radica en la colaboración de los administrados en la acción administrativa [...] -para lo cual explica que tal realidad es fácilmente perceptible, al apreciar que- “[...] *hay casos en los que la voluntad del administrador tiende a imponerse por su sola energía [...]* *hay otros, por el contrario, en los que ésta se halla acompañada de un curso de voluntades que facilita su tarea [...]*” -destacando que- “[...] *esta diferencia en las circunstancias del acto es, por su propia naturaleza, suficiente para implicar diferencias en sus*

⁴ Cfr. Jèze, Gaston, *Servicios públicos y contratos administrativos*, México, EJU, 2007, p. 485.

⁵ Para Jèze, son ejemplos de colaboración forzosa la expropiación, el impuesto, el empréstito forzoso como el pago de deuda a proveedores del Estado en títulos de deuda pública, los *enganches* militares, la función pública obligatoria a través de la figura del jurado o el testigo judicial, entre otros actos. Cfr. Jèze, Gaston, op. cit., nota 4, pp. 487 y ss.

⁶ (Del lat. *compulsio*, -ōnis). 2. f. Der. Apremio que se hace a una persona por parte de un juez o de una autoridad, compeliéndola a realizar algo o a soportar una decisión o una situación ajenas. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, España.

efectos jurídicos, pues las relaciones de mando o de subordinación no son, en absoluto, iguales que las de colaboración.”⁷

En función de lo anterior, dicho autor propuso toda una tipología respecto de los actos de gestión⁸, entre los cuales sitúa los de carácter contractual, que comprenden a los llamados contratos administrativos, como un claro ejemplo de relaciones de colaboración entre la Administración y un proveedor o empresario.⁹

No obstante estos esquemas de colaboración voluntaria, también conocidos de acción consensuada¹⁰, que forman parte de la actividad administrativa, es importante analizar bajo qué términos se da esa relación jurídico-administrativa entre la Administración y el particular, dado que aún bajo estos esquemas de concurrencia, existen aspectos típicos del derecho público, frente a los cuales resulta imposible hablar de una igualdad jurídica entre las partes, como se verá en capítulos posteriores.

Basta adelantar por ahora que la actividad de colaboración ha comenzado a sufrir importantes transformaciones cuya repercusión en el derecho administrativo en lo particular y en el derecho público en lo general, aún están por verse, hasta el punto de comenzar con nuevos capítulos en la forma en la que el particular se relaciona con la Administración, bajo un esquema al que se le ha denominado de acción cooperativa¹¹, que implica procesos de toma de decisiones basados en el consenso y la negociación entre autoridades públicas y el sector privado, cuya preparación y posterior ejecución se encuentra sujeta a procedimientos

⁷ Hauriou, Maurice, *Derecho administrativo y derecho público*. México, EJU, 2007, p. 57.

⁸ Las categorías de *acto de gestión* destacadas por Hauriou son: acto de gestión contractual; acto de gestión pecuniaria; acto de gestión oficiosa y el acto de gestión forzosa. *Ibidem*, pp. 62 y ss.

⁹ *Idem*.

¹⁰ La acción consensuada es el término acuñado por la doctrina alemana para definir la colaboración voluntaria de carácter contractual entre la Administración y el particular. Para abundar sobre este punto véase Schmidt-Assmann, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, trad. de Mariano Bacigalupo, Javier Bárcenas et al., Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 287, 325 y ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 37 y ss.

sumamente complejos de coparticipación o de asociación entre ambos sectores¹², para la implementación de importantes proyectos de infraestructura, que hasta ahora han podido verse concretados en ramos como el de educación, salud, comunicaciones y transportes.¹³

Con motivo de esta forma de actuación cooperativa, SCHMIDT-ASSMANN ha señalado que se están modificando las técnicas y los postulados en los que se asienta el Derecho Administrativo, sus principios de dirección o gobierno, sufriendo un desplazamiento, de un derecho jerárquico hacia un derecho consensuado, que puede derivar en esquemas de autorregulación (*Soft Law*), entre otros.¹⁴

No obstante lo anterior, aun con estas mutaciones en el esquema de colaboración del particular con la Administración, resulta inobjetable que el Estado guarda, incluso en la actuación cooperativa, una posición especial que le es atribuida no solamente por el orden público de sus funciones, sino más bien por los fines que persigue su actuación, que hacen irrenunciable su responsabilidad y sus

¹² Bajo este esquema de acción cooperativa, es posible ubicar en México esquemas organizativos como las Sociedades de Responsabilidad Limitada de Interés Público, reguladas en la Ley del mismo nombre, publicada en el DOF del 31 de agosto de 1934 y reformada el 9 de abril de 2012, para establecer en su artículo 1º, que “[...] sólo se constituirá cuando se trate de actividades de interés público y particular conjuntamente, a juicio de la Secretaría de Economía [...]” y previa autorización del Ejecutivo Federal, en términos de su numeral 2º. También se puede encontrar como otro mecanismo cooperativo a las asociaciones público privadas, recientemente normadas como tales, mediante la LAPP, publicada en el DOF del 16 de enero de 2012, aun cuando ya se venían utilizando esquemas específicos de participación, como los Proyectos de Prestación de Servicios (PPS), cuya enunciación se puede observar en el cuarto párrafo del artículo 50 de la LFPRH, publicada el 30 de marzo de 2006, en el mismo medio de difusión oficial y que estuvieron regulados en la Sección IX, “*De los proyectos para prestación de servicios*”, contenida en el Capítulo I, del Título Tercero, del Reglamento de dicha Ley, que fue derogado el 5 de noviembre de 2012.

¹³ A guisa de ejemplo, se pueden señalar, en materia de salud, los Hospitales Regionales de Alta Especialidad en el Bajío, particularmente en Cd. Victoria e Ixtapaluca; en educación la Universidad Politécnica de San Luis Potosí y en materia de transportes, la ampliación de diversos tramos carreteros como Tapachula-Talismán; Querétaro-Irapuato e Irapuato-La Piedad, entre otros proyectos. Para consultar los detalles de estos proyectos de infraestructura véase la liga siguiente: http://www.shcp.gob.mx/EGRESOS/PPI/PROYECTOS/Paginas/proyectos_m%c3%a9xico.aspx, (rubro Proyectos en México) consultada el 30 de julio de 2013.

¹⁴ Cfr. Schmidt-Assmann, Eberhard, op. cit., nota 10, p. 38.

obligaciones como garante del interés general, mediante el ejercicio del poder público.

Sin duda alguna, es en la forma de concebir esta colaboración voluntaria, esta asociación *sui generis* entre la Administración y el administrado¹⁵, en donde podemos encontrar distintas posturas que dificultan la posibilidad de contar con una doctrina del contrato público que sea homogénea o al menos más estructurada, debido a que frente al planteamiento de la teoría general del contrato de derecho público o administrativo, se opondrán siempre los criterios de formación del contrato en el derecho privado, en los que la libertad de las partes, no solamente en cuanto a la forma y términos de su consentimiento, sino también por lo que se refiere al acuerdo sobre el objeto y contenido obligacional, han sido la regla.

Lo anterior sin menoscabo de otros sectores de la doctrina administrativa, como es el caso originalmente de Alemania¹⁶ y posteriormente de Italia¹⁷, que consideran irrelevante la figura contractual en esta materia, si se toma en consideración la existencia del acto administrativo como elemento esencial en la emisión de la voluntad de la Administración, cuyos efectos pueden estar sujetos a la condición de su aceptación por un particular o a la emisión de una manifestación unilateral de la voluntad que en forma paralela sea emitida por este último, con la finalidad de quedar sobrepuesta a ese acto primario de la Administración.

Otra arista que resulta fundamental aceptar y entender, además de la que se podría dar en un sentido eminentemente jurídico-administrativo al momento de contratar entre la Administración y un particular, es la que se perfila desde el punto de vista económico entre los agentes contratantes, cuyo peso específico no hay

¹⁵ Cfr. Hauriou, Maurice, "La Gestión Administrativa", en *Obra Escogida*, trad. Juan A. Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976, p. 184.

¹⁶ Cfr. Mayer, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, trad. Horacio H. Heredia y Ernesto Krostochin, Buenos Aires, Depalma. T. I. 1949.

¹⁷ Cfr. Zanobini, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, trad. por Héctor Masnatta y Francisco Humberto Picone, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, Vol. I, 1954.

que soslayar, debido a la importancia que esta actividad representa desde una perspectiva productiva para el Estado y el particular, pues se trata de un medio vital para la generación de inversión y de riqueza para la sociedad, es decir, de uno de los motores de la economía nacional.¹⁸

Es por ello que se ha incrementado el interés de los organismos internacionales rectores de la actividad económica global, en el sentido de que los ordenamientos jurídicos locales en materia de contrataciones públicas amplíen sus esquemas, no solamente de contratación, sino también de protección, tanto del administrado o agente económico local que pretende participar en un procedimiento de contratación en el Estado del que es gobernado, como de aquellos agentes inversores extranjeros que pretendan participar en dichos procedimientos, mediante reglas o medidas que propicien condiciones de igualdad en la concurrencia y trato de los interesados, con independencia de aquellas que permitan brindar una mayor certeza o seguridad a los inversiones, tanto nacionales como extranjeros, como es el caso del establecimiento de medios alternos a los jurisdiccionales o administrativos estatales, para la solución de controversias o los mecanismos de transparencia implementados en los procedimientos de adjudicación¹⁹.

¹⁸ El monto de las contrataciones públicas representa aproximadamente 10% del Producto Interno Bruto (PIB) y entre el 30% y 40% del gasto público total. Cfr. Montiel, María José, "Comprar bien y rendir cuentas", *Este País, tendencias y opiniones*, núm. 258, octubre 2012. La SFP ha señalado también que "Tomando en cuenta que en México, las contrataciones públicas representan el 40% del total del presupuesto de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, el cual corresponde al 24% del Presupuesto de Egresos de la Federación, que en su conjunto representa alrededor del 8% del Producto Interno Bruto (PIB), es decir, un monto anual superior a un billón de pesos; las compras públicas son por tanto, la actividad gubernamental con mayor impacto en la economía nacional." Cfr. "Proyecto de Política General de Contrataciones Públicas", Unidad de Política de Contrataciones Públicas, SFP, Julio 2012, p. 5. Consultada en la liga siguiente: http://www.funcionpublica.gob.mx/web/doctos/ua/sracp/upcp/mejores-practicas/politica_general_de_contrataciones_publicas_vupcp.pdf. (última consulta 30 de julio de 2014)

¹⁹ Cfr. Suárez Beltrán, Gonzalo y Laguado Giraldo, Roberto, *Manual de contratación pública electrónica para América Latina. Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad*, CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), publicación de las Naciones Unidas, Colección Documentos de Proyectos, abril de 2007. Este documento puede ser consultado en: <http://www.cepal.org/SocInfo>. En el apartado introductorio de este documento se señala que: "[...] la globalización y la eliminación de barreras comerciales para la contratación pública han obligado a que los países hagan más transparentes sus procesos y reglas sobre contratación pública, permitiendo que los oferentes y proveedores extranjeros puedan participar en

Acorde a lo anterior, es importante precisar que la doctrina que mayor difusión ha tenido en América Latina, ha sido la del contrato administrativo, generada en Francia; sin embargo, su adaptación en cada ordenamiento jurídico nacional ha originado variantes interesantes, como la búsqueda de la *sustantivación* del contrato administrativo, en claro contraste con su origen motivado por aspectos adjetivos, situación que ha generado una constante evolución de la figura contractual de orden público.

México no es la excepción en cuanto a la adopción del contrato como una parte importante de la actividad de la Administración Pública; sin embargo, a pesar de que en la práctica la actividad contractual del Estado representa uno de los pilares económicos del país, su desarrollo no ha sido homogéneo en los distintos frentes del quehacer jurídico, así se puede observar que la doctrina jurídica nacional, si bien se decanta por la teoría clásica, que divide a los contratos que celebra la Administración en contratos civiles de la Administración y contratos administrativos, no ha generado mayores acuerdos, dejando en manos del legislador y de los criterios jurisdiccionales la construcción de esta categoría.

En este sentido, es posible observar que tratándose de bienes inmuebles, tanto las dependencias, como las entidades, entre otros entes públicos, se encuentran facultadas para suscribir contratos regidos por el derecho privado, en términos de

esa actividad. La creación de un mercado común, (multilateral, como lo llama la Organización Mundial del Comercio) depende necesariamente de que los gobiernos disciplinen las fases de preparación, selección y ejecución de sus contratos públicos de forma y en ambientes transparentes a nivel transnacional. La creación del Grupo de Trabajo sobre Transparencia en Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, la Ley Modelo de UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) sobre Contratación Pública, el TLCAN (Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México), el Grupo de Negociación sobre Compras del Sector Público GNCSP del ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas), el Tratado de Libre Comercio de los Estados Unidos con la Comunidad Andina, el Comité Técnico sobre Políticas Públicas que Distorsionan la Competitividad del MERCOSUR, son algunos ejemplos de iniciativas y grupos de trabajo que apuntan a la integración de un mercado transparente de contratación pública.”

la LGBN²⁰, mientras que la adquisición y arrendamiento de bienes muebles y la prestación de servicios, así como la obra pública y servicios relacionados con la misma se encuentran sujetos a disposiciones de orden público, en términos de la LAASSP²¹ y la LOPSRM²²

Por otra parte, la contratación de servicios personales subordinados bajo el régimen de honorarios y la incorporación de bienes muebles e inmuebles al patrimonio de la Federación o de los organismos descentralizados mediante donación, se rigen por disposiciones de orden presupuestario, previstos en la LFPRH²³, su Reglamento y el Presupuesto de Egresos, entre otras disposiciones normativas, pero se instrumentan en términos de la legislación civil.

²⁰ Como un ejemplo de lo anterior se pueden consultar los artículos 52 y 116 de la LGBN, que en lo conducente disponen que:

“Artículo 52. Cuando las dependencias, la Procuraduría General de la República o las unidades administrativas de Presidencia de la República, a nombre de la Federación, adquieran en los términos del derecho privado un inmueble para cumplir con finalidades de orden público, podrán convenir con los poseedores derivados, la forma y términos conforme a los cuales se darán por terminados los contratos de arrendamiento, comodato o cualquier otro tipo de relación jurídica que les otorgue la posesión derivada del bien [...]”, y

“Artículo 116. Los inmuebles propiedad de las entidades no se encuentran sujetos al régimen de dominio público de la Federación que establece esta Ley, salvo aquellos inmuebles propiedad de los organismos descentralizados. [...] Los inmuebles propiedad de las entidades, pueden ser objeto de todos los contratos que regula el derecho común.”

²¹ De conformidad con el artículo 3 de la LAASSP, son objeto de dicho ordenamiento, entre otras, las adquisiciones y los arrendamientos de bienes muebles; la reconstrucción y mantenimiento de bienes muebles; maquila; seguros; transportación de bienes muebles o personas, y contratación de servicios de limpieza y vigilancia; la prestación de servicios de largo plazo que involucren recursos de varios ejercicios fiscales, a cargo de un inversionista proveedor, el cual se obliga a proporcionarlos con los activos que provea por sí o a través de un tercero, de conformidad con un proyecto para la prestación de dichos servicios; la prestación de servicios de personas físicas, excepto la contratación de servicios personales subordinados o bajo el régimen de honorarios; la contratación de consultorías, asesorías, estudios e investigaciones, y en general, los servicios de cualquier naturaleza cuya prestación genere una obligación de pago para las dependencias y entidades, salvo que la contratación se encuentre regulada en forma específica por otras disposiciones legales, etc.

²² De conformidad con los artículos 3 y 4 de la LOPSRM, son objeto de dicho ordenamiento, entre otras obras públicas, los trabajos que tengan por objeto construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles, y como servicios relacionados con éstas los trabajos que tengan por objeto concebir, diseñar y calcular los elementos que integran un proyecto de obra pública; las investigaciones, estudios, asesorías y consultorías que se vinculen con las acciones que regula esta Ley; la dirección o supervisión de la ejecución de las obras y los estudios que tengan por objeto rehabilitar, corregir o incrementar la eficiencia de las instalaciones.

²³ Como ejemplo de lo anterior podemos destacar lo previsto en los artículos 182 y 183 A, último párrafo, del LFPRH, que disponen, en lo conducente, que Las dependencias y entidades que reciban donativos deberán destinarlos a los fines específicos para los que les fueron otorgados,

2. Teorías acerca de la existencia y naturaleza del contrato administrativo.

Como hemos mencionado, parte de la actividad desempeñada a través de la función administrativa del Estado también se encuentra en aquellas operaciones jurídicas a través de las cuales la Administración obtiene la colaboración voluntaria de terceros, para la adquisición de bienes, la prestación de servicios o la realización de obras públicas e infraestructura.

En esta última forma de la actividad del Estado, el contrato ha desempeñado una función toral; sin embargo, su naturaleza y alcances no han tenido un desarrollo homogéneo en la doctrina y en la práctica legal de todos los países, como consecuencia del sistema jurídico que haya servido de fuente para la regulación o el estudio de esta figura, situación que pone de manifiesto RAMÓN PARADA, al señalar que:

“Si la admisión de la institución contractual es común en todos los sistemas, no son coincidentes, sin embargo, las clases de contratos y sus regímenes jurídicos. Esto hace que el capítulo de los contratos sea uno de los más confusos en el Derecho comparado. La confusión deriva básicamente de la singularidad de los Derechos francés, belga y español, en los que se da una categoría de contratos, los contratos administrativos, que es desconocida en otros sistemas, como el alemán o el italiano y, por supuesto, en el Derecho anglosajón.”²⁴

La razón de esta singularidad se origina en Francia, como veremos más adelante, con motivo de la sustracción de los contratos de obras y de concesión de servicios públicos celebrados por la Administración, de la competencia de los tribunales

una vez determinado el otorgamiento de los donativos en los términos de las disposiciones aplicables, las dependencias o entidades deberán formalizar el instrumento jurídico que corresponda, con base en el modelo y reglas emitidos por la SFP.

²⁴ Cfr. Parada, Ramón. *Derecho Administrativo*, 4ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1992, t. I, p. 249 y ss.

civiles, para su atención por la jurisdicción administrativa; sin embargo, como bien advierte ANDRÉS SERRA ROJAS, estas formas contractuales nacidas en la estructura jurídica típica de la teoría general de las obligaciones del derecho privado se han “[...] venido adaptando a las nuevas exigencias del interés general, hasta formar un cuerpo de conocimiento sui generis que se esfuerza por elaborar su propia teoría [...]”²⁵, no sin ser objeto de las más apasionadas discusiones²⁶.

En efecto, en un principio se consideró que al contratar, la Administración actuaba bajo las mismas formas y términos previstos en el derecho privado. Posteriormente, tomando en cuenta diversos factores, ya sea de orden subjetivo, objetivo, jurisdiccional o finalista, se concluyó que en determinadas operaciones, los contratos que éste celebra deben estar sujetos a un régimen jurídico especial, dando paso a los contratos administrativos, cuya regulación pertenece al ámbito del derecho público y es la posición que a la fecha predomina en la doctrina, siendo materia de discusión los criterios para la determinación de dichos instrumentos jurídicos, sus características y su distinción de los contratos civiles que la propia Administración celebra.

Como consecuencia de lo anterior, podemos encontrar, en primera instancia, dos grandes vertientes o corrientes teóricas que la doctrina ha generado en torno a la existencia del contrato administrativo y su naturaleza, teniendo por un lado, al segmento que lo niega categóricamente y, por el otro, aquel que admite en mayor o menor medida, una distinción entre contratos civiles y administrativos. Siguiendo a AGUSTÍN GORDILLO²⁷, a la primera de estas posturas se le conoce como teoría

²⁵ Cfr. Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, Segundo Curso, 25ª ed., México, Porrúa, 2008, p. 633.

²⁶ Como ejemplo de lo anterior es posible hacer mención a la disputa generada entre Héctor A. Mairal y Alberto A. Bianchi, que puede ser confrontada en los artículos siguientes: “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”. *El Derecho, Diario de Jurisprudencia y Doctrina*. Buenos Aires. Año XXXVI, No. 9589. Septiembre 1998 del primero de los autores citados y “Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo. Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos”, Primera y Segunda parte, del segundo autor, en *El Derecho, Diario de Jurisprudencia y Doctrina*. Buenos Aires. Año XXXVII, No. 9866. Octubre y Noviembre 1999.

²⁷ Cfr. Gordillo, Agustín, “Los Contratos Administrativos”, *Contratos Administrativos. Régimen de pago y actualización*, Buenos Aires, ASTREA, T. I, 1988, pp. 10 a 19.

antigua o negativa del contrato administrativo, mientras que la segunda ha sido denominada como la teoría clásica.

2.1. Corriente antigua o negativa del contrato administrativo.

Dentro de esta corriente se agrupan diversas posturas, desde aquellas que niegan toda posibilidad de que el Estado pueda contratar de cualquier forma, dejando las relaciones de éste con el particular como una simple emisión de actos unilaterales condicionados²⁸ o que se superponen²⁹, según el exponente de que se trate; hasta aquellas tendencias que, considerando innecesaria la existencia de una categoría diversa, proponen el empleo del contrato de derecho privado en la actividad administrativa del Estado.

Como se puede observar, debido a lo heterogéneo de las posturas que integran esta corriente, existen autores que las han disgregado en grupos, como es el caso de MIGUEL ÁNGEL BERÇAITZ³⁰, que hace referencia a: 1) Los que afirman que se trata de simples contratos de derecho privado o doctrina privatista³¹. 2) Los que afirman que se trata de actos unilaterales del Estado o doctrina de la unilateralidad³². 3) Los que afirman que se trata de la yuxtaposición de dos actos unilaterales o doctrina de los dos actos unilaterales³³.

²⁸ Derivan de esta postura los planteamientos formulados por Otto Mayer y Gaston Jèze.

²⁹ Algunos de los autores que acogen esta postura son Oreste Ranelletti y Federico Cameo.

³⁰ Cfr. Berçaitz, Miguel Ángel. *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 154.

³¹ En esta categoría Berçaitz agrupa a autores como Santi Romano, Massimo Severo Giannini, Guido Zanobini, García Oviedo, Santamaría de Paredes, Rollo Villanova, Alfaro y Caballero, *Ibidem.*, p. 158 a 166.

³² Dentro de este grupo señala a Otto Mayer y Fritz Fleiner. *Ibidem.*, p. 168.

³³ Como parte de este grupo destaca a Federico Cameo, Oreste Ranelletti y a Guido Zanobini. *Ibidem.* p. 174. Es importante mencionar que el autor menciona a Hans Kelsen y a León Duguit como dos autores que pugnan por la utilización del contrato como categoría jurídica aplicable a la actividad del Estado, pero sin adjudicarle característica alguna, es decir, sin clasificarlo como de derecho público o privado, debido a la ausencia de valor que tal distinción importa en su pensamiento; sin embargo, únicamente los menciona y los deja fuera de esta clasificación.

También JORGE FERNÁNDEZ RUIZ detecta tres tendencias dentro de esta corriente, aquella que considera que el llamado contrato administrativo no es contractual³⁴; la que destaca que no habiendo distinción entre derecho público y privado no puede haber contratos de uno y otro tipo³⁵, y aquella que establece que los llamados contratos administrativos son, en esencia, iguales a los celebrados entre particulares³⁶.

Dado que el presente trabajo parte de la existencia de la institución contractual como un medio jurídico asequible para el desarrollo de la actividad administrativa del Estado, que como se ha mencionado, ha sido la tendencia adoptada por la doctrina general y constituye la realidad de nuestro derecho positivo, se estima innecesario, para los fines propuestos, abundar en todas las tendencias y autores que pueden ser considerados dentro de la corriente negativa del contrato administrativo; sin embargo, es conveniente destacar algunos de sus exponentes más connotados.

Tal es el caso de OTTO MAYER (1846-1924), quien asimila al contrato con los “[...] *actos administrativos por virtud de sumisión* [...]”³⁷, es decir, actos unilaterales a través de los cuales podían imponerse cargas al particular sin fundarse en ley, siempre y cuando este último admitiera libre y voluntariamente dichas obligaciones, siendo precisamente ese consentimiento del súbdito respecto del acto emitido por la autoridad administrativa, lo que le da eficacia al mismo, debido a que hace las veces de la autorización de la ley. En este sentido, MAYER señala que:

“Los actos administrativos por sumisión se restringen a las cargas, obligaciones y cesiones que, según nuestros usos, podrían ser

³⁴ Dentro de esta vertiente Jorge Fernández Ruiz agrupa a autores como Otto Mayer, Fritz Fleiner, Francesco d’Alessio y Oreste Ranelletti. Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo. Contratos*, México, Porrúa, 2000, pp. 59 y ss.

³⁵ En esta categoría menciona únicamente a Hans Kelsen. *Ibidem.*, p.62.

³⁶ Como expositor de esta tendencia destaca a Cino Vitta. *Idem.*

³⁷ Cfr. Mayer, Otto, op. cit., nota 16, pp. 129 y 130.

igualmente impuestos por un contrato de derecho civil. Por eso se les llama contratos, aunque por su estructura jurídica no lo sean. Para distinguirlos de los verdaderos contratos de derecho civil se los denomina contratos de derecho público.”³⁸

Lo anterior es así, toda vez que para MAYER el empleo de la palabra “contrato” en las actuaciones administrativas, deviene de una evolución de las instituciones de derecho público y de su terminología, indicando que:

“[...] ha comenzado siempre por ser una designación externa y sin consecuencias, por la cual se quería indicar que había allí algo extraordinario y que no se explicaba mediante las reglas ordinarias del derecho civil. Nos acercamos a la verdad, pues, descartando completamente el derecho civil en esas instituciones y llenándolas con la idea de poder público“.³⁹

En tal virtud, el propio autor concluye que:

“[...] sería lógico renunciar a la palabra “contrato” [...] Se podrían inventar términos técnicos completamente lógicos, pero siempre existirían dificultades para introducirlos en nuestros usos. En efecto, el derecho público se inclina a tomar su terminología del derecho civil [...] el derecho francés conoce igualmente sus contratos administrativos, que en realidad nada tienen de contrato.”⁴⁰

³⁸ *Ibidem.*, p. 130, (nota 5).

³⁹ *Ibidem.*, p. 183.

⁴⁰ *Ibidem.*, p. 184, (nota 3). En otro texto denominado *Zur Lehrevomöffentlich-rechtlichen Vertrag*, Mayer señala en forma aún más categórica: “[...] el contrato, en sentido propio, es inaplicable en el derecho administrativo, lo que se llama “contratos” son, en realidad, actos administrativos, los cuales pueden resultar eficaces únicamente con el consentimiento del interesado [...]”, citado por Fleiner, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. Sabino Álvarez Gendín, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S.A. 1933, p. 169.

Por su parte, FRITZ FLEINER (1867-1937) destaca la existencia del contrato de Derecho Público; sin embargo, acota su eficacia al hecho de que sea suscrito entre municipios, mancomunidades municipales y organizaciones de igual índole, para la realización de las funciones que el Estado les ha conferido, señalando al respecto que “[...] *en nada se altera con esto la naturaleza pública de la relación jurídica regulada mediante contrato [...]*”.⁴¹

Así, indica el autor que estos acuerdos son convenios generadores de derechos, en virtud de que las partes contratantes no se limitan, sino que “[...] *proponen sentar normas jurídicas objetivas a las cuales se habrán de ajustar al gestionar los referidos asuntos administrativos [...]*”⁴², debido a que se trata de relaciones jurídicas entre personas iguales; sin embargo, en tratándose de las relaciones entre el soberano y sus súbditos no es posible, debido a que las relaciones de Derecho público están reguladas unilateralmente por la voluntad del Estado.

En consecuencia, para FLEINER “[...] *La mayoría de los actos administrativos, llamados contratos de derecho público, son órdenes unilaterales cuya legitimidad está supeditada al consentimiento del interesado.*”⁴³

En este sentido, GUIDO ZANOBINI (1890-1964) comenta que la figura del contrato en el derecho público ha sido reconocida sin discusión, ya que “[...] *Existe acuerdo en la admisibilidad de los contratos entre el Estado y los entes públicos menores y de éstos entre sí [...]*”⁴⁴ -incluso, señala que- “[...] *tiene siempre carácter de acto bilateral o plurilateral y que, aun como tal, pertenece al derecho público, en cuanto se realiza por entes públicos en el ejercicio de las respectivas potestades públicas.*”⁴⁵

⁴¹ Fleiner, Fritz, *Ibidem.*, p. 168.

⁴² *Idem.*

⁴³ *Ibidem.*, p. 169.

⁴⁴ Zanobini, Guido, op. cit., nota 17, p. 328.

⁴⁵ *Ibidem.*, p. 297.

Sin embargo, dicho autor precisa que “[...] *El problema del contrato de derecho público se refiere, por lo tanto, exclusivamente a los actos que son, o parecen, el resultado de un concurso de dos voluntades, una de las cuales es propia de un ente público, la otra de un particular.*”⁴⁶, concluyendo que:

*“[...] cuando una relación de derecho público debe constituirse por medio de las voluntades concordantes de la administración y de un particular, tales voluntades se concretan en dos actos distintos y unilaterales, uno de los cuales el de la administración, asume la posición de acto principal y por sí mismo operativo de la relación, mientras que el acto del particular tiene la función subordinada de constituir una simple condición de eficacia del primero. Más bien, se trata generalmente de una condición resolutoria, en cuanto el acto administrativo despliega sus efectos desde su expedición, resolviéndose si falta la aceptación por el particular.”*⁴⁷

Otra postura que niega la existencia del contrato administrativo, aun cuando admite la posibilidad de que la Administración pueda contratar, es la expuesta por LEÓN DUGUIT (1859-1928). Su análisis parte de una crítica a la doctrina de la doble personalidad del Estado⁴⁸, tomando para tales efectos la teoría de la autolimitación del Estado desarrollada por JELLINEK⁴⁹, destacando que

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Ibidem.*, p. 301.

⁴⁸ De acuerdo con Mayer, la fórmula clásica de esta doctrina fue desarrollada por Koch, Lehrbuch d. Preuss. Priv. Rechts, 1, p. 170 (§60): “*El Estado se nos presenta como persona jurídica en un doble orden de relaciones: como asociación política para la realización del fin del Estado (derechos de majestad, de supremacía) y como sociedad de intereses pecuniarios, para procurar los medios que deben servir a ese fin.*” citado por Mayer, Otto, op. cit., nota 16, p. 61, (nota 10). En este sentido, la doctrina del Estado fisco advertía la existencia de una doble personalidad del Estado, una de ellas investida de poder público, por virtud de la cual actuaba en forma unilateral, ejerciendo su *imperium* a través de la imposición de actos unilaterales; mientras que la otra, de carácter patrimonial, le permitía actuar bajo formas de derecho privado, como si fuera un particular, a través de la cual se podían celebrar contratos.

⁴⁹ La teoría desarrollada por este autor parte del razonamiento siguiente: “*La soberanía es la capacidad para determinarse de un modo autónomo jurídicamente. De aquí que el Estado soberano es el único que puede, dentro de las limitaciones jurídicas que a sí mismo se haya puesto, ordenar, de manera plenamente libre, el campo de su actividad.*” Cfr. Jellinek, Georg, op. cit., nota 1, p. 449.

“[...] Lo propio de la voluntad soberana, es no determinarse jamás sino por sí misma. Ahora bien, cuando el Estado contrata consiente en limitarse, se obliga por su propia voluntad; se autolimita; su voluntad, aun limitándose de ese modo, no se determina más que por sí misma; sigue, pues, soberana en absoluto aun obligándose por contrato [...]”⁵⁰

Consecuentemente, concluye que el carácter obligatorio de los contratos del Estado no es discutible, precisando que:

“[...] El contrato es un acto jurídico que tiene el mismo carácter en Derecho público y en Derecho privado; o más bien, no hay distinción entre el Derecho público y el Derecho privado y el Estado está obligado por los contratos que ha celebrado como un simple particular.”⁵¹

Como se puede observar, este autor parte del hecho de que no es necesaria la existencia de dos categorías contractuales diversas, una de carácter público o administrativo y otra privada o de orden civil, cuya justificación se basaba en la vieja doctrina que concebía la personalidad del Estado en forma dual, por lo que propone la existencia del contrato como una categoría cuyo carácter no sea susceptible de afectación por las concepciones propias del derecho público o el privado y cuya fuerza obligatoria y efectos radica en la reunión de los caracteres o elementos que lo conforman en todos los casos, siendo uno de éstos el acuerdo de voluntades soberanas entre los contratantes. Bajo este contexto, para DUGUIT lo que le daría el carácter civil, mercantil o administrativo al contrato, es su finalidad, siendo para este último tipo, la de servicio público.

⁵⁰ Duguit, León, *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)*, trad. Adolfo G. Posada y Ramón Jaén, Argentina, Ed. Heliasta, 1975. p. 100. Una crítica a la postura de Duguit es la expuesta por Gaston Jèze, quien destaca que las relaciones entre los sujetos contratantes no se encuentran en un plano de igualdad como sería el caso de los contratos civiles, sino por el contrario, se reconocen en pie de desigualdad, fundamentalmente por los intereses atribuibles a cada parte, por un lado, el interés general y los servicios públicos, representados por la Administración y por el otro, el interés privado del particular contratista. Cfr. Jèze, Gaston, op. cit., nota 4, pp. 521 y 522.

⁵¹ *Idem.*

Una vez mencionadas algunas de las corrientes que integran la vertiente negativa del contrato administrativo, es menester abordar la tendencia que en la actualidad ha tenido mayor desarrollo, dado que a estas fechas no existe duda respecto del empleo del contrato como un instrumento habitual en las operaciones jurídicas que realiza el Estado en el ejercicio de su actividad administrativa.

2.2. Corriente clásica

Lejos de contar con una postura homogénea respecto de la naturaleza, contenido y efectos de los instrumentos jurídicos que son denominados en forma genérica como Contratos de la Administración, mismos que, atendiendo a un sinnúmero de criterios, ya sea jurisdiccionales, competenciales, subjetivos, objetivos, legales y teleológicos, entre otros, han sido subagrupados habitualmente en dos grandes rubros o sectores, por un lado los contratos civiles de la Administración, originalmente denominados como contratos ordinarios⁵², que son regulados por la legislación civil, donde la voluntad de las partes es la suprema ley, aplicándose total o parcialmente el CCF como norma supletoria para llenar los vacíos no previstos por las partes y que se rigen por principios de igualdad y de autonomía de la voluntad.

Por el otro lado, en un segundo rubro o sector se encuentra el Contrato Administrativo, que cuenta con características diferentes a las del contrato ordinario dado que, como señalara GASTON JÈZE, tales instrumentos se encuentran “[...] sometidos a reglas especiales del derecho público [...]”⁵³ o dicho de otra manera, se trata de acuerdos en los que la voluntad de las partes no puede alterar los mandatos de la ley, a la que se subordinan para constituir una relación de derecho público preestablecida, sujeta a principios jurídicos creados *ex profeso* para normar esas situaciones, que obedecen a los reclamos del interés público⁵⁴.

⁵² Cfr. Jèze, Gaston, op. cit., nota 4, p. 525.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ Cfr. Serra Rojas, Andrés, op. cit., nota 25, p. 635.

En congruencia con lo anterior ANDRY MATILLA, ha señalado que:

“La policromía que rodea el debate y el desarrollo de la contratación del Estado o del sector público, hace que se presenten soluciones diversas, teóricas y prácticas en ordenamientos jurídicos de referencia histórica al respecto, como pueden ser: Francia, Alemania, Italia, España, Gran Bretaña, Estado Unidos. Las soluciones en definitiva, han gravitado en torno a dos posiciones básicas: sostener la contratación del Estado o del sector público dentro del régimen jurídico del derecho privado; o someter una parte de esas relaciones contractuales a la tutela específica del régimen jurídico del derecho público, incorporando así una distinción con aquellas que colocan bajo el manto ordenador del régimen iusprivado.”⁵⁵

En efecto, la determinación del contrato administrativo y su distinción del contrato privado ha motivado un sinnúmero de criterios, que responden a la evolución que han tenido las instituciones jurídicas tomadas del derecho privado, para ser adaptadas a una realidad distinta como lo es la actividad regulada por el derecho público. Así las cosas, OTTO MAYER señala que:

“El derecho administrativo y el derecho civil tienen entre sí puntos de contacto muy numerosos, que es menester captar a fin de poder fijar

⁵⁵ Matilla Correa, Andry, “El Contrato de Derecho público en el Derecho Alemán: Breves anotaciones”, *Boletín Digital del Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad*, s/a, Argentina, p. 32 y ss, Consultado en: <http://www.gestion-publica.org.ar/content/bolet%C3%ADn-digital-n%C2%B0-2?page=0%2C11>. El análisis histórico realizado por Andry Matilla confirma el hecho de que tanto en el ordenamiento jurídico francés, como en el alemán, se construyó en forma paralela una categoría específica de contrato del Estado, que en Alemania aparecería como “*Contrato de Derecho Público*” (*öffentliche-rechtliche Verträge*), mientras que en Francia sería conocido como “*Contrato Administrativo*” (*Contrat Administratif*), esta diferencia sería más que nominal; sin embargo, precisa el autor que “[...] el modelo francés es el que ha corrido con mayor fortuna; al punto de que el prototipo fundamental que conocemos hoy cuando se alude a la contratación administrativa es el que tiene su hechura originaria en Francia, principalmente.”

*los lugares donde las dos esferas se tocan y trazar la línea que las separa.*⁵⁶

En el mismo sentido señala GASTON JÈZE que en el derecho público no se aplican los mismos textos del Código civil o de las leyes de derecho privado, sino que se tienen en cuenta únicamente las ideas generales que justifican estos textos, de tal suerte que este principio esencial de actuación ha sido aplicado, por ejemplo, en la noción de contrato administrativo, entre otras figuras jurídicas, destacando la decisión sobre el conflicto *Rothschild*⁵⁷ (6 de diciembre de 1855), de la que menciona es:

*“[...] la primera (decisión) en la que el Consejo de Estado ha formulado, en términos claros, categóricos y de significación muy general, la regla de que las teorías del derecho privado no pueden trasladarse como son al derecho público. Es preciso adaptarlas, teniendo en cuenta las necesidades del buen funcionamiento de los servicios públicos.”*⁵⁸

Esta migración o adaptación fue delineándose no solamente en las abstracciones teóricas del doctrinario, sino más bien en la práctica jurídica cotidiana, puesto que casi todos estos criterios de distinción surgieron debido a la necesidad de determinar la competencia del órgano encargado de dirimir las controversias derivadas del cumplimiento de las obligaciones estipuladas en dichos instrumentos jurídicos. Así lo reconoce RAMÓN PARADA al destacar que:

“[...]La atribución de competencia a la Justicia administrativa del contencioso contractual sobre los contratos de obras y servicios

⁵⁶ Mayer, Otto, op. cit., nota 16, p. 181.

⁵⁷ *“Corresponde únicamente a la administración, bajo la autoridad de la ley, regular las condiciones de los servicios públicos cuya marcha está encargada de asegurar, determinar las relaciones que se establecen entre el Estado, los numerosos agentes que actúan en su nombre y los particulares que aprovechan estos servicios y, por tanto, conocer y apreciar el carácter y la extensión de los derechos y obligaciones recíprocas que resultan de ello. Estas relaciones, estos derechos y estas obligaciones no pueden regularse según los principios y las disposiciones del derecho civil, como lo son de particular a particular [...]”*. Cfr. Jèze, Gaston, op. cit., nota 4, p. 489.

⁵⁸ *Idem.*

*públicos originó, primero, un diferente régimen procesal y, después, la elaboración por la Jurisdicción Administrativa de unas reglas y principios diversos para estos contratos de los que regían en los tribunales civiles para sus homólogos y correspondientes contratos entre particulares [...]” -surgiendo así- “[...] un régimen jurídico diferenciado sobre el que se construyó la figura del contrato administrativo [...]”.*⁵⁹

Siendo congruente con lo anterior, es de observar que la doctrina considera la posibilidad de que la Administración pueda celebrar contratos sujetándose a las disposiciones del derecho privado, vinculándose jurídicamente como si fuese un particular, mientras que, por otra parte, cuenta con los contratos administrativos, que son instrumentos jurídicos que se rigen por reglas especiales, que inciden o afectan la forma y términos en los que el órgano que los suscribe se relaciona con terceros.

No obstante lo anterior, es importante señalar que existen otras posturas que se adhieren a la idea de considerar cualquier contrato que celebra el Estado como un contrato administrativo, existiendo únicamente gradaciones en cuanto la intensidad del régimen de derecho público al que se encuentran sometidos, como es el caso de AGUSTÍN GORDILLO, que al respecto destaca lo siguiente:

“[...] todos los contratos que celebra la administración tienen un régimen primordialmente de derecho público; que ese régimen nunca es actualmente el autoritario de la doctrina clásica, sino que es un régimen de derecho público que busca satisfacer el interés público concreto a que el contrato debe servir, sin sacrificar los principios superiores de justicia y equidad a que todo el Estado debe propender. Con todo, es posible observar que no todos los contratos celebrados por la administración, que serán pues a nuestro juicio siempre

⁵⁹ Cfr. Parada, Ramón, op. cit., nota 24, p.259.

“contratos administrativos”, tienen un régimen igual; existen por el contrario variadas gradaciones en cuanto a la intensidad del régimen de derecho público.”⁶⁰

2.3. Criterios de distinción del Contrato Administrativo

La distinción entre contratos administrativos y privados de la Administración, como ya se había adelantado, nace con la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y se desarrolla por la doctrina de ese país, trasminando su influencia a los Estados que han adoptado, en todo o en parte, dicho modelo o tradición jurídica. Consecuentemente, resulta importante abordar en forma sucinta algunos de los criterios que se han desarrollado con la finalidad de observar el desarrollo del contrato administrativo como una categoría especial, distinta del contrato ordinario o de derecho privado.

Para efectos de lo anterior, nos abocaremos a destacar, en primer orden, algunos de los fallos de la jurisprudencia administrativa francesa que fueron delineando los criterios de distinción entre ambos tipos de contrato, para proseguir en segunda instancia al desarrollo de los criterios que para efectos de dicha distinción y en muchos casos con motivo de tales precedentes, ha desarrollado la doctrina jurídica.

⁶⁰ Cfr. Agustín Gordillo. op. cit., nota 27, pp. 17 y 18; Posteriormente, el mismo autor destaca en su tratado de Derecho Administrativo la necesidad de atender al caso específico, dada la gama de contratos que puede suscribir la Administración: *“Sea que se admita una gradación en la globalidad de los contratos de la administración, o que se distinga los contratos privados de la administración de los contratos que son administrativos alternativamente por la disposición expresa o implícita de la ley, la voluntad expresa o implícita de las partes, o el objeto del contrato, hay siempre distintos regímenes jurídicos. En suma pensamos básicamente que no hay dos categorías de contratos, sino toda una gama [...]”*-y por tanto- *“[...] el régimen concreto hay que buscarlo en el conjunto normativo de cada contrato determinado e individualizado, interpretado claro está conforme a los principios generales del derecho.”* Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 11^a ed., ahora como 1^a ed. Buenos Aires, F.D.A., 2013, T. 1, pp. 18 y 19. Consultado en formato electrónico en el sitio: http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXI.pdf, (última consulta el 13 de diciembre de 2013).

2.3.1. Criterios derivados de la jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado francés.

2.3.1.1. Caso *Terrier*, 6 de febrero de 1906.

En forma sintética, podemos decir que este caso atiende a la resolución dictada por el Consejo de Estado francés, respecto de la declaración de incompetencia del Consejo de la Prefectura del Departamento de *Saone-et-Loire*, ante la demanda presentada por el señor *Terrier*, a efecto de que el Departamento de referencia le pagara un cierto número de recompensas ofrecidas por la destrucción de animales dañosos, que en su momento se había negado a pagar argumentando que se había agotado el crédito previsto para tales efectos.⁶¹

Las conclusiones a las que arriba el Comisario de Estado *Romieu*, en términos generales destacan que “[...] *a partir del momento en que se está en presencia de necesidades colectivas que las personas públicas tienen que satisfacer, la gestión de esos intereses no podría considerarse como necesariamente gobernada por los principios del derecho civil.*”⁶²

En este sentido, *Romieu* parte de una premisa básica, consistente en la existencia de reglas o principios especiales, distintos a los del derecho civil, para la gestión de intereses o necesidades públicos. Es por ello que tal distinción fue acuñada bajo el principio de que “[...] *todo lo que concierne la organización y el funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, generales o locales, constituye una operación administrativa que es, por su naturaleza, de competencia de la jurisdicción administrativa [...]*”⁶³

⁶¹ Brabant, Guy, *et. al.*, *Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, trad. Leonardo Torres, Humberto Mora Osejo y Marié Louise Crépy, 2ª ed., Colombia, Editorial ABC, 2009, p. 42 y ss.

⁶² *Ibidem.*, p. 43.

⁶³ *Idem.*

No obstante dicha premisa, que por demás ya había sido abordada en otros fallos de la jurisprudencia administrativa francesa, existe un componente novedoso que introduce *Romieu* al señalar que “[...] queda entendido que es necesario reservar [...] al Estado, las circunstancias en las que se debe considerar que la administración actúa en las mismas condiciones que un simple particular y se encuentra sometida a las reglas y a las mismas jurisdicciones”.⁶⁴

En consecuencia, se puede advertir que con el caso *Terrier*, si bien es cierto que la regla es que en los procedimientos instrumentados bajo reglas especiales de derecho público se deberá atender a la jurisdicción administrativa, cobra énfasis el poder de autosujeción de la Administración en el contrato y, consecuentemente, la facultad de esta para determinar la forma y términos en los que se relacionará con el particular contratante, ya sea admitiendo una desigualdad jurídica entre las partes, debido al establecimiento de reglas especiales de carácter público atribuibles a un contrato administrativo, o bien, en un plano de igualdad jurídica, mediante la celebración de un contrato ordinario o privado, toda vez que *Romieu* destaca que la administración, obrando en interés de un servicio público, “[...] puede contratar en las mismas condiciones que un simple particular y encontrarse sometida a las mismas reglas y a las mismas jurisdicciones.”⁶⁵

No obstante lo anterior, para *Romieu*, la determinación del tipo de gestión a instrumentar queda a cargo de la jurisprudencia, según se desprende de lo siguiente:

“Corresponde a la jurisprudencia determinar, tanto para las personas públicas locales, como para el Estado en qué casos se está en presencia de un servicio público que funciona de acuerdo a reglas particulares y que tiene carácter administrativo, o, por el contrario, cuándo se está frente a actos que, aunque de interés comunitario,

⁶⁴ *Ibidem.*, p. 44.

⁶⁵ Esta última conclusión del comisario *Romieu* en el caso *Terrier*, fue citada en los comentarios al caso *Sociedad de Granitos Porfídicos de Vosges*, 31 de julio de 1912. *Ibidem.*, p. 96.

*revisten la forma de actos de gestión privada y se sitúan en el terreno de las condiciones del derecho privado.*⁶⁶

2.3.1.2. Caso *Thérond*, 4 de marzo de 1910.

Mediante este caso el Consejo de Estado se pronuncia por anular el acuerdo por el que se declara incompetente el Consejo de Prefectura de *l'Hérault*, para conocer la demanda interpuesta por el señor *Thérond*, respecto de un contrato suscrito con la ciudad de Montpellier para la captura de animales errantes y levantamiento de animales muertos, bajo el argumento de que dicho instrumento jurídico no podía ser asimilado a un contrato de obra pública.⁶⁷

Como parte de las consideraciones expuestas por el comisario de gobierno *Pichat*, se señala que:

*“[...] al contratar en las condiciones arriba mencionadas con el señor Thérond, la ciudad de Montpellier, actuó buscando la higiene y la seguridad de la población y, en consecuencia, tuvo como finalidad la prestación de un servicio público; que hacía falta la norma que atribuya el conocimiento de otra jurisdicción, las dificultades que pudieran resultar por el incumplimiento o la mala ejecución de ese servicio son de competencia del Consejo de Estado.”*⁶⁸

En este fallo las conclusiones formuladas por el comisario de gobierno para determinar la competencia del Consejo de Estado, para conocer el fondo de la controversia contractual entre el señor *Thérond* y la ciudad de *Montpellier*, arriban a que la competencia debía ser administrativa, basándose en el hecho de que la suscripción del contrato tenía como finalidad el cumplimiento de un servicio público.

⁶⁶ *Ibidem.*, p. 44.

⁶⁷ *Ibidem.*, p. 79.

⁶⁸ *Ibidem.*, p. 80.

Contrario a lo expuesto por el comisario *Romieu*, en el caso *Terrier*, mediante este fallo se excluye la posibilidad de optar por la gestión privada en los contratos de la Administración, en virtud de que cualquier acuerdo de voluntades celebrado en interés de un servicio público tendría el carácter de contrato administrativo. Este criterio ha sido matizado con el tiempo, aun cuando resalta su importancia por la finalidad o el interés al que se atiende en la contratación pública.

Es importante destacar que en el empleo de este criterio resultaba ociosa una distinción en la naturaleza del clausulado del contrato para determinar su carácter administrativo, debido a que la importancia o el criterio distintivo era el objeto contractual propiamente, en atención al grado de participación que éste logra tener en la vida misma del servicio público⁶⁹.

Este criterio fue matizado con la introducción del criterio de la cláusula exorbitante de derecho civil, sin perder su vigencia en razón de la finalidad que se persigue con la instrumentación del contrato, que si bien en un principio fue atribuido al cumplimiento de un servicio público, por la clara influencia de la escuela imperante en el derecho administrativo francés durante esta época.

2.3.1.3. Caso Sociedad de Granitos Porfídicos de Vosges⁷⁰, 31 de julio de 1912.

En este caso el Consejo de Estado resolvió que no era competente para conocer la reclamación que la sociedad de granitos porfídicos de *Vosges*, hacía de una cantidad de dinero que le había sido retenida a título de multa por la ciudad de

⁶⁹ En este sentido destaca Ramón Parada que al verse obligados a calificar los contratos como administrativos o civiles, para determinar la jurisdicción civil o administrativa, aplicable al caso concreto, el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos comenzaron aplicando el criterio de servicio público, calificando administrativo al contrato que tuviera por objeto la organización o el funcionamiento de un servicio público, destacando que *"Este criterio era el único admisible para la escuela del Servicio Público (Duguit), [que] se afianza con el arrét Thérond, de 4 de marzo de 1910."* Cfr. Parada, Ramón, op. cit., nota 24, p. 262.

⁷⁰ *Société des Granits des Vosges*. Cfr. Brabant, Guy, et. al., op. cit., nota 61, p. 95.

Lille, sobre el monto del precio de un suministro de adoquines, con motivo del retraso en su despacho. Debido a que el contrato celebrado por las partes era ajeno a las obras públicas y versaba sobre suministros a despachar de conformidad con las reglas de los contratos suscritos entre particulares.

Sobre este particular, el Comisario de gobierno *León Blum* concluyó como criterio de distinción entre los contratos administrativos y los de derecho privado que:

*“Cuando se trata de un contrato, no es necesario buscar con qué finalidad se celebró el contrato, sino lo que el contrato es por su naturaleza misma. Y, para que el juez administrativo sea competente, no es suficiente que el suministro objeto del contrato deba luego ser utilizado para un servicio público; es necesario que ese contrato por sí mismo y por su propia naturaleza, sea de aquéllos que sólo una persona pública pueda celebrar, que sea por su forma y contextura, un contrato administrativo[...] lo que hay que revisar en la naturaleza misma del contrato independientemente de la persona que lo suscribió y del objeto para el cual fue celebrado”.*⁷¹

Mediante este fallo se introduce la estipulación de cláusulas exorbitantes al derecho común, como criterio determinante de la naturaleza administrativa del contrato; sin embargo, a pesar de lo sugestivo que pueda resultar este criterio, ha sido francamente sinuoso el camino andado para su delimitación e interpretación, ello sin soslayar que con el paso del tiempo y a pesar de su importancia, ha dejado de ser la única razón que sirva de sustento para la determinación de un contrato administrativo.

Así las cosas, podría existir la inquietud respecto a lo que la jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha entendido o considerado como cláusula exorbitante del derecho común en el transcurso de los años, para efectos de la determinación

⁷¹ *Ibidem.*, p. 96.

de los contratos administrativos, por lo que a continuación se mencionan algunos de los criterios adoptados:

- a) Como una cláusula que no es “usual” en las relaciones entre particulares.⁷²
- b) Como aquella cláusula que tiene por objeto conferir a las partes derechos o de imponerles obligaciones ajenas por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de consentirse libremente por cualquier persona dentro del marco de las leyes civiles o comerciales.⁷³
- c) Se trata de una cláusula fundada directamente en motivos de interés general.⁷⁴
- d) La cláusula que, a favor de la Administración, prevé la facultad de resolución unilateral, es suficiente para imprimir el carácter administrativo a un contrato.⁷⁵
- e) La sola referencia a un pliego de cláusulas y condiciones generales es suficiente para establecer la existencia de cláusulas exorbitantes.⁷⁶

2.3.1.4. Caso Esposos *Bertin*⁷⁷, 20 de abril de 1956.

Cuando todo hacía presumir que la teoría de la cláusula exorbitante, pese a las críticas de que había sido objeto, permitían clarificar el problema de los contratos administrativos, el Consejo de Estado francés dictó sentencia el 20 de abril de 1956, en el caso de los esposos *Bertin*.

Este caso se desarrolla con motivo del suministro de alimentos que los esposos *Bertin* habían acordado con un centro de repatriación de refugiados soviéticos, a un precio por hombre y por día, organizado como consecuencia de la guerra, y cuya ejecución había sido deficiente.

⁷² Sociedad Cooperativa Agrícola de Almacenamiento de la Región de Ablis, 14 de noviembre de 1960.

⁷³ *Stein*, 20 de octubre de 1950 y Compañía de Minas *Falime-Gambie*, 28 de febrero de 1958.

⁷⁴ *Esposos Bertin y Ministro de Agricultura C. Consortes Grimaund*, 20 de abril de 1956.

⁷⁵ Sociedad del velódromo del parque de los príncipes, 26 de febrero de 1965 y Sociedad del velódromo del parque de los príncipes, 26 de febrero de 1967.

⁷⁶ *Roudier de la Brille*, 17 de noviembre de 1976.

⁷⁷ *Epoux Bertin*, 20 de abril de 1956.

Al hacerlo, declaró que el contrato celebrado con ellos, en tanto tenía por objeto confiarles la ejecución misma del servicio público, era por esa sola circunstancia administrativo, sin que fuera necesario buscar si el citado contrato lleva consigo cláusulas exorbitantes del derecho común.

Con anterioridad al fallo *Bertin*, la jurisprudencia exigía para declarar administrativo un contrato la concurrencia de dos condiciones a la vez: a) que fuera relativo a la organización y funcionamiento de un servicio público y a su ejecución; b) que contuviera una o varias cláusulas exorbitantes del derecho común.

A partir de este fallo se hizo a un lado la segunda condición, pero esta exclusión no ha sido absoluta, y ha vuelto a recurrirse a ella en pronunciamientos posteriores, lo cual demuestra la vulnerabilidad e insuficiencia del criterio del servicio público.

2.3.2. Criterios de distinción formulados a partir de la doctrina.

Como ya se había adelantado, la doctrina ha abordado la problemática que aún gira en torno a la distinción entre el contrato de derecho privado de la Administración y el contrato administrativo, siendo sumamente variada la gama de criterios surgidos y la forma en la que se han expuesto.

Para efectos del presente trabajo seguiremos la metodología empleada por JORGE FERNÁNDEZ RUIZ⁷⁸, que consideramos abarca la mayor parte de los criterios que se han abordado, sin soslayar los comentarios que otros autores destaquen en forma específica en algunos casos. Así las cosas, este autor señala la existencia de varias teorías que marcan el acento administrativo en el contrato, mismas que se enuncian a continuación:

⁷⁸ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, p. 70 y ss.

2.3.2.1. Teoría subjetiva.

Según esta corriente, son administrativos aquellos contratos en los que al menos uno de los contratantes forma parte de la Administración Pública⁷⁹; sin embargo, este criterio ha sido desechado por la doctrina prácticamente desde que surgió, debido a que en los contratos privados o civiles de la Administración también participa la Administración Pública como uno de los sujetos contratantes, por lo que no existe un elemento real de distinción que aporte este criterio.⁸⁰

También bajo esta corriente se ha señalado a HÉCTOR JORGE ESCOLA y a JULIO RODOLFO COMADIRA, debido a que han buscado ser más precisos con la definición de este criterio, destacando que “[...] un contrato es administrativo por el hecho de que es celebrado por la administración pública, o por una de sus partes, obrando como tal y relacionándose por ese conducto con los particulares.”⁸¹

No obstante lo anterior, el resultado es el mismo, en el sentido de que dicho criterio no permite distinguir bajo que supuestos la Administración puede instrumentar un contrato privado o uno propiamente administrativo. Ello con independencia de que bajo esta última óptica podría pensarse en una regresión a la doble personalidad del Estado, al tratar de ceñir el tipo de contratación al hecho de que la Administración actúe como tal o no.⁸²

⁷⁹ De acuerdo con Jorge Fernández Ruiz y Miguel Ángel Berçaitz, uno de los promotores de esta doctrina ha sido Themistocles Brandao Cavalcanti. Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, p. 71, y Berçaitz, Miguel Ángel, op. cit., nota 30, p. 190.

⁸⁰ María Diez, Manuel. Manual de Derecho Administrativo, 4ª ed., Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1985, T. 1, p. 283.

⁸¹ Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, *Derecho Administrativo Argentino*, México, Porrúa, 2006, pp. 563 y 564. También lo refiere en Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1977. Vol. I, p. 100, citado por Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, p. 71.

⁸² Cfr. Berçaitz, Miguel Ángel, op. cit., nota 30, p. 191.

2.3.2.2. Teoría Jurisdiccional.

Basta con repasar las opiniones derivadas de las resoluciones del Consejo de Estado francés, para observar el proceso de construcción de la jurisdicción administrativa, a la que originalmente se le atribuyó competencia para conocer de todas las actividades en las que interviniera la Administración, excluyendo a la jurisdicción ordinaria del conocimiento de controversias derivadas de las mismas, dando paso, entre otras cosas, a la formación de la teoría del contrato administrativo.

En efecto, en un principio la jurisdicción administrativa conocía la totalidad de los contratos suscritos por la Administración Pública, por el hecho de ser ésta quien intervenía como una de las partes que lo formalizaban; sin embargo, dicha postura fue matizándose, permitiendo el desarrollo del criterio jurisdiccional para distinguir entre contratos administrativos y contratos civiles de la administración. A este respecto, RAMÓN PARADA destaca lo siguiente:

“[...] si bien el Consejo de Estado [...] impuso inicialmente su jurisdicción sobre todos los contratos que la Administración celebraba, después admitió una cierta competencia de los Tribunales civiles. En parte, esa cesión, ese repliegue, se explica por razones políticas: las dificultades de pervivencia del Consejo de Estado, creación de Napoleón, durante la Restauración borbónica, le obligaban a algunas concesiones liberales en favor de los Tribunales comunes [...] Esa cesión competencial se articuló sobre el fundamento técnico de que en esos contratos se implicaban y discutían cuestiones patrimoniales, de propiedad, derecho que estaba bajo la protección de los tribunales civiles. Nacen, pues, con estas excepciones a la competencia de la Jurisdicción Administrativa, los que se han venido considerando, frente a los contratos administrativos, contratos civiles de la Administración.”⁸³

⁸³ Cfr. Parada, Ramón, op. cit., nota 24, pp.261 y 262.

Por su parte, MIGUEL ÁNGEL BERÇAITZ, haciendo referencia a lo expuesto por PEQUIGNOT, destaca la existencia de ciertos criterios relacionados con esta postura, que han considerado al contrato administrativo como aquel al que compete a la jurisdicción administrativa conocer, por virtud de disposición de la ley, por voluntad de las partes o bien, por decisión jurisdiccional en razón de sus modalidades propias.⁸⁴ Ejemplos de lo anterior son observados ya con RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELAZCO⁸⁵, al señalar lo dispuesto en el entonces vigente artículo 5º de la Ley de lo Contencioso-administrativo, que en su primer párrafo atribuía a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración. Por su parte, SILVELA señala lo siguiente:

*"En rigor, los suministros y las obras públicas deberían hacerse y ejecutarse por la Administración [...] Pero para el caso de que [...] descargue el cuidado sobre particulares que contratan con ella, se arma de precauciones extraordinarias, con la mira de asegurar más y más la satisfacción de aquellas necesidades a medida que se originen. Una de estas precauciones es la de reservarse el conocimiento y resolución de toda clase de dificultades que ocurran. Al efecto, propone al contratista futuro que renuncie al Derecho común en esta parte; así lo expresa en el pliego de condiciones, dándole meses enteros para que a su sabor lo medite, y cuando aquél consiente en la excepción, claro está que lo hace por conveniencia propia, porque ve compensada en otra parte la desventaja que lleva consigo la condición de que se trata. De forma que, llegado el caso de cumplirse aquélla, nada tiene que alegar en contra."*⁸⁶

⁸⁴ Cfr. Miguel Ángel Berçaitz, op. cit., nota 30, p. 191.

⁸⁵ Fernández de Velazco, Recaredo. *Los contratos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1945, p. 14.

⁸⁶ Citado por Fernández de Velazco, Recaredo. *Ibidem.*, p. 15.

No obstante lo anterior, la crítica a este planteamiento ha sido abundante y generalizada en la doctrina, basta destacar lo expuesto por el propio RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELAZCO, en el sentido de que con tal postura se pretende convertir lo adjetivo en lo sustantivo, y lo accidental en lo esencial de los contratos, siendo inaceptable que el accidente jurisdiccional altere la esencia contractual, como inadmisibles que la voluntad del legislador, del juez o de las partes, hagan variar artificialmente la esencia o naturaleza de un contrato, por supeditarla a su competencia jurisdiccional.⁸⁷

2.3.2.3. Teoría formal.

De acuerdo con esta teoría un contrato será administrativo si observa ciertas formalidades específicas y predeterminadas, tales como la instrumentación de un determinado procedimiento de concurso o licitación o el apego a bases, pliegos, condiciones preestablecidas y específicas, en fin, como diría CARLOS DELPIAZZO al comentar esta vertiente, la observancia de “[...] un conjunto de trámites y ritualidades que no son las que siguen normalmente los demás agentes económicos cuando contratan [...]”⁸⁸

El criterio formal fue sostenido principalmente en la España de principios del siglo XX⁸⁹, según se puede observar de lo expuesto por MARTÍNEZ ALCUBILLA, citado por RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELAZCO⁹⁰, para quien reciben el nombre de administrativos, aquellos “[...]contratos y remates que por medio de subasta, y

⁸⁷ *Idem.* En el mismo sentido señala Miguel Ángel Berçaitz que: “La fantasía del legislador no puede constituir nunca un criterio jurídico de caracterización, debido a la existencia de razones políticas, económicas, circunstanciales o de deficiencia técnica, es decir, metajurídicas, que pueden ser las determinantes de que la ley atribuya el conocimiento de tales o cuales contratos a la jurisdicción administrativa. De igual manera resultaría inaceptable dejar la jurisdicción aplicable al arbitrio de las partes contratantes [...]”. Cfr. Berçaitz, Miguel Ángel, op. cit., nota 30 pp. 191 y 192.

⁸⁸ Delpiazzo, Carlos, *Contratación Administrativa*, Montevideo, Universidad de Montevideo. 1999, p. 11.

⁸⁹ Es Cassagne quien refiere la epistemología de esta teoría en la antigua doctrina española. Cfr. Cassagne, Juan Carlos, “Los Contratos de la Administración Pública”, *Contratos Administrativos. Régimen de pago y actualización*, Buenos Aires, ASTREA, T. I, 1988, p. 30.

⁹⁰ Cfr. Fernández de Velazco, Recaredo, op. cit., nota 85, p. 21.

excepcionalmente mediante concurso o por concierto directo, celebra el Estado para ejecutar alguna obra pública o prestar algún otro servicio también público.”, indicando incluso la existencia de una Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de ese país, del 19 de diciembre de 1921, en la que se declara que los contratos administrativos se diferencian de los civiles debido a su forma:

“[...] porque en los de naturaleza civil rige el principio de que de cualquier modo que uno quiera obligarse queda obligado, mientras que en los administrativos se exigen requisitos y solemnidades especiales indispensables para su validez, como la subasta, el concurso, la excepción de subasta y, siempre, la escritura pública, y ésta con determinadas modalidades, no sólo de fondo, sino también rituarías.”⁹¹

Sin embargo, como señalan HÉCTOR JORGE ESCOLA y JULIO RODOLFO COMADIRA:

“[...] la formulación de pliegos de condiciones, los procedimientos de preadjudicación, adjudicación, aprobación, etcétera, en efecto, no son en realidad exclusivos del contrato administrativo, [...] la práctica jurídica pone de manifiesto que tales procedimientos son cada vez más utilizados para concluir contratos de indudable carácter privado, como son los que celebran las grandes empresas comerciales e industriales, que en sus giros adoptan normas muy semejantes, en estos aspectos, a los que rigen en la administración pública [...]”⁹²

Por otra parte, RAFAEL ENTRENA CUESTA comenta también que este criterio:

“[...] Tampoco nos parece aceptable. Y ello por varias razones: por lo pronto, también entre los particulares se estipulan contratos para los que la Ley exige la observancia de determinadas formalidades. Por otra

⁹¹ *Ibidem.*, p. 22.

⁹² Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, op. cit., nota 81, p. 564.

*parte, cuando la Administración contrata con arreglo al Derecho privado, también se exige una forma determinada en algunas circunstancias. Finalmente, la observancia de la forma es igualmente prescrita en los contratos que la Administración celebra conforme al Derecho público, sin que tengan el carácter de contratos administrativos.*⁹³

2.3.2.4. Teoría de la naturaleza del contrato.

Esta teoría ha sido desarrollada con motivo de las conclusiones vertidas por el comisario *Blum*, dentro del caso *Societe des granits de Vosges*, al señalar que “[...] *lo que hay que revisar es la naturaleza misma del contrato independientemente de la persona que lo suscribió y del objeto para el cual fue celebrado*”.⁹⁴

Bajo este contexto, al comentar este criterio JORGE FERNÁNDEZ RUÍZ, señala que todo contrato será administrativo sí, y sólo sí, es de naturaleza administrativa, es decir, que sólo pueda celebrarse siendo una de sus partes una persona pública, sin significar por ello que todo contrato suscrito por persona pública sea administrativo.⁹⁵

Por su parte, MIGUEL ÁNGEL BERÇAITZ, explica esta vertiente retomando un comentario de HIMARIO⁹⁶, quién destaca una distinción formulada por el Comisario de Estado francés *Matter*, que se basa en la naturaleza de los servicios que presta la Administración, los cuales pueden ser esencialmente públicos o privados y, consecuentemente, los contratos celebrados con motivo de los primeros serán de

⁹³ Entrena Cuesta, Rafael. “Consideraciones sobre la Teoría General de los Contratos de la Administración”. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Núm. 24, septiembre–diciembre 1957, p. 60.

⁹⁴ Cfr. Brabant, Guy, *et. al.*, op. cit., nota 61, p. 96.

⁹⁵ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, p. 75. En el mismo sentido vid. Miguel Ángel Berçaitz, op. cit., nota 30, p. 204, el cual menciona respecto de este criterio que: “[...] *Es necesario que ese contrato por sí mismo y por su naturaleza propia, sea de esos que sólo puede concluir una persona pública* [...]”

⁹⁶ Citado por Miguel Ángel Berçaitz. *Ibidem.*, p. 205.

naturaleza y competencia administrativa; mientras que los segundos serán de derecho privado, civil o comercial, y competencia de la justicia común. Esta distinción, de acuerdo con lo expuesto por BERÇAITZ, es complementada por RIVET, al discriminar entre servicios: a) que sólo puede administrarlos el Estado; b) servicios públicos monopolizados, y c) servicios industriales administrados sin monopolio; siendo administrativas las dos primeras clases de servicios y de derecho privado los últimos.⁹⁷

No obstante lo anterior, este criterio no precisa cuál es propiamente la naturaleza del contrato, ni cuáles serían los elementos que permitirían su determinación como administrativo, ello con independencia de que su planteamiento llega a confundirse con los postulados de la teoría subjetiva, al poder ser suscrito solamente por un ente público y a los de la teoría de la cláusula exorbitante, que doctrinalmente veremos más adelante, pero que a la luz de la jurisprudencia ya hemos analizado e incluso deriva de un caso que también es identificado por dicha tendencia.

2.3.2.5. Teoría voluntarista.

De acuerdo con MANUEL MARÍA DIEZ, esta teoría se basa en la idea de que “[...] *el carácter civil o administrativo deriva de la voluntad de las partes de someterse a un régimen especial de derecho público [...]*”⁹⁸, tal y como se puede advertir del caso *Societe des voiliers francais*, en el cual, el Consejo de Estado francés concluyó que la convención entre las partes respecto de la competencia administrativa para la resolución de litigios traía como consecuencia que dicho instrumento jurídico tuviera el mismo carácter.⁹⁹

En este mismo sentido se puede observar lo expuesto por GASTON JÈZE, al destacar como una de las condiciones de existencia del Contrato Administrativo a

⁹⁷ Cfr. Berçaitz, Miguel Ángel. op. cit., nota 30, p. 205.

⁹⁸ María Diez, Manuel, op. cit., nota 80, p. 284.

⁹⁹ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, p. 75.

la estipulación expresa de las partes, de someterse a un régimen especial de derecho público para la determinación de su situación jurídica¹⁰⁰.

En este sentido, es claro que esta teoría tiene elementos muy parecidos a una de las variantes de la teoría jurisdiccional que ya fueron objeto de comentario, estando por demás reiterar los argumentos vertidos en dicho apartado, por lo que únicamente restaría comentar que ha sido desechada rápidamente, debido a que resulta arbitraria y caprichosa¹⁰¹, al dejar a la voluntad de las partes la determinación de la naturaleza del contrato, que bajo esta perspectiva, podría ser civil, mercantil o administrativo, con independencia del clausulado, forma, motivo, fin, ordenamiento o jurisdicción que le resulte aplicable.

2.3.2.6. Teoría de la Cláusula Exorbitante.

Esta teoría es una de las más aceptadas por la doctrina en general y como ya se comentó, tiene su origen en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés¹⁰², prácticamente cada autor que se revise realiza algún comentario respecto de este criterio, que es por demás seductor como característica o distinción fundamental entre el contrato administrativo y el privado de la Administración, así lo destaca MIGUEL ÁNGEL BERÇAITZ, al señalar que:

“[...] Agotadas las posibilidades discriminatorias sobre la base del servicio público y del fin de utilidad pública, la doctrina y la jurisprudencia francesa se han inclinado a la teoría de la cláusula exorbitante del derecho privado [...]”¹⁰³ –destacando que- “[...]La diferencia entre los contratos administrativos y los de derecho privado, estriba en la existencia de cláusulas especiales insertadas en los

¹⁰⁰ Cfr. Jèze, Gaston, op. cit., nota 4, pp. 425 y ss.

¹⁰¹ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, op. Cit., nota 34, p. 76.

¹⁰² Vid supra, pp. 34 y ss, Caso *Société des Granits des Vosges*.

¹⁰³ Berçaitz, Miguel Ángel, op. cit., nota 30, p. 207.

primeros, exorbitantes del derecho privado, que testimonian un régimen jurídico especial de derecho público".¹⁰⁴

En efecto, ya GASTON JÈZE hacía referencia al caso *Société Générale d'Armements*, resuelto por el Consejo de Estado el 23 de diciembre de 1921, por virtud del cual el comisario de gobierno *Rivet* decía:

“Las personas morales, cuando contratan teniendo en vista la creación o la realización de un servicio público, tienen siempre en cuenta el interés general, que aparece más o menos acentuado, más o menos imperativo, pero que existe siempre [...] el interés general, en vista del cual se ha concluido la convención, importa frecuentemente exigencias particulares de las que resultará la elaboración de cláusulas que salen de la órbita del derecho común y que excluirán la competencia de la jurisdicción civil. Pero si estas cláusulas excepcionales, estas cláusulas de naturaleza propiamente administrativa, no existen, si se ha podido satisfacer las necesidades de interés general que se hallan en juego, mediante estipulaciones que generalmente se usan en los contratos celebrados entre particulares, la jurisdicción ordinaria en materia de contratos, es decir, la jurisdicción de los tribunales judiciales, será naturalmente competente[...].”¹⁰⁵

En virtud de lo anterior, de acuerdo con esta doctrina, para que un contrato tenga el carácter de administrativo, debe contener cláusulas que son propias de un régimen especial de derecho público, caso contrario, estaríamos ante un contrato privado, cualquiera que fuese su objeto o fin. Como diría HÉCTOR JORGE ESCOLA y JULIO RODOLFO COMADIRA “[...] existen y se caracterizan por la inserción, en sus disposiciones, de cláusulas exorbitantes del derecho privado, es decir, de

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ Cfr. Jèze, Gaston, op. cit., nota 30, p. 523.

cláusulas que no concebirían ni se admitirían en un contrato de derecho privado.”¹⁰⁶

En el mismo sentido AGUSTÍN GORDILLO señala que se trata de: “[...] *cláusulas que están fuera de la órbita legal del derecho privado, sea porque no es usual convenirlas o porque serían antijurídicas a la luz de las normas privatísticas.*”¹⁰⁷

No obstante el auge que ha tenido esta doctrina, su aplicación no ha podido superar del todo al criterio de servicio público en la jurisprudencia francesa, que fue retomado con motivo del caso Esposos *Bertin*¹⁰⁸, ello con independencia de la ausencia de un criterio claro que permita precisar cuáles serían esas estipulaciones de contenido exorbitante.

Para dar una idea respecto de la dificultad que ha representado la precisión del concepto cláusula exorbitante, ante la variedad de sentidos y definiciones con el que lo ha caracterizado la jurisprudencia, RAMÓN PARADA¹⁰⁹ ha encontrado las siguientes:

“a) Referencias inscritas por las partes en el contrato (se tratará de una cláusula exorbitante y, por consiguiente, de un contrato administrativo, cuando la referencia lo sea a un pliego de condiciones administrativas, a textos que contienen reglas exorbitantes¹¹⁰ o a un tipo de contrato definido, mientras que, por el contrario, se tratará de un contrato civil

¹⁰⁶ Cfr. Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, op. cit., nota 81, p. 560.

¹⁰⁷ Cfr. Gordillo, Agustín, op. cit., nota 27, p. 10.

¹⁰⁸ De acuerdo con Berçaitz, con anterioridad al fallo Bertin, la jurisprudencia exigía para declarar administrativo un contrato, la concurrencia de dos condiciones a la vez: a) que fuera relativo a la organización funcionamiento de un servicio público y a su ejecución; b) que contuviera una o varias cláusulas exorbitantes del derecho común; sin embargo, con dicho fallo se hizo a un lado la segunda condición. No obstante, como ya se ha señalado en el apartado correspondiente (*Vid. Supra*. p.34) esta exclusión no ha sido absoluta y se ha recurrido de nueva cuenta a ella en pronunciamientos posteriores, lo cual demuestra la vulnerabilidad e insuficiencia del criterio del servicio público y, por el otro lado, lo inestable de la teoría de la cláusula exorbitante como criterio único. Cfr. Berçaitz, Miguel Ángel, op. cit., nota 34, p. 218.

¹⁰⁹ Cfr. Parada, Ramón, op. cit., nota 24, p. 263.

¹¹⁰ Coincide con el caso *Roudier de la Brille*, 17 de noviembre de 1976.

cuando las referencias lo sean a un texto o fuente de Derecho común; b) Cláusula exorbitante como prerrogativa de “puissance publique” (cláusulas que prevén para la Administración la posibilidad de emplear el “prealable” y el procedimiento de decisión ejecutoria, derecho a intervenir unilateralmente en los derechos del contratista o en la estructura de su empresa; estipulaciones referentes a los derechos de control, dirección y vigilancia, o privilegios sustantivos que no se pueden dar en los contratos civiles, como privilegios de exclusividad, de monopolio de la Administración)¹¹¹; c) La cláusula exorbitante como cláusula ilícita en los contratos civiles, imposible (en el sentido de impensable) o inhabitual en un contrato civil¹¹² (la anormal en relación a un modelo ideal de relaciones privadas); d) La cláusula exorbitante como cláusula específica de Derecho público, una cláusula según la expresión de los Comisarios del Gobierno ante el Consejo de Estado, que “porte la marque administrativa”¹¹³; e) La sumisión a un régimen exorbitante, pues no se trata de cláusulas aisladas insertas por las partes, sino de una remisión del contrato a fuentes exteriores, leyes y reglamentos¹¹⁴, que fijan el cuadro jurídico en el cual se regula el contrato.”

Como se observa, tanto la jurisprudencia francesa, como la doctrina, se han preocupado por definir y concretar aquellas estipulaciones que pueden ser consideradas exorbitantes; sin embargo, no existe un consenso respecto a dicho punto, otros autores han indicado que se trata de cláusulas que pueden ser aplicadas o ejecutadas unilateralmente por la Administración¹¹⁵, o bien, de

¹¹¹ Sociedad del velódromo del parque de los príncipes, 26 de febrero de 1965 y Sociedad del velódromo del parque de los príncipes, 26 de febrero de 1967.

¹¹² Coincide con el caso Sociedad Cooperativa Agrícola de Almacenamiento de la Región de Ablis, 14 de noviembre de 1960.

¹¹³ Puede ser relacionada con el caso Stein, 20 de octubre de 1950 y Compañía de Minas Falime-Gambie, 28 de febrero de 1958.

¹¹⁴ Al igual que en el inciso a), podría aplicarse como antecedente el caso Roudier de la Brille, 17 de noviembre de 1976.

¹¹⁵ En este sentido, Bartolomé Fiorini, citado por Jorge Ricardo Canals Arenas considera que el tema de las cláusulas exorbitantes se refiere a los caracteres propios y consecuentes de la

aquellas que le eximen de una determinada responsabilidad imputable a ésta, como la mora en el pago o la falta total o parcial del mismo.¹¹⁶ También se le vincula al mantenimiento del servicio público, como una imposición del poder público que la reclama inspirado en el interés general, que no puede estar subordinado al interés particular.¹¹⁷

Por su parte, MIGUEL ÁNGEL BERÇAITZ clasifica a las cláusulas exorbitantes en dos grandes grupos:

“1) aquellas por las cuales la Administración pública se atribuye sobre su cocontratante, derechos que un particular no podría atribuirse en ningún contrato, porque las leyes no lo autorizan para hacerlo;

2) aquellas por las cuales la Administración pública otorga a su cocontratante poderes respecto a terceros, que un particular no podría conferir en ningún contrato, porque las leyes en vigor lo invalidarían.

Si el contrato celebrado por la Administración contiene cláusulas de aquellas que -hemos agrupado bajo el n° 1, o bajo el n° 2, el contrato será administrativo. Si el convenio concluido por la Administración no las contiene, es decir; si sus cláusulas no difieren de las que se incluyen corrientemente en los celebrados por particulares, el contrato será de derecho privado.”¹¹⁸

No obstante lo anterior, a reserva de profundizar en esta postura más adelante, es importante destacar que la cláusula exorbitante no es la que en términos absolutos caracteriza al contrato como administrativo, por el contrario, podría señalarse prácticamente lo mismo que con el criterio de la jurisdicción aplicable, en el sentido la mayoría de las veces la inclusión de cláusulas exorbitantes en un

actividad administrativa y no del contrato. Se extienden al acto contractual por ser normas de derecho público: son el carácter que la administración inviste al acto unilateral proyectado en el contrato, creando situaciones bilaterales por la concurrencia de dos partes opuestas. Canals Arenas, Jorge Ricardo, *El Contrato de Obra Pública*, México, Trillas, 1991, p. 50.

¹¹⁶ Cfr. Gordillo, Agustín, op. cit., nota 27, p 10.

¹¹⁷ Cfr. Serra Rojas, Andrés, op. cit., nota 25, p. 641.

¹¹⁸ Cfr. Berçaitz, Miguel Ángel, op. cit., nota 34, pp. 213.

contrato celebrado por la Administración, no será el elemento distintivo de su carácter, sino una consecuencia de éste. Dicho de otra manera, es precisamente por tratarse de un contrato administrativo que las cláusulas exorbitantes del derecho común estarán incluidas en el texto de dicho instrumento jurídico, ello sin soslayar que puede darse su existencia con independencia de la estipulación de las mismas.¹¹⁹

2.3.2.7. Teoría legalista.

De acuerdo a este criterio, “[...] *el contrato administrativo está determinado por la ley, la que dice en ciertos supuestos esos contratos son administrativos [...]*”¹²⁰, esta determinación legal puede ser expresa o implícita, según sea señalada en forma categórica o bien, mediante el otorgamiento de un régimen especial o administrativo y no de derecho común¹²¹.

Este criterio, si bien no es del todo técnico, si resulta sumamente práctico¹²² y, a pesar que se ha criticado que no puede dejarse en manos del legislador la determinación del carácter administrativo del contrato, toda vez que quedaría al arbitrio de éste fijar el criterio diferenciador de los acuerdos que lo conformarían¹²³, resulta una práctica común en muchos países dejarlo a este actor político, quien a través del proceso legislativo correspondiente puede definirlo como administrativo en razón de la doctrina, la administración, su objeto, fino de manera arbitraria de acuerdo con ciertas necesidades o finalidades del momento¹²⁴.

No obstante lo anterior, la naturaleza de un contrato no deviene de la ley propiamente, sino de su contenido, por lo que su carácter administrativo se

¹¹⁹ Cfr. *Ibidem.*, p. 213 y ss; Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, pp. 76 y 77; Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, op. cit., nota 81, p. 565 y Entrena Cuesta, Rafael, op. cit., nota 98, pp. 62 y ss.

¹²⁰ Cfr. María Diez, Manuel. op. cit., nota 80, p. 283.

¹²¹ Cfr. Gordillo, Agustín, op. cit., nota 27, p. 10.

¹²² Cfr. Mendoza Torres, Arnaldo, *Los Contratos de la Administración Pública*, Barranquilla, Colombia, Ediciones Uninorte, 2004, p. 37.

¹²³ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, p. 79.

¹²⁴ Cfr. Canals Arenas, Jorge Ricardo, op. cit., nota 115, p. 49.

encuentra sujeto a un régimen jurídico determinado, con independencia de su previsión legal. De no ser así, tendría que entenderse que en aquellos casos en los que la norma positiva fuera omisa en el señalamiento o determinación del mismo, la Administración estaría facultada únicamente para celebrar contratos de carácter privado.

2.3.2.8. Teoría de la desigualdad de las partes.

Esta teoría parte de la distinción entre derecho público y derecho privado, particularmente, desde la perspectiva del tipo de relaciones que se producen entre los sujetos de estos derechos, que pueden ser de coordinación, cuando actúan en el mismo plano o de supra a subordinación, cuando se sitúan en planos desiguales, dada la superioridad de una de las partes respecto de la otra, correspondiendo al derecho privado regular el primer tipo y al derecho público las relaciones comprendidas en el segundo.

Bajo esta tesitura, sería administrativo aquel contrato en el que las partes contratantes se encuentren en una posición desigual, es decir, de supra a subordinación, en la que la Administración sería dominante frente al particular contratante.¹²⁵

Se ha ligado a esta teoría con el interés público, debido a que como indica ARNALDO MENDOZA TORRES, “[...] *no es posible la existencia de un contrato en el que el interés público del Estado se supedita al interés privado del particular* [...]”¹²⁶, en otros casos se le ha considerado una derivación de las cláusulas exorbitantes, como destaca JORGE RICARDO CANALS ARENAS al establecer que:

[...] Esta desigualdad en que se hallan ambos contratantes, se refiere al régimen de ejecución y resolución del contrato [debido a que]

¹²⁵ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, p. 80. En el mismo sentido Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, op. cit., nota 27, p. 566;

¹²⁶ Cfr. Mendoza Torres, Arnaldo, op. cit., nota 122, p. 27.

*Mientras que la administración vela por las necesidades colectivas, la otra parte –el particular- busca su propio beneficio económico”.*¹²⁷

A esta teoría se ha opuesto como objeción que la desigualdad entre las partes no es un fenómeno privativo de la contratación pública, sino que, por el contrario, se extiende a otras ramas del derecho, inclusive aquellas regidas por el derecho privado, como el derecho civil y mercantil. En este sentido, MENDOZA TORRES¹²⁸ señala lo siguiente:

“[...] en la práctica no existe tampoco igualdad jurídica ni siquiera en los contratos civiles y mercantiles, por cuanto no existe entre las partes igualdad económica, y tal situación condiciona también el criterio clásico de la autonomía de la voluntad. En otras palabras, la práctica nos enseña que en el derecho civil, comercial o laboral, por lo menos una de las partes no contrata con quien quiere y como quiere sino con quien puede y como puede. En los contratos que celebra el Estado, en los que se incorporan las llamadas cláusulas exorbitantes, las aparentes desigualdades están atemperadas por las normas que regulan la protección del administrado, según las cuales, cada actuación exorbitante de la administración tiene una reglamentación específica y un preciso mecanismo de defensa. En los contratos de derecho privado, por el contrario, la exorbitancia la da el poder económico, y contra él no hay defensa alguna, pues la mayor parte de las veces las cláusulas mismas del contrato impiden al débil el ejercicio o la protección de sus derechos contractuales.”

Para efectos de esta teoría, cuya idea básica es la subordinación de una de las partes a la otra, es importante destacar que tal subordinación no es personal, sino que más bien se ha considerado que atiende al contenido patrimonial o económico

¹²⁷ Cfr. Canals Arenas, Jorge Ricardo, op. cit., nota 115, p. 52.

¹²⁸ Cfr. Mendoza Torres, Arnaldo, op. cit., nota 122, p. 30.

de la relación¹²⁹ o bien, de una diferencia jurídica vinculada a los fines buscados por las partes.¹³⁰

En todo caso, la subordinación no puede ser el criterio fundamental de distinción entre un contrato administrativo y uno civil de la Administración, debido a que no existen elementos que permitan explicar de manera fehaciente tal distinción, pareciera en este sentido que la subordinación es más un efecto y no una causa en la determinación de la naturaleza administrativa de un contrato.

2.3.2.9. Teoría teleológica.

Con base en este criterio se ha buscado identificar el carácter administrativo de un contrato atendiendo a la finalidad con la que fue instrumentado, dicho en palabras de JULIO RODOLFO COMADIRA y HÉCTOR JORGE ESCOLA: “[...] sobre la base de la determinación del fondo mismo del contrato, de su esencia, de su sustancia, derivada de los fines que con su celebración se persiguen o de los intereses que afectan o pueden llegar a afectar [...]”¹³¹; sin embargo, como destaca JORGE FERNÁNDEZ RUIZ¹³², este criterio registra en la doctrina versiones diferentes, que deben ser analizadas en forma individual.

No obstante lo anterior, se puede decir que las versiones o variantes atribuibles a este criterio, responden a la evolución de lo que sea considerado fin del derecho administrativo en un lugar y tiempo determinado, así se puede decir que originalmente se concatenó esta finalidad o razón esencial del contrato administrativo, a aquellos cuyo contenido tenía por objeto la prestación de un servicio público, concepto que luego fue migrando al de utilidad pública y el de interés público o general, mucho más amplios, pero que igualmente resultan

¹²⁹ Cfr. Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, op. cit., nota 81, p. 566.

¹³⁰ Para Gaston Jèze, los contratos administrativos suponen esencialmente dos contratantes que se reconocen en pie de desigualdad, uno de ellos representa el interés general, el servicio público, mientras que el otro representa su interés privado. Cfr. Jèze, Gaston, op. cit., nota 4, p. 521.

¹³¹ Cfr. Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, op. cit., nota 81, p. 560.

¹³² Cfr. Fernández Ruiz, Jorge. op. cit., nota 34, pp. 77 y 78.

insuficientes e indeterminados como para brindar certeza en forma generalizada.¹³³

2.3.2.9.1. Modalidad de los servicios públicos:

Como ya habíamos comentado, el criterio de servicio público fue uno de los primeros en ser utilizados por la jurisprudencia del Consejo de Estado y la doctrina franceses, ya que para calificar un contrato como civil o administrativo y, consecuentemente, determinar la jurisdicción aplicable a éste, se adjudicaba un carácter administrativo al instrumento jurídico que tuviera por objeto la organización o el funcionamiento de un servicio público. Al respecto, Ramón Parada señala que:

*“[...] Este criterio, que era el único admisible para la escuela del servicio público (Duguit), se afianza con el arrét Thérond, de 4 de marzo de 1910, el más célebre y radical pronunciamiento del Consejo de Estado, que declara administrativo un contrato por el que un municipio encarga a un contratista la captura y encierro de gatos errantes y el entierro de las bestias muertas [...]”*¹³⁴

En congruencia con lo anterior, basta destacar lo señalado por otro exponente de la escuela francesa del servicio público, GASTON JÈZE, quien al hacer referencia a lo expuesto por el Comisario *Tardieu* en el caso *Compagnie des Messageries Maritimes* (29 de enero de 1909), precisa que:

“[...] Es la noción del servicio público que debe funcionar regularmente, de manera continua, sin interrupción, la que legitima y justifica esta obligación especial que nunca incumbe a un contratante, cuando se trata de un contrato entre particulares o aun de un contrato civil

¹³³ Cfr. Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, op. cit., nota 81, p. 560.

¹³⁴ Cfr. Parada, Ramón, op. cit., nota 24, p. 262; En relación con el *arrét Thérond*, vid. *Supra.*, pp. 31 y ss.

celebrado con la administración. En esto consiste un contrato administrativo [...]”¹³⁵

Incluso, el mismo autor califica como una de las condiciones de existencia del contrato administrativo, que la prestación que suministre el contratante de la Administración-, “[...] se encuentre destinada a asegurar el funcionamiento de un servicio público [...]” más aun, señala que:

“[...] Si no se trata del funcionamiento de un servicio público, no se haya en juego ningún interés general esencial. No hay que hacer prevalecer el interés general sobre el interés particular. Por tanto, se aplican pura y simplemente las reglas del derecho privado, que se basan en el principio de igualdad de los individuos [...]”¹³⁶

Esta modalidad ha sido ampliamente rebasada desde la jurisprudencia, ante la lógica de que la finalidad a la que atiende el Estado no es la prestación de un servicio público, ello con independencia de que la propia teoría de los servicios públicos no se encuentra acotada, comprende diversas variantes y modalidades y es sumamente cambiante, dado que atiende a los constantes cambios políticos, sociales, económicos y tecnológicos, tal y como lo ha señalado MANUEL MARÍA DIEZ en el texto siguiente:

“Tampoco podemos considerar contrato administrativo sólo el que se realizará para la prestación de un servicio público. Ello es así porque la noción de servicio público es muy ambigua y no hay un criterio definido a su respecto [...] Por lo demás, la Administración puede realizar contratos administrativos cuyo objeto no sea un servicio público.”¹³⁷

¹³⁵ Cfr. Jèze, Gaston. op. cit., nota 4, pp. 524 y 525.

¹³⁶ *Idem.*

¹³⁷ Cfr. María Díez, Manuel, op. cit., nota 80, p. 283.

Es en el campo de los hechos, que se ha desmentido este criterio, que ahora se muestra como una visión parcial de la actividad del Estado y, consecuentemente, no puede ser considerada en sí misma como la finalidad de toda su actuación, siendo incongruente que el servicio público sea el único objeto de la contratación pública estatal.

2.3.2.9.2. Modalidad de la utilidad pública:

Al hacer referencia al criterio finalista, MANUEL MARÍA DÍEZ señala la existencia de doctrina que “[...] *considera a los contratos administrativos aquellos cuya finalidad fuera la utilidad pública [...]*”; sin embargo, crítica esta postura por lo impreciso del término, destacando que por esa misma razón, no podría servir para determinar el carácter administrativo de un contrato suscrito por el Estado.¹³⁸

Por otra parte BERÇAITZ destaca que esta modalidad permite ampliar el concepto restringido del servicio público; sin embargo, no es suficiente, debido a que, al igual que en el último de los mencionados, se trata de un concepto equivoco, discutido y mudable.¹³⁹

Es importante mencionar que, por lo menos en el derecho mexicano, la utilidad pública es un concepto asociado a la figura de la expropiación, en términos del artículo 27, fracción VI de la CPEUM y, consecuentemente, se le entiende más como una causa, que como un fin de la actividad de la Administración.¹⁴⁰

¹³⁸ *Idem.*

¹³⁹ Cfr. Berçaitz, Miguel Ángel, op. cit., nota 30, pp. 206 y 207.

¹⁴⁰ En este sentido el Pleno de la Corte ha señalado que “[...] *el concepto de utilidad pública no debe ser restringido, sino amplio, a fin de que el Estado pueda satisfacer las necesidades sociales y económicas y, por ello, se reitera que, genéricamente, comprende tres causas: a) La pública propiamente dicha, o sea cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio u obra públicos; b) La social, que satisface de una manera inmediata y directa a una clase social determinada, y mediatamente a toda la colectividad; y c) La nacional, que satisface la necesidad que tiene un país de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política o internacional.*” Cfr. Pleno, SCJN, Novena Época, Jurisprudencia P./J. 39/2006, visible en SJFYG No. XXIII, p. 1412. EXPROPIACIÓN. CONCEPTO DE UTILIDAD PÚBLICA.

No obstante lo anterior, es una realidad que en ocasiones el legislador emplea este término de manera indistinta, como señala SEMPÉ MINVIELLE, en el sentido de que: *“En ocasiones las leyes dan el carácter de utilidad pública a cuestiones que en realidad no son propiamente causa de utilidad pública, ni tienen que ver con la expropiación.”*¹⁴¹, pero en este caso, consideramos que esta modalidad debe ser entendida como una finalidad y, consecuentemente, su razón se asimila más al interés público y no al concepto de utilidad pública en los términos que se le conoce.

2.3.2.9.3. Modalidad del interés público:

Esta vertiente del criterio teleológico define al interés público como el elemento determinante del contrato administrativo, Sobre esta vertiente señala Escola que:

*“Todas esas singularidades características, todas las peculiaridades que le son asignadas y contribuyen a perfilar los contratos administrativos, nacen de su específica finalidad de interés público, por lo que es ése propósito de alcanzar de manera directa e inmediata la satisfacción de ese interés público el que define de manera contundente e irrefutable un contrato como contrato administrativo.”*¹⁴²

A pesar de que se trata de un criterio ampliamente difundido, e incluso adoptado por una buena parte de la doctrina nacional e internacional, así como por nuestros propios tribunales, también ha sido criticado, debido a que se basa en un concepto jurídicamente indeterminado, que por su propia naturaleza no puede ser definido o determinado hasta que no se analiza a la luz de un caso concreto, por lo que buscar definir o establecer reglas generales a partir de un concepto con tales características resulta complejo.

¹⁴¹ Sempé Minvielle, Carlos. *Técnica legislativa y desregulación*. 4ª ed., México, Porrúa, 2002, p. 80.

¹⁴² Citado por Fernández Ruiz, Jorge, op. Cit., nota 34, p. 78.

Lo anterior, con independencia de que existe la posibilidad de que la Administración pueda celebrar contratos al amparo de derecho privado, cuya finalidad sea el cumplimiento del interés público, por lo que pareciera un elemento común a los contratos que celebra el Estado y no uno determinante o excluyente que permita establecer una tipología a partir de éste.

2.3.2.10. Teoría mixta.

También es conocida como la posición ecléctica, respecto de la cual mencionan HÉCTOR JORGE ESCOLA y JULIO RODOLFO COMADIRA que: “[...] *para fundar la existencia de los contratos administrativos se echa mano de varios de los elementos de caracterización mencionados precedentemente, haciéndolos actuar en forma conjunta.*”¹⁴³

En el mismo sentido LINARES, sostiene que: “[...] *ante la insuficiencia de los criterios antes expuestos, cabe analizar si en el contrato se verifican de modo paralelo varios de éstos. Cuantos más criterios se encuentren, más certeza se tendrá respecto de la existencia del contrato administrativo.*”¹⁴⁴

Por su parte, NAVA NEGRETE señala que resulta imposible determinar el carácter administrativo de un contrato bajo un determinado criterio o teoría, destacando que son diversos los motivos o las circunstancias por las que se puede calificar a un contrato como administrativo o como privado, dichas razones o criterios que se conocen y que, a su juicio son aplicables al medio jurídico administrativo mexicano, para determinar si un contrato es administrativo o privado, son: a) La determinación de la ley; b) La libre voluntad de las partes, y c) El objeto o la naturaleza misma del contrato.

¹⁴³ Cfr. Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, op. cit., nota 81, p. 560.

¹⁴⁴ Cfr. Linares, Mario, *Contratación Pública, Derecho local, internacional y de la integración*, 2ª ed., Perú, Linares Consultores, 2013, p. 72.

No obstante, el mismo autor prosigue, señalando que, para determinar con certeza si un contrato es administrativo, es necesario que reúna las características siguientes: a) Que una de sus partes sea persona de derecho público en ejercicio de sus funciones; b) Su celebración observe formalidades especiales; c) Su contenido incluya cláusulas exorbitantes de derecho privado; d) Satisfaga necesidades de carácter general, mediante la prestación de un servicio público, o el logro del interés público, o de la utilidad pública, y e) Las controversias que se susciten sean de la competencia del órgano jurisdiccional facultado para conocer asuntos de derecho administrativo.¹⁴⁵

Con el criterio ecléctico la realidad es que no hay criterio, por lo menos no uno sólo, dado que pueden emplearse en forma paralela todos los que se ajusten al caso concreto, brindando mayor certeza a la caracterización del contrato, mientras más criterios se sumen o se ajusten al mismo. En este sentido, se pueden aplicar a la teoría ecléctica todas y cada una de las observaciones que se han ido haciendo para cada criterio.

¹⁴⁵ Cfr. Nava Negrete, Alfonso, "Contratos privados de la Administración Pública", *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*. t. XIII, núm. 51 (julio-septiembre 1963), México, pp. 30 y ss.

3. La teoría del contrato administrativo en México

Con el fin de abordar las diversas teorías que analizan la figura del contrato administrativo en México, consideramos necesario para dicho ejercicio, dividir el presente capítulo en tres apartados.

En el primero de ellos, hacemos un recorrido sobre los distintos doctrinarios mexicanos, tomando a los más representativos desde el siglo XIX a la fecha.

En un segundo momento, nos abocamos al estudio del marco regulatorio en materia de actividad contractual del Estado, desde una perspectiva exegética, es decir, desde las primeras normas de la materia hasta la legislación vigente.

Por último, hacemos un análisis de la evolución de la figura del contrato administrativo a partir de los criterios jurisprudenciales, esencialmente en la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación.

En este punto, es importante señalar que para los fines de este trabajo, no se acudió a criterios jurisprudenciales del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA), toda vez que, antes del año 2000, dicho órgano no estaba facultado para conocer de la materia administrativa, pues sólo se ocupaba de la materia fiscal. Los criterios que se emitieron con posterioridad, para efectos del presente estudio no los consideramos oportunos y por ello fueron desechados.

3.1. Las posturas adoptadas por la doctrina en México.

3.1.1. Teodosio Lares. (1806-1870)

TEODOSIO LARES aborda el estudio de los convenios que suscribe el Estado con los particulares al desarrollar las atribuciones del poder judicial, destacando que, tratándose de convenios, existen:

“[...] ciertas especialidades, en las cuales los principios tienen necesidad de luchar con cierta semejanza administrativa que resulta, ya de un interés que podría llamarse cuasi público, ya de una materia habitualmente administrativa, ya en fin de la cualidad de las personas.”¹⁴⁶

En este sentido, el autor describe algunas operaciones, precisando en cada caso su naturaleza, destacando, a guisa de ejemplo, los convenios de ventas, cambios, arrendamientos o divisiones sobre bienes que forman parte del dominio del Estado, que considera de carácter privado y, consecuentemente, sujetos a las leyes civiles y a la jurisdicción de los tribunales judiciales.

Asimismo, al atribuir el carácter de personas morales privadas a las demarcaciones, ya sea departamentos, distritos, partidos o establecimientos públicos, justifica que sus operaciones jurídicas sean de la misma materia, señalando incluso que el hecho de argumentar que los trabajos y contratos sean concernientes a una parte importante del público, no son pretexto suficiente para poder atribuir a éstos jurisdicción administrativa, debido a que ésta se encuentra reservada a operaciones que suscribe el Estado como persona moral pública, representante del interés general.¹⁴⁷

En el mismo sentido, LARES señala que:

“Para fundar la competencia administrativa, no bastaría que las adjudicaciones de los trabajos se hubieran hecho en la forma de las adjudicaciones de los trabajos públicos del Estado, porque no es la forma, sino la materia de los actos, la que determina la competencia. De otra manera, de la voluntad de los administradores de estas

¹⁴⁶ Cfr. Lares, Teodosio, *Lecciones de Derecho Administrativo*. México, 1ª reimpresión, UNAM, 1978, p. 299.

¹⁴⁷ *Ibidem.*, p. 302.

personas morales, dependería el crear, cambiar y desnaturalizar el orden de las jurisdicciones, con solo variar la forma de los actos que ejecutarán.”¹⁴⁸

De lo anterior se colige claramente que, desde la arista por la que LARES aborda el estudio del contrato suscrito por el Estado, su análisis parte de la jurisdicción aplicable a estas operaciones, así como a la materia o, podríamos decir, al contenido o naturaleza propia de los actos, descartando otros criterios de índole subjetivo, formal o voluntarista; sin embargo, no hay menciones al contrato de carácter público o administrativo, de lo cual se puede colegir que no establece una distinción en este sentido, por lo menos no como una categoría expresa.

Finalmente, aun cuando para LARES es factible la existencia de contratos especiales, dicho autor no establece un parámetro claro para determinar qué tipo de actos tendrían que ser considerados como sujetos de jurisdicción administrativa, cayendo en la atipicidad, es decir, en la necesidad de evaluar cada caso en concreto.

3.1.2. José María del Castillo Velasco. (1820-1883)

Para este autor, las obras públicas pueden realizarse por contrata o por administración, siendo la primera de estas modalidades la que interesa para efectos del presente estudio y sobre la cual señala que debe ser considerada como un esquema subsidiario al de ejecución directa.¹⁴⁹

En este sentido, señala que:

“[...] La delegación de facultades propias de la administración a favor de los particulares se hace en virtud de contratos ajustados á reglas de

¹⁴⁸ *Ibidem.*, p. 303.

¹⁴⁹ Cfr. Del Castillo Velasco, José María, *Ensayo sobre el Derecho Administrativo Mexicano*, 1ª ed. facsimilar, UNAM, México, T. II, 1994, p. 24.

equidad y prudencia, para concertar los intereses del estado con los de los empresarios de las obras y servicios públicos, porque sin esta concordia no hay justicia, ni conveniencia, ni seguridad en punto á la satisfacción de semejantes necesidades en lo venidero. El Gobierno debe procurar el bien general con justicia y economía, y sobre todo manteniéndose fiel á sus promesas, porque el grado de crédito que inspire, será un poderoso auxiliar en la próspera y en la adversa fortuna. (sic)”¹⁵⁰

Estas reglas de equidad y prudencia a las que hace referencia son desmenuzadas a lo largo de su explicación, por ejemplo, que la adjudicación sea realizada bajo la máxima de publicidad y concurrencia, para que mediante remate o subasta y previo a la presentación de propuestas en pliegos cerrados, se adjudique el contrato al mejor postor, a través de acta legalizada ante escribano y elevada al superior para resolución definitiva. Otras reglas son que una vez aprobado el remate, el adjudicatario constituya la fianza que sea estipulada; que renuncie al fuero que le corresponda en función de su domicilio; que carezca de derecho a reclamar aumento alguno a los precios fijados en su presupuesto a título de error u omisión o a la reclamación de adicionales sobre trabajos hechos en función de lo señalado en la memoria de la obra, entre otras reglas.¹⁵¹

Bajo este contexto y contrario a lo observado con LARES, este autor distingue expresamente al contrato administrativo como una categoría específica atribuible a operaciones jurídicas que realiza la administración, respecto de la cual indica que:

“[...] Dos elementos necesarios deben distinguirse en todo contrato administrativo; el primero las estipulaciones generales ó especiales que ligan recíprocamente á la administración y al contratista, y el segundo los principios y doctrinas que rigen en la materia y se aplican á todas

¹⁵⁰ *Ibidem.*, p. 47.

¹⁵¹ *Ibidem.*, pp. 47 y ss.

las obligaciones de la misma materia, según se consignan en las leyes comunes. Así pues, estos principios generales del derecho suplen la falta de reglas positivas, declaran el sentido de las cláusulas oscuras ó ambiguas, y en fin constituyen el fundamento de la jurisprudencia administrativa en orden á los contratos de obras y servicios públicos. (sic)”¹⁵²

Bajo este contexto, es posible advertir que para CASTILLO DE VELASCO los contratos administrativos se distinguen de los ordinarios atendiendo, en primera instancia, a un criterio subjetivo, en tanto que son actos que suscribe la administración como componente subjetivo esencial en su configuración; sin embargo, este criterio no es la única determinante, debido a que restaría un elemento adicional que, como hemos mencionado, se compone de ciertos “[...] principios y doctrinas que rigen en la materia y se aplican a todas las obligaciones de la misma materia según se consigna en las leyes comunes [...]”.

Es decir, que se trata de reglas que aun cuando incluso nacen del orden común, se adecuan a la naturaleza y circunstancias de la esfera administrativa, supliendo la falta de reglas positivas en dicho ámbito, constituyendo lo que el autor designa como “[...] la jurisprudencia administrativa en orden á los contratos de obras y servicios públicos.”, pero que no dejan de ser otra cosa que ese conjunto de reglas de equidad y prudencia de las que ya se han enunciado algunos ejemplos, las cuales atienden no solamente a aspectos de índole procedimental, que son indispensables para la selección del contratante de la Administración y, consecuentemente, para la obtención de las mejores condiciones para el Estado, sino que también refieren la existencia de cláusulas especiales, podríamos decir exorbitantes, aun cuando el autor no las designa así, que se apartan de lo estipulable en contratos ordinarios, como lo es la posibilidad de disolver unilateralmente dichos instrumentos jurídicos por parte de la autoridad, mediante la rescisión.

¹⁵² *Ibidem.*, p. 49.

De lo anterior es posible observar que la determinación de los contratos administrativos para este autor es multifactorial, debido a que refiere a elementos que pueden atribuirse a los criterios subjetivo, formal o, incluso, de cláusulas exorbitantes; sin embargo, los resume a una sola expresión, que atiende al aspecto volitivo, señalando que:

“[...] Quien se presenta á la subasta, sabe ó debe saber á lo que se obliga, y acepta los beneficios con las cargas consiguientes. No se le juzga por una ley que repugna, sino por lo que él mismo se impone. Así es que por onerosas que sean las condiciones del contrato no tiene derecho el contratista de repugnarlas; no antes del contrato, porque es libre para aceptarlo ó no aceptarlo y no después de él, porque su aceptación ha hecho ley.”¹⁵³

3.1.3. Gabino Fraga. (1899-1982)

Este autor parte del concepto de contrato expuesto por GASTON JÈZE, para indicar que se trata de una operación jurídica bien determinada, cuyos elementos esenciales están constituidos, en primer término, por un acuerdo bilateral de voluntades, y en segundo lugar, por la creación de una situación jurídica individual, no general.¹⁵⁴

Para GABINO FRAGA la distinción entre contratos civiles y contratos administrativos reside en determinar doctrinalmente el régimen que a cada categoría conviene, por lo que, en principio, parece decantarse por la corriente de pensamiento que justifica la existencia de estos últimos en función al régimen jurídico exorbitante del derecho privado, tal y como se advierte del texto siguiente:

¹⁵³ *Ibidem.*, p. 52.

¹⁵⁴ Cfr. Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*. 7ª ed., México, Porrúa, 1958, p. 434.

“[...] 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 [...]”¹⁵⁵

Sin embargo, dicho autor considera que tal afirmación, aun cuando constituye una base para solucionar la problemática, en realidad la desplaza al análisis de otros planteamientos como ¿por qué en algunos contratos, los que llamamos administrativos, existe un régimen exorbitante del derecho civil? y ¿en qué consiste ese régimen especial?

En consecuencia con lo anterior, después de explorar algunos de los criterios adoptados por la doctrina, mismos que han sido abordados en apartados anteriores de este trabajo, FRAGA se adhiere al criterio finalista para justificar el contrato administrativo y su régimen excepcional, como una categoría distinta a los contratos civiles¹⁵⁶, señalando lo siguiente:

“[...] 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 y han originado un derecho exorbitante de él, el derecho mercantil, en igual forma las finalidades diversas de la vida estadual 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 [...]”¹⁵⁷

¹⁵⁵ *Ibidem.*, p. 437.

¹⁵⁶ El criterio finalista de acuerdo con Fraga, es aquel que otorga el carácter de administrativo a los contratos *“[...] en razón de la finalidad que persiguen, que es una finalidad pública, o según otras expresiones, de utilidad pública, de utilidad social [...]”* *Ibidem.*, p. 399.

¹⁵⁷ *Ibidem.*, p. 399.

En este sentido, destaca FRAGA que la necesidad de que exista un régimen exorbitante al de derecho privado en este tipo de instrumentos, se justifica en función de las atribuciones de derecho público que le han sido conferidas al Estado, que para el autor tienen por objeto que las necesidades generales sean satisfechas en una forma eficaz, continua y regular, para lo cual puede, incluso, actuar en sacrificio del interés privado del contratante, tal y como se advierte del texto que se cita a continuación:

“[...] 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 aun con sacrificio de la situación originada por el contrato, del interés privado del co-contratante de la Administración [...]”¹⁵⁸

Es por ello que, para FRAGA, el contenido de ese régimen especial de derecho público se compone de reglas que afectan la relación jurídica constituida por la voluntad de ambas partes, ya sea en la ejecución y la interpretación de su contenido obligacional, e incluso en su eficacia, debido a la posibilidad de concluir unilateralmente dicho vínculo, destacando que dicho régimen ha sido incorporado en mayor o menor medida en la legislación mexicana, dado que tales condiciones no podrían ser aplicadas de otra manera por la Administración, si no es en virtud de su establecimiento en la ley administrativa, en atención al principio de legalidad.

3.1.4. Alfonso Nava Negrete.

Otro estudioso mexicano que en su momento analizó la adopción del contrato administrativo en nuestro derecho fue ALFONSO NAVA NEGRETE; sin embargo,

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 402.

advierte de la complejidad que dicho análisis representa, según se desprende a continuación:

“Públicos son los contratos administrativos, pues se rigen por el derecho administrativo, por la legislación administrativa; pero conocer su identidad, saber cuáles son, qué característica tienen en lo general y cada uno en particular, no es posible en todos los países; en México no lo es.”¹⁵⁹

Para NAVA NEGRETE existe dicha complicación debido a que no existe en México una legislación administrativa que denomine en forma categórica cuáles serían los contratos propiamente administrativos, en virtud de que “[...] *En México tenemos dos contratos administrativos nominados: el de obra pública y el de suministro o adquisiciones; los demás contratos públicos que celebra el gobierno federal son innominados [...]*”¹⁶⁰, dejando en manos de la doctrina o de la jurisprudencia de los tribunales la fisonomía legal de cada contrato administrativo; sin embargo, en relación con la participación de ambos segmentos, destaca que su contribución ha sido muy pobre.¹⁶¹

Bajo este contexto, el mismo autor señala que para la existencia de un contrato administrativo es necesario que se encuentren en él tres elementos esenciales: a) que una de las partes sea la administración pública; b) que tenga como único objeto el interés público y c) que el procedimiento que sigan las autoridades administrativas para concertar el contrato con los particulares, así como el que se aplique para su ejecución, sean previstos y regulados por la ley administrativa o por el derecho público en general.¹⁶²

¹⁵⁹ Nava Negrete, Alfonso. *Derecho Administrativo Mexicano*. 2ª ed., FCE, México, 2001, pág. 390.

¹⁶⁰ *Ibidem.*, p. 390.

¹⁶¹ *Ibidem.*, p. 391.

¹⁶² *Ibidem.*, p. 392.

No obstante lo anterior, destaca la dificultad que aún persiste para distinguir entre aquellos que pueden ser considerados contratos administrativos y los contratos privados de la administración, precisando que la importancia de tal disquisición radica en la posibilidad de determinar el tribunal competente en caso de conflicto¹⁶³, consecuentemente, procede al análisis de diversos criterios, entre los que resalta el legal, por ser a través de éste que resulta posible detectar al contrato de obra pública y al de adquisición o suministro como los únicos contratos que en forma nominativa establece nuestro derecho como públicos o administrativos, desde el propio artículo 134, de la CPEUM y la abrogada Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, en el caso del primero de los instrumentos jurídicos mencionados, y en forma más reciente en la LAASSP, para el caso del segundo de los acuerdos de voluntades antes citados; sin embargo, también refiere a los criterios voluntarista; del régimen jurídico aplicable atendiendo a la naturaleza de las disposiciones que rigen el contenido obligacional; el objetivo o finalista del servicio público y el de la cláusula exorbitante.

En todo caso, el criterio de distinción entre ambas categorías contractuales propuesto por NAVA NEGRETE resulta claramente ecléctico, dado que concluye con una metodología casuística, en la que dependiendo de las circunstancias de cada instrumento jurídico, resultara aplicable una o varias de las teorías expuestas, para discernir la naturaleza del contrato, tal y como se advierte del texto siguiente:

*“Sin ley de contratos administrativos, sin jurisprudencia formadora, con una doctrina pobre, con numerosos contratos públicos innominados, con sólo dos contratos administrativos nominados, la necesidad de utilizar esos criterios es absoluta, no uno solo, varios, lo que cada caso imponga [...]”*¹⁶⁴

¹⁶³ *Idem.*

¹⁶⁴ *Ibidem.*, p. 395.

Esta conclusión, expuesta por NAVA NEGRETE en el año 2001, en la segunda edición de su libro de Derecho Administrativo Mexicano, matiza de alguna manera aquella que expone en el texto de su artículo “Los contratos privados de la Administración Pública” publicado en 1963 y a través del cual, si bien concluye en igual sentido, en este último propone una metodología excluyente para la aplicación de los criterios expuestos, según se desprende de lo siguiente:

“[...] no es posible adoptar un criterio único. Por ello mismo hemos tomado la siguiente posición: aplicar cada uno de los criterios expuestos en forma excluyente, es decir, primero estar al texto de la ley, en su falta; segundo, a la letra del contrato y en su defecto, por último, a la naturaleza misma del contrato.”¹⁶⁵

Como corolario de la postura adoptada por este autor, resulta emblemático el señalamiento que sigue:

“[...] Entre la ley administrativa, la voluntad de las partes –que no es la suprema ley de los contratos administrativos- y el Código Civil, se fragua el régimen de los contratos públicos.”¹⁶⁶

3.1.5. Jorge Olivera Toro.

Este autor abunda en la polémica entre el contrato civil realizado por la Administración y el contrato administrativo, destacando que no existe una base precisa para distinguirlos, a menos que se atienda al régimen exorbitante al que se encuentran sujetos estos últimos; sin embargo, coincide con GARCÍA DE ENTERRÍA

¹⁶⁵ Cfr. Nava Negrete, Alfonso, op. cit., nota 145, p. 36.

¹⁶⁶ Nava Negrete, Alfonso, op. cit., nota 159, p. 396. No obstante tal conclusión, es preciso destacar una prevención hecha por el mismo autor que puede aplicarse ante tal conclusión, en el sentido de que *“[...] independientemente de la naturaleza que la ley atribuya al contrato, éste puede tener una distinta intrínsecamente analizado, pero aun así prevalecerá lo resuelto por el legislador [...]”*-así mismo- *“[...] Hacemos la salvedad que cuando la voluntad de las partes se haya pronunciado en someterse a uno u otro régimen de derecho privado o público, si del clausulado del contrato o de la naturaleza del mismo se desprende otra cosa, se estará a esto último.”* Alfonso Nava Negrete, op. cit., nota 145, p. 37.

en el sentido de que la referencia al contrato administrativo es una *contradictio in adjecto*, ya que “[...] el contrato crece sobre el suelo de la igualdad, en tanto que la Administración siempre manda unilateralmente.”¹⁶⁷

Para intentar una respuesta respecto a la necesidad de esta categoría, el autor se formula dos cuestionamientos, por un lado ¿por qué hay un régimen ajeno al Derecho Civil? y por otro ¿en qué consiste el régimen especial?

Después de analizar aquellas tendencias que históricamente se han ido desarrollando para explicar o justificar la existencia del contrato administrativo, entre las que destaca la subjetiva; la voluntarista; la jurisdiccional; la objetiva y la finalista en su variante del servicio público, el autor concluye que:

“[...] el contrato administrativo es un resabio de la teoría del servicio público, para crearlo exorbitando del Derecho Civil y mantener la prerrogativa de la administración, como manifestación de la fuerza pública, situación imposible de existir, so pena de ilicitud, en el contrato de Derechos [sic] privado. Sin embargo, estamos ciertos que el contrato administrativo no es sino una modulación de la institución del contrato, conforme a las exigencias de la administración pública, modulación que puede ser más o menos amplia.”¹⁶⁸

Bajo este contexto, el autor reconoce la existencia del contrato administrativo como una adecuación del contrato entendido como institución o categoría transversal, es decir, que no es privativa de una disciplina jurídica determinada, es por ello que citando a SEBASTIÁN RETORTILLO BAQUER destaca que en los contratos de orden administrativo “[...] los dos sujetos generan un vínculo mutuo y de directa relación característica incontrovertible del contrato, única nota permanente de

¹⁶⁷ García de Enterría, Eduardo. “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 41, año 1963, p. 100, citado por Olivera Toro, Jorge. *Manual de Derecho Administrativo*. 7ª ed. México, Porrúa, 1997, p. 245.

¹⁶⁸ *Ibidem.*, p. 247.

*todas las situaciones contractuales hasta nuestros días, desde su enunciado en el derecho romano...*¹⁶⁹

En ese sentido su criterio se asemeja al expuesto en su momento por DUGUIT, en el sentido de que el contrato cuenta con elementos que podrían denominarse consustanciales o intrínsecos a éste y que no importando la materia o disciplina jurídica que lo utilice, aparecerán siempre en su instrumentación, de lo contrario no podría acreditarse su nacimiento a la vida jurídica; sin embargo, la diferencia con este doctrinario francés estriba en la aceptación del contrato administrativo como una categoría especial, que bien puede distinguirse de la civil y de cualquier otra.

Estas modulaciones a las que hace referencia el autor, que son en sí mismas las que determinan el carácter especial o administrativo del contrato:

*“[...] son debidas a la peculiar manera de funcionar de la Administración que opera sobre la base de competencia, procedimiento, presupuesto, etc. (que también son necesarios para el contrato privado de la administración); pero, además esa tónica proviene de la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas, que establecen reglas específicas sobre su ejecución, cumplimiento y extinción.”*¹⁷⁰

En virtud de lo anterior, con OLIVERA TORO se retoma el espíritu de lo expuesto por LARES, en el sentido de que la nota distintiva del contrato administrativo se encuentra en su naturaleza misma, es decir, en el contenido de las obligaciones que son propias de esos actos, descartando criterios de índole subjetiva, formal o legal, de acuerdo con lo siguiente:

¹⁶⁹ Cfr. Retortillo Baquer, Sebastián M, *El derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones*, Madrid, Instituto García Oviedo, 1960, p. 188, citado por Olivera Toro, Jorge, op. cit., nota 167, p. 249.

¹⁷⁰ *Ibidem.*, p. 248.

“Para explicar la naturaleza de los contratos del Estado, no importa que sea él parte contratante, ni que invoquen como fundamento leyes constitucionales o administrativas que lo autoricen a formalizarlos, ni mucho menos que las disposiciones de la administración exijan ciertas formalidades para su celebración, lo que interesa es la determinación del carácter intrínseco de esos actos.”¹⁷¹

No obstante la coincidencia en el criterio de distinción señalado por ambos autores, es importante recordar que, contrario al autor materia de análisis, LARES no menciona la figura del contrato administrativo como una categoría específica y perfectamente distinguible del contrato ordinario y, consecuentemente, tampoco le reconoce sustantividad a dicha figura, esto debido a que aborda su estudio por sus repercusiones adjetivas, pues de la naturaleza de estas operaciones especiales dependería la jurisdicción aplicable.

3.1.6. Miguel Acosta Romero.

Este autor parte de la posibilidad que tiene la Administración de contratar con los particulares en forma consciente y voluntaria, para la consecución de las necesidades colectivas, al mismo tiempo que estimula el interés de la iniciativa privada, resultando una perspectiva valiosa bajo la óptica de la forma en la que se relaciona el interés de cada una de las partes, debido a que busca armonizarlos en lugar de presentarlos como contrapuestos.¹⁷²

Lo anterior no implica que exista una absoluta igualdad entre las partes, debido a que:

¹⁷¹ *Ibidem.*, p. 244.

¹⁷² Cfr. Acosta Romero, Miguel. *Teoría General del Derecho Administrativo*. 2ª ed., México, Facultad de Derecho, UNAM, 1975, p. 244.

“[...] 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 o apremio, que se 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.”¹⁷³

Bajo este contexto, indica que la Administración puede celebrar prácticamente cualquier tipo de contrato, tanto aquellos que se encuentran sujetos a normas de Derecho Privado, para lo cual refiere a los contratos civiles y mercantiles, como también a contratos que se rigen por reglas de Derecho Público, conocidos como contratos de derecho administrativo o contratos administrativos, buscando su conceptualización, al igual que Serra Rojas, a partir de las definiciones de LAUBADÈRE¹⁷⁴ y WALINE¹⁷⁵, para concluir con la de BERÇAITZ, entendiéndolos como:

“[...] aquellos celebrados por la Administración Pública con un fin público o que en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de Derecho Público exorbitante del Derecho Privado que colocan al contratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica.”¹⁷⁶

Asimismo, destaca que en México no existe una Ley que regule en forma sistemática y unificaría ni a los contratos que celebra la Administración, ni a los contratos administrativos, aunque existen muchas disposiciones aisladas, lo que

¹⁷³ *Ibidem.*, p. 245.

¹⁷⁴ “[...] acuerdo de voluntades creador de situaciones jurídicas concreta, su régimen jurídico es de Derecho Público y profundamente autónomo, inspirado en las exigencias del interés general.”

¹⁷⁵ “[...] negocio bilateral que el Estado realiza con una o varias personas privadas o públicas con propósito o utilidad pública para constituir, modificar o extinguir un vínculo patrimonial o económico regulado por leyes de interés público.”

¹⁷⁶ Berçaitz, Miguel Ángel, op. cit., nota 30, p. 214, citado por Acosta Romero, Miguel, op. cit., nota 172, pp. 251 y ss.

complica la problemática de analizar cuando se está en presencia de un contrato sujeto a derecho privado y cuando a un contrato administrativo sujeto a derecho público.¹⁷⁷

Partiendo de esta aseveración, este autor procede a hacer un breve desglose de los contratos civiles que puede suscribir el Estado¹⁷⁸, mencionando entre éstos a la compraventa de bienes inmuebles del dominio privado de la Federación, prevista en la Ley General de Bienes entonces vigente¹⁷⁹, el arrendamiento de bienes inmuebles para el establecimiento de oficinas públicas, la prestación de servicios profesionales, el comodato y la donación de bienes, así como ciertas adquisiciones y “reparaciones” cuyo importe no exceda de un determinado rango.

Asimismo, expone otros instrumentos jurídicos que se encuentran sujetos al derecho mercantil, como serían, por ejemplo, los fideicomisos cuyo fideicomitente sea el Estado a través de cualquiera de sus órganos o aquellos instrumentos por virtud de los cuales la Administración constituye y organiza sociedades mercantiles.¹⁸⁰

Con relación a los contratos que estudia en las materias civil y mercantil, el propio autor reconoce que, si bien se suscriben atendiendo a lo previsto en las legislaciones que les son propias, existen ciertos derechos y obligaciones que

¹⁷⁷ *Ibidem.*, p. 245.

¹⁷⁸ *Ibidem.*, pp. 245 y ss.

¹⁷⁹ Publicada en el DOF el 30 de enero de 1969. Esta disposición se encuentra actualmente derogada; sin embargo, en la LGBN vigente, publicada en el mismo medio de difusión el 20 de mayo de 2004, subsisten estos esquemas de contratación, entre los cuales se puede citar, a guisa de ejemplo, el supuesto previsto en el artículo 116, que dispone lo siguiente: “Los inmuebles propiedad de las entidades no se encuentran sujetos al régimen de dominio público de la Federación que establece esta Ley, salvo aquellos inmuebles propiedad de los organismos descentralizados.”

“Las entidades podrán adquirir por sí mismas el dominio o el uso de los inmuebles necesarios para la realización de su objeto o fines, así como realizar cualquier acto jurídico sobre inmuebles de su propiedad, sujetándose a las normas y bases que establezcan sus órganos de gobierno, en los términos de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, sin requerir autorización de la Secretaría. Tratándose de la enajenación de inmuebles propiedad de organismos descentralizados, se estará a lo dispuesto en el artículo 117 de la presente Ley.”

“Los inmuebles propiedad de las entidades, pueden ser objeto de todos los contratos que regula el derecho común.”

¹⁸⁰ *Ibidem.*, pp. 248 y ss.

varían o que incluso provienen directamente de disposiciones de derecho público, debido a la naturaleza, intereses y fines que son propios de uno de los contratantes, coincidiendo en este sentido con lo expuesto por ENRIQUE SAYAGUES LASO, el cual señala que:

“[...] están los contratos típicos del Derecho Privado, que la administración también puede celebrar. En estos casos, aunque las normas civiles o comerciales tienen aplicación principal, las reglas de Derecho Público no quedan totalmente descartadas. Más aún, hay siempre una marcada tendencia hacia el desarrollo de un régimen especial para tales contratos, que los alejan en grado variable del derecho común.”¹⁸¹

Respecto a los contratos administrativos, destaca que se trata de una categoría novedosa, debido a que tradicionalmente la materia de contratos se regía por el derecho civil, incluso en aquellos contratos celebrados por el Estado; sin embargo, entra al análisis de diversos criterios que pueden diferenciar al contrato administrativo del privado, tal es el caso del objetivo o intrínseco, que opera cuando *“[...] el Estado acuerda con los particulares realizar una actividad de interés general y para ello es necesario que se celebre un contrato [...]”¹⁸²*; el jurisdiccional, del cual describe dos tendencias históricas, la primera que remite a la jurisdicción ordinaria para resolver los conflictos, mientras que la otra señala a los tribunales administrativos para conocer de los contratos administrativos, destacando que en México la jurisdicción puede ser en los dos aspectos, en materia administrativa, para el caso de obra pública, ante el Tribunal Fiscal de la Federación y en otros casos ante los tribunales federales en materia de amparo.¹⁸³

¹⁸¹ Sayagues Laso, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, pp. 538 y 539, citado por Acosta Romero Miguel, op. cit., nota 172, pp. 247 y 248.

¹⁸² *Ibidem.*, p. 249.

¹⁸³ *Ibidem.*, p. 250. Tanto el nombre como la competencia del órgano jurisdiccional que señala el autor han sufrido modificaciones que nos permitimos precisar, toda vez que actualmente se le conoce como Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y atendiendo a lo previsto en el artículo 14, fracción VII, de su Ley Orgánica, publicada en el DOF el 6 de diciembre de 2007, dicho órgano es competente para conocer de las resoluciones definitivas, actos administrativos y

Otro criterio analizado por ACOSTA ROMERO es el relativo al régimen al que se encuentran sujetos los contratos administrativos, que puede ser de derecho privado o de derecho público; sin embargo, el mismo autor reconoce que no existe una postura uniforme en la doctrina mexicana sobre este particular, pues el Estado se vale de ambos regímenes para realizar estas operaciones jurídicas, señalando como ejemplo de tal circunstancia aquellas que la Administración realiza sobre bienes inmuebles en términos de la LGBN, que en varios supuestos se efectúan al amparo de la legislación común, mientras que la obra pública se instrumenta a través del derecho público.

El criterio de las cláusulas exorbitantes, también estudiado por este autor, señala a estas cláusulas como las que plasman en los contratos ciertos derechos de la Administración que rompen con el principio de igualdad de las partes que es tradicional en el derecho civil, pasando de esta postura a la disquisición existente respecto a considerar al contrato administrativo como un contrato de adhesión, concluyendo que aún bajo esa perspectiva, sería necesario el concurso de voluntades de las partes contratantes, destacando lo siguiente:

“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 la facultad de dejar sin efecto el 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 la extensión de la obligación del contratante, de rescindir

procedimientos que se dicten en materia administrativa sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios celebrados por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, con lo que se observa que cuenta con mayores facultades de las que gozaba cuando Acosta Romero realizó su análisis; sin embargo, el sentido de su razonamiento continúa vigente en tratándose del tema de jurisdicción ya comentado para el caso mexicano.

*unilateralmente el contrato, de ejecutarlo forzosamente o por un tercero, en casos de morosidad.*¹⁸⁴

Este último párrafo que se cita será considerado como un criterio adicional por el mismo autor en una de sus obras posteriores, denominado “*hechos del príncipe*”.¹⁸⁵

Para concluir con los criterios, es menester acudir a la postura que este autor refiere como la más uniforme en nuestra doctrina, que atiende a que cuando una de las partes sea el Estado, en cualquiera de sus formas organizativas, nos encontraremos formalmente ante un contrato administrativo, señalando como siendo exponentes clásicos del mismo el suministro, el abastecimiento y la obra pública, de acuerdo a la doctrina francesa.¹⁸⁶

No obstante lo anterior, consideramos que esta afirmación contrasta con la aseveración de que el Estado puede suscribir cualquier tipo de acuerdo de voluntades, debido a que el elemento subjetivo deja de ser la característica definitoria del contrato administrativo, toda vez que éste resulta constante en todos los contratos suscritos por la Administración, consecuentemente, no habría necesidad de distinguir a los contratos administrativos de otros instrumentos jurídicos, en virtud de que desde el punto de vista formal, se tendría que entender que la totalidad de los contratos que suscribe el Estado son administrativos, por el simple hecho de ser este último quien se configura como una de las partes en dicho acuerdo de voluntades.

Bajo esta tesis, para ACOSTA ROMERO los contratos administrativos en sentido estricto son la obra pública y el suministro, mientras que los contratos administrativos en general son aquellos acuerdos de voluntades que suscribe con

¹⁸⁴ *Ibidem.*, p. 251.

¹⁸⁵ Cfr. Acosta Romero, Miguel. *Derecho Administrativo Especial*, 3ª ed., México, Porrúa, 1998, pp. 636.

¹⁸⁶ Cfr. Acosta Romero, Miguel, op. cit., nota 172, p. 249.

las entidades federativas; con los municipios y con los organismos internacionales.¹⁸⁷

Finalmente, a pesar de que este autor manifiesta que este último criterio es el que más consenso ha generado para determinar el carácter administrativo de los contratos, también declara que “[...] *serán contratos administrativos aquellos que el legislador someta a reglas de Derecho Público.*”¹⁸⁸, retomando no solamente el criterio subjetivo antes referido, sino también el legal, que ya hemos explorado en otro apartado.

3.1.7. Andrés Serra Rojas.

Para analizar la figura del contrato administrativo, el autor parte de la definición habitual de contrato expuesta por *LAUBADÈRE*, como acuerdo generador de obligaciones, el cual puede ser aplicable a contratos celebrados entre particulares o bien, aquellos suscritos por la Administración, conceptualizando al de carácter administrativo como:

“[...] un acuerdo de voluntades celebrado, por una parte la Administración pública y por la otra personas privadas o públicas, con la finalidad de crear, modificar y extinguir una situación jurídica de interés general, o en particular relacionada con los servicios públicos, que unen a las partes en una relación de estricto derecho público, sobre las bases de un régimen exorbitante del Estado.”, -concluyendo que- *“[...] Por el contrato administrativo se asegura el régimen de los servicios públicos o la realización de los fines del Estado. El interés general o la utilidad pública son elementos básicos de este contrato.”*

¹⁸⁷ Cfr. Acosta Romero, Miguel, op. cit., nota 185, pp. 631 y ss.

¹⁸⁸ Cfr. Acosta Romero, Miguel, op. cit., nota 172, p. 252.

En este sentido, destaca que la realización de un contrato administrativo no puede quedar al arbitrio de las partes, descartando de entrada el criterio voluntarista. Así mismo, señala que en todo contrato administrativo una de las partes será el Estado; sin embargo, no todo contrato celebrado por la Administración es de carácter administrativo, concluyendo que:

“[...] Numerosas son las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que aluden a los contratos administrativos. Pero esas resoluciones no permiten configurar una doctrina administrativa e incluso en Francia “el arret Expous-Bertin de 1956” vuelve al objeto y no a las cláusulas exorbitantes.”

Para apoyar lo anterior el autor retoma el estudio de diversos autores franceses analizando así a DUGUIT, JÈZE, LAUBADÈRE y WALINE, dedicando a los dos últimos un examen particular, debido a que del primero de éstos toma su caracterología, a través de la cual se califica de administrativo al contrato que, en primer orden, se relacione con la organización o el funcionamiento de un servicio público, a este último término es adicionado por SERRA ROJAS el de interés general y, en segundo lugar, que contenga una o varias cláusulas exorbitantes del derecho común. Por su parte, de WALINE retoma la variable del régimen jurídico aplicable, como una imposición del poder público para garantizar el interés general, que no debe estar subordinado al privado, emparentando estas ideas con lo expuesto por el argentino BERÇAITZ, en el sentido de que en el contrato administrativo no existe una desigualdad en la voluntad de las partes que intervienen, sino que más bien nos encontramos ante intereses desiguales.

Respecto de las cláusulas exorbitantes señala que esta tendencia ha sido objetada por una parte de la doctrina española, entre los que destaca a GARRIDO FALLA y a GARCÍA-TREVIJANO FOS, quedando como un elemento secundario para distinguir al contrato administrativo y concluyendo que la *“La Administración pública puede celebrar contratos sujetos a diversas modalidades jurídicas de*

acuerdo con el interés general.”, ciñéndose a la que él mismo señala como la tesis dominante, que divide a los contratos que suscribe el Estado en contratos civiles realizados por la Administración pública, sujetos al régimen de derecho privado y los contratos administrativos.

Bajo este contexto, aun cuando destaca que el subjetivo es criterio seguido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para SERRA ROJAS será el interés general la idea rectora de la actividad contractual del Estado, destacando que, incluso aquellos instrumentos jurídicos que se rigen por la legislación civil, contienen reglas o remisiones especiales a disposiciones de derecho público y, en el caso de los contratos administrativos, resulta aún más evidente, debido a que en ellos interviene la Administración con un régimen de derecho público determinado por la ley, en el cual se establecen cláusulas exorbitantes que rigen la relación contractual.

En este sentido, el propio autor distingue entre los contratos que regula el código civil y los contratos administrativos, señalando que en los primeros, la voluntad de las partes es la suprema ley, de allí nacen las normas que rigen esa relación jurídica aplicándose el propio Código como normas supletorias para llenar los vacíos no previstos por las partes; mientras que en los administrativos la voluntad de las partes no puede alterar los mandatos de la ley que se aplica directamente, las partes se subordinan a una relación de derecho público preestablecida o principios jurídicos creados *ex-profeso* para normar esas situaciones, que obedecen a los reclamos del interés público.

Finalmente, este autor distingue entre los contratos y los convenios administrativos, destacando a estos últimos como una nueva forma de gobernar, denominada como *administración concertada*¹⁸⁹, debido a su habitual uso en gran cantidad de materias, como la presupuestaria, electoral, servicios públicos, salubridad, entre otros, partiendo de la idea de que la Administración realiza su

¹⁸⁹ Término que retoma y comenta a partir de Entrena Cuesta, Rafael, op. cit., nota 98, pp. 66 y ss.

actividad administrativa propiamente a través de estos instrumentos jurídicos, convirtiendo a la negociación como un instrumento imprescindible para el ejercicio de dicha función, ya sea a través de convenios interadministrativos o entre la propia Administración y sus administrados.¹⁹⁰

¹⁹⁰ Cfr. Serra Rojas, Andrés, op. cit., nota 25, pp. 635 y ss.

4. El contrato administrativo en la legislación mexicana.

La actividad contractual del Estado mexicano no se encuentra regulada en un solo cuerpo normativo, muy por el contrario, se disemina en diversas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que hacen sumamente complejo su estudio y sistematización.

Ejemplo de lo anterior son los contratos de servicios, de utilidad o producción compartida, o de licencia, para llevar a cabo, por cuenta de la Nación, las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, incluyendo las que puedan realizar las empresas productivas del Estado con particulares, así como aquellos contratos relacionados con actividades de la industria eléctrica, cuyo marco jurídico, en ambos casos, ha sido esbozado en el artículo 27 de la CPEUM¹⁹¹, quedando aún pendiente su reglamentación en la normativa secundaria.

En este mismo sentido tenemos los contratos que involucran el desarrollo de proyectos de asociación público-privada, cuya regulación se desprende de los artículos 25 y 134 de la CPEUM, la Ley de Asociaciones Público Privadas y su Reglamento; así como las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obras públicas que se realicen, en términos de la LAASSP y la LOPSRM y sus respectivos reglamentos y la Ley General de Bienes Nacionales, entre otras disposiciones administrativas que de cada uno de estos ordenamientos se desprenden.

De acuerdo con lo anterior, podemos observar que si bien la actividad contractual de la Administración pudo haber tenido originalmente cercanía al derecho

¹⁹¹ Cfr. “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía”, publicado en el DOF el 20 de diciembre de 2013.

privado¹⁹², también lo es que paulatinamente ha dado paso a esquemas contractuales en los que a pesar de contar con la estructura y el marco obligacional que comparte en buena medida instituciones y modalidades del derecho civil, su regulación pertenece al campo del derecho público, adoptando algunas cargas y prerrogativas en su favor, que traen como consecuencia un desequilibrio en las relaciones jurídicas, atendiendo principalmente a los intereses perseguidos por cada una de las partes contratantes.

En consecuencia, estamos de acuerdo con lo que sobre este particular destaca Fernández Ruiz, al señalar que:

*“El contrato administrativo aparece en México cuando las disposiciones normativas configuran una categoría específica regida por principios distintos a los que regulan el resto de los contratos, como son, entre otros, la desigualdad de los contratantes evidenciada en las prerrogativas conferidas a una de ellas, que siempre será la administración pública, y el cumplimiento de fines estatales [...]”*¹⁹³

La creciente importancia de esta actividad del Estado, ha generado una regulación cada vez más importante por parte de éste, no solamente en el contenido obligacional del contrato en sí mismo, sino en los procedimientos empleados para su adjudicación, su administración y ejercicio, así como para su control y revisión.

Es por ello que coincidimos con el diagnóstico evolutivo que respecto de la figura del contrato que suscribe la Administración realiza el español Santamaría Pastor, al destacar lo siguiente:

¹⁹² Desde una perspectiva histórica, el profesor Miguel Galindo Camacho señala que: *“En México, hasta principios de la década de los cincuentas los contratos que consideramos como administrativos eran considerados contratos regidos por el derecho privado.”*, Cfr. Galindo Camacho, Miguel, *Derecho Administrativo II*, México, Porrúa, 1996, p. 121.

¹⁹³ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, p. 34.

“Hasta mediados del siglo XX, el régimen jurídico de los contratos celebrados por los entes públicos era considerado como parte naturalmente integrante del derecho privado; un régimen sólo sesgado por cuatro tipos de preocupaciones:

i) primera, [...] la necesidad de excluir a los jueces ordinarios del conocimiento de los conflictos que estos contratos generasen [...]

ii) segunda [...] la Administración emprendió el camino de autoatribuirse poderes inusuales en el mundo de la contratación privada, como el de interpretación y modificación unilateral de los contratos [...]

iii) tercera, la imposición de reglas uniformes relativas a la selección de los contratistas que confirieran un cierto grado de limpieza, transparencia y automatismo en la contratación [...]

*iv) y cuarta, el establecimiento de controles financieros, dado el creciente peso que la contratación venía adquiriendo en el volumen total del gasto del Estado [...]*¹⁹⁴

Este diagnóstico no es privativo del derecho español, tal y como veremos en los apartados siguientes, existe una preocupación constante por parte del Estado para salvaguardar sus intereses frente a los de sus contratistas y, consecuentemente, el establecimiento de un régimen jurídico especial para la realización de ciertos contratos a los que el legislador les va confiriendo un tratamiento específico, que va más allá del derecho común, tal y como lo expone Fernández Ruiz, citando como ejemplo de ello a JOSÉ MARÍA VELASCO, en los términos siguientes:

“El reconocimiento de una categoría de contratos distinta a la ordinaria, entre otras causas por estar sometidos aquéllos a un régimen exorbitante del derecho privado, se da implícitamente (sic) en la doctrina jurídica mexicana desde el siglo XIX. Así, podemos leer en

¹⁹⁴ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª ed., España, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, Vol. II, pp. 190 y 191.

el Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano de José María del Castillo Velasco:”

[...]

“En la municipalidad de México toda obra pública según las ordenanzas de 1840 debe verificarse por contrata, como sucede actualmente. [...] Estas obras públicas municipales como todas las demás de su género, ya sean nacionales, ya interesen sólo a un Estado, se ejecutan siempre con la intervención de los peritos, y previa la formación de presupuestos, planos, cortes y demás estudios, que el poder administrativo revisa y aprueba.”¹⁹⁵

En adición a lo anterior, no está por demás señalar también, como acertadamente lo hace CASSAGNE, que las formas de contratación a las que recurre el Estado, no pueden ser identificadas en una categoría unívoca, que permita realmente un divorcio entre la doctrina del derecho privado y la del derecho público.¹⁹⁶

También la creciente presencia de la influencia y las relaciones internacionales que existen con motivo de la globalización, e incluso, como sería en el caso de México, por la firma de tratados internacionales que permiten contratos públicos internacionales, nos ha llevado a que, más allá de que tengamos un cuerpo normativo uniforme y sistematizado relativo a la actividad contractual del Estado, contamos con una gran diversidad de disposiciones normativas que hacen prácticamente imposible llevar a cabo un estudio ordenado y sistemático de la materia.

Sobre este particular, podemos destacar lo expuesto por FIX-ZAMUDIO respecto a las disposiciones que en materia de contratación pública son reglamentarias del artículo 134 de la CPEUM, en el sentido de que:

¹⁹⁵ Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, p. 34.

¹⁹⁶ A mayor abundamiento, Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, pp. 5 y ss.

“El citado precepto constitucional ha sido desarrollo (sic) y reglamentado por algunas leyes, entre las cuales destacan la de Adquisiciones y Obras Públicas y la General de Bienes Nacionales, así como sus respectivos reglamentos, acuerdos, circulares y disposiciones administrativas que hacen muy complicada, imprecisa, parcial y confusa la regulación de la contratación gubernamental.”¹⁹⁷

Como consecuencia de lo expuesto, podemos observar que el desarrollo de todos los dispositivos constitucionales, así como legales, reglamentarios y administrativos que regulan la actividad contractual del Estado, sería un esfuerzo que sobrepasa en buena medida el objetivo del presente trabajo, por lo que nos circunscribiremos a la contratación que tiene por objeto la adquisición y arrendamiento de bienes muebles y la prestación de servicios de cualquier naturaleza, regulada en la LAASSP y su Reglamento, así como a las obras públicas y los servicios relacionados con las mismas, previstos en la LOPSRM y su Reglamento, ambos dispositivos legales reglamentarios del artículo 134 de la CPEUM, que será materia de análisis en el siguiente apartado.

4.1. El artículo 134 Constitucional y sus principios rectores.

4.1.1. Desarrollo histórico legislativo del precepto.

Como hemos visto, aun cuando podemos encontrar varios antecedentes normativos de la actividad contractual del Estado, coincidimos con FERNÁNDEZ RUIZ en el sentido de que la incorporación definitiva del contrato administrativo al derecho positivo mexicano la viene a dar la integración del texto previsto en el artículo 134 de la CPEUM¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Prólogo a López-Elías, José Pedro. *Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México*, México, IJ UNAM, Serie Doctrina Jurídica, núm. 4., 1999, p. XIX.

¹⁹⁸ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, p. 35. Algunos autores encuentran en el artículo 335, de la Constitución Política para el buen Gobierno y recta Administración del Estado Español de 1812, un precedente del artículo 134 de la Constitución de 1917; sin embargo, dicho precepto se refería al ejercicio de los recursos presupuestarios para la realización de obras públicas y no al

El texto de este precepto, fue incorporado tras un breve debate¹⁹⁹ al proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza al Congreso Constituyente el 1º de diciembre de 1916²⁰⁰, a propuesta de los miembros de la segunda Comisión de Constitución de dicho Congreso²⁰¹, quedando redactado definitivamente como se cita a continuación:

“Todos los contratos que el Gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública”.

De la lectura a dicho precepto se desprende la preeminencia que se dio a la obra pública respecto de cualquier otro tipo de actividad contractual de la Administración, entre otras cosas, debido a que desde el siglo XIX la obra contaba con estipulaciones contractuales que claramente excedían la órbita del derecho

contrato por sí mismo. Cfr. Cifuentes Vargas, Manuel. “El artículo 134 constitucional y las adquisiciones, arrendamientos, contratación de servicios, obras públicas y enajenación de bienes del Estado”. *Revista de la Facultad de Derecho de México. Medio siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, UNAM, Número conmemorativo, año 1991, p. 351 y ss.

¹⁹⁹ Únicamente se suscitó un debate respecto a este precepto, que fue protagonizado por el Diputado Federal Federico E. Ibarra, del 3er. Distrito de Zapopan, Jalisco, quién señaló que podía presentarse el caso de que en una convocatoria no hubiere proposiciones y al decir el artículo que sólo se llevaría a cabo por convocatoria, no podría cumplirse con tal disposición, por lo que propuso una modificación al texto del artículo, para efectos de que señalara que habría una convocatoria y en el caso de no presentarse una persona que reuniera los requisitos, se realizaría la obra por administración, es decir, directamente por el Estado; sin embargo. Esta propuesta fue rechazada por el Diputado Paulino Machorro Narváez, presidente de la Comisión de Constitución y se procedió a la votación del precepto en los términos originalmente propuestos, siendo aprobado por unanimidad de 168 votos y trasladado del numeral 131 al 134 por la Comisión de Estilo. Cfr. Zavala Chavero Roberto *et al. La obra pública en el Estado Mexicano*. México, Porrúa, 2007, p. 13.

²⁰⁰ Con relación a la Constitución de 1917, es importante destacar lo señalado por Tena Ramírez, en el sentido de que “A diferencia de algunos de los anteriores constituyentes, que por la norma que les dio origen podían expedir soberanamente una nueva Carta fundamental, el convocado por el Decreto de septiembre de 1916 “no podría ocuparse de otro asunto” que del “proyecto de la Constitución reformada” que le presentaría el Primer Jefe.” Cfr. Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México 1808-1995*, 19ª ed., México, Porrúa, 1995, p. 811.

²⁰¹ Debido al exceso de labores, a la Comisión de Constitución creada el 6 de diciembre de 1916, se sumó una segunda Comisión, que fue nombrada en sesión del 23 del mismo mes y año, a la cual se debe la confección y propuesta del texto constitucional objeto de comentario, integrada por los Diputados Paulino Machorro Narváez, Heriberto Jara, Arturo Méndez, Agustín Garza González e Hilario Medina. *Ibidem.*, p. 812.

privado, incluso, en ocasiones se le confundía con la concesión y no era de extrañarse que se le encontrara como “contrato de concesión”, mientras que las adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles y la prestación de servicios se contrataban bajo el régimen de derecho civil.

A partir de 1917 comenzaron a expedirse diversas disposiciones normativas secundarias a efecto de desarrollar y reglamentar el texto constitucional invocado; sin embargo, sesenta y cinco años después de promulgada la Constitución, durante el gobierno del entonces presidente Miguel de la Madrid Hurtado y bajo la bandera de la “Renovación Moral”²⁰², se reformó el citado artículo 134²⁰³, para incluir las directrices de actuación en el ejercicio de recursos económicos por parte de los entes públicos de los tres órdenes de gobierno, así como la inclusión formal de las operaciones relativas a la adquisición, arrendamiento y enajenación de todo tipo de bienes, así como la prestación de servicios de cualquier naturaleza, además de la ya prevista contratación de obra pública, que en cualquier caso, deben ser adjudicadas a través de licitaciones públicas, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, dejando a la legislación secundaria los procedimientos de excepción a la licitación, tal y como

²⁰² En la iniciativa de la reforma constitucional se consignaba que *“La renovación moral exige que el Estado asuma tres responsabilidades fundamentales: la primera es prevenir la corrupción en sus relaciones con la sociedad. Para ello la Administración Pública debe ser honesta, profesional y eficaz [...]”*, con relación a esta primera vertiente, la profesionalización del servidor público y el establecimiento de medidas de control a su actividad administrativa y financiera, fueron la base del discurso presidencial, como se puede ver en este otro fragmento, ahora de la iniciativa de reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en la que se consigna lo siguiente: *“La renovación moral de la sociedad, demanda reiterada del pueblo de México, que he recogido como un compromiso de mi Gobierno, se traduce inicialmente en el ámbito de la Administración Pública en dos medidas fundamentales que pongo a consideración de esa H. Cámara: la creación de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación y el establecimiento de las bases para el desarrollo del servicio público de carrera.”* Cfr. González Sandoval, Rodrigo, *La licitación pública y el Contrato Administrativo*. México, Porrúa, 2008, p. 19; Lucero Espinosa, Manuel. *La Licitación Pública en México*. México, Porrúa, 1993, p. 15 y ss, y Carrillo Castro, Alejandro, *200 Años de Administración Pública en México*. Génesis y evolución de la Administración Pública Federal Centralizada, México, INAP, T. II, Vol. 1, 2011, pp. 179 y 180.

²⁰³ Cfr. Decreto de reformas y adiciones al Título Cuarto que comprende los artículos del 108 al 114; así como los artículos 22, 73, fracción VI, base 4ª, 74 fracción V, 76 fracción VII, 94, 97, 127 y 134 de la CPEUM, publicado en el DOF de fecha 28 de diciembre de 1982.

se desprende de los tres primeros párrafos del artículo reformado, cuyo texto se cita a continuación:

“Los recursos económicos de que dispongan la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

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

Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.”

Para los efectos del presente trabajo son de resaltar dos aspectos, el primero, como ya hemos mencionado, la regulación de las operaciones contractuales de la Administración que, para su adjudicación, deben revestir un procedimiento específico²⁰⁴, y como segundo aspecto, la instauración del procedimiento de

²⁰⁴ En este sentido, Enríquez Rubio destaca que: “La acción de gobierno permitió elevar a rango constitucional la materia de adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, así como la prestación de servicios de cualquier naturaleza. Este precepto constitucional establece

licitación pública como regla general para la adjudicación de dichos contratos, sustituyendo a la subasta, que hasta esa fecha era la base de la contratación administrativa en México²⁰⁵.

Esta modificación en el procedimiento es consecuencia directa de los objetivos del Ejecutivo Federal en ese período, que buscaba establecer mecanismos de control de gasto no solamente basados en criterios económicos, sino también en eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez, tal y como se puede observar de la exposición de motivos a dicha modificación constitucional, que señala en lo conducente lo siguiente:

“Establecer las bases normativas e institucionales no resuelve por sí los graves problemas económicos que vive México en el momento actual. Pero coadyuvará de manera sustantiva a que la dirección de la política económica y de la estrategia de desarrollo, así como de la planeación democrática, se enmarque en nuestro sistema de economía mixta y establezca la claridad los derechos de la sociedad, y la seguridad jurídica en la economía.”²⁰⁶

En este mismo sentido, se puede observar la exposición de motivos del Ejecutivo Federal respecto del proyecto que posteriormente fuera el Decreto de reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicado en el DOF del 29 de diciembre de 1982, con el que atribuyen facultades específicas a las entonces

que dichas actividades deben realizarse dentro de un marco de actuación que asegure al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.” Cfr. Enríquez Rubio, Ernesto. *Administración de Recursos Materiales en el Sector Público*, México, INAP, 2002, p. 90.

²⁰⁵ Tanto la subasta pública, como el procedimiento de licitación pública tienen como común denominador la libre concurrencia de los oferentes interesados en contratar con la Administración; sin embargo, sus diferencias, aunque sensibles, son relevantes debido a que la finalidad de la subasta pública consiste en la obtención del mejor precio posible, mientras que la licitación tiene como finalidad obtener las mejores condiciones, no sólo en cuanto a precio, sino también en calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes. Cfr. Lucero Espinosa, Manuel, op. cit., nota 203, p. 63. En el mismo sentido López-Elías, José Pedro, op. cit., nota 197, p. 27 y González Sandoval, Rodrigo, op. cit., nota 203, p. 62.

²⁰⁶ Cfr. Carrillo Castro, Alejandro, op. cit., nota 203, p. 178.

secretarías de Programación y Presupuesto y de la Contraloría General de la República, de acuerdo con lo siguiente:

“Se propone adicionar a las facultades que dan contenido al proceso de planeación atribuido a la Secretaría de Programación y Presupuesto, la reglamentación integral del gasto público, al concentrar en ésta la competencia para establecer las normas sobre la planeación, la programación, la presupuestación, la ejecución y la evaluación de las obras públicas, así como de las adquisiciones de toda clase que realicen las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal; la fiscalización y control de las obras públicas y de las adquisiciones se transfieren a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, con la coordinación, en su caso, de las dependencias globalizadoras.”²⁰⁷

“Un país que aspira a instaurar una sociedad igualitaria no puede tolerar el desorden, la descoordinación, la improvisación y mucho menos, la desviación de recursos del patrimonio nacional, por el contrario, debe modernizar su aparato administrativo atendiendo a los fines políticos de la sociedad, para hacerlo más apto y evitar que los ajustes administrativos obedezcan solo a un prurito eficientista.”²⁰⁸

Si bien es cierto que la sola voluntad política expresada en un mandato legal no significa que la administración se vuelva más eficaz, también lo es que en un Estado de Derecho tal decisión es el inicio de un proceso de transformación política, económica y social, de cuya responsabilidad la Nación entera participa.”²⁰⁹

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 182.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 187.

²⁰⁹ *Idem*.

Posteriormente, en los años de 2007²¹⁰ y 2008²¹¹, en el gobierno del entonces presidente Felipe Calderón Hinojosa, se adicionaron algunos párrafos al artículo 134 de la CPEUM; sin embargo, no se reformó nada en relación a la contratación pública, así que dicho régimen constitucional sigue intacto, desde hace poco más de treinta años.²¹²

Como consecuencia de lo anterior, se puede observar claramente que una parte no menor de los contratos que tiene que realizar el Estado, deberá ser realizada bajo normas de derecho público, evidenciando así que en México vivimos un fenómeno muy peculiar: el derecho público pareciera que cada vez más absorbe al derecho privado.

En este sentido, como se mencionó en el apartado que antecede, en materia de contratación, aunque sabemos que las adquisiciones, los arrendamientos y los servicios son contratos típicos del derecho privado, el legislador en México ha optado porque su regulación sea de derecho público (atendiendo a la redacción del texto constitucional), no obstante que éstos contratos sí estaban al alcance de los entes públicos, en virtud de la regulación existente en los Códigos Civiles mexicanos; sin embargo, sabemos que el derecho civil no presenta los instrumentos de transparencia y control del gasto público que los tiempos actuales nos exigen y a nuestro juicio, es por ello que, aún en los contratos típicamente de derecho privado, cuando el contratante es el Estado, se consideran, por lo menos en cuanto a su régimen legal, de derecho público.

Bajo este contexto resulta posible entender los valores tutelados detrás de la reforma constitucional de 1982, que llevó al Estado a desnaturalizar a los contratos de derecho civil que suscribe y, a regularlos por el derecho público. Aun

²¹⁰ Decreto que reforma los artículos 6º, 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo del artículo 97 de la CPEUM, publicado en el DOF del 13 de noviembre de 2007.

²¹¹ Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la CPEUM, publicado en el DOF del 7 de mayo de 2008.

²¹² Para consultar un buen análisis sobre los antecedentes y el contenido de las reformas al artículo 134 de la CPEUM en los años 2007 y 2008, se recomienda consultar *Los Derechos del Pueblo Mexicano*, 8ª ed., Cámara de Diputados-Miguel Ángel Porrúa, México, 2012, pp. 779 y ss.

así, resulta peculiar que al Estado no le está negada la posibilidad de celebrar un contrato en términos de la legislación común, ni que todos los contratos que celebra hayan sido elevados a un régimen de derecho público.

4.1.2. Principios consagrados en el artículo 134 Constitucional.

Es necesario abordar en este trabajo aquellos deberes o principios, como habitualmente se les denomina, consagrados en el artículo 134 de la CPEUM, debido a que no solamente hacen referencia a las premisas de actuación de los servidores públicos en la administración de los recursos económicos del Estado, sino que dejan sentadas las bases para la adjudicación de los contratos de adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza, así como de obra que realice la Administración y el Distrito Federal.

En este sentido, la administración de los recursos económicos no solamente implica el ejercicio de recursos presupuestarios, sino también la administración de los bienes muebles e inmuebles que conforman el patrimonio del Estado, que debe realizarse de acuerdo a ciertas premisas o directrices de economía, transparencia, eficiencia, eficacia y honradez, incluso de idoneidad en el gasto público, como lo señala EDUARDO ANDRADE. Bajo este contexto, es importante ir desgranando cada una de estas reglas de actuación.

4.1.2.1. Eficiencia.

SÁNCHEZ ANDRADE destaca a la eficiencia como un principio cuyas características admite diversas opiniones, destacando que para algunos “[...] *tiene mera connotación técnica que vincula las metas previstas en un programa con su realización, independientemente de que la obtención de las metas administrativas logre efectivamente el resultado práctico que se pretende, o resuelva el problema*

específico a cuya solución tiende [...]”²¹³, - mientras que para otra vertiente -, “[...] la eficiencia se entiende como la virtud administrativa consistente en alcanzar los fines propuestos con el uso más racional posible de los medios existentes, o dicho de otra manera: obtener el fin, al menor costo posible.”²¹⁴

Para este autor parece la segunda connotación la que parece más lógica, pues no sería concebible “[...] que el constituyente se haya propuesto elevar al rango de norma suprema la mera verificación de la obtención de metas sin constatar que el alcance de las mismas efectivamente atienda la solución de problemas concretos.”²¹⁵

Por su parte EDGAR CORZO refiere a este principio a las cualidades o mejor dicho, a las capacidades de los sujetos que se encuentran encargados de la administración de recursos públicos, toda vez que al comentar dicho concepto, con relación al manejo de recursos públicos, destaca que “[...] deben ser administrados por personas que tengan los conocimientos y las capacidades adecuadas [...]”²¹⁶

Esta variante, que atiende a la capacidad técnica del sujeto responsable de la administración de los recursos resulta a todas luces parcial, debido a que si bien es importante la formación de los servidores públicos, la forma de comprobar el cumplimiento de este principio no responde al conocimiento o la capacidad del técnico del administrador, sino a los resultados obtenidos con motivo de su actividad.

Por su parte, la Primera Sala de la Corte ha señalado que para el correcto ejercicio del gasto se requiere, entre otros, del principio de eficiencia, “[...] en el

²¹³ Andrade Sánchez, Eduardo, Comentario al artículo 134 constitucional, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, 13 ed., México, Porrúa-UNAM, IJ, 1998, T. I, pp.335 y 336.

²¹⁴ *Idem.*

²¹⁵ *Idem.*

²¹⁶ Corzo, Edgar. Comentario al artículo 134. *Para entender la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Nostra. 2007, p. 502.

entendido de que las autoridades deben disponer de los medios que estimen convenientes para que el ejercicio del gasto público logre el fin para el cual se programó y destinó [...]”²¹⁷

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que la eficiencia es una regla o principio de actuación atribuible a la Administración y, consecuentemente, a los servidores públicos que realizan actividades en su nombre, a través de la cual se dispone de algo o de alguien para la consecución de un objetivo, fin o meta determinada; sin embargo, la eficiencia en materia administrativa se encuentra estrechamente relacionada con la eficacia, que mide la forma en la que se obtuvieron los resultados previstos. Como ejemplo de lo anterior, podemos observar la materia contractual, que acorde al tercero y cuarto párrafos del artículo 134 de la CPEUM, requiere que en la adjudicación de un contrato se obtengan las mejores condiciones disponibles para el Estado en cuanto a precio, calidad, oportunidad, financiamiento y demás circunstancias pertinentes.

Dicho en otras palabras, es importante que la Administración cumpla con un objetivo definido, que para efectos del presente ejemplo consiste en la instrumentación de un determinado procedimiento para obtención de un bien o servicio requerido para la satisfacción de una necesidad pública, pero no solamente basta que se haya cumplido con este objetivo y, consecuentemente, con el principio de eficiencia, dado que también habría que verificar la forma en la que se llegó a éste, resultado es decir, también importa la eficacia con la que se cumplió con el objetivo o fin programado.

Podría pensarse que la eficiencia tiene una connotación eminentemente económica, ciñendo su aplicación a criterios económicos, basados en el precio o en el costo beneficio; sin embargo, de acuerdo al texto constitucional, así como al

²¹⁷ Cfr. Primera Sala, SCJN, Novena Época, Jurisprudencia 166422. 1a. CXLV/2009, visible en el SJFyG, Tomo XXX, Septiembre 2009, p. 2712. GASTO PÚBLICO. EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ELEVA A RANGO CONSTITUCIONAL LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, EFICIENCIA, EFICACIA, ECONOMÍA, TRANSPARENCIA Y HONRADEZ EN ESTA MATERIA.

criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, este principio busca alcanzar los fines propuestos por la Administración, de la manera más adecuada, con los medios que se tienen disponibles, empleándolos con el mayor cuidado o dedicación, pudiendo ser de orden económico o responder a otras circunstancias de acuerdo al caso concreto.²¹⁸

4.1.2.2. Eficacia.

Atendiendo al análisis efectuado en el apartado que antecede, consideramos que ha sido abordada la eficacia, que de acuerdo con SÁNCHEZ ANDRADE puede ser “[...] entendida esta como la obtención del resultado práctico deseado [...]”.²¹⁹

Por su parte LUCERO ESPINOSA menciona que la eficacia “[...] constituye un concepto relativo a los resultados deseados, lo cual se traduce en la satisfacción del interés público.”²²⁰

Bajo este contexto, podemos señalar que el cumplimiento del objetivo o fin previsto por la Administración, contribuye de manera inmediata a la cobertura de necesidades reales y específicas, pero también tiene como finalidad cumplir con el interés público.

En todo caso, es a través de la eficacia que se busca lograr las metas estimadas²²¹, es decir, atender las obligaciones públicas en forma ágil y diligente, pero de acuerdo con SÁNCHEZ ANDRADE, debe “[...] entenderse que siempre existe una vinculación entre eficacia y eficiencia, y que no puede aplicarse ciegamente uno y otro principio de manera indiscriminada, sino siempre atendiendo a las circunstancias del caso concreto.”²²²

²¹⁸ Cfr. Lucero Espinosa, Manuel, op. cit., nota 203, p. 16.

²¹⁹ Cfr. Andrade Sánchez, Eduardo, op. cit., nota 213, pp.335 y 336.

²²⁰ Lucero Espinosa, Manuel, op. cit., nota 203, p. 16.

²²¹ Vid. Supra nota 217.

²²² Andrade Sánchez, Eduardo, op. Cit., nota 213, pp.335 y 336. En este sentido José Luis Benavides señala que “La efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la

Como consecuencia de lo anterior, es posible concluir que la eficacia atiende a la obtención del resultado propuesto, mientras que la eficiencia no solamente se circunscribe a la consecución del objetivo, sino que abarca la forma en la que se llegó a éste.²²³

4.1.2.3. Honradez.

Este principio fue elevado al rango constitucional con la reforma de 1982, como piedra angular de la llamada “renovación moral”, que como ya lo mencionamos en el apartado que antecede, fue instaurada por el entonces presidente Miguel de la Madrid Hurtado, que dentro de la exposición de motivos a dicha iniciativa, hizo referencia a la necesidad de “[...]establecer en la esencia de nuestro sistema jurídico las bases para que la arbitrariedad, incongruencia, confusión, inmunidad, inequidad e ineficacia no prevalezcan, no corrompan los valores superiores que debe tutelar el servicio público.” – destacando que – “La obligación de servir con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, economía y eficacia a los intereses del pueblo es la misma para todo servidor público, independientemente de su jerarquía, rango, origen o lugar de su empleo, cargo o comisión.”²²⁴

eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos [...] Cfr. Benavides, José Luis, “El principio de eficacia en la contratación estatal”, en *Derecho Administrativo en el siglo XXI*, Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Perú, Edros, Vol. I, 2013, p.333.

²²³ Lo expuesto toma un mayor sentido si observamos lo previsto en la LFPRH, que define a la eficacia y a la eficiencia, relacionando ambos conceptos al ejercicio del gasto público, en los términos que se citan a continuación:

“Artículo 2.- Para efectos de esta Ley, se entenderá por:

[...]”

“XI. Eficacia en la aplicación del gasto público: lograr en el ejercicio fiscal los objetivos y las metas programadas en los términos de esta Ley y demás disposiciones aplicables;”

“XII. Eficiencia en el ejercicio del gasto público: el ejercicio del Presupuesto de Egresos en tiempo y forma, en los términos de esta Ley y demás disposiciones aplicables;”

[...]”

²²⁴ Cfr. Exposición de motivos a la iniciativa con proyecto de Decreto de reformas y adiciones al Título Cuarto, que comprende los artículos del 108 al 114; así como los artículos 22, 73 fracción VI base 4ª, 74 fracción V, 76 fracción VII, 94, 97, 127 y 134 de la CPEUM, que puede ser consultada en: http://transparencia.senado.gob.mx/historico_respuestas/content/2006/91-Octubre/F1079.pdf. En este documento se expone propuesta por el Ejecutivo Federal, exige que el Estado asuma tres responsabilidades, de acuerdo con lo siguiente:

En este sentido, de acuerdo con SÁNCHEZ ANDRADE, la honradez es un principio que se explica por sí mismo, toda vez que “[...] supone la manera de obrar del que no roba, estafa o defrauda o engaña, o bien la forma de comportarse de quien cumple escrupulosamente sus deberes profesionales.”, - destacando que dicho principio alude – “[...] no sólo al aspecto económico de no apoderarse de los bienes ajenos o aprovechar la posición para obtener ventajas indebidas sino, en general, al comportamiento puntual de sus obligaciones, así como el servicio oportuno y debido a los administrados.”²²⁵

Lo anterior puede resumirse en el hecho de que aquellos que manejan los recursos económicos públicos, deben ajustar su actuación a los principios de la moralidad administrativa, que debe regir la conducta de todo servidor público.²²⁶

En tal virtud, consideramos que la honradez no responde realmente a un principio de actuación del servidor público en la administración de los recursos económicos del Estado, pues su contenido va más allá del desarrollo de dicha actividad y se entiende que debe subyacer en cada uno de sus actos, siendo por lo tanto un deber o mejor dicho, una exigencia de comportamiento, que es intrínseca a todos los ámbitos en los que incide la Administración, pues sin esta rectitud en la intención y en el obrar, sería imposible reflexionar sobre el concepto de buena fe en la actuación administrativa, o incluso, del cumplimiento de su fin último consistente en la consecución del interés público.

“La primera es prevenir la corrupción en sus relaciones con la sociedad. Para ello, la administración pública debe ser honesta, profesional y eficaz; se deben remover cargas burocráticas que agobian a la sociedad. Es indispensable poner a disposición del pueblo el poder del Estado para que sea el mismo la gran fuente de protección de sus derechos.”

“La segunda es identificar, investigar, procesar y sancionar con legalidad, eficiencia, severidad e imparcialidad, la corrupción.”

“La tercera es utilizar todos los medios a su alcance para que la sociedad, en especial la niñez y la juventud, refuercen su formación en los valores nacionales fundamentales y en las responsabilidades individuales y sociales que ellos imponen.”

²²⁵ Cfr. Andrade Sánchez, op. cit., nota 213, pp.335 y 336.

²²⁶ Cfr. Lucero Espinosa, Manuel, op. cit., nota 203, p. 16.

Finalmente, es importante reconocer que la honestidad es una característica esencial en el servidor público; sin embargo, no puede recaer en éste la totalidad de la responsabilidad, siendo de vital importancia que cada uno de nosotros, como integrantes de la comunidad, nos conduzcamos de acuerdo a este valor moral y es por ello que nos permitimos retomar la exposición de motivos de la citada reforma constitucional de 1982, en el sentido de que: *“La exigencia de renovación moral también impone responsabilidades al pueblo, a la sociedad. La inmoralidad social nos afecta a todos y todos tenemos responsabilidad en el cumplimiento de lo que demandamos y exigimos. No podemos señalar exclusivamente las responsabilidades del Estado.”*

4.1.2.4. Transparencia.

Los principios de transparencia y economía fueron incorporados posteriormente al texto del artículo 134 de la CPEUM, pues su integración data de la reforma de 2008, que versó sobre tres temas primordiales: 1) incrementar la calidad del gasto; 2) prever erogaciones plurianuales en inversión para infraestructura, y 3) fortalecer la transparencia y la rendición de cuentas.

Es por ello que se dispuso que los tres órdenes de gobierno, en la administración y ejercicio de recursos públicos observen, además de los criterios o principios de eficiencia, eficacia y honradez, los correspondientes a la economía y la transparencia, para lograr los objetivos a los que estén destinados los recursos.

Bajo este contexto, coincidimos con TENORIO CUETO en que la transparencia es una *“[...] cualidad del Estado, convertida en una obligación que permite al ciudadano, a través de la información pública, conocer el debido desempeño de la administración estatal.”*²²⁷

²²⁷ Cfr. Tenorio Cueto, Guillermo, *El derecho a la información. Entre el espacio público y la libertad de expresión*, UP-Porrúa, México, 2009.

Sobre esta cualidad de la Administración, señala TENORIO CUETO que se trata de un asunto complejo, pues puede confundírsele con el derecho de acceso a la información pública o con la rendición de cuentas únicamente, cuando lo asequible en su estudio y desarrollo es situarla como ese “[...] conjunto de normas e instituciones que posibilitan un actuar continuado por parte del Estado, de evidenciar su actuar al escrutinio ciudadano y al perfeccionamiento comunicacional de su misma organización.” – por lo que - “[...] la transparencia administrativa se colma de información publicitada, es decir de información que tiene en su poder y que hace del conocimiento público a través de un acto de publicidad”.²²⁸

Es debido a esta necesidad de perfeccionamiento de los mecanismos de transparencia, rendición de cuentas y evaluación de resultados, que con la reforma constitucional de 1982, se planteó fortalecer estos aspectos, tal y como se desprende de la exposición de motivos de dicha iniciativa, al señalar que “[...] nuestro país requiere un gobierno que informe puntualmente a la sociedad cómo y en qué se gastan los recursos que provienen de sus contribuciones.”²²⁹

Esta intensión del legislador fue ratificada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el sentido siguiente:

“El citado precepto constitucional fue reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 2008, a fin de fortalecer la rendición de cuentas y la transparencia en el manejo y

²²⁸ La transparencia como ejercicio cotidiano de la actividad administrativa del Estado tiende al cumplimiento de objetivos definidos, entre los que pueden destacar a) Evitar la corrupción, b) Mejorar el desempeño gubernamental, y c) Vigilar el destino del gasto público y la administración de recursos públicos; sin embargo, cada uno de estos objetivos debe plantearse en relación a conceptos específicos, referidos a insumos, recursos o resultados, que permitan a la Administración plantear el establecimiento de metas que puedan ser evaluadas cualitativa y cuantitativamente.

²²⁹ Cfr. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Hacienda y Crédito Público, y de Presupuesto y Cuenta Pública, con Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, emitido el 11 de septiembre de 2007. Consultado en la liga de Internet siguiente: <http://www.indetec.gob.mx/News/files/DICTAMEN%20DIPUTADOS%20CPEUM%20GASTO.pdf>

*administración de los recursos públicos, con el firme propósito de que su utilización se lleve a cabo bajo la más estricta vigilancia y eficacia, con el objeto de garantizar a los ciudadanos que los recursos recibidos por el Estado se destinen a los fines para los cuales fueron recaudados. En este tenor, el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos estatuye que los recursos económicos de que disponga el Estado deben administrarse con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados, y prevé que las leyes garanticen lo anterior. [...]*²³⁰

El hecho de haber elevado al más alto rango normativo a la transparencia, como un elemento mínimo esencial de la actividad administrativa del Estado, denota un cambio importante en la gestión de los recursos, dado que promueve una mayor participación y compromiso del gobernado en los resultados obtenidos y la toma de decisiones públicas.

4.1.2.5. Economía.

El principio de economía fue incluido de último momento al *Proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de gasto público*, con motivo del Dictamen emitido el 11 de septiembre de 2007, por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Hacienda y Crédito Público, y de Presupuesto y Cuenta Pública, que dentro de sus consideraciones a dicha reforma señalaron la necesidad de “[...] establecer principios que adecuen las actividades de gobierno a los requerimientos que la población demanda, entre los cuales la eficiencia, la

²³⁰ Cfr. Pleno, SCJN, Novena Época, Jurisprudencia P/J 106/2010, visible en el SJFyG, Tomo XXXII, Noviembre 2010, p. 1211. RECURSOS PÚBLICOS. LA LEGISLACIÓN QUE SE EXPIDA EN TORNO A SUEJERCICIO Y APLICACIÓN, DEBE PERMITIR QUE LOS PRINCIPIOS DEEFICIENCIA, EFICACIA, ECONOMÍA, TRANSPARENCIA Y HONRADEZ QUE ESTATUYE EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOSESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUEDAN SER EFECTIVAMENTE REALIZADOS.

eficacia, la rendición de cuentas y la transparencia en el ejercicio de los recursos públicos se constituyen como pilares fundamentales.”- sin embargo - “[...] se incluye como un principio rector al que deberán sujetarse los órganos públicos en la administración de los recursos públicos, el de economía.”²³¹

La economía como principio de actuación en la administración de los recursos públicos constituye una obligación a cargo de la Administración, que debe ejercer el gasto público con rectitud y prudencia, buscando las mejores condiciones para el Estado²³².

Dicho en otras palabras, se trata de un elemento característico de la buena administración, debido a que presupone la capacidad organizativa de obtener los resultados previstos, empleando los recursos disponibles de la mejor manera, es decir, buscando “[...] asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes [...]”²³³

Debido a que se trata de un principio cuyo contenido tiene se enfoca directamente a una buena administración de los recursos, resulta evidente su estrecha relación con los principios de eficacia y eficiencia.

4.1.2.6. Otros principios.

Como consecuencia del análisis al texto del artículo 134 de la CPEUM, se han destacado cuando menos dos principios adicionales a los que pueden hallarse en forma expresa en lo que corresponde a la administración de los recursos económicos, el primero de los que expondremos es el de *“idoneidad en el gasto”*,

²³¹ Cfr. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Hacienda y Crédito Público, y de Presupuesto y Cuenta Pública, con Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, emitido el 11 de septiembre de 2007. Consultado en la liga de Internet siguiente: <http://www.indetec.gob.mx/News/files/DICTAMEN%20DIPUTADOS%20CPEUM%20GASTO.pdf>

²³² Vid. *Supra*, nota 217.

²³³ Cfr. Artículo 134, segundo párrafo, de la CPEUM.

que en su momento fue advertido por SÁNCHEZ ANDRADE, como una derivación de lo previsto en la parte final del primer párrafo de mencionado precepto constitucional²³⁴, estableciendo “[...] *la relación de adecuación que debe existir entre el empleo de los recursos económicos que se administran y los objetivos que se persiguen.*”²³⁵

Dicho en palabras de LUCERO ESPINOSA, esta armonía que debe existir entre recursos destinados y objetivos perseguidos puede entenderse también bajo la consideración de que “[...] *no debe haber distracción de las partidas presupuestales para cumplir fines para las que no fueron programadas o autorizadas.*”²³⁶

El segundo principio que ha sido referido con relación al precepto constitucional objeto de comentario ha sido invocado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en la jurisprudencia de rubro “*GASTO PÚBLICO. EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ELEVA A RANGO CONSTITUCIONAL LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, EFICIENCIA, EFICACIA, ECONOMÍA, TRANSPARENCIA Y HONRADEZ EN ESTA MATERIA.*”, destaca al principio de legalidad, indicando respecto del mismo que es indispensable para la administración del gasto “[...] *en tanto que debe estar prescrito en el Presupuesto de Egresos o, en su defecto, en una ley expedida por el Congreso de la Unión, lo cual significa la sujeción de las autoridades a un modelo normativo previamente establecido.*”

²³⁴ El artículo 134 de la CPEUM establece en su primer párrafo lo siguiente:

“Los recursos económicos de que dispongan el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.”

²³⁵ Cfr. Andrade Sánchez, Eduardo, op. cit., nota 213, pp.335 y 336. En el mismo sentido Cfr. Corzo, Edgar, op. Cit., nota 216, p. 503.

²³⁶ Cfr. Lucero Espinosa, Manuel, op. cit., nota 203, p. 17.

Finalmente, es importante destacar que existen otros principios que pueden desprenderse del análisis al procedimiento de licitación pública instaurado a nivel constitucional.

Estos principios que nos permitimos simplemente enumerar, debido a que resultan aplicables única y exclusivamente a la licitación pública y no al contrato mismo ni a la administración de los recursos, son los de publicidad, concurrencia, igualdad y oposición.

Salvo la publicidad, que se encuentra enunciada como parte del nombre propiamente del procedimiento de contratación, así como en el carácter que debe tener la convocatoria que le da inicio, los demás principios se pueden deducir del texto del segundo párrafo del artículo 134 de la CPEUM²³⁷, más no se encuentran señalados en forma expresa.

Como consecuencia de los principios analizados se puede advertir la función económica con la que se orientó la regulación jurídica de los contratos celebrados por la Administración, estableciendo su normativa secundaria con una clara tendencia enfocada al control del gasto público, como es el caso de los demás ordenamientos que reglamentan a dicho precepto, como pueden ser, a guisa de ejemplo, las leyes Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria; Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas y General de Contabilidad Gubernamental.

²³⁷ El artículo 134 de la CPEUM establece en su segundo párrafo lo siguiente:

[...]

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

[...]

4.2. Evolución del marco normativo-legal de la contratación administrativa.

4.2.1. Desarrollo normativo durante el siglo XIX.

De acuerdo con lo expuesto por FERNÁNDEZ RUIZ, las primeras disposiciones jurídicas en materia de contratos expedidas en el México independiente versaron sobre empréstitos públicos, conforme a lo previsto en los “[...] *decretos del soberano Congreso Constituyente de 1822-1823, de fechas 25 de junio de 1822, 1º de mayo de 1823, y 27 de agosto de 1823, así como la fracción XI del artículo 13 del Acta Constitutiva de la Federación, del 31 de enero de 1824 [...]*”, así como para la realización de obras públicas relacionadas con la apertura de caminos bajo el régimen de peaje, en términos del Decreto del congreso de 9 de octubre de 1826, la Ley de 29 de marzo de 1834 y la *Ley sobre vías Generales de Comunicación* del 24 de septiembre de 1842. También se pueden encontrar antecedentes, aunque se trata propiamente de concesiones mineras, reguladas en el *Código de Minería* de 1884 y la *Ley de Secretarías de Estado* de mayo de 1891, que encargó la mayoría de las concesiones y contratos administrativos a las secretarías de Fomento; Comunicaciones y Obras Públicas, y de Hacienda, Crédito Público y Comercio.²³⁸

4.2.2. Desarrollo normativo durante el siglo XX.

4.2.2.1. La época revolucionaria.

Con la promulgación de la Constitución de 1917 se publica el *Decreto dando a conocer la forma en que se debe quedar el Gabinete del C. Presidente de la República al volver el país al orden constitucional*²³⁹ que atribuyó a cada una de las Secretarías y Departamentos la facultad para realizar las obras

²³⁸ Para una mayor referencia respecto de la normativa aplicable a la contratación pública en el siglo XIX, recomiendo dos obras que recogen con sobrado detalle este aspecto: Cfr. Zavala Chavero Roberto *et al.*, op. cit., nota 199, pp. 6 y ss.; y Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, pp. 249 y ss.

²³⁹ Publicada en el DOF del 14 de abril de 1917.

correspondientes a los ramos que les estén asignados, sujetándose a lo previsto en el artículo 134 de la CPEUM.

Meses después se publicó la *Ley de Secretarías de Estado*²⁴⁰, que a diferencia del Decreto que le antecede, atribuye a la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas la realización de todas las obras que se ejecuten en terrenos nacionales, bien sean costeadas por la Federación o por concesión otorgada a particulares²⁴¹, así como la construcción y reconstrucción de edificios públicos, y las obras materiales de las Secretarías, Departamentos y en general el Gobierno Federal, conforme al artículo 134 de la CPEUM²⁴², entre otros.

También se crean dos departamentos relevantes en la actividad contractual de la Administración, por un lado el de Aprovechamientos Generales²⁴³, al que le corresponde “[...] *la adquisición por compra o fabricación, de todos los elementos necesarios para el funcionamiento del Gobierno Federal [...]*”, con excepción de la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas, facultada para la adquisición de materiales de construcción, la herramienta y la maquinaria necesarios para la construcción de las obras nacionales, y el Departamento e Establecimientos Fabriles y Militares, competente para la adquisición de materias primas, maquinaria y herramientas necesarias para su funcionamiento²⁴⁴.

Finalmente, otro elemento destacable de este ordenamiento es la creación del Departamento de Contraloría, que tenía entre otros fines, la contabilidad de la Nación, la glosa de todos los egresos e ingresos de la Administración, incluyendo la deuda pública y la relación con la contaduría mayor de hacienda de la Cámara

²⁴⁰ Publicada en el DOF del 31 de diciembre de 1917 (LSE).

²⁴¹ Cfr. Artículo 7o., de la LSE.

²⁴² Cfr. Artículo 16o., de la LSE.

²⁴³ Este Departamento fue suprimido mediante Decreto del Ejecutivo Federal, publicado en el DOF el 22 de enero de 1925, dejando a cargo de cada uno de los entes públicos que componen la Administración Pública “[...] *la adquisición por compra o fabricación de todos los elementos necesarios para su funcionamiento*”.

²⁴⁴ Cfr. Artículo 11o., de la LSE.

de Diputados²⁴⁵, facultades que le habían sido transferidas de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Este Departamento, creado como una instancia técnica de vigilancia y control financiero y administrativo de la Administración Pública a nivel Federal, fue orgánica y funcionalmente regulado a través de su Ley Orgánica²⁴⁶, de la que resulta destacable la existencia de todo un capítulo relativo a los contratos y otro a las garantías que debían otorgar los particulares que los suscribieran.

En el primero de los capítulos mencionados, se secunda el mandato constitucional de no hacer pago alguno que no esté comprendido en el Presupuesto o determinado por la ley posterior²⁴⁷, pues previene que:

“[...] ningún contrato u obligación que implique el gasto de fondos públicos, puede válidamente llevarse a efecto por funcionario, empleado o agente del Gobierno, sin que exista en el Presupuesto General de Egresos una partida destinada de modo preciso a dicho objeto o sin que el saldo no gastado de ella durante el ejercicio fiscal sea, suficiente para cubrir el desembolso proyectado, teniendo en cuenta las obligaciones pendientes a cargo de la misma partida.”²⁴⁸

También previene que los contratos deberán ser revisados, aprobados y registrados por el Departamento de Contraloría, aun cuando dichos instrumentos jurídicos sean celebrados y autorizados por la dependencia o departamento al que dicha función corresponda y que:

²⁴⁵ Cfr. Artículo 13o., de la LSE.

²⁴⁶ Publicada en el DOF el 18 de enero de 1918 y abrogada por una nueva Ley Orgánica del Departamento de Contraloría, mediante Decreto publicado en el mismo medio el 19 de enero de 1926 (LODC).

²⁴⁷ Cfr. Artículo 126 de la CPEUM.

²⁴⁸ Cfr. Artículo 17 de la LODC.

“[...] en los contratos de compraventa de materiales, maquinaria, equipos, provisiones, utensilios y muebles en general, la Contraloría, intervendrá para procurar que, en igualdad de condiciones, los precios y demás estipulaciones del contrato, sean favorables a los intereses públicos [...]”, mientras que, en los contratos que deban celebrarse mediante subasta o remate-, “[...] intervendrá a fin de Vigilar que las condiciones fijadas por las convocatorias respectivas se ajusten a las leyes y reglamentos relativos y que dichas condiciones se cumplan exactamente al adjudicarse el contrato.”²⁴⁹

De la lectura a estas disposiciones, se advierte la existencia de otros contratos diversos a los de obras públicas, cuya instrumentación no pasaba por los requisitos previstos constitucionalmente para la obra pública, es decir, que para su formalización, si bien es cierto que existe el compromiso del Departamento de Contraloría para que estos contratos sean celebrados en igualdad de circunstancias, también lo es que su adjudicación no se encuentra sujeta a un procedimiento de subasta pública.

Lo anterior con independencia de que además de lo señalado en párrafos anteriores, no se hace mención al régimen jurídico al que deberán ceñirse tales instrumentos jurídicos, ni al clausulado que deberán contener, por lo que resulta presumible que sus estipulaciones fueran acordes a la legislación civil.

El Departamento de Contraloría tuvo una vida efímera, toda vez que fue suprimido en 1932²⁵⁰, mediante una reforma a la Ley de Secretarías de Estado, transfiriendo nuevamente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público todas las atribuciones

²⁴⁹ Cfr. Artículos 19 y 20 de la LODC.

²⁵⁰ Para profundizar acerca de la historia del Departamento de Contraloría y su influencia al interior de la Administración Pública durante su período de existencia, es decir, de 1917 a 1933, se sugiere consultar un interesante análisis elaborado por Omar Guerrero Orozco, denominado “El Departamento de Contraloría 1917-1933”, que puede ser consultado en *Revista de Administración Pública*, núms. 57-58, (enero-junio 1984), INAP, México, pp. 219 a 261. Este documento puede consultarse en las siguientes direcciones electrónicas: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=rap&n=57> y <http://omarguerrero.org/articulos/DContraloria.pdf>, consultados el 2 de mayo de 2014.

que tenía a su cargo, incluyendo la de “[...] *Fiscalización preventiva de actos y contratos de los que resulte obligación a cargo del Erario*”.²⁵¹

Con la reincorporación de estas atribuciones a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, se publicaron diversas disposiciones legales y reglamentarias para el desarrollo de dicha función administrativa, como el *Reglamento para la Amortización de Créditos en contra de la Federación y de contratos en la que la misma sea parte*, a través del cual se establece que los pedidos se adjudicarán a quién cotice y ofrezca las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad de los bienes, plazo de pago, facilidades de entrega y otras circunstancias ventajosas en cada caso.

Posteriormente, se publicó la *Ley del Servicio de Inspección Fiscal*²⁵², que facultaba a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para realizar, como parte de sus funciones de inspección fiscal, la intervención en actos o contratos de obras públicas, así como en las compras que efectuaran las dependencias y entidades del Ejecutivo Federal.

4.2.2.2. La Segunda Guerra Mundial.

Durante el gobierno del Presidente Manuel Ávila Camacho²⁵³ y como consecuencia de la entrada de nuestro país a la Segunda Guerra Mundial²⁵⁴, la economía tuvo repercusiones importantes que afectaron el gasto público, creándose entre otros cuerpos colegiados, la *Comisión Intersecretarial de Mejoramiento Administrativo*, cuyo objeto era:

²⁵¹ Cfr. Artículo 4º, apartado A., inciso c), del Decreto que modifica la Ley de Secretarías de Estado suprimiendo el Departamento de Contraloría, publicado en el DOF del 29 de diciembre de 1932.

²⁵² Publicada en el DOF el 13 de abril de 1936.

²⁵³ 1º de diciembre de 1940 a 30 de noviembre de 1946.

²⁵⁴ Según decretos de declaración de estado de guerra del Ejecutivo Federal y de autorización del mismo del Senado de la República, publicados en el DOF de fecha 2 de junio del mismo año, México entró en guerra el 22 de mayo de 1942.

“[...] formular y llevar a cabo un plan coordinado intersecretarial con miras al mejoramiento de la organización de la Administración Pública, a fin de suprimir o reducir servicios redundantes o no indispensables, mejorar el rendimiento del personal, hacer más expeditos los trámites con el menor gasto para el Erario, y conseguir así un mejor aprovechamiento de los gastos públicos.”²⁵⁵

Para formalizar esos compromisos gubernamentales, el Ejecutivo Federal publicó el *Decreto que Reglamenta las Compras para las Dependencias del Ejecutivo Federal*²⁵⁶, mediante el cual se crea la Comisión Coordinadora de Compras, integrada por el entonces Director de Egresos y un representante de la Dirección de Inspección Fiscal, ambos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y un representante experto en la materia, de cada una de las Secretarías y Departamentos de Estado que forman parte de la Administración Pública.

Dentro de las facultades conferidas a esta Comisión estaban la de *“Establecer las condiciones tipo, según la naturaleza de los artículos de que se trate, conforme a las cuales deban hacerse las compras, comprendiendo, entre otros, los aspectos relacionados con plazos de entrega, empaque, garantías que deben exigirse para asegurar el cumplimiento del contrato, calidad de los artículos, etc.”²⁵⁷* – Así como

²⁵⁵ La Comisión fue creada por un Acuerdo interno fechado el 7 de septiembre de 1943 y no fue publicado en el DOF. Esta referencia ha sido tomada de Carrillo Castro, Alejandro. *La reforma administrativa en México*. 3ª ed., México, INAP, 1978, p. 101 (Nota 5). Esta publicación puede ser consultada por Internet, en la liga siguiente: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2430>, (última consulta el 10 de mayo de 2014) Para ejemplificar aún más la gravedad de las medidas, Carrillo Castro destaca de dicho documento los puntos siguientes:

“Se establecerán las mayores economías posibles en servicios, personal, adquisiciones y otras erogaciones, para perfeccionar el funcionamiento de la Administración Pública [...]”

“Las partidas destinadas a las compras de artículos de consumo así como las de adquisiciones de muebles y equipo en general deberán calcularse a lo estrictamente indispensable para los servicios dentro de la vigencia del presupuesto.”

“La Comisión propondrá las normas sobre el control de adquisiciones y movimiento de almacenes que estime necesarias para la obtención de economías, mediante la adquisición a los precios más bajos, en función de calidades bien determinadas y efectivamente servidas y el movimiento en almacenes estará sujeto a la vigilancia compatible con un funcionamiento eficaz.” Tomado de Carrillo Castro, Alejandro, op. cit., nota 203, pp. 119 y 120.

²⁵⁶ Publicado en el DOF el 2 de febrero de 1944.

²⁵⁷ Cfr. Artículo 6, fracción V, del Decreto que Reglamenta las Compras para las Dependencias del Ejecutivo Federal.

- “Proyectar y unificar las formas que deban emplearse para hacer pedidos o para celebrar contratos con los proveedores.”²⁵⁸

Esta norma establece algunos aspectos innovadores tratándose de la adquisición de bienes muebles, en virtud de que ordena la creación de un directorio de proveedores a nivel nacional en este rubro y establece el concurso como un procedimiento administrativo para la adjudicación de estos pedidos o contratos, contrario a lo previsto para la contratación de obra pública, en términos del artículo 134 de la CPEUM.

Por lo que hace a la materia de obras públicas, como se había dispuesto desde la Ley de Secretarías de Estado desde 1917, la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas continuaba instrumentando este rubro de la contratación administrativa para toda la Administración Pública.

4.2.2.3. El período de reorganización y modernización.

Con la toma de posesión de Miguel Alemán Valdés²⁵⁹, se propone una reorganización de la Administración Pública Federal, para lo cual se promulga una nueva ley orgánica bajo la denominación de *Ley de Secretarías y Departamentos de Estado*²⁶⁰, por virtud de la cual se creó la *Secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa*, que de acuerdo con su exposición de motivos se proponía en considerando que “[...] dada la importancia que dentro de los programas de gobierno tiene la política de obras públicas, es conveniente establecer una más estrecha intervención y vigilancia del Gobierno en todo lo que se refiere a la construcción de obras y a la administración de los bienes nacionales [...]”, recibiendo las atribuciones que hasta entonces habían sido conferidas a las direcciones de Inspección Fiscal y de Bienes Nacionales, ambas dependientes de

²⁵⁸ Cfr. Artículo 6, fracción XXII, del Decreto que Reglamenta las Compras para las Dependencias del Ejecutivo Federal.

²⁵⁹ 1º de diciembre de 1946 al 30 de noviembre de 1952.

²⁶⁰ Decreto publicado en el DOF el 21 de diciembre de 1946.

la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, así como las de asesoramiento en la mejoría de la organización de la Administración, que pertenecían al extinto Departamento de Contraloría.

Como consecuencia de dichas atribuciones y a instancia de dicha dependencia y de la de Hacienda y Crédito Público, se promulgó la *Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal*²⁶¹, que facultaba a la primera de las citadas para intervenir en la selección de contratistas y la formulación de contratos de obras e inspección de las mismas, así como a fijar las especificaciones y precios de las mercancías a adquirir por los organismos descentralizados y las empresas de participación estatal.²⁶²

Otra disposición que resulta interesante e inquietante de la lectura a dicho ordenamiento, es la facultad le confería a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de vetar el pago de compromisos contractuales adquiridos por el sector paraestatal, cuando dichos compromisos no hubieren sido contraídos conforme a la normativa vigente o fueran considerados lesivos para el Estado.

Esta organización administrativa se preservó hasta 1958, fecha en que se publicó una nueva *Ley de Secretarías y Departamentos de Estado*²⁶³, en la que el entonces presidente López Mateos cambió el nombre de la Secretaría de Bienes Nacionales e Inspecciones Administrativas por el de Secretaría del Patrimonio Nacional, transfiriéndose las facultades de estudio y organización de la

²⁶¹ Publicada en el DOF del 31 de diciembre de 1947. Esta Ley sirvió de base para la creación de la Comisión Nacional de Inversiones, dependiente de la SHCP, como encargada de la aplicación de dicho ordenamiento legal (DOF del 31 de enero de 1948); sin embargo, fue efímera su existencia, debido a su inoperancia en la coordinación entre las secretarías de Hacienda y Crédito Público y la de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa, promoviéndose su disolución el 7 de diciembre de 1949 (DOF del 19 de diciembre de 1949). De acuerdo con Carrillo Castro, esta situación constituyó el inicio de un accidentado proceso de reforma administrativa que, en 1958, conduciría a la creación de la Secretaría de la Presidencia, y en 1976, de la Secretaría de Programación y Presupuesto. Cfr. Carrillo Castro, Alejandro, op. cit., nota 203, p. 132.

²⁶² Cfr. Artículo 11 de la Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal.

²⁶³ Publicada en el DOF del 23 de diciembre de 1958.

Administración a la Secretaría de Presidencia, además de que se escindió a la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas, para formar dos secretarías, por un lado la de Comunicaciones y Transportes, y por otro, la de Obras Públicas.

En este sentido coincidimos con ZAVALA CHAVERO, en el sentido de que con la creación de esta Secretaría, se consolida el concepto de Obra Pública como parte rectora de la política del Estado, y aunque a la postre desapareció dicha Dependencia, la contratación en materia de obra pública ha generado un ordenamiento jurídico más específico y especializado²⁶⁴, prueba de lo anterior es que a lo largo del período del presidente Díaz Ordaz se promulgaron diversas disposiciones jurídicas tendientes a modernizar y ordenar el funcionamiento de la Administración Pública Federal, como las leyes de Inspección de Adquisiciones y de Contratos de Obras Públicas, respectivamente.

4.2.2.3.1. Primera Ley de Inspección de Adquisiciones (LIA).²⁶⁵

Se trata del primer cuerpo legal que busca regular todas las operaciones de adquisición de bienes muebles y materias primas para el servicio de las secretarías, departamentos, gobiernos de los territorios federales, organismos públicos, empresas de participación estatal y organismos públicos, entendiendo por estos últimos las comisiones, juntas, patronatos, institutos y demás entidades creadas por la Federación que tuvieran o administraran un patrimonio o presupuesto formado con fondos o bienes federales, así como los organismo públicos descentralizados.²⁶⁶

²⁶⁴ Cfr. Zavala Chavero Roberto *et al.*, op. cit., nota 199, p. 16.

²⁶⁵ Publicada en el DOF del 30 de diciembre de 1965.

²⁶⁶ Cfr. Artículo 1º de la LIA. Esta Ley excluye de su aplicación a los fideicomisos constituidos por la SHCP como fideicomitente único del Gobierno Federal; las instituciones nacionales de crédito; las organizaciones nacionales auxiliares de crédito; las nacionales de seguros y fianzas, así como las empresas constituidas con capital mayoritario de las instituciones nacionales antes mencionadas, a menos que estén comprendidas en el PEF. Cfr. Artículo 2º de la LIA.

La aplicación y vigilancia de esta Ley queda a cargo de la Secretaría del Patrimonio Nacional, con la intervención de la de Hacienda y Crédito Público y la de Industria y Comercio.

Dentro de los elementos contenidos en el articulado de este ordenamiento legal destaca la existencia de un Padrón de Proveedores del Gobierno Federal como única fuente autorizada para la selección de los contratistas proveedores de bienes y servicios por parte de las entidades y dependencias de la Administración Pública Federal, quedando a cargo de la Secretaría de Patrimonio Nacional, la administración de dicho padrón, así como el establecimiento de la lista oficial de precios máximos bajo los cuales se podían adjudicar los bienes requeridos.

También se confiere a la misma Secretaría que previo a la formalización de todo contrato o pedido realice su revisión y registro, con independencia de su posterior intervención²⁶⁷ e incluso la suspensión o cancelación del mismo²⁶⁸, además de la

²⁶⁷ La intervención atribuida a la Secretaría del Patrimonio Nacional le confiere facultades amplísimas en la administración del contrato suscrito entre una dependencia o entidad y un contratista, debido a que comprende desde la vigilancia e inspección de los precios y la calidad de los bienes, pasando por la recepción de los bienes, pudiendo suspender o cancelar el contrato o pedido o suspender la entrega, e incluso proceder a la devolución o rechazo de bienes, en caso de que considere que no cumplen con las condiciones pactadas, además de contar con facultades de supervisión de los servidores públicos en la aplicación final de las mercancías, artículos de consumo, bienes muebles y materias primas adquiridas.

²⁶⁸ Cfr. Primer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito. Séptima Época, Tesis aislada 250728, visible en el SJFyG, Volumen 145-150, sexta parte, p. 19. *“ADQUISICIONES, INSPECCION DE. Conforme a los artículos 7o., 10 y 12, fracción II, de la Ley de Inspección de Adquisiciones, la adquisición de bienes muebles y materias primas mediante contrato o pedido no podrá realizarse sin la previa revisión y registro del contrato por parte de la Secretaría del Patrimonio Nacional (luego de Programación y Presupuesto, y ahora de Comercio). Por otra parte, esa revisión se debe hacer constar dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de los pedidos y contratos, y en su caso, se negará el registro, si no se satisfacen las condiciones legales referentes a precios y calidades. Y, por último, cuando con posterioridad se encuentre alguna irregularidad en un pedido, podrá ser suspendido o cancelado [...] Ahora bien, suspender un pedido significa que la dependencia compradora se abstendrá temporalmente de pedir la entrega de las mercancías y de pagar el precio. Y cancelar un pedido, implica que se tendrá por rescindido el acuerdo de voluntades, y que, por ende, no se recibirá la mercancía ni se pagará su precio. Y, en el peor de los casos, cancelar significa que se devolverá la mercancía y se reclamará la devolución del precio, como si se hubiese anulado o dejado sin efectos el contrato. Pero independientemente de que lo anterior esté apegado a las normas constitucionales o no –es decir, independientemente de que se pueda o no autorizar al Poder Ejecutivo a rescindir un contrato por sí y ante sí, sin acudir para ello a los tribunales previamente establecidos–, es de verse que la ley autoriza que se suspendan o cancelen los pedidos o contratos, pero no autoriza que se modifiquen unilateralmente sus términos, en cuanto a calidad y precios de la mercancía [...]”*

imposición de multas al proveedor contratista, equivalentes al 10% del monto del pedido o contrato, en caso de que: a) exista incumplimiento en el plazo pactado para la entrega de los bienes; b) exista alguna oposición al ejercicio de las facultades de verificación o intervención a cargo de la Secretaría; c) no se presenten las garantías requeridas, y d) exista negativa a la reposición o cambio de los bienes que no reunieran los requisitos de calidad y precios pactados, pudiendo incluso llegar a sancionar al proveedor con la cancelación del su registro en el padrón correspondiente.

Un aspecto curioso de esta Ley, es que a pesar de hacer referencia a los contratos y pedidos derivados de concursos, no reguló este tipo de procedimientos, ni estableció claramente los términos y condiciones a los que tendrían que sujetarse o que deberían contener dichos instrumentos jurídicos, a pesar de que dispuso que las estipulaciones de éstos, debían ajustarse a las previsiones de ordenamiento legal materia de análisis y su reglamento, de lo contrario serían nulos.

Esta Ley tuvo una vida sumamente efímera, toda vez que fue abrogada menos de seis años después de su publicación, siendo sustituida por otro ordenamiento con igual nombre al que haremos referencia un poco más adelante.

4.2.2.3.2. Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas (LICOP).²⁶⁹

Se trata de la primera Ley reglamentaria del artículo 134 de la CPEUM que regula de manera exclusiva los contratos relacionados a obras públicas, consistentes en obras de construcción, instalación, conservación, reparación y demolición de bienes inmuebles, así como la inspección de dichos trabajos.

Al igual que en la LIA, los sujetos obligados a la aplicación de este ordenamiento legal son las secretarías, departamentos, gobiernos de los territorios federales,

²⁶⁹ Publicada en el DOF del 4 de enero de 1966

organismos públicos, empresas de participación estatal y organismos públicos, entendiéndose por estos últimos las comisiones, juntas, patronatos, institutos y demás entidades creadas por la Federación que tuvieran o administraran un patrimonio o presupuesto formado con fondos o bienes federales, así como los organismos públicos descentralizados, mientras que se excluye de su observancia a los fideicomisos constituidos por la SHCP como fideicomitente único del Gobierno Federal; las instituciones nacionales de crédito; las organizaciones nacionales auxiliares de crédito; las nacionales de seguros y fianzas, así como las empresas constituidas con capital mayoritario de las instituciones nacionales antes mencionadas, a menos que estén comprendidas en el PEF.

La intervención en los contratos que se suscriban en esta materia, así como la ejecución de los trabajos de obra queda a cargo de la SHCP, contando con la coordinación de las secretarías de Patrimonio Nacional y de Presidencia, quienes también cuentan con facultades de intervención, incluso en casos no previstos en dicho ordenamiento.

Al igual que en la LIA, existe un Padrón de Contratistas del Gobierno Federal, administrado por la Secretaría del Patrimonio Nacional, en el que deberá estar inscrito todo aquel contratista que pretenda contratar con la Administración alguno de los trabajos que son materia de la Ley.

Los trabajos de obra pública previstos en esta Ley deben ser contratados sobre la base de precios unitarios y pueden ser por administración directa, es decir, realizada directamente por el Estado, sin la intervención de contratistas o bien, mediante contrato, a efecto de que un particular la realice por cuenta de la Administración Pública.

Para efectos de la obra por administración directa la dependencia de que se trate debe contar con la autorización de la Secretaría de Presidencia para la inversión respectiva y tener elaborado el proyecto, presupuesto y especificaciones, con

excepción de trabajos de conservación y mantenimiento, que solamente requieren del presupuesto y una breve descripción de los trabajos.

Por lo que hace a la ejecución de los trabajos por contrato, la propia Ley dispone que *“Las dependencias adjudicarán el contrato al concursante que, reuniendo las condiciones necesarias que garanticen el cumplimiento del contrato y la ejecución satisfactoria de la obra, presente la postura más baja [...]”*²⁷⁰

Un esquema novedoso en esta Ley es la creación de una Comisión Técnico Consultiva de Contratos y Obras Públicas, integrada por representantes de las secretarías de Obras Públicas; Patrimonio Nacional; Recursos Hidráulicos; Marina, y Hacienda y Crédito Público, además del Departamento del Distrito Federal, Comisión Federal de Electricidad, Petróleos Mexicanos y la Cámara Nacional de la Industria de la Construcción, como miembros permanentes y por cada una de las secretarías, departamentos de Estado, el IMSS, el ISSSTE, el INFONAVIT y FERRONALES, como miembros especiales, solamente convocables cuando existan asuntos de su área de competencia.

Corresponde a esta Comisión, presidida por la Secretaría de Obras Públicas, dictar las bases y normas generales, así como el criterio de integración de precios unitarios a los que se sujete la contratación y ejecución de obras y las bases y normas a las que se ajuste la realización de subastas para la adjudicación de los contratos, quedando a cargo de la Secretaría del Patrimonio Nacional la vigilancia de que la contratación y ejecución de las obras, así como la instrumentación de los procedimientos de subasta, sean acordes a la normativa emitida por la Comisión.

Como consecuencia de lo anterior y al igual que la LIA, no se regula en la Ley el procedimiento de contratación, máxime que se trata de un procedimiento administrativo delineado desde el propio texto constitucional, precisando únicamente que el concursante debe garantizar el cumplimiento del contrato y la

²⁷⁰ Cfr. Artículo 16 de la LICOP.

ejecución satisfactoria de la obra, y que el criterio de adjudicación del contrato es para quien presente la postura más baja.

En este sentido, coincidimos con las observaciones que sobre este ordenamiento en particular realiza FERNÁNDEZ RUIZ, en el sentido de que se trata de una “Ley en blanco” o “ley hueca”, en virtud de que el legislativo emitió un ordenamiento por virtud del cual confirió a dos secretarías de Estado la facultad de emitir disposiciones normativas de carácter general para la adjudicación y contratación de obra pública, en flagrante violación a los artículos 14 y 16 de la CPEUM, además de que la coparticipación de cuatro dependencias para ejercer labores de vigilancia y control sobre esta actividad, dio lugar a su entorpecimiento y en nada contribuyó a evitar la corrupción.²⁷¹

La falta de congruencia prosiguió en las disposiciones administrativas emitidas con motivo de este ordenamiento legal, toda vez que en las “*Normas generales para la contratación y ejecución de obras públicas, aplicables a todos los proyectos y obras que realicen las Dependencias a que se refiere la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas*”²⁷², se estableció que las obras públicas se adjudicarían mediante concursos, en contradicción expresa y directa de lo previsto en el texto constitucional, que mandataba la realización de subastas para la adjudicación de los contratos en dicha materia²⁷³.

²⁷¹ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, pp. 267 y ss.

²⁷² Publicadas en el DOF del 26 de enero de 1970.

²⁷³ Lo anterior denota la confusión que habitualmente existe entre estos procedimientos, que como explica Manuel Lucero Espinosa, coinciden en el hecho de que requieren de un llamado al público en general, es decir, de una concurrencia libre y, en principio, ilimitada de los interesados en participar; sin embargo, se distinguen debido a que la subasta tiene como finalidad la obtención del mejor precio posible, mientras que en el concurso la selección del contratista de la Administración atiende a la capacidad intelectual, científica, artística o técnica del participante, sin tomar en cuenta o sin interesar otros aspectos, es decir, que mientras el primero de los procedimientos atiende a criterios principalmente económicos, el segundo de ellos se constriñe a criterios técnicos y personales. Cfr. Lucero Espinosa, Manuel, op. cit., nota 203, pp. 63 y ss.

No obstante lo anterior, se trata de la primera normativa que regula con cierta precisión un procedimiento de contratación, así como los tipos y modelos de contrato administrativo a suscribir.

Por lo que corresponde al concurso como procedimiento instituido por la normativa objeto de comentario, éste se divide en nueve fases o etapas a saber: a) convocatoria; b) registro, estudio de la documentación y clasificación de los interesados²⁷⁴; c) selección de contratistas para participar en los concursos²⁷⁵; d) llamado a los seleccionados para participar en los concursos²⁷⁶; e) inscripción de los seleccionados y entrega a los mismos de la documentación correspondiente; f) presentación de posturas y apertura de sobres; g) estudio de las posturas y dictamen; h) fallo, e i) firma del contrato, de ser el caso.

También establece algunos supuestos de excepción a la aplicación del procedimiento de referencia, como lo serían aquellos casos en los que existan razones o circunstancias de urgencia, oportunidad, economía, eficiencia y modalidad de inversión, que procederían previa declaración que sobre el caso concreto sea emitida por parte de la Secretaría del Patrimonio Nacional.

Ahora bien, respecto de los contratos de obras públicas, esta normativa estableció tres modelos diferentes: a) Contrato para estudios y/o proyectos para dependencias del Ejecutivo Federal; b) Contrato para la ejecución de obras por dependencias del Ejecutivo Federal, y c) Contrato para la ejecución de obras por

²⁷⁴ De acuerdo con los numerales 3.3 y 3.4., la clasificación de los interesados para concursar deberá basarse en los datos que se les hayan pedido, relativos a personalidad jurídica, capacidad técnica y económica y disponibilidad de equipo para cada una de las obras o especialidad de obras a que se refiere en la convocatoria, así como los antecedentes que respecto de los interesados tenga bajo su resguardo la Secretaría del Patrimonio Nacional.

²⁷⁵ En términos del numeral 4.3., el número de seleccionados se determina por la convocante; sin embargo, tal selección debe ser “[...] *procurando que sean no menos de cinco los que presenten propuestas.*”

²⁷⁶ Dentro de la etapa correspondiente al llamado a los seleccionados a participar en el concurso, la dependencia convocante extendía una invitación por escrito a los interesados seleccionados, que contiene el pliego, en el que se hace constar la información de la obra concursada, el calendario de los eventos de entrega de información adicional, presentación y apertura de proposiciones, los planos y especificaciones y el modelo de contrato a suscribir, entre otra información.

organismos públicos y empresas de participación estatal. Dichos modelos, como su nombre lo dice, sirvieron de pauta para que las dependencias estructuraran sus contratos; sin embargo, la misma normativa permitió que tales instrumentos fueran más una guía, que un formato cerrado, tal y como se advierte del texto que respecto de dicho documento se cita a continuación:

“Estos modelos contienen las estipulaciones aplicables a la contratación de la mayoría de las obras públicas. Sus lineamientos generales podrán ser aprovechados por las dependencias en la formulación de otros tipos de contratos. Asimismo, a los modelos elaborados se les podrá agregar cláusulas, de acuerdo con las modalidades especiales de las obras o las necesidades de las dependencias. Todo lo anterior en tanto no se aprueben los nuevos modelos por las Secretarías de Obras Públicas y del Patrimonio Nacional, a propuesta de la Comisión Técnica Consultiva de Contratos y Obras Públicas.”²⁷⁷

En este sentido, se establece que dichos contratos guardaran una determinada estructura, compuesta de: a) enunciado; b) declaraciones iniciales; c) clausulado; d) declaraciones finales; e) cierre, fecha y firma, y f) anexos que formarán parte del mismo, entre los que obran las especificaciones, tanto generales como especiales, los planos de proyecto, programas, catálogos de concepto de trabajo y precios unitarios, entre otros.

Como parte del contenido obligatorio de dichos modelos se pueden observar algunas cláusulas que resultan típicas de un contrato administrativo, destacando el carácter o prerrogativa de derecho público que buscan garantizar, como es el caso de los supuestos siguientes:

²⁷⁷ Párrafo contemplado en la Sección 3. *Bases y normas para la celebración de contratos de obras públicas*, contenida en las “Normas generales para la contratación y ejecución de obras públicas, aplicables a todos los proyectos y obras que realicen las Dependencias a que se refiere la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas”, Cfr. DOF del 26 de enero de 1970, p. 7.

a) La supervisión de los trabajos²⁷⁸ y la intervención²⁷⁹ de diversas dependencias, atendiendo a la naturaleza de los trabajos contratados, que implican un claro y constante direccionamiento y control de parte de la Administración sobre la forma y términos en los que se ejecuta la obra, pudiendo incluso afectar las condiciones originalmente pactadas con el contratista y la forma en la que se da cumplimiento a las obligaciones a cargo de cada una de las partes.

En este sentido, es importante destacar que en la estipulación que faculta a las secretarías del Patrimonio Nacional y de Hacienda y Crédito Público, a intervenir en la ejecución del contrato, no se establecen los supuestos en los que se realizaría tal intervención, ni el procedimiento para su instrumentación, dejando abierta esta facultad a las previsiones legales y reglamentarias conducentes, dejando al total arbitrio de la autoridad interventora la forma y términos de su actuación frente al particular contratista, tomando en cuenta la amplitud de las atribuciones que en esta materia se habían conferido a ambas dependencias.

Otra característica de derecho público que se puede desprender de esta última estipulación es la prerrogativa de interpretar los contratos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, toda vez que como ya hemos comentado con anterioridad, una de las responsabilidades conferidas con motivo de la facultad de intervención conferida a la Secretaría del Patrimonio Nacional, consistía en dar solución ante los casos no previstos en dicho ordenamiento.

²⁷⁸ La Cláusula Séptima del modelo de “Contrato para estudios y/o proyectos para dependencias del Ejecutivo Federal”, estipula lo siguiente:

“Supervisión de los trabajos.- La Dependencia, a través de los representantes que para el efecto designe, tendrá el derecho de supervisar y vigilar en todo tiempo los trabajos objeto de este contrato y dar al Contratista por escrito las instrucciones que estime pertinentes relacionadas con su ejecución, a fin de que se ajuste al Programa y a las Especificaciones correspondientes, así como a las modificaciones que, en su caso, ordene la Dependencia.[...]”

²⁷⁹ La Cláusula Décima Octava del modelo de “Contrato para estudios y/o proyectos para dependencias del Ejecutivo Federal”, estipula lo siguiente:

“Intervención.- Las Secretarías del Patrimonio Nacional y de Hacienda y Crédito Público tendrán la intervención que las leyes y reglamentos les señalen en la celebración y cumplimiento de este contrato. [...]”

b) La modificación de especificaciones, por virtud de la cual la Administración se arroga la potestad de alterar o modificar unilateralmente los alcances de los trabajos a cargo del contratista, sin que para ello se requiera de su intervención o de su voluntad.²⁸⁰

Como ejemplo de lo anterior, la Cláusula correspondiente al Programa de obra, prevista en el modelo de contrato de obra pública a precios unitarios y tiempo determinado, dispone que, de ser necesaria la modificación de dicho programa, “[...] la Dependencia establecerá la reforma que juzgue pertinente y hará del conocimiento del Contratista las modificaciones, o en su caso, el nuevo Programa que se formule [...]”.²⁸¹

En cualquiera de estos casos se señala que las modificaciones serán dadas a conocer al Contratista, [...] y éste se obliga a acatar las instrucciones correspondientes [...]”²⁸², dejando como única posibilidad de acuerdo entre las

²⁸⁰ La Cláusula Octava del modelo de “Contrato para estudios y/o proyectos para dependencias del Ejecutivo Federal”, estipula lo siguiente:

“Modificaciones.- Durante la vigencia del presente contrato la Dependencia podrá modificar las Especificaciones y el Programa de Trabajo, dando aviso por escrito con oportunidad al Contratista, y este se obliga a acatar las instrucciones correspondientes.

En el caso de que, con motivo de las modificaciones ordenadas, el importe total de los trabajos que deba realizar el Contratista excediere la cantidad estipulada en la Cláusula Segunda, las partes celebrarán un convenio adicional por la cantidad excedente.

Por otra parte, si las modificaciones originan alguna variación en los cálculos que sirvieron de base para fijar el precio señalado en la Cláusula Segunda, ambas partes, de común acuerdo, determinarán los ajustes que deberán hacerse al precio.”

²⁸¹ La Cláusula Cuarta del modelo de “Contrato de obra pública a precios unitarios y tiempo determinado”, estipula lo siguiente:

“Programa.- [...]”

Si en el desarrollo de los trabajos se presentaren circunstancias por las cuales la Dependencia estimara necesario modificar el Programa a que se refiere esta Cláusula, o bien, en el caso de que el Contratista se viere obligado a solicitar alguna variación a dicho Programa por causas no imputables a él, debidamente justificadas, la Dependencia establecerá la reforma que juzgue pertinente y hará del conocimiento del Contratista las modificaciones, o en su caso, el nuevo Programa que se formule, se considerarán incorporados a este contrato, y por lo tanto, obligatorios para las partes. [...]”

²⁸² La Cláusula Décima del modelo de “Contrato de obra pública a precios unitarios y tiempo determinado”, estipula lo siguiente:

“Modificaciones al programa, planos y especificaciones y variaciones de las cantidades de trabajo.- Durante la vigencia del presente contrato la Dependencia podrá modificar el Programa, los Planos y las Especificaciones, dando aviso por escrito con oportunidad al Contratista, y éste se obliga a acatar las instrucciones correspondientes.

partes, el ajuste de los precios unitarios, en el supuesto de que las modificaciones realizadas impliquen una variación al cálculo de los mismos, de no ser así, el contratista solamente tendría el derecho a percibir el importe que resultare excedente por los trabajos que deba ejecutar con motivo de las modificaciones que le hayan sido notificadas por la Administración, previa suscripción del convenio correspondiente.

c) El establecimiento de garantías y sanciones a cargo exclusivamente del contratista, es otra potestad de la Administración que resulta ejemplificativa de la relación contractual de carácter administrativo y de la supraordinación que los intereses del Estado guardan respecto de los correspondientes al particular contratista.

Atendiendo a lo previsto en la normativa, así como en los modelos objeto de comentario, el contratista no solamente se compromete a otorgar una fianza, como garantía del cumplimiento de las obligaciones contractuales²⁸³, sino que también acepta que la Tesorería de la Federación le efectúe una retención equivalente al cinco por ciento del importe de cada una de las estimaciones que le sean pagadas, con la finalidad de constituir depósito como garantía adicional contra cualquier diferencia, responsabilidad o reclamación que la dependencia tenga a su favor frente al contratista con motivo del contrato, que será ejecutable hasta el finiquito y liquidación de la obra²⁸⁴. Una vez ajustadas las diferencias, el importe o

En el caso de que, con motivo de las modificaciones ordenadas, el importe total de los trabajos que debe realizar el Contratista excediere la cantidad estipulada en la Clausula Segunda, las partes celebrarán un convenio adicional por la cantidad excedente.

Por otra parte, si las modificaciones originan alguna variación en los cálculos que sirvieron de base para fijar los precios unitarios, ambas partes, de común acuerdo, determinarán los ajustes que deberían hacerse a dichos precios, siguiendo un procedimiento análogo al establecido en la cláusula Séptima. [...]

²⁸³ La Cláusula Décima Segunda del modelo de “Contrato para estudios y/o proyectos para dependencias del Ejecutivo Federal”, estipula lo siguiente:

“Garantías. - Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente contrato, el Contratista se obliga a, dentro de los 20 días siguientes a la fecha en que sea entregada copia del contrato, o la orden de iniciación de los trabajos, fianza por un valor igual al _% del importe señalado en la Cláusula Segunda. [...]”

²⁸⁴ La Cláusula Décima Quinta del modelo de “Contrato de obra pública a precios unitarios y tiempo determinado”, estipula lo siguiente:

remanente debía ser integrado al *Fondo para Préstamos a Contratistas de Obras Públicas Federales*, constituido en fideicomiso por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ante el entonces Banco Nacional de Obras Públicas y Servicios Públicos, S.A., donde permanecería por el plazo de doce meses contados a partir de la entrega de los recursos a la fiduciaria y transcurrido ese plazo serían devueltos al contratista, más un interés simple equivalente al siete por ciento anual²⁸⁵.

Es importante comentar que previo a las cauciones estipuladas en el contrato, el particular ya había tenido que otorgar una garantía de sostenimiento de proposiciones durante el concurso, que no le era devuelta sino hasta la suscripción del contrato adjudicado, y que además de las sanciones administrativas como las multas e incluso la suspensión o cancelación del registro como contratista empadronado, que no figuraban en el modelo de contrato sino en las disposiciones legales y normativas, existen las sanciones o penas de orden convencional²⁸⁶, con motivo de la ejecución extemporánea de los trabajos, cuyo cálculo se realizaba sobre el importe del contrato y no en forma proporcional al monto de lo incumplido.

“Retenciones en Garantía.- El contratista conviene en que, al efectuar la Dependencia los pagos de las estimaciones que formulen por los trabajos efectuados, la Tesorería de la Federación le retenga el 5% del importe de las mismas, con el cual formará un depósito que servirá como garantía adicional para responder, a satisfacción de la Dependencia, de cualquier diferencia, responsabilidad o reclamación que resultare a favor de ésta y a cargo del Contratista, derivada del contrato. [...]”

²⁸⁵ La Cláusula Décimo Sexta del modelo de “Contrato de obra pública a precios unitarios y tiempo determinado”, estipula lo siguiente:

“Fondo Fiduciario.- A la terminación y recepción total o parcial de los trabajos objeto de este contrato y una vez que las retenciones del 5% hubieren satisfecho su finalidad de garantía, el total o remanente del depósito pasará a integrar el Fondo para Préstamos a Contratistas de Obras Públicas Federales [...] en la inteligencia de que éste permanecerá en el citado fondo fiduciario durante un plazo de doce meses [...]”

²⁸⁶ La Cláusula Décima Tercera del modelo de “Contrato de obra pública a precios unitarios y tiempo determinado”, estipula lo siguiente:

“Sanciones.- El Contratista conviene en que si no ejecuta los trabajos dentro del plazo que se establece en la Cláusula Tercera, o dentro de la prórroga que le haya sido concedida, en su caso, pagará a la Dependencia el _ al millar sobre el monto total del contrato por cada día de demora en que incurra; salvo que ésta obedezca a causas justificadas, a juicio de la Dependencia. [...]”

d) La posibilidad de disolver unilateralmente el vínculo contractual, sin necesidad de acudir ante una autoridad judicial, conocida también como la facultad de rescindir administrativamente el contrato, es otra potestad que se observa de la lectura a los modelos previstos en la normativa objeto de comentario.

La rescisión administrativa opera cuando el contratista incurre en algún tipo de incumplimiento a sus obligaciones contractuales, ya sea de manera general o de algún supuesto específico²⁸⁷ y trae como consecuencia que la Administración instrumente un procedimiento administrativo en el que se le notifiquen las inconsistencias encontradas y se le confiere un plazo, con la finalidad de que, el contratista, en ejercicio de su derecho de audiencia, pueda realizar las manifestaciones que considere necesarias, mismas que deberán ser tomadas en cuenta por la dependencia, para efectos de su resolución²⁸⁸.

De resolverse la procedencia de la rescisión, la dependencia tendría que notificar su resolución, además de que se encontraría en aptitud de hacer efectiva la garantía de cumplimiento del contrato otorgada por el contratista, con

²⁸⁷ La Cláusula Décima Cuarta del modelo de “Contrato de obra pública a precios unitarios y tiempo determinado”, estipula lo siguiente:

“Rescisión.- La Dependencia podrá rescindir administrativamente el presente contrato, en los casos siguientes:

a) Porque el Contratista no inicie los trabajos objeto de este contrato en la fecha en [que] le señale por escrito la Dependencia.

b) Por retraso injustificado de más de _ días de calendario en la ejecución de los trabajos, en relación con los plazos establecidos.

c) Porque el Contratista transmita, total o parcialmente, por cualquier título, los derechos derivados de este contrato, sin la aprobación expresa y por escrito de la dependencia.

d) Por la existencia del estado de quiebra o suspensión de pagos del Contratista, declarado por autoridad competente.

e) En general, por el incumplimiento del Contratista a cualquiera de las obligaciones derivadas del presente contrato. [...].”

²⁸⁸ La Cláusula Vigésima Segunda del modelo de “Contrato de obra pública a precios unitarios y tiempo determinado”, estipula lo siguiente:

“Procedimientos de Rescisión.- Si la Dependencia considera que el Contratista ha incurrido en alguna de las causas de rescisión que se consignan en la cláusula anterior, le comunicará al Contratista, en forma fehaciente, a fin de que éste en un plazo de _ días, exponga lo que a su derecho convenga respecto al incumplimiento de sus obligaciones. Si transcurrido ese plazo el Contratista no manifiesta nada en su defensa, o si después de analizar las razones aducidas por éste, la Dependencia estima que las mismas no son satisfactorias, dictará la resolución que proceda conforme a lo establecido en los dos últimos párrafos de la cláusula que antecede.”

independencia de las sanciones administrativas a las que pudiera hacerse acreedor este último.

No obstante lo anterior, la rescisión también puede operar con motivo de la suspensión permanente del contrato, situación que implica la existencia de otra potestad de la Administración, que deriva o se concatena con otras prerrogativas y que puede ser entendida como la facultad de imponer unilateralmente diversas resoluciones que afectan el contenido obligacional del contrato y admiten la posibilidad de determinar los efectos de dichas resoluciones, aunque su contenido y alcances no quedan al arbitrio de la Administración, sino que derivan de las disposiciones normativas que regulan la materia, como lo es la posibilidad de resolver acerca de la suspensión de los efectos del contrato y la temporalidad o duración de la misma.²⁸⁹

4.2.2.3.3. Segunda Ley de Inspección de Adquisiciones (LIA).²⁹⁰

Con la entrada en vigor de esta nueva Ley, se abrogó la diversa publicada el 30 de diciembre de 1965, siendo pocas las diferencias que este nuevo marco jurídico presentaba respecto de su predecesora; sin embargo, son de resaltar los aspectos siguientes:

²⁸⁹ La Cláusula Décima Novena del modelo de “Contrato de obra pública a precios unitarios y tiempo determinado”, estipula lo siguiente:

“Suspensión de los trabajos.- La Dependencia tiene la facultad de suspender temporal o definitivamente la construcción de las obras objeto del presente contrato, en cualquier estado en que éstas se encuentren, dando aviso por escrito al Contratista con anticipación de ___ días.

Cuando la suspensión sea temporal, la Dependencia informará al Contratista sobre su duración aproximada y concederá la ampliación del plazo que se justifique, en los términos de la Cláusula Décima Primera. Cuando la suspensión sea total y definitiva, será rescindido el contrato

Cuando la Dependencia ordene la suspensión por causa imputable al Contratista, pagará a éste, los precios unitarios fijados en este contrato, las cantidades de trabajo que hubiere ejecutado hasta la fecha de la suspensión. Por los trabajos ejecutados o servicios prestados que no hayan sido considerados, o no puedan considerarse en los precios unitarios, se pagará al Contratista el importe de ellos en la forma establecida en la Cláusula Séptima. Además del importe de los trabajos ejecutados, se cubrirán al Contratista exclusivamente los daños que se le causen por la suspensión, o sea los gastos no recuperables que hubiere efectuado hasta la fecha de la misma, previo estudio que haga la Dependencia de la justificación de dichos gastos, según convenio que se celebre entre las partes con la intervención de las Secretarías del Patrimonio Nacional y de Hacienda y Crédito Público.”

²⁹⁰ Publicada en el DOF del 6 de mayo de 1972.

a) La inclusión en el ámbito de aplicación de esta ley, de las instituciones nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y fianzas y los fideicomisos constituidos por el Gobierno Federal, que tengan por objeto la inversión, el manejo o administración de obras públicas, la prestación de servicios o la producción de bienes de mercado.

b) La adquisición de mercancías, bienes muebles y materias primas no podrá realizarse sin la revisión, intervención y registro de la Secretaría del Patrimonio Nacional y, en el caso de artículos de importación o de procedencia extranjera, se debía contar con la autorización del entonces Instituto Mexicano del Comercio Exterior.

c) Las dependencias deben cubrir los requisitos que de acuerdo con sus atribuciones les señale la SHCP, en lo relativo a formulación, pago, suspensión, cancelación o modificación de contratos o pedidos. La cancelación de pedidos y contratos debe ser autorizada previamente por la Secretaría del Patrimonio Nacional.

d) Se introduce la contratación a través de los procedimientos de compras consolidadas entre dos o más entidades; los contratos de suministro por períodos fijos; los concursos y los pedidos negociados previa investigación de fuentes de suministro y selección de proveedores.

En relación con esta nueva Ley, es de destacar que se amplió su observancia otros entes públicos que inexplicablemente habían quedado fuera con su antecesora, a efectos de regular, efficientar y controlar la actividad de estos organismos y reducir las prácticas de corrupción.

Asimismo, estableció algunas modalidades del procedimiento de contratación que de haberse regulado con mayor precisión pudieron hacer más eficiente la

contratación, como es el caso de las compras consolidadas y el contrato de suministro.

Tampoco es de soslayar que la normativa fue omisa en los términos y alcances de las estipulaciones que deben consignarse en los contratos o pedidos, incluso en aquellas condiciones que por provenir de potestades de derecho público estaban previstas en Ley, dejando al arbitrio de la SHCP, la forma en que se instrumentarían tales estipulaciones.

En resumen, podemos coincidir con lo que sobre esta normativa concluye FERNÁNDEZ RUIZ, en el sentido de que:

“Una evaluación objetiva de la Ley de Inspección de Adquisiciones de 1972 pone de manifiesto que sus modestos logros se pudieron haber alcanzado mediante simples reformas y adiciones a la homónima ley que le precedió.”²⁹¹

Con el inicio de la presidencia de José López Portillo²⁹², se gestó una nueva transformación de la Administración Pública, instrumentada a través de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal²⁹³, que trajo consigo la desaparición de las secretarías de Presidencia y del Patrimonio Nacional, transfiriéndose sus atribuciones a la recién creada Secretaría de Programación y Presupuesto, que reunió las facultades de planeación nacional y regional del desarrollo económico y social, así como la programación del financiamiento en materia de inversiones y gasto corriente y la evaluación de los resultados de la gestión de dichos recursos financieros, a través de órganos de auditoría interna adscritos a ésta dependencia.

²⁹¹ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, p. 316.

²⁹² 1º de diciembre de 1976 a 30 de noviembre de 1982.

²⁹³ Publicada en el DOF del 29 de diciembre de 1976. A pesar de las múltiples reformas que ha sufrido, esta norma de naturaleza orgánica de la Administración Pública Federal es la que continúa vigente hasta nuestros días.

No obstante lo anterior, poco menos de dos años después se reformó dicho ordenamiento legal, con la finalidad de atribuir a la Secretaría de Comercio facultades para *“Intervenir en las adquisiciones de toda clase que realicen las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, centralizada y paraestatal, así como determinar normas y procedimientos para el manejo de almacenes, control de inventarios, avalúos y baja de bienes muebles.”*²⁹⁴

Con esta reforma se transfirieron a esta Dependencia, junto con las funciones correspondientes, las direcciones generales de Bienes Muebles, adscrita hasta ese momento a la SHCP y la de Normas sobre Adquisiciones, Almacenes y Obras Públicas, perteneciente hasta entonces a la SPP.²⁹⁵

Dentro de este marco de reorganización y modernización administrativa se publicaron dos nuevos ordenamientos legales en la materia, por un lado, la Ley sobre Adquisiciones, Arrendamientos y Almacenes de la Administración Pública Federal, y por el otro, la Ley de Obras Públicas.

4.2.2.3.4. Ley sobre Adquisiciones, Arrendamientos y Almacenes de la Administración Pública Federal (LSAAAAPF).²⁹⁶

La primera nota distintiva de este ordenamiento con relación a su predecesor, es que sus disposiciones fueron declaradas por el legislador como de orden público y de interés social, es decir, que sus preceptos son obligatorios y, consecuentemente, irrenunciables, precisamente por el interés de la sociedad en que su observancia y aplicación no se encuentre sujeta a la voluntad de quienes

²⁹⁴ Cfr. Artículo 34, fracción XIX, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, adicionada mediante Decreto publicado en el DOF del 8 de diciembre de 1978.

²⁹⁵ Cfr. Artículo Segundo Transitorio del Decreto de adición a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, publicado en el DOF del 8 de diciembre de 1978.

²⁹⁶ Publicada en el DOF del 31 de diciembre de 1979.

deban cumplirla, ni a intereses particulares, con la finalidad que se prive el beneficio y desarrollo de la colectividad.²⁹⁷

También amplió la materia objeto de regulación, debido a que además de las operaciones de adquisición de mercancías, materias primas y bienes muebles, incorporó el arrendamiento y la contratación de servicios, relacionados ambos con bienes muebles y el control de almacenes.

Acorde a la entonces reciente publicación de la LOAPF, se dispuso que dicha normativa fuera aplicable a las operaciones que en esa materia realizaran las dependencias y entidades de la Administración Pública en general, es decir, a las secretarías de Estado, departamentos administrativos y la Procuraduría General de la República, así como a los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos²⁹⁸, quedando a cargo de la Secretaría de Comercio aquellas facultades que anteriormente se conferían a las secretarías de Presidencia; del Patrimonio Nacional; de Hacienda y Crédito Público, y Programación y Presupuesto, entre las que destacan las de dictar bases y normas generales para la celebración de concursos; aprobar formatos de contratos y pedidos, e intervenir en la recepción de los bienes y verificación de sus especificaciones, calidad y cantidad.

²⁹⁷ Cfr. Sala Auxiliar SCJN, Quinta Época, Tesis aislada 340932, visible en el SJFyG, T. CXX, p. 590. LEYES DE ORDEN PÚBLICO; Cuarta Sala SCJN, Quinta Época, Tesis aislada 308917, visible en el SJFyG, T. LXX, p. 1195. LEYES DE ORDEN PÚBLICO, RENUNCIA DE LAS (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL), y Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tesis aislada I.7o.A.217 A, con registro 183716, visible en el SJFyG, T. XVIII, p. 1204. RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. LAS DISPOSICIONES DE LA LEY RELATIVA QUE REGULAN TANTO EL PROCEDIMIENTO COMO LA APLICACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES CORRESPONDIENTES, SON DE ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SOCIAL. También puede consultarse Sempé Minvielle, Carlos, op. cit., nota 141, pp. 70 y ss, y Béjar Rivera, Luis José. *Las asociaciones civiles como forma de participación ciudadana en el interés general*, México, Instituto de Capacitación y Desarrollo Político, A.C., 2013, pp. 20 y ss.

²⁹⁸ Cfr. Artículos 1º y 2º de la LSAAAPF, en relación con el 1º de la LOAPF.

Una innovación de esta legislación, es que incluyó un procedimiento administrativo de inspección, para que la Secretaría de Comercio ejerciera sus facultades de intervención, respecto del cual se ordenaba que fuera instrumentado en días y horas hábiles, por personal autorizado mediante el oficio de comisión correspondiente, del cual se dejaría constancia escrita mediante el levantamiento del acta correspondiente.

Dentro de las facultades transferidas a dicha Dependencia, también se encuentra la de revisión de los contratos y pedidos de las dependencias y entidades en general, así como la administración del Padrón de Proveedores, respecto del cual se incorporaron dos supuestos de excepción para la adquisición de bienes con proveedores no registrados, el primero relacionado con la compra de bienes perecederos y el segundo, tratándose de casos urgentes, debidamente comprobados.

Acorde con lo anterior, la Secretaría de Comercio expidió la “*Norma de concursos para la adquisición de mercancías, materias primas y bienes muebles*”²⁹⁹, a través de la cual se regularon a detalle los procedimientos de contratación apenas esbozados en la LSAAAAPF, estableciendo distintos tipos de concurso, cada uno de ellos con sus procedimientos y fases, como los *concursos mayores*; *concursos menores*; *concursos de dos pasos*; *concursos nacionales* y *concursos internacionales*. También dispuso una clasificación especial para los bienes muebles, con incidencia no solamente en los procedimientos de contratación, sino también en el control de los inventarios en almacenes, destacando los bienes de consumo, de inversión, de línea, de fabricación especial y de adquisición repetitiva.

²⁹⁹ Publicada en el DOF del 15 de octubre de 1980. Respecto de esta Norma, Acosta Romero refiere que “[...] a mi modo de ver es un reglamento sobre adquisiciones y no una norma, pues establece toda una serie de procedimientos para: la celebración de concursos mayores, menores, nacionales, internacionales, convocatorias, bases de concurso, especificaciones, entrega de nuestras [sic] y catálogos, recepción de ofertas, garantías, evaluaciones de capacidades legal, administrativa, técnica y financiera de los concursantes, determinación de los concursantes, firma de pedidos o contratos, entrega o aceptación, o rechazo de bienes, formas que deben de utilizarse, tipos de contratos, sanciones, rescisión, presentación de documentos.” Cfr. Acosta Romero, Miguel, op. cit., nota 185, p. 659.

Un aspecto innovador de esta normativa en materia contractual, es que establece los tipos de contratos y de pedido que pueden fincarse, los criterios para aplicar unos u otros y el modelo de contrato, que lejos de ser un modelo como los emitidos en las Normas Generales de 1970, para la materia de obra pública, en los que se podía apreciar el texto propuesto para cada cláusula, en el caso de la normativa de adquisiciones se trató de un documento segmentado por partes (encabezado, proemio, declaraciones, cláusulas y firmas), en el que se relacionaban los puntos mínimos que debía contener cada apartado, de manera enunciativa, es decir, sin desarrollar contenido alguno, de manera que más que un modelo de contrato, se puede asemejar más a un catálogo de conceptos.

Respecto de los criterios para el empleo de pedidos y contratos, la normativa materia de análisis proponía el fincamiento de pedidos como regla general y solamente que se requiriera la adición de muchas cláusulas o condiciones especiales al instrumento jurídico, o bien, cuando el proveedor así lo solicitara y tal petición fuese aceptada por la dependencia o entidad, se recomendaba la formalización del contrato.

Bajo este contexto, se establecían tres tipos de pedido a saber: los comunes³⁰⁰, los abiertos³⁰¹ y los programados³⁰², así como dos tipos de contrato, por un lado los comunes³⁰³ y, por el otro, los de suministro³⁰⁴.

³⁰⁰ “[...] los que se fincan precisando todas las características y condiciones relativas a los bienes que amparan dichos pedidos.” –recomendando su fincamiento- “[...] en casos de adquisición de bienes que se necesiten eventualmente y, siempre que se conozcan con toda precisión todas las características y condiciones relativas a los bienes en cuestión.” Cfr. numeral 6.3.1., de la Norma de concursos para la adquisición de mercancías, materias primas y bienes muebles, p. 33.

³⁰¹ “[...] los que se fincan especificando con toda precisión, tanto las características como los precios unitarios de los bienes respectivos, pero dejando en forma “estimada” o “abierta” las cantidades correspondientes.” –precisando que- “Se recomienda fincar “pedidos abiertos”, en caso de adquisición de bienes de consumo repetitivo, cuando no se reconocen con exactitud las cantidades requeridas en dichos “pedidos abiertos” se podrá indicar un estimado a consumir durante el período que corresponda [...]”.

“Una vez fincados los “pedidos abiertos”, las distintas áreas de la dependencia o entidad podrán solicitar directamente a los proveedores, las cantidades exactas que requieran, indicándoles en cada ocasión las fechas de entrega correspondientes.” Cfr. numeral 6.3.2., de la Norma de concursos para la adquisición de mercancías, materias primas y bienes muebles, pp. 33 y 34.

De todos los instrumentos jurídicos mencionados en dicha normativa, se impulsó la figura del pedido abierto, señalando algunas de sus ventajas en dicho ordenamiento, como: a) la posibilidad de efectuar consolidaciones; b) agilizar el proceso de abastecimiento al suscribir solamente un pedido; c) disminuir las compras de emergencia y d) la flexibilidad en cuanto cantidades y fechas de entrega de bienes³⁰⁵.

La poca trascendencia de este ordenamiento legal y la necesidad de homologar la materia que conforma su objeto a las reformas constitucionales de 1982, explican su efímera duración, dado que fue abrogado poco menos de cinco años después a su publicación, para dar entrada a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios Relacionados con Bienes Muebles, que comentaremos en el siguiente apartado.

³⁰² “[...] aquellos en los que se especifican, con toda precisión, las descripciones y los precios unitarios de los bienes, así como las cantidades a entregar en varias fechas determinadas.”

“[...] tienen prácticamente las mismas ventajas de los “pedidos abiertos”, a excepción del aspecto de flexibilidad en las entregas, ya que para los “pedidos programados”, esta flexibilidad será menor. Por el contrario, una ventaja adicional de este tipo de pedidos es la de que se requiere menor papeleo, una vez colocado el “pedido programado”.”

“Se recomienda [...] cuando se conozcan con toda exactitud las cantidades que deberán entregar los proveedores respectivos en determinadas fechas.” Cfr. numeral 6.3.3., de la Norma de concursos para la adquisición de mercancías, materias primas y bienes muebles, p. 34.

³⁰³ “[...] aquellos que se celebran en casos muy definidos de adquisición de bienes que se necesitan en forma eventual.”

“En estos contratos deberán incluirse todas las cláusulas que se consideren necesarias, relativas a la adquisición de los bienes en cuestión.” Cfr. numeral 6.4.1., de la Norma de concursos para la adquisición de mercancías, materias primas y bienes muebles, p. 34.

³⁰⁴ “[...] son en realidad “pedidos abiertos”, a los que, por ciertas necesidades, se deben incorporar cláusulas adicionales para dar una mayor amplitud o mayor formalidad a la operación [...]”, -siendo aplicables a éstos las disposiciones de los pedidos abiertos- “[...] también se podrán celebrar “contratos de suministro” con fechas de entrega previamente programadas.” Cfr. numeral 6.4.2., de la Norma de concursos para la adquisición de mercancías, materias primas y bienes muebles, p. 34.

³⁰⁵ Cfr. numeral 6.3.2., de la Norma de concursos para la adquisición de mercancías, materias primas y bienes muebles, p. 33.

4.2.2.3.5. Ley de Obras Públicas (LOP).³⁰⁶

Contrario a lo sucedido en la materia de adquisiciones, la legislación de obras públicas ha sido mucho más estable, dado que aún con las observaciones de las que pudiera ser objeto, la LICOP tuvo una vigencia de quince años, hasta que fue abrogada por la LOP, cuya duración fue de trece años, hasta la entrada en vigor de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

Al igual que la LSAAAAPF, las disposiciones de este nuevo ordenamiento legal son declaradas por el legislador como de orden público e interés social, siendo su objeto regular el gasto y las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, ejecución, conservación, mantenimiento, demolición y control de la obra pública realizada por las unidades de la Presidencia de la República; las secretarías de Estado y los departamentos administrativos, incluyendo de del Distrito Federal; las procuradurías, tanto la General de la República, como la de Justicia del Distrito Federal; los organismos descentralizados; las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal, el Departamento del Distrito Federal o cualquier otra de las entidades ya mencionadas, por lo que se puede observar que su aplicación resulta obligatoria para todos y cada uno de los órganos u organismos que dependen de la Administración Pública Federal.³⁰⁷

Un aspecto destacable de este ordenamiento es que señala lo que deberá entenderse por obra pública³⁰⁸ y enumera todo un catálogo de actividades y trabajos que por su propia naturaleza son obra pública, incluyendo, a guisa de ejemplo, los trabajos de exploración, localización, perforación, extracción, explotación y desarrollo de recursos naturales que se encuentren en el suelo o en el subsuelo. También regula a los servicios relacionados con la obra, confiriendo a

³⁰⁶ Publicada en el DOF del 30 de diciembre de 1980.

³⁰⁷ Cfr. Artículo 1 de la LOP.

³⁰⁸ Cfr. Artículo 2 de la LOP. En términos del primer párrafo de este precepto, se entiende por obra pública a “[...] todo aquel trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles por su naturaleza o disposición de ley”.

esta materia un breve capítulo, en el cual faculta a las dependencias y entidades a contratarlos a través del procedimiento de Adjudicación Directa³⁰⁹, a diferencia de los procedimientos de adjudicación de obra pública, que se realizan a través de subasta pública, como regla general³¹⁰.

Al igual que en sus antecesoras dispone que la obra pública puede ser por administración directa o por contrato³¹¹, estableciendo respecto de este tres tipos distintos, el contrato sobre la base de precios unitarios, el contrato a precio alzado y el mixto³¹².

Continuando la tradición de estos ordenamientos, la vigilancia de su aplicación y su interpretación para efectos administrativos fue confiada a la Secretaría de Programación y Presupuesto, que junto con la de Asentamientos Humanos y Obras Públicas integró la Comisión Intersecretarial Consultiva de la Obra Pública³¹³, en la cual se contaba con representación de las secretarías de Hacienda y Crédito Público; Patrimonio y Fomento Industrial; Comercio; Agricultura y Recursos Hidráulicos, y Comunicaciones y Transportes, encomendándose a este cuerpo colegiado la expedición de las disposiciones administrativas relacionadas con la contratación y ejecución de obras³¹⁴. Así mismo, el Padrón de Contratistas de Obras Públicas se mantiene y queda bajo la administración de la Secretaría de Programación y Presupuesto³¹⁵.

Con la opinión de la Comisión, se publicaron diversas disposiciones administrativas, a través de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, que emitió un *Modelo de Contrato de Obra Pública a base de precios*

³⁰⁹ Cfr. Capítulo III de la LOP, conformado por los artículos 26 y 27 de dicho ordenamiento.

³¹⁰ Cfr. Artículo 30 de la LOP.

³¹¹ Cfr. Artículo 28 de la LOP.

³¹² Cfr. Artículo 39 de la LOP.

³¹³ Esta Comisión Intersecretarial sustituye a la Comisión Técnico-Consultiva de la LICOP, atribuyendo una mayor importancia política y jurídica a sus decisiones y, consecuentemente, a la aplicación y observancia de los documentos que de dicho cuerpo colegiado emanen.

³¹⁴ Cfr. Artículos 6 y 11 de la LOP.

³¹⁵ Cfr. Artículos 19 y ss, de la LOP.

unitarios³¹⁶; un *Modelo de Contrato de Obra Pública a precio alzado*³¹⁷, y un *Contrato de servicios relacionados con la obra pública y su anexo*³¹⁸.

Estos modelos fueron modificados por la Secretaría de Programación y Presupuesto, mediante Oficio-Circular³¹⁹, contando con la opinión de la Comisión, a través del cual se integraron los tres contratos en un solo documento, siendo destacable la sencillez de su clausulado respecto de los modelos emitidos en 1970, toda vez que hacen referencia a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas que resultan aplicables a los procedimientos y supuestos previstos en cada estipulación, como se puede observar de las cláusulas de “Garantías”³²⁰; “Responsabilidades del contratista”³²¹, y “Recepción de los Trabajos”³²², entre otras.

Finalmente, como ya se mencionó al inicio de este subapartado, esta Ley fue abrogada para dar paso a un proyecto de codificación de la contratación administrativa, en el que se reunieron sus materias clásicas, por un lado, las

³¹⁶ Cfr. *Acuerdo por el que la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas aprueba las secciones 3 y 4 de las Reglas Generales para la contratación y ejecución de obras Públicas y servicios relacionados con las mismas para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal*. Publicado en el DOF del 8 de enero de 1982.

³¹⁷ Cfr. *Inciso 3.4, del Contrato de Obra Pública a Precio Alzado*. Publicado en el DOF del 14 de junio de 1982.

³¹⁸ Cfr. *Inciso 3.3, del Contrato de servicios relacionados con la obra pública y su anexo*. Publicado en el DOF del 15 de febrero de 1982.

³¹⁹ Cfr. *Oficio-Circular por el que se dan a conocer los modelos de contratos de obra pública a base de precios unitarios; a precio alzado y de servicios*. Publicado en el DOF del 21 de abril de 1986.

³²⁰ “Sexta. Garantías.- “El Contratista” se obliga a constituir en la forma, términos y procedimientos previstos por la Ley de Obras Públicas, su Reglamento y las Reglas Generales para la Contratación y Ejecución de las Obras Públicas y los Servicios relacionados con las mismas, las garantías a que haya lugar con motivo del cumplimiento de este contrato y el anticipo que le sea otorgado por “La Contratista” Modelo de Contrato de Servicios Relacionados con la Obra Pública. *Ibidem.*, p. 18.

³²¹ “Décima Primera. Responsabilidades del Contratista. - [...] Igualmente se obliga “El Contratista” a no ceder a terceras personas físicas o morales sus derechos y obligaciones derivados de este contrato y sus anexos, así como los derechos de cobro por la prestación de los servicios realizados que ampara este contrato, sin previa aprobación expresa y por escrito de “La Contratante” en términos de la Ley de Obras Públicas” Modelo de Contrato a Precio Alzado. *Ibidem.*, p. 16.

³²² “Novena. Recepción de los Trabajos.- La recepción de los trabajos ya sea total o parcial, se realizará conforme a lo señalado en los lineamientos, requisitos y plazos que para tal efecto establece la Ley de Obras Públicas y su Reglamento, así como bajo las modalidades que la misma prevé, reservándose “La Contratante” el derecho a reclamar por faltantes o mal ejecutados.” Modelo de Contrato de Obra a Precios Unitarios. *Ibidem.*, p. 14.

adquisiciones, arrendamientos y servicios y, por el otro, la obra pública y los servicios relacionados a ésta, bajo la bandera de la simplificación y con la finalidad de promover la participación de la inversión extranjera en las contrataciones gubernamentales, aprovechando la apertura comercial que brindaba el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que trajo como resultado la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, que analizaremos más adelante.

4.2.2.4. La renovación moral.

En el gobierno del presidente Miguel de la Madrid Hurtado³²³, una de las primeras medidas adoptadas para consolidar las reformas de su antecesor, fue la modificación, entre otras disposiciones, del artículo 134 de la CPEUM, a la que ya hemos hecho mención en apartados anteriores, además de que se dio un nuevo giro a la organización de la Administración Pública, con las reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, para crear la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, que recoge todos los esfuerzos de vigilancia de los fondos y valores del sector público y de la que dependerán los órganos internos de control en todas y cada una de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

Dentro de este contexto orgánico se expidió un nuevo marco jurídico en materia de adquisiciones, con el que se buscó homologar la legislación secundaria a la entonces reciente reforma constitucional.

4.2.2.4.1. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestaciones de Servicios Relacionados con Bienes Muebles. (LAAPSRBM)³²⁴

Este ordenamiento es la primera legislación en la materia reglamentaria del artículo 134 de la CPEUM y, consecuentemente, tiene por objeto establecer que

³²³ 1º de diciembre de 1982 a 30 de noviembre de 1988.

³²⁴ Publicada en el DOF del 8 de febrero de 1985.

las adquisiciones, arrendamientos y servicios se adjudiquen a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública, para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Su objeto es de orden público e interés social y consiste en regular las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación y control, realizadas por la Administración Pública Federal en materia de adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles y de prestación de servicios relacionados con los mismos, así como la celebración de los actos, contratos y pedidos respectivos.

Además de los sujetos obligados a su aplicación previstos en su antecesora, adiciona a las entidades federativas que realicen adquisiciones, arrendamientos y servicios con cargo total o parcial a fondos federales, conforme a los convenios entre el Ejecutivo Federal y las entidades federativas.

La interpretación, para efectos administrativos de dicho ordenamiento ha sido conferida a las secretarías de Programación y Presupuesto; de la Contraloría General de la República, y de Comercio y Fomento Industrial, dejando en la primera de ellas a cargo del Padrón de Proveedores.

En este sentido, es importante destacar que este ordenamiento tuvo algunas reformas en noviembre de 1987, en julio de 1988 y en julio de 1991, a través de las cuales se suprimió el Padrón de se prevén las inconformidades por escrito.

4.2.2.4.2. Ley de Adquisiciones y Obras Públicas. (LAOP)³²⁵

Durante el Gobierno del presidente Carlos Salinas de Gortari³²⁶, se viven nuevos cambios en la Administración Pública Federal, entre otras acciones, desaparece la Secretaría de Programación y Presupuesto, cuyas funciones se integran a la de Hacienda y Crédito Público y se crea la Secretaría de Desarrollo Social.

Otro aspecto sobresaliente de esta administración es la negociación y firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que trajo como consecuencia la modificación de diversas leyes y la promulgación de otras tantas, como es el caso de la LAOP, que abrogó la LAAPSRBM y la LOP, para agrupar, en un solo ordenamiento, la planeación, programación, presupuestación, gasto, ejecución, conservación, mantenimiento y control de las adquisiciones y arrendamientos de bienes muebles, la prestación de servicios y la obra pública con sus servicios relacionados a la misma.

En la exposición de motivos a esta Ley se establece lo siguiente:

“[...] la presente iniciativa se pretende conformar un marco jurídico idóneo para que la obra pública, así como las adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios en general, que lleven a cabo las dependencias y entidades de la administración pública federal, se realice con criterios de eficacia y eficiencia; con transparencia en su invitación y adjudicación; con un equilibrio en cuanto a la integración de los respectivos contratos; con estricta disciplina y control presupuestal; promoviendo la simplificación administrativa y la descentralización de funciones; y facilitando la

³²⁵ Publicada en el DOF del 30 de diciembre de 1993.

³²⁶ 1º de diciembre de 1988 a 30 de noviembre de 1994.

*coexistencia de tratados internacionales que abarquen estas disciplinas.*³²⁷

En esta ambiciosa normativa se establecieron tres procedimientos administrativos de adjudicación, el primero de ellos, acorde al texto constitucional es el de licitación pública, como regla en la contratación pública y se regularon dos procedimientos adicionales, denominados genéricamente de licitación restringida, por un lado el de invitación a cuando menos tres personas o contratistas y el de adjudicación directa.³²⁸

También regulo tres tipos distintos de garantías, la de sostenimiento de ofertas, la de otorgamiento de anticipos y la del cumplimiento de las obligaciones del contrato.³²⁹

En cuanto a los instrumentos jurídicos regulados en dicho ordenamiento se establecen los contratos de modalidad abierta³³⁰ y de arrendamiento financiero³³¹, en la materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios, mientras que prevé el contrato sobre la base de precios unitarios y el de precio alzado.³³²

En materia contractual equipara el contrato de obra pública con el de servicios relacionados con la misma³³³, dado que, como explica FERNÁNDEZ RUIZ, se le

³²⁷ Cfr. Exposición de motivos de la Iniciativa de Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, presentada por el Ejecutivo Federal el 25 de noviembre de 1993, a la LV Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Consultada en la liga siguiente: <http://cronica.diputados.gob.mx/Iniciativas/55/186.html>. (última consulta 9 de julio de 2014)

³²⁸ Cfr. Artículo 28 de la LAOP.

³²⁹ Cfr. Artículo 38 de la LAOP.

³³⁰ Cfr. Artículo 48 de la LAOP.

³³¹ Cfr. Artículo 3 de la LAOP.

³³² Cfr. Artículo 57 de la LAOP.

³³³ El artículo 4, fracción II, de la LAOP, establece que:

“Para los efectos de esta Ley se considera obra pública:” [...] “Los servicios relacionados con la misma, incluidos los trabajos que tengan por objeto concebir, diseñar, proyectar y calcular los elementos que integran un proyecto de obra pública, así como los relativos a las investigaciones, asesorías y consultorías especializadas; la dirección o supervisión de la ejecución de las obras; los estudios que tengan por objeto rehabilitar, corregir o incrementar la eficiencia de las instalaciones cuando el costo de éstas sea superior al de los bienes muebles que deban adquirirse; y, los

considera un accesorio del objetivo principal, que sería la obra propiamente “[...] lo que permitía dar al contrato de obra pública un carácter extensivo derivado de la fuerza atractiva de la noción de obra pública.”³³⁴

Contrario a las disposiciones que dicho ordenamiento estableció para la materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios, para el caso de obras públicas se estableció de manera clara y precisa el contenido mínimo de dicho instrumento jurídico, destacando los aspectos siguientes:³³⁵

- a) La autorización de la inversión para cubrir el compromiso derivado del contrato.
- b) El precio a pagar por los trabajos objeto del contrato.
- c) La fecha de iniciación y terminación de los trabajos.
- d) Porcentajes, número y fechas de las exhibiciones y amortización de anticipos.
- e) Forma y términos de garantizar la inversión de anticipos y el cumplimiento del contrato.
- f) Plazos, forma y lugar de pago de las estimaciones de trabajos ejecutados.
- g) Montos de las penas convencionales.
- h) Procedimiento de ajuste de costos.
- i) La descripción pormenorizada de la obra que se deba ejecutar, debiendo acompañar, como parte integrante del contrato, los proyectos, planos, especificaciones, programas y presupuestos correspondientes.
- j) En su caso, los procedimientos mediante los cuales las partes, entre sí, resolverán controversias futuras y previsibles que pudieren versar sobre problemas específicos de carácter técnico y administrativo.

Como es el caso de sus antecesoras, la interpretación para efectos administrativos de dicho ordenamiento se confirió, de acuerdo a sus competencias, a las

trabajos de exploración, localización y perforación que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos petroleros que se encuentren en el subsuelo;”

³³⁴ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, p. 281.

³³⁵ Cfr. Artículo 61 de la LAOP.

secretarías de Hacienda y Crédito Público; Contraloría General de la Federación³³⁶ y de Comercio y Fomento Industrial.³³⁷

Un aspecto que resalta de este ordenamiento es la desaparición de la Comisión Consultivas Intersecretarial de Obras Públicas, así como del Padrón de Contratistas, que sí regulaba la LOP y también introdujo figura de la terminación anticipada del contrato por causa de interés público, dejando la rescisión administrativa para casos de incumplimiento³³⁸, contrario a lo previsto en la LOP, que aglutinaba ambos supuestos de resolución de la relación contractual, a través de la rescisión administrativa³³⁹.

La LAOP estuvo vigente hasta diciembre de 1999 y a pesar de que el objetivo de su expedición fue el de optimizar y modernizar la normativa relacionada con esta materia, para mejorar la operación de la Administración Pública Federal y propiciar la apertura comercial con los Estados Unidos de América y Canadá, a raíz de la entrada en vigor del TLCAN, la realidad es que su aplicación trajo confusión y arbitrariedad en los procedimientos y las operaciones jurídicas relacionadas con esta actividad, desincentivando las compras gubernamentales y la obra pública.

Lo anterior, en parte se relaciona con lo expuesto por ACOSTA ROMERO al referirse a este ordenamiento, señalando que:

³³⁶ Durante el gobierno del presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, esta Dependencia cambió de denominación por la de Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, como una instancia encargada del diseño de lineamientos en materia administrativa, bajo criterios unificados y de continua modernización para mejorar los servicios y la atención a la ciudadanía, y posteriormente, durante el gobierno del presidente Vicente Fox Quezada, esta dependencia volvió a cambiar su denominación, para ser la Secretaría de la Función Pública (SFP), ampliando sus facultades para instituir el servicio público de carrera, entre otras actividades relacionadas con la función pública.

³³⁷ Cfr. Artículo 8 de la LAOP.

³³⁸ Cfr. Artículo 20 de la LAOP.

³³⁹ Cfr. Artículo 43 de la LOP.

“Es una ley muy compleja, redactada con artículos muy grandes, y no es fácil su comprensión a comparación de otras que durante el mismo Salinato se promulgaron [...]”³⁴⁰

Esta misma crítica a la LAOP se puede encontrar en la exposición de motivos de la *Iniciativa de Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas*, presentada por el entonces presidente Ernesto Zedillo Ponce de León³⁴¹, ante la Cámara de Diputados, en la cual se señala que:

“Este ordenamiento jurídico, que entró en vigor desde el día 1o. de enero de 1994, reunió en un ordenamiento legal a las anteriores leyes de adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios relacionados con bienes muebles y de obras públicas, con el propósito de facilitar su interpretación y aplicación. Si bien ello significó un avance de técnica legislativa que se enriqueció con la regulación de aspectos innovadores en la materia, en la práctica este propósito se ha visto obstaculizado y desvirtuado por el efecto inverso que trajo aparejada la complejidad del esquema de la misma ley.”³⁴²

Esta razón, entre otras muchas, como la necesidad de precisar los procedimientos de adjudicación que corresponden a cada materia; el establecimiento de medidas que aporten mayor transparencia a dichos procedimientos y un mayor equilibrio en las relaciones entre la Administración y sus proveedores o contratistas, hicieron

³⁴⁰ Cfr. Acosta Romero, Miguel, op. cit., nota 185, p. 640. En el mismo sentido se expresa López-Elías, quién señala que: “[...] esta Ley tiene errores de sistematización, y sólo pondremos dos ejemplos [...] por un lado nos encontramos con el título cuarto, que solamente tiene tres artículos, agrupados en un solo capítulo y en cambio, el título 3o. tiene 51 artículos divididos en cuatro capítulos. Por otro lado, para efectos de comprensión, una ley debe tener artículos tan extensos en su contenido, máximo en nuestra opinión, serían de dos o tres párrafos por artículo; el artículo 5º. De la ley, por ejemplo, contiene sólo un párrafo con 14 palabras; en cambio, el artículo 33 por tomar alguno, contiene 35 párrafos [...] lo anterior se repite con cierta frecuencia.” Cfr. López-Elías, José Pedro, op. cit., nota 197, p. 39.

³⁴¹ 1º de diciembre de 1994 a 30 de noviembre de 2000.

³⁴² Cfr. Diario de los debates No. 25, 5 de noviembre de 1998, primer periodo de sesiones ordinarias, segundo año, LVII Legislatura, Cámara de Diputados, Exposición de motivos a la *Iniciativa de Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas*. Consultada en: <http://cronica.diputados.gob.mx/> (última consulta 15 de julio de 2014).

necesario volver al modelo legislativo anterior, separando la materia de obras públicas y sus servicios relacionados, de la de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, dando paso a dos nuevos ordenamientos, por un lado, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y, por el otro, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las mismas.

4.2.2.4.3. Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. (LAASSP)³⁴³

Durante la administración del presidente Ernesto Zedillo Ponce de León³⁴⁴, se instauraron grupos de trabajo en los que participaron miembros del Congreso de la Unión, servidores públicos federales y miembros de las cámaras industriales y de comercio, para el rediseño de la LAOP, a efecto de que conjuntamente diseñaran dos nuevas leyes que a la postre derivaron en las Leyes de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la de Obra Pública y Servicios Relacionados con las Mismas.

A guisa de ejemplo, el punto tres del apartado de antecedentes del Dictamen de la Comisión de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, con opinión de la de Programación y presupuesto y Cuenta Pública respecto del proyecto de iniciativa de Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas, establece lo siguiente:

“La Comisión de Asentamientos Humanos y Obras Públicas, para ilustrar su juicio sobre los asuntos mencionados, realizó un amplio proceso de consulta y sostuvo diversas reuniones de trabajo con los sujetos de la ley: servidores públicos de diversas dependencias y entidades del Gobierno Federal, así como con representantes de cámaras empresariales relacionados con la industria de la

³⁴³ Publicada en el DOF del 30 de diciembre de 1993.

³⁴⁴ Del 1º de diciembre de 1994 al 30 de noviembre de 2000.

*construcción y de la industria nacional proveedores de insumos para la misma y representantes del sector servicios que agrupa a consultores, profesionistas y demás prestatarios de servicios vinculados a la industria de la construcción.*³⁴⁵

La forma en la que se revisaron las leyes de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, como la de obras públicas y servicios relacionados con las mismas mejoraron notablemente la operación de la actividad contractual del Estado, la subsistencia de estos ordenamientos hasta la fecha son prueba de ello.

La LAASSP ha perdurado por poco más de catorce años y ha sufrido doce reformas hasta la fecha, de las cuales la más profunda tuvo verificativo en mayo de 2009, durante este período se han expedido dos reglamentos y una muy nutrida variedad de disposiciones administrativas relacionadas con la materia.

4.2.2.4.3.1. Objeto, sujetos obligados a la aplicación de la norma y exceptuados de la misma.

Esta nueva ley, declarada de orden público, al igual que sus antecesoras, tiene por objeto “[...] *reglamentar la aplicación del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de adquisiciones, arrendamientos de bienes muebles y la prestación de servicios de cualquier naturaleza [...]*”³⁴⁶

Este ordenamiento señala también quiénes son los órganos u organismos públicos obligados a su aplicación, entre los que destacan: Las unidades administrativas de la Presidencia de la República; Las Secretarías de Estado, Departamentos

³⁴⁵ Cfr. Diario de los debates No. 13, 22 de abril de 1999, segundo periodo de sesiones ordinarias, segundo año, LVII Legislatura, Cámara de Diputados, Dictamen aprobatorio de la Ley de obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas. Consultada en: <http://cronica.diputados.gob.mx/> (última consulta 15 de julio de 2014).

³⁴⁶ Cfr. Artículo 1, primer párrafo de la LAASSP.

Administrativos³⁴⁷ y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal; La Procuraduría General de la República; Los organismos descentralizados; Las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el gobierno federal o una entidad paraestatal, y las entidades federativas, los municipios y los entes públicos de unas y otros, con cargo total o parcial a recursos federales, conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal.³⁴⁸

Asimismo, previene que las “[...] *personas de derecho público de carácter federal con autonomía derivada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como las entidades que cuenten con un régimen específico en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios, aplicarán los criterios y procedimientos previstos en esta Ley, sólo en lo no previsto en los ordenamientos que los rigen y siempre que no se contrapongan con los mismos, sujetándose a sus propios órganos de control*”, y excluye del ámbito de su aplicación a “Los contratos que celebren las dependencias con las entidades, o entre entidades, y los actos jurídicos que se celebren entre dependencias, o bien los que se lleven a cabo entre alguna dependencia o entidad de la Administración Pública Federal con alguna perteneciente a la administración pública de una entidad federativa [...]”, con excepción de aquellos “[...] *actos en los que la dependencia o entidad obligada a entregar el bien o prestar el servicio, no tenga capacidad para hacerlo por sí misma y contrate un tercero para su realización.*”

También se excluyen de este ordenamiento “Las adquisiciones, arrendamientos y servicios que se realicen por los Centros Públicos de Investigación con los recursos autogenerados de sus Fondos de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico previstos en la Ley de Ciencia y Tecnología [...]” -los cuales- “[...] se

³⁴⁷ Los Departamentos Administrativos fueron suprimidos del texto legal mediante el *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y del Código Penal Federal*, publicado en el DOF de fecha 28 de mayo de 2009.

³⁴⁸ Cfr. Artículo 1, fracciones I a VI, de la LAASSP.

*regirán conforme a las reglas de operación de dichos fondos, a los criterios y procedimientos que en estas materias expidan los órganos de gobierno de estos Centros, así como a las disposiciones administrativas que, en su caso estime necesario expedir la Secretaría de la Función Pública o la Secretaría, en el ámbito de sus respectivas competencias, administrando dichos recursos [...] para satisfacer los objetivos a los que estén destinados y asegurar al centro las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes*³⁴⁹. Así como *“Las adquisiciones, arrendamientos y servicios que contraten las empresas productivas del Estado y sus empresas productivas subsidiarias [...]”*³⁵⁰.

De acuerdo con lo anterior, se puede apreciar que, a pesar de que la LAASSP resulta aplicable a la mayoría de los entes públicos federales o de aquellas entidades que manejan recursos federales, existe una tendencia a regular dotar a determinados sectores gubernamentales con una regulación específica en la materia, como hemos visto en subapartados precedentes.

4.2.2.4.3.2. Contenido de las adquisiciones, arrendamientos y servicios.

En cuanto a la materia que es objeto de este ordenamiento, como parte de las adquisiciones, arrendamientos y servicios se encuentran³⁵¹:

³⁴⁹ Este supuesto fue adicionado al artículo 1 de la LAASSP, mediante el *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de Ciencia y Tecnología, de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos*, publicado en el DOF del 21 de agosto de 2006.

³⁵⁰ Este supuesto ha sido incluido en el artículo 1 del *“Proyecto de Decreto por el que se expiden la Ley de Petróleos Mexicanos y la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, y se reforman y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas”*, presentado por el Ejecutivo Federal al Congreso de la Unión para su discusión y, de ser aprobado, modificaría el texto vigente, que dispone lo siguiente: *“Las adquisiciones, arrendamientos y servicios relacionados con las actividades sustantivas de carácter productivo a que se refieren los artículos 3o. y 4o. de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo que realicen Petróleos Mexicanos y sus organismos subsidiarios quedan excluidos de la aplicación de este ordenamiento, por lo que se regirán por lo dispuesto en su Ley, salvo en lo que expresamente ésta remita al presente ordenamiento.”*

³⁵¹ Cfr. Artículo 3 de la LAASSP.

- a) Las adquisiciones y los arrendamientos de bienes muebles;
- b) Las adquisiciones de bienes muebles que deban incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble, que sean necesarios para la realización de las obras públicas por administración directa, o los que suministren las dependencias y entidades de acuerdo con lo pactado en los contratos de obras públicas;
- c) Las adquisiciones de bienes muebles que incluyan la instalación, por parte del proveedor, en inmuebles que se encuentren bajo la responsabilidad de las dependencias y entidades, cuando su precio sea superior al de su instalación;
- d) La contratación de los servicios relativos a bienes muebles que se encuentren incorporados o adheridos a inmuebles, cuyo mantenimiento no implique modificación alguna al propio inmueble, y sea prestado por persona cuya actividad comercial corresponda al servicio requerido;
- e) La reconstrucción y mantenimiento de bienes muebles; maquila; seguros; transportación de bienes muebles o personas, y contratación de servicios de limpieza y vigilancia;
- f) La prestación de servicios de largo plazo que involucren recursos de varios ejercicios fiscales, a cargo de un inversionista proveedor, el cual se obliga a proporcionarlos con los activos que provea por sí o a través de un tercero, de conformidad con un proyecto para la prestación de dichos servicios
- g) La prestación de servicios de personas físicas, excepto la contratación de servicios personales subordinados o bajo el régimen de honorarios;
- h) La contratación de consultorías, asesorías, estudios e investigaciones, y
- i) En general, los servicios de cualquier naturaleza cuya prestación genere una obligación de pago para las dependencias y entidades, salvo que la contratación se encuentre regulada en forma específica por otras disposiciones legales. Corresponderá a la Secretaría de la Función Pública, a solicitud de la dependencia o entidad de que se trate, determinar si un servicio se ubica en la hipótesis de esta fracción.

4.2.2.4.3.3. Interpretación para efectos administrativos y supletoriedad de la norma.

Al igual que con las leyes que anteceden, la interpretación de esta norma, para efectos administrativos, le corresponde a las secretarías de la Función Pública y de Economía, en el ámbito de sus respectivas facultades, atribuyendo a la primera de estas dependencias, la facultad para dictar las disposiciones administrativas que sean estrictamente necesarias para el adecuado cumplimiento de la Ley, debiendo tomar en cuenta la opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y, cuando corresponda, la de Economía.³⁵²

La Secretaría de Economía dictará las reglas que se deban observar, derivadas de programas que tengan por objeto promover la participación de las empresas nacionales, especialmente de las micro, pequeñas y medianas, para lo cual tomará en cuenta la opinión de las secretarías de Hacienda y Crédito Público y de la Función Pública.³⁵³

Asimismo, se dispone que, en lo no previsto en dicho ordenamiento y en las disposiciones reglamentarias y administrativas que de ellas deriven, se aplicará supletoriamente el CCF, la LFPA y el CFPC.³⁵⁴

4.2.2.4.3.4. Los procedimientos de adjudicación.

La selección del contratista de la Administración se puede realizar a través de tres procedimientos de adjudicación distintos; a) la Licitación pública; b) la Invitación a cuando menos tres personas y c) la Adjudicación directa, que serán aplicables de acuerdo con la naturaleza de la contratación, a efecto de que se asegure al Estado

³⁵² Cfr. Artículo 7 de la LAASSP.

³⁵³ Cfr. Artículo 8 de la LAASSP.

³⁵⁴ Cfr. Artículo 11 de la LAASSP.

las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.³⁵⁵

Respecto de estos procedimientos, el texto legal reitera lo que mandata el artículo 134 constitucional, al disponer que:

“Las adquisiciones, arrendamientos y servicios se adjudicarán, por regla general, a través de licitaciones públicas, mediante convocatoria pública, para que libremente se presenten proposiciones, solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad, crecimiento económico, generación de empleo, eficiencia energética, uso responsable del agua, optimización y uso sustentable de los recursos, así como la protección al medio ambiente y demás circunstancias pertinentes, de acuerdo con lo que establece la presente Ley.”³⁵⁶

No obstante, el texto legal establece condiciones mayores condiciones a las previstas en la Carta Magna, que han ido adicionándose a través de los años y que debido a su poca aplicación y regulación en la práctica, parecen responder a ciertas exigencias coyunturales y de carácter político, más que un esfuerzo racional y consciente, para atender las inquietudes que encierran tales criterios.

Tal es el caso de las condiciones de “[...] crecimiento económico³⁵⁷, generación de empleo³⁵⁸, eficiencia energética³⁵⁹, uso responsable del agua³⁶⁰, optimización y

³⁵⁵ Cfr. Artículo 26, fracciones I a III, de la LAASSP.

³⁵⁶ Cfr. Artículo 26, segundo párrafo, de la LAASSP.

³⁵⁷ Cfr. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y del Código Penal Federal, publicado en el DOF del 28 de mayo de 2009, a través de este Decreto se reubicó este párrafo del artículo 27 al 26 de la LAASSP.

³⁵⁸ *Ibidem*.

³⁵⁹ Cfr. Decreto por el que se adiciona un artículo 17 Bis a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente; se reforman el artículo 27 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y

uso sustentable de los recursos³⁶¹, así como la protección al medio ambiente³⁶² [...]”, que no forman parte de los criterios previstos en el artículo 134 de la CPEUM y que fueron insertándose paulatinamente en la normativa secundaria.

Otro aspecto novedoso de esta Ley es que establece diversas clases o tipos de Licitación Pública, en adición a la de carácter nacional o internacional, pudiendo ser también: a) presencial, cuando los licitantes exclusivamente podrán presentar sus proposiciones en forma documental y por escrito, en sobre cerrado, durante el acto de presentación y apertura de proposiciones; b) electrónica, en la cual exclusivamente se permitirá la participación de los licitantes a través de CompraNet, y c) mixta, en la cual los licitantes, a su elección, podrán participar en forma presencial o electrónica.³⁶³

También instituye la figura del *testigo social*³⁶⁴, que participará en aquellos procedimientos licitatorios cuyo monto rebase el equivalente a cinco millones de días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal y en aquellos casos que determine la SFP, atendiendo al impacto que la contratación tenga en los programas sustantivos de la órgano u organismo público contratante.

Servicios del Sector Público; y el artículo 28 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, publicado en el DOF del 13 de junio de 2003.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ Cfr. *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público*, publicado en el DOF el 5 de septiembre de 2007.

³⁶² Cfr. *Decreto por el que se reforma y adiciona la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público*, publicado en el DOF el 23 de marzo de 2009.

³⁶³ Cfr. Artículo 26 Bis, de la LAASSP.

³⁶⁴ Cfr. Artículo 26 Ter, de la LAASSP. De acuerdo a lo preceptuado por el punto Tercero de generalidades, del *Acuerdo por el que se establecen los lineamientos que regulan la participación de los testigos sociales en las contrataciones que realicen en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal*, publicado en el DOF el día 16 de diciembre de 2004, se entiende por testigo social: “Las personas físicas que pertenezcan o no a organizaciones no gubernamentales, así como las propias organizaciones no gubernamentales, que cuenten con el registro correspondiente ante la Secretaría, que a solicitud de las dependencias y entidades de mutuo o propio, o a solicitud de la Secretaría podrán participar con derecho a voz en las contrataciones que lleven a cabo las dependencias y entidades, emitiendo al término de su participación un testimonio público sobre el desarrollo de las mismas.”

El testigo social deberá estar presente en todas las etapas del procedimiento, teniendo la posibilidad de participar con voz, debiendo emitir un testimonio final que incluirá sus observaciones y en su caso recomendaciones, mismo que tendrá difusión en la página electrónica de la contratante, en CompraNet y se integrará al expediente respectivo. La SFP estará a cargo de la selección y registro de los testigos sociales, así como de su empadronamiento.

Adicionalmente, se suprime la garantía de sostenimiento de ofertas prevista en la LAOP, dejando existentes las de otorgamiento de anticipos y la de cumplimiento de las obligaciones del contrato³⁶⁵, además de que se regularon los criterios de evaluación de las proposiciones, como binario, mediante el cual sólo se adjudica a quien cumpla los requisitos establecidos por la convocante y oferte el precio más bajo, así como el de puntos y porcentajes y el de costo beneficio³⁶⁶.

Finalmente, este ordenamiento prevé el establecimiento de un Registro Único de Proveedores, que estará a cargo de la SFP y los clasificará de acuerdo, entre otros aspectos, por su actividad, datos generales, nacionalidad e historial en materia de contrataciones y su cumplimiento. Dicho registro tendrá únicamente efectos declarativos respecto de la inscripción de proveedores, sin que dé lugar a efectos constitutivos de derechos u obligaciones.³⁶⁷

4.2.2.4.3.5. La adjudicación y la formalización del contrato.

Con la publicación del primer RLAASSP³⁶⁸ se establece con precisión cuando inician y concluyen los procedimientos de adjudicación en los que existe concurrencia de oferentes, ya sea abierta, como es el caso de la Licitación pública, o bien, cerrada o restringida, como la Invitación a cuando menos tres personas, señalando que: “*La licitación pública inicia con la publicación de la convocatoria en*

³⁶⁵ Cfr. Artículo 48 de la LAASSP.

³⁶⁶ Cfr. Artículo 36 de la LAASSP.

³⁶⁷ Cfr. Artículo 56 Bis de la LAASSP.

³⁶⁸ Publicado en el DOF el 20 de agosto de 2001.

*el Diario Oficial de la Federación y, en el caso de la incitación a cuando menos tres personas, con la entrega de la primera invitación a los licitantes, ambas concluyen con el fallo correspondiente”.*³⁶⁹

Por primera vez se precisa en qué momento y consecuentemente, que comprende un procedimiento de adjudicación, siendo de observar que las actividades relacionadas con la formalización del contrato no forman parte de dicho procedimiento.

También se regula el momento a partir del cual comienzan a surtir efectos las obligaciones del contrato adjudicado, primero a través del ya mencionado RLAASSP, en el cual se dispuso que la formalización del contrato o pedido se realizaría obteniendo primero la firma del servidor público competente y, posteriormente, la del contratista, teniendo como fecha de formalización del contrato, la fecha en que fue suscrito por el particular, destacando que *“El plazo de entrega de los bienes, o de iniciación para la prestación del servicio, comenzará el día natural siguiente de la firma del contrato o pedido por el proveedor, o bien, en el plazo que se establezca contando a partir de la citada firma, y concluirá en la fecha estipulada en el mismo.”*³⁷⁰

Es importante observar que, acorde a lo expuesto, la emisión del fallo representaba con toda claridad el momento en el cual la Administración declara su voluntad de manera expresa, formal e inequívoca, de contratar con una determinada persona, porque a lo largo de las etapas del procedimiento acreditó haber ofertado las mejores condiciones para el Estado; sin embargo, de acuerdo

³⁶⁹ Cfr. Artículo 22 del RLAASSP.

³⁷⁰ Cfr. Artículo 55 A, del RLAASSP, adicionado mediante Decreto de reformas publicado en el DOF del 30 de noviembre de 2006. El último párrafo de este artículo ofrece una excepción a la regla, para lo cual se requerirá de la autorización del oficial mayor o su equivalente, en los términos siguientes: *“La recepción de los bienes o el inicio de los servicios deberá realizarse una vez que el contrato o pedido sea formalizado por las partes, excepto que en casos debidamente justificados y bajo su responsabilidad, se cuente con la autorización indelegable del oficial mayor o equivalente de la dependencia o entidad u órgano desconcentrado, para que la recepción de los bienes o el inicio de los servicios sea antes de la formalización del contrato o pedido, y siempre y cuando sea posterior al fallo y el proveedor lo acepte.”*

al texto del reglamento, el perfeccionamiento no se obtiene hasta la firma del contrato, momento a partir de la cual surte efectos el contenido obligacional del mismo.³⁷¹

No obstante lo anterior, con las reformas de la LAASSP en el año 2009³⁷² y la publicación de su segundo Reglamento³⁷³, que abrogó al de 2001, se modificaron algunos aspectos antes señalados, por ejemplo, se trasladó al artículo 26 de la LAASSP el texto originalmente previsto en el Reglamento, que determinaba el inicio y conclusión de los procedimientos de adjudicación, dejando el aspecto declarativo de la voluntad de la Administración intacto, pero también se modificó el momento en que surten sus efectos las obligaciones del contrato, comenzando a partir de la notificación del fallo al contratista y ya no a partir de la firma del contrato, trasladando el momento del consentimiento de las partes al acto del fallo mismo y dejando a la suscripción del contrato como un acto formal en el perfeccionamiento de la relación jurídica.³⁷⁴

³⁷¹ Esta postura consideraba por separado al procedimiento de adjudicación del contrato propiamente dicho, reconociendo en el acto adjudicatorio un título habilitante para proceder a la formalización o perfeccionamiento del contrato, es decir, con la firma del mismo. Sobre esta postura de la adjudicación como título habilitante, puede consultarse a Ismael Mata, quien señala que: “[...] la adjudicación consiste en una declaración de conveniencia, o sea, en un juicio sobre el cual ha sido la oferta más conveniente de las que se presentaron y fueron admitidas a la competencia. Se trata del acto final de un procedimiento voluntario, que confiere al adjudicatario un título habilitante para celebrar el contrato administrativo [...] Por lo tanto, la decisión de adjudicar, no produce perfeccionamiento del contrato [...] adjudicación y contrato son netamente diferentes [...]” Cfr. Mata, Ismael, *Formación de la voluntad administrativa y perfeccionamiento contractual* (desde la teoría procesal), Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (coord.), *Contratación Pública*, XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Vol. I, 2013, p. 56. En el mismo sentido, Lucero Espinosa, Manuel, op. cit., p. 87, el cual señala que la celebración del contrato constituye el acuerdo voluntades entre el órgano licitante y el particular licitador.

³⁷² Cfr. *Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y del Código Penal Federal*, publicado en el DOF del 28 de mayo de 2009.

³⁷³ Publicado en el DOF el 28 de julio de 2010.

³⁷⁴ Cfr. Artículo 37, cuarto párrafo, de la LAASSP, el cual dispone que: “Con la notificación del fallo por el que se adjudica el contrato, las obligaciones derivadas de éste serán exigibles, sin perjuicio de la obligación de las partes de firmarlo en la fecha y términos señalados en el fallo.” En el mismo sentido podemos encontrar el artículo 46, al inicio de su primer párrafo, del cual se desprende que: “Con la notificación del fallo serán exigibles los derechos y obligaciones establecidos en el modelo de contrato [...]”.

Con las modificaciones expuestas, el momento de la adjudicación debe ser entendido como aquel en el que se declara la voluntad de la Administración de contratar y se otorga también el consentimiento de las partes, surtiendo efectos las obligaciones acordadas por éstas, siendo una de ellas cumplir con la formalidad de la suscripción del contrato que regirá su relación jurídica, situación que deberá cumplimentarse en la fecha, hora y lugar previstos en el propio fallo, o bien en la convocatoria a la licitación pública y en defecto de tales previsiones, dentro de los quince días naturales siguientes al de la citada notificación, siendo sancionable dicha omisión para la parte responsable, no solamente con la cancelación o ineficacia del contrato correspondiente, sino con otras penalidades administrativas y pecuniarias.³⁷⁵

En congruencia con lo anterior, LUCERO ESPINOSA³⁷⁶, al hablar de los efectos de la adjudicación, señala lo siguiente:

- a) Libera a los licitadores, cuyas ofertas hayan sido desestimadas, de cualquier obligación, así como a retirar sus documentos y garantías.
- b) Notificada la adjudicación al beneficiario, queda concertada la contratación, con independencia de su formalización en el instrumento respectivo;
- c) Constituye un punto de partida conforme al cual comienzan a generarse los derechos y las obligaciones de las partes contratantes.
- d) Obliga a la Administración Pública a mantener inalterable las bases de la licitación.
- e) Da lugar a la obligación del adjudicatario de integrar la garantía del cumplimiento del contrato.

Finalmente, es importante resaltar que la formalización del contrato es de gran importancia, debido a que es uno de los documentos que estipulan los derechos y

³⁷⁵ Cfr. Artículo 46, de la LAASSP.

³⁷⁶ Cfr. Lucero Espinosa, Manuel, op. cit., pp. 32 y 33.

obligaciones de cada una de las partes y, consecuentemente, que norman su actuación dentro de la relación jurídica, como lo establece la propia Ley, al señalar que: “[...] la convocatoria a la licitación, el contrato y sus anexos son los instrumentos que vinculan a las partes en sus derechos y obligaciones [...]”³⁷⁷.

4.2.2.4.3.6. El contrato. Su contenido y tipos.

No existe una definición del contrato en la Ley, ni en su reglamento, tampoco se hace mención a que los contratos mencionados en ésta tengan el carácter de administrativos, siendo ese adjetivo impuesto por la doctrina y la jurisprudencia; sin embargo, al ser instrumentos jurídicos regulados por disposiciones de orden público, indudablemente adquieren características especiales que los distinguen de otro tipo de contratos.

En este sentido, tanto en la LAASSP³⁷⁸, como su Reglamento³⁷⁹ se establece el contenido mínimo de los contratos o pedidos en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios, siendo de destacar las estipulaciones siguientes:

- f) Nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocantes y del contratista (así como la acreditación de su legal existencia y personalidad jurídica).
- g) La indicación del procedimiento conforme al cual se adjudicó el contrato (recordemos que la invitación y la adjudicación directa operan por excepción a la licitación).
- h) Los datos relativos a la autorización del presupuesto para cubrir el compromiso derivado del contrato.
- i) Descripción pormenorizada de los bienes o servicios objeto del contrato.

³⁷⁷ Cfr. Artículo 45, penúltimo párrafo, de la LAASSP.

³⁷⁸ Cfr. Artículo 45 de la LAASSP.

³⁷⁹ Cfr. Artículo 81 del RLAASSP.

- j) El precio a pagar, plazos, forma y lugar de pago, así como los ajustes de costos, para todos los casos. En el caso de los arrendamientos, especificar si se otorga derecho a compra del inmueble.
- k) Plazos de ejecución o de entrega de las cosas objeto del contrato.
- l) Especificación (forma, términos y porcentajes de la garantía, que asegure la correcta inversión, así como la amortización de los anticipos.
- m) Procedimiento de ajuste de costos.
- n) Cláusulas relativas a la propiedad intelectual y la exclusiva responsabilidad del contratista en caso de que se violen estos derechos.
- o) Procedimientos para la solución de controversias., distintos al procedimiento de conciliación contenido en las leyes.
- p) Casos en que procederá la prórroga.
- q) Causas de rescisión por las que la contratante podrá rescindir el contrato.
- r) Los demás aspectos y requisitos que se hayan establecido en la convocatoria.

En cuanto a los tipos de contrato regulados por esta Ley, encontramos que, por su objeto, están los de adquisición o arrendamiento de bienes muebles y los de prestación de servicios de cualquier naturaleza; por su temporalidad o vigencia, los anuales o plurianuales, y los abiertos³⁸⁰, cuando se requieran bienes o servicios de manera reiterada, pero no es factible hasta ese momento determinar su número exacto³⁸¹.

También se regula el contrato marco, que celebra la Administración con uno o más posibles proveedores, mediante el cual se establecen las obligaciones y derechos que de manera general regularán las contrataciones que posteriormente, mediante contratos específicos, formalicen las dependencias y entidades.³⁸²

³⁸⁰ Cfr. Artículo 47 de la LAASSP y 85 del RLAASSP.

³⁸¹ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, p. 304.

³⁸² Cfr. artículo 17, segundo párrafo de la LAASSP y 14, primer párrafo del RLAASSP.

4.2.2.4.4. Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. (LOPSRM)³⁸³

Como hemos señalado en el apartado anterior, la LOPSRM surge en forma simultánea a la LAASSP, como un esfuerzo para rediseñar la política de contrataciones públicas, mediante un nuevo esquema normativo, que eliminó el voluminoso legajo de leyes, reglamentos, reglas generales, lineamientos, oficios circulares y criterios administrativos emitidos por las autoridades competentes.

Con este ordenamiento se busca asegurar al Estado, por una parte, la transparencia de todas y cada una de las operaciones que lleva a cabo el sector público y, por otra, garantizar que tanto los servidores públicos que intervienen en ellas, como los proveedores y contratistas que participan en los procesos, cuenten con la certeza de que los actos concernientes, se apeguen a los principios de seguridad, legalidad, honradez, igualdad y eficiencia indispensables para el correcto desarrollo de los procedimientos de contratación.

Dado que en el apartado anterior hemos abordado de manera suficiente los aspectos legales generales de los procedimientos de adjudicación y del contrato que emana de éstos, resultaría ocioso, para los efectos del presente trabajo, realizar un estudio más detenido de la LOPSRM, cuando los temas de interés ya han sido abordados y pueden considerarse igualmente para la materia de obras públicas y servicios relacionados con las mismas.

Únicamente, es necesario precisar que la obra pública en general es la actividad técnica de construcción, modificación, mejora o ampliación de inmuebles propiedad del Estado, generalmente destinados a un servicio público o a la explotación de un recurso natural, indispensables para el cumplimiento de sus fines.

³⁸³ Publicada en el DOF del 30 de diciembre de 1993.

En este sentido, MARTÍNEZ MORALES señala que la obra pública debe concebirse “[...] como toda construcción, ampliación, conservación o mejora que realiza un particular contratista en bienes inmuebles del Estado y que éste utiliza en sus cometidos.”³⁸⁴

Para abundar un poco más en esta idea, recurrimos a CANALS ARENAS³⁸⁵, quien destaca que la construcción pública (obra pública) se configura en los siguientes grupos:

- a) Agua, riego y saneamiento.
- b) Transporte y lo relativo a sus medios.
- c) Electricidad y comunicaciones.
- d) Edificios públicos
- e) Infraestructura para la explotación de los recursos no renovables.
- f) Agropecuarias y de recursos naturales.
- g) Obras de mantenimiento general o aquellas que por su monto, resultan muy pequeñas.

Por su parte, en palabras del tratadista RAMÓN PARADA, el contrato de obra pública es:

“[...] el celebrado entre la Administración y un empresario, cuyo objeto sea la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, la reforma, reparación, conservación o demolición de los objetos anteriores.”³⁸⁶

³⁸⁴ Martínez Morales, Rafael I., *Derecho Administrativo. 3er. y 4o. Cursos*, 4ª ed., México , Oxford University Press México, 2005, p. 113.

³⁸⁵ Cfr. Canals Arenas, Jorge Ricardo, op. Cit., nota 115, pp. 76 y 77.

³⁸⁶ Parada, Ramón, *Derecho Administrativo I. Parte General* (13ª ed.), Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 339.

El objeto de este tipo de contratos se encuentra delimitado en la propia LOPSRM³⁸⁷ y su Reglamento, que en términos generales comprende los siguientes aspectos:

a) Los trabajos que tengan por objeto construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles.

b) El mantenimiento y la restauración de bienes muebles incorporados o adheridos a un inmueble, cuando implique modificación al propio inmueble;

c) Proyectos integrales, en los cuales el contratista se obliga desde el diseño de la obra hasta su terminación total, incluyéndose, cuando se requiera, la transferencia de tecnología;

d) Trabajos de exploración, localización y perforación distintos a los de extracción de petróleo y gas; mejoramiento del suelo y subsuelo; desmontes; extracción y aquellos similares, que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentren en el suelo o en el subsuelo;

e) Instalación de islas artificiales y plataformas utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos naturales;

f) Trabajos de infraestructura agropecuaria;

g) La instalación, montaje, colocación o aplicación, incluyendo las pruebas de operación de bienes muebles que deban incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble, siempre y cuando dichos bienes sean proporcionados por la convocante al contratista; o bien, cuando incluyan la adquisición y su precio sea menor al de los trabajos que se contraten;

³⁸⁷ Cfr. Artículo 3 de la LOPSRM.

h) Las asociadas a proyectos de infraestructura que impliquen inversión a largo plazo y amortización programada, en las cuales el contratista se obligue desde la ejecución de la obra, su puesta en marcha, mantenimiento y operación de la misma.

Asimismo, una diferencia importante que se puede encontrar en la LOPSRM, es que el órgano u organismo público puede instrumentar la obra pública o los servicios relacionados con esta, a través de contrato o por administración directa; sin embargo, es necesario comentar que la ejecución de obra bajo esta modalidad es excepcional, debido a que el ente público debe contar con la capacidad técnica y los elementos necesarios para su realización, como pueden serlo maquinaria y equipos de construcción, así como personal técnico calificado, dado que al optar por este mecanismo no se pueden participar terceros como contratistas, por lo que podemos destacar que la regla es la realización de obra por contrata, adjudicada por alguno de los procedimientos administrativos ya mencionados en el apartado anterior.

En términos generales, el único objeto de la LOPSRM es regular los aspectos relativos a este tipo de contratos en cuanto a su cumplimiento o ejecución. También contempla aquellos aspectos relativos a la reconducción del mismo sólo en lo que se refiere a las posibles variables en los costos del material o en cuanto a las modificaciones necesarias para el cumplimiento de la finalidad del contrato sobre una obra específica.

Otro elemento distintivo en la LOPSRM son las modalidades de contrato de obra pública atendiendo a la forma de pago pactada³⁸⁸, que pueden ser de tres tipos:

a) Sobre la base de precios unitarios, en cuyo caso el importe de la remuneración o pago total que deba cubrirse al contratista se hará por unidad de concepto de trabajo terminado.

³⁸⁸ Cfr. Artículo 45 de la LOPSRM

b) A precio alzado, siendo el importe de la remuneración o pago total fijo el que deberá cubrirse al contratista por los trabajos totalmente terminados y ejecutados en el plazo establecido.

c) Mixtos, cuando contengan una parte de los trabajos sobre la base de precios unitarios y otra, a precio alzado.

d) Amortización programada, en cuyo caso el pago total acordado en el contrato de las obras públicas relacionadas con proyectos de infraestructura, se efectuará en función del presupuesto aprobado para cada proyecto.

Por lo que hace al contenido del contrato de obra pública es de destacar que la LOPSRM establece prácticamente los mismos elementos que la LAASSP, siendo de resaltar aquellos elementos que por su naturaleza son inherentes y particulares de este contrato, como es el caso de los siguientes:³⁸⁹

a) La descripción pormenorizada de los trabajos que se deban ejecutar, debiendo acompañar como parte integrante del contrato, en el caso de las obras, los proyectos, planos, especificaciones, normas de calidad, programas y presupuestos; tratándose de servicios, los términos de referencia;

b) El plazo de ejecución de los trabajos, así como los plazos para verificar la terminación de los trabajos y la elaboración del finiquito;

c) Términos, condiciones y el procedimiento para la aplicación de penas convencionales, retenciones y/o descuentos;

Finalmente, la propia LOPSRM dispone, al igual que en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios, que para la convocatoria, el contrato, sus anexos y, en

³⁸⁹ Cfr. Artículo 46 de la LOPSRM.

el caso particular de la obra pública, la bitácora de los trabajos, son los instrumentos que vinculan a las partes en sus derechos y obligaciones.³⁹⁰

³⁹⁰ Cfr. Artículo 46, antepenúltimo párrafo de la LOPSRM.

5. El contrato administrativo y su definición por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Existe un gran número de precedentes jurisdiccionales relacionados con la actividad contractual del Estado, de las más de ciento cincuenta tesis revisadas, tanto del Poder Judicial, como del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, son pocas las que establecen las características que debe tener un contrato para que pueda ser considerado de carácter administrativo en el derecho mexicano, así como los elementos que lo integran y lo distinguen de otros instrumentos jurídicos.

Sin embargo, tal circunstancia no es tan problemática, como puede ser la diversidad de criterios que adoptan dichos precedentes, tal es el caso de lo expuesto en la tesis “*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CON EL GOBIERNO, NATURALEZA DE LOS.*”³⁹¹, dictada por la Segunda Sala de la Corte durante la Quinta Época³⁹², que señala en la parte conducente lo siguiente:

“Para determinar la naturaleza de los contratos que el poder público celebra con los particulares, debe atenderse a la finalidad que se persiguió al celebrarlos. Cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones del Estado, se está en presencia de un contrato administrativo; en cambio, cuando el Estado contrata sin compromiso para el cumplimiento a sus atribuciones, el contrato que celebre será de naturaleza civil, y por ende, el derecho común regirá la situación jurídica particular creada por la voluntad de los contratantes [...]”

³⁹¹ Segunda Sala SCJN, Quinta Época, Tesis aislada 319344, visible en el SJFyG, T. CVIII, s.a., p.17.

³⁹² Esta época tuvo un período del 1 de junio de 1917 al 30 de junio de 1957.

Del criterio judicial que antecede es posible advertir los elementos o caracteres que se atribuyen al contrato administrativo durante esta época de la jurisprudencia nacional, mismos que se señalan a continuación:

1. *Teoría clásica de los contratos del Estado.* Al igual que en la doctrina, la jurisprudencia se decanta por clasificar los contratos que suscribe la Administración en contratos civiles de ésta y los contratos administrativos.

2. *Criterio teleológico.* De acuerdo con este precedente, el único criterio que distingue al contrato administrativo del civil es la finalidad que se persigue con su celebración, es decir, si el objeto o la finalidad del acuerdo de voluntades se encuentra estrechamente vinculado con el cumplimiento de las atribuciones de la Administración, entonces éste será de carácter administrativo; sin embargo, si el mismo no compromete el desarrollo de dichas atribuciones, entonces el contrato se regirá por el derecho civil.

3. *Elemento subjetivo.* Estos contratos pueden celebrarse únicamente cuando una de las partes contratantes es el poder público, es decir, el órgano u organismo público contratante.

4. *Régimen jurídico especial o exorbitante.* El grado de vinculación con las atribuciones del ente público contratante define el régimen jurídico aplicable al contrato a suscribir. Sí el vínculo es estrecho, entonces el contrato estará sujeto a normas especiales de derecho público, de no ser así, entonces el instrumento jurídico se ajustará al derecho civil.

5. *Desigualdad en la relación jurídica.* El establecimiento de normas de derecho público o de derecho privado tiene efectos en el tipo de relación jurídica que sostienen las partes contratantes, pudiendo vincularse en condiciones de supraordinación a subordinación, cuando la Administración conviene con el particular sin desprenderse de ciertas potestades conferidas por el derecho

público o bien, en condiciones de igualdad, cuando la propia Administración determina ceñirse a un régimen de derecho privado.

Con posterioridad a la tesis expuesta, la Corte ha emitido otros precedentes, mayormente situados en la Novena Época, cada uno de ellos comparten los elementos previamente señalados, pero adicionan algunos aspectos dignos de ser mencionados.

En este sentido, el Pleno de la Corte dictó otra tesis, bajo el rubro “CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL A QUE ESTÁN SUJETOS”³⁹³, a través de la cual destaca que:

“La naturaleza administrativa de un contrato celebrado entre un órgano estatal y un particular puede válidamente deducirse de la finalidad de orden público que persigue, identificada también como utilidad pública o utilidad social, así como del régimen exorbitante del derecho civil a que está sujeto. [...] 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 estará en presencia de un contrato administrativo, siendo válido estipular cláusulas exorbitantes que, desde la óptica del derecho privado, pudieran resultar nulas, pero que en el campo administrativo no lo son, en atención a la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público.”

³⁹³ Pleno SCJN, Novena Época, Tesis Aislada, P. IX/2001, visible en el SJFyG, XIII, abril de 2001, p. 324.

Esta tesis precisa el criterio teleológico señalado por la tesis anterior, pero introduce uno nuevo para la distinción de los contratos administrativos, consistente en el régimen exorbitante al que se encuentran sujetos.

Por lo que hace al criterio teleológico, este precedente parece ampliar la finalidad al orden público, identificándola también como utilidad pública o utilidad social; sin embargo, al explicar la forma en la que dicha finalidad se concreta, observamos que, para que un contrato sea administrativo, su objeto o finalidad deben estar íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales, concluyendo así con el mismo criterio de finalidad expuesto en la primera tesis.

El segundo de los criterios que se esgrimen en la tesis es el régimen exorbitante del derecho civil al que se encuentra sujeto el contrato, necesario para que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones del contrato.

Este régimen exorbitante, como señala el criterio judicial, se traducen en cláusulas exorbitantes que, desde la óptica del derecho privado, pudieran resultar nulas. No obstante lo anterior, resulta desafortunada la conclusión de la tesis, debido a que limita el alcance de dichas cláusulas “[...] a la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público.”, vinculándolo con la finalidad misma de la actividad administrativa.

Como consecuencia de lo anterior, consideramos que esta tesis resulta por demás confusa, debido a que emplea arbitrariamente las acepciones del criterio teleológico, utilizando de manera indistinta al servicio público; al orden público, así como a la utilidad pública y social, como finalidades de la misma de la actividad pública.

El empleo indistinto de estas concepciones no sería tan desafortunado, si no se hubiese concluido con el más restrictivo de ellos, debido a que de su lectura,

pareciera que el empleo de las cláusulas exorbitantes en el contrato, tiene como finalidad asegurar el funcionamiento del servicio público; sin embargo, la realidad nos muestra que tal concepción resulta parcial e insuficiente, dado que la actividad contractual abarca muchos otros objetivos y fines, adicionales al cumplimiento de un servicio público.

Con mayor fortuna que el precedente dictado por la Corte, se observa el emitido por los Tribunales Colegiados de Circuito, bajo el rubro “AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO. LO ES EL ORGANISMO PÚBLICO DESCENTRALIZADO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA QUE RESCINDE UNILATERALMENTE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO.”³⁹⁴, que contempla los elementos privilegiados en los criterios anteriores, pero de una manera más concisa, como se observa a continuación:

“Todo contrato administrativo es un acuerdo de voluntades celebrado por la administración pública, con una finalidad de interés colectivo; y es precisamente esta última circunstancia la que justifica en ellos la existencia de cláusulas o prerrogativas exorbitantes al derecho común que colocan al particular contratante en una relación de subordinación frente a la propia administración. [...]”

Esta tesis es partidaria de la determinación del contrato administrativo a través del criterio teleológico, bajo la vertiente del interés colectivo, siendo consecuencia de esta finalidad, el estableciendo de cláusulas exorbitantes, que garanticen su cumplimiento y que, dado su especial régimen jurídico, establecen una relación desigual entre las partes, otorgándole a la Administración ciertas prerrogativas, para actuar de manera ejecutiva frente al particular, tal y como se concluye en el mismo precedente, de acuerdo con lo siguiente:

³⁹⁴ Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tesis Aislada, I.7o.A.280 A, visible en el SJFyG, XIX, marzo de 2004, p. 1523.

“En este contexto, si con la finalidad de salvaguardar el interés de la comunidad, el Estado contratante conserva para sí y ante sí facultades legales suficientes para, entre otras cuestiones, dar por rescindida unilateralmente la relación contractual, esta acción ejecutiva que modifica o extingue derechos de los gobernados constituye, sin duda, un acto de autoridad [...]”³⁹⁵

Todos los precedentes que se han analizado, han planteado los elementos y características del contrato administrativo, a partir de la actividad misma de la Administración y su régimen jurídico particular; sin embargo, existe otro precedente dictado por los Tribunales Colegiados de Circuito, que establece las diferencias que dicho instrumento jurídico tiene con relación a otros contratos de naturaleza diversa, bajo el rubro *“CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONTRATO CIVIL O MERCANTIL. DIFERENCIAS.”*³⁹⁶, cuyo texto se cita a continuación:

“Para determinar la naturaleza de un contrato administrativo frente a uno civil o mercantil, debe atenderse a ciertos factores. En los contratos privados, la voluntad de las partes es la ley suprema y su objeto los intereses particulares, mientras que en los administrativos está por encima el interés social y su objeto son los servicios públicos. En los privados, se da la igualdad de las partes, en los administrativos la desigualdad entre Estado y contratante. En los privados, las cláusulas son las que corresponden de manera natural al tipo de contrato, en los administrativos se dan las cláusulas exorbitantes. En los privados la jurisdicción para dirimir controversias recae en los tribunales ordinarios, en los administrativos interviene la jurisdicción especial, ya sean tribunales administrativos, si los hay, o en propia sede administrativa, según los trámites establecidos por la ley o lo estipulado en el contrato mismo. En resumen, para que se den los

³⁹⁵ *Ibidem.*

³⁹⁶ Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tesis Aislada, VI.3o.A.50 A, visible en el SJFyG, XIV, octubre de 2001, p. 1103.

caracteres distintivos de un contrato administrativo deben concurrir los siguientes elementos: 1) El interés social y el servicio público; 2) La desigualdad de las partes, donde una necesariamente debe ser el Estado; 3) La existencia de cláusulas exorbitantes; y, 4) La jurisdicción especial.”

Una vez leído este precedente, podríamos segmentar su estudio en dos apartados, el primero de ellos, en el que se establecen los elementos distintivos de un contrato de naturaleza administrativa, frente a uno de carácter civil o mercantil.

En este sentido, de acuerdo a la tesis materia de análisis es posible descomponer los contratos civiles y mercantiles, en los caracteres siguientes: 1. La voluntad de las partes es la ley suprema; 2. Su objeto atiende a la satisfacción de intereses particulares; 3. La relación jurídica se establece bajo condiciones de igualdad entre las partes; 4. Las cláusulas son las que corresponden de manera natural al tipo de contrato, y 5. La jurisdicción para dirimir las controversias recae en los tribunales ordinarios.

Por otro lado, este mismo criterio establece los elementos característicos del contrato administrativo, mismos que se enumeran a continuación: 1. El interés social está por encima de la voluntad de las partes; 2. Su objeto atiende al funcionamiento de los servicios públicos; 3. La relación se establece en condiciones de desigualdad entre las partes; 4. Existen cláusulas exorbitantes, y 5. Interviene una jurisdicción especial, ya sea tribunales administrativos, si los hay, o en propia sede administrativa, según los trámites establecidos por la ley o lo estipulado en el contrato mismo.

Finalmente, con este criterio se ratifican todos los elementos que ya se han desarrollado al analizar las tesis precedentes; sin embargo, agrega otro elemento que debe ser considerado, el de la jurisdicción aplicable al contrato, que de

acuerdo con lo expuesto, pueden ser los tribunales competentes del Poder Judicial Federal o el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

Para resumir lo expuesto en este apartado, es posible advertir que el Poder Judicial de la Federación ha establecido en varios de sus precedentes, los elementos y características que deben revestir aquellos contratos que la propia judicatura, al igual que la doctrina, califican de administrativos, mismos que ya han sido desarrollados en párrafos precedentes y, consecuentemente, únicamente se enuncian a continuación:

1. Criterio teleológico, enfocado al interés público o social y el servicio público;
2. Dentro del elemento subjetivo, una de las partes debe ser un ente público;
3. La existencia de un régimen jurídico especial materializado en la existencia de cláusulas exorbitantes;
4. La desigualdad en la relación jurídica de las partes;
5. La jurisdicción especial.

6. Elementos de los contratos públicos o administrativos.

No existe una postura unánime relacionada con los elementos que conforman al contrato público o administrativo, algunos autores los estudian partiendo de los principios del derecho civil, mientras que otros los analizan a partir de los componentes del acto administrativo.

A pesar de que no hay un consenso en la doctrina, respecto de los elementos que configuran al contrato administrativo, tal circunstancia es relativa, debido a que lo que es común al revisar diversas obras, es que algunos elementos se entienden como componentes o requisitos de otros, tal es el caso, a guisa de ejemplo, de RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELASCO, que señala tres elementos esenciales del contrato administrativo, consistentes en el consentimiento de los contratantes, el objeto cierto y la causa de la obligación que se establezca, desgranando cada uno de éstos en otros componentes necesarios para su eficacia, como puede observarse del primero de los elementos citados, que para su estudio y eficacia requiere el análisis de la competencia y la capacidad de quienes contratan, así como que el consentimiento sea emitido sin vicios.³⁹⁷

Un ejemplo más de lo anteriores FERNÁNDEZ RUIZ, que ha clasificado los elementos esenciales del contrato público o administrativo en básicos y presupuestos, entendiendo por básicos a los esenciales en sentido estricto, conformados por el consentimiento y el objeto, mientras que los presupuestos serían aquellos implícitos en los primeros y comprenden a los sujetos, la causa y la finalidad³⁹⁸.

³⁹⁷ Fernández de Velasco, Recaredo, op. cit., pp. 66 y ss.

³⁹⁸ Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., p. 93 y ss.

Otro factor que resalta y que debe ser considerado es la evolución de esta categoría y los criterios que han sido adoptados para determinar su naturaleza, que han ido modificando la integración de estos elementos, por ejemplo, para GASTON JÈZE, el contrato administrativo tiene por elementos imprescindibles la capacidad; la competencia y el procedimiento³⁹⁹, mientras que para LAUBADÈRE dichos elementos son el consentimiento; las cualidades de los contratantes, es decir, la capacidad y la competencia; el objeto; la causa y la forma del contrato⁴⁰⁰ y en el caso de MIGUEL ÁNGEL BERÇAITZ, distingue al sujeto; el consentimiento; el objeto; la causa; la finalidad y la forma, señalando como elementos no esenciales al plazo, la licitación y pliego de condiciones, las garantías y las sanciones⁴⁰¹.

De lo anterior es posible observar que existen varias formas por las que se puede tratar de clasificar u ordenar a los elementos de este tipo de contratos, con la finalidad de poder profundizar en su estudio y comprensión, pero sobre todo para su determinación, dado que de la observancia de estos componentes depende la validez y la eficacia de dicho instrumento jurídico.

Para efectos del presente trabajo, hemos optado por analizar los elementos constitutivos de los contratos públicos a la luz del esquema propuesto por GAMERO CASADO Y FERNÁNDEZ RAMOS⁴⁰² para el estudio de los elementos esenciales del acto administrativo, dado que resulta una clasificación que, a nuestro juicio, puede ser perfectamente trasladada a la realidad contractual y resulta sumamente didáctica para la explicación de los componentes de tales acuerdos de voluntad, que pueden ser agrupados en elementos subjetivo; objetivo; teleológico o causal y formal.

³⁹⁹ Cfr. Jèze, Gaston, op. cit. pp. 588 y ss.

⁴⁰⁰ Cfr. Laubadère, André, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, T. 1, pp. 203 y ss.

⁴⁰¹ Cfr. Berçaitz, Miguel Ángel, op. cit., p. 260.

⁴⁰² Cfr. Gamero Casado, Fernando y Fernández Ramos Severiano. *Manual Básico de Derecho Administrativo*. 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2008, p. 377.

6.1. Elemento subjetivo.

Señala FERNÁNDEZ RUIZ que es imposible la existencia de un contrato, cualquiera que sea su naturaleza, sin los sujetos o partes que lo celebran, destacando que, en tratándose de los contratos públicos o administrativos, como comúnmente se les conoce, uno de estos sujetos tendrá que ser la Administración, en tanto que el otro puede ser un particular u otro ente público⁴⁰³.

En comunión con buena parte de la doctrina nacional⁴⁰⁴, podemos señalar que para la SCJN este elemento es de vital importancia en la caracterología del contrato administrativo sin que éste sea el único de los criterios aceptados, como ya hemos anotado en apartados anteriores.

En este sentido, destaca DELPIAZZO que más que un elemento del contrato, se trata de un presupuesto de derecho, toda vez que al estudiar a los sujetos, se debe determinar cómo actúa la Administración y cómo actúa el sujeto que contrata con ella, desde el punto de vista de la competencia del primero y de la capacidad del segundo⁴⁰⁵; sin embargo, no coincidimos con esta postura, dado que sin los sujetos no es posible concebir la operación jurídica en sí misma, por lo que el sujeto constituye un elemento esencial, es decir, sin el cual no podría hablarse de la existencia de una relación jurídica y no un simple requisito o presupuesto de derecho que debe ser acreditado para la validez del acto; ello no resulta óbice para coincidir en el hecho de que los sujetos, como elemento esencial de la relación jurídica, deben acreditar ciertos presupuestos o requisitos necesarios, como veremos en los apartados subsecuentes.

⁴⁰³ *Idem.*

⁴⁰⁴ Cfr. Fraga, Gabino, op. cit., y Serra Rojas, Andrés, op. cit.,

⁴⁰⁵ Cfr. Delpiazzo, Carlos E., op. cit., nota 88, p. 57. En el mismo sentido Jèze, Gaston, op. cit., nota 4, p. 588; Laubadère, André. op. cit., nota 400, pp. 215 y ss.; Santamaría Pastor, Juan Alfonso, op. cit., nota 194, pp. 202 y ss.; Delgadillo Gutiérrez Luis Humberto y Manuel Lucero Espinosa. *Compendio de Derecho Administrativo*, primer curso, Editorial Porrúa, 3ª edición, México 1998, p. 316; Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo... Op. Cit.*, p. 94.

Bajo este contexto, es conveniente realizar un breve análisis de los sujetos que pueden intervenir como parte en este tipo de relaciones contractuales y los aspectos que deben cumplir para tales efectos, para lo cual comenzaremos con la Administración, entendida en un sentido general, como un órgano u organismo público competente, en ejercicio de una función materialmente administrativa, para después abordar los requisitos que debe cumplir la persona física o moral que hemos denominado contratista, que asume el papel del otro sujeto o parte, dentro de la relación contractual.

6.1.1. El órgano u organismo público contratante.

6.1.1.1. El ejercicio de una función administrativa.

Existe consenso entre los autores, al señalar que en los contratos públicos o administrativos, al menos una de las partes contratantes debe ser un órgano u organismo del Estado.

No obstante, es importante precisar que la actividad contractual del Estado no se constriñe a los instrumentos jurídicos que con este carácter suscriben los órganos públicos que integran a la Administración Pública dependiente del Poder Ejecutivo, sino que abarca a todos aquellos órganos que ejercen una función materialmente administrativa.

En este sentido, coincidimos con FERNÁNDEZ RUIZ en el sentido de que el órgano u organismo público contratante “[...] *podrá ser un órgano del Ejecutivo, lo mismo que uno del Poder Legislativo, del Judicial, o un órgano constitucional autónomo, o bien, una entidad de la administración pública paraestatal, pero siempre en ejercicio de una función administrativa [...]*”⁴⁰⁶, por lo que desde aquí es conveniente precisar que cuando se indique a la Administración como un sujeto de

⁴⁰⁶ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo...* Op. Cit., p. 93. En el mismo sentido Berçaitz, Miguel Ángel. *Teoría General...* Op. Cit., p. 261 y María Díez, Manuel, op. cit., nota 80, pp. 287 y 288.

la relación contractual, deberá entenderse que nos referimos a este término en sentido amplio, es decir, como un ente público en ejercicio de una función administrativa y no única y exclusivamente al conjunto de órganos u organismos que forman parte del Poder Ejecutivo, incluyendo incluso a aquellos que cuentan con autonomía constitucional.

Sin embargo, al menos en el contexto mexicano, no consideramos que este componente sea determinante para la distinción entre un contrato administrativo y uno de derecho privado suscrito por la Administración, como lo indica FERNÁNDEZ RUIZ, al señalar que *“En cuanto a la administración pública, ésta debe cumplir el requisito de actuar en ejercicio de función administrativa en la celebración del contrato, lo cual implica la finalidad de satisfacer directa e inmediatamente el interés público, pues de lo contrario, o sea, si no actúa en ejercicio de función pública, el contrato será de la administración pública, más no un contrato administrativo, sino de derecho privado.”*⁴⁰⁷

Hemos sido cuidadosos de indicar que esto es así, por lo menos en el ámbito del derecho positivo mexicano y no en el caso de otras latitudes como el caso de Argentina, donde la afirmación de FERNÁNDEZ RUIZ se adhiere perfectamente a su doctrina y legislación, en la que, a guisa de ejemplo, podemos encontrar a CASSAGNE, que claramente distingue al contrato administrativo de los contratos civiles de la Administración, por el cumplimiento de una finalidad pública e inmediata⁴⁰⁸; sin embargo, siendo congruente con este criterio, el mismo autor califica de razonable *“[...] que la compra-venta y el arrendamiento o locación de cosas ajenos al tráfico administrativo, se rijan por el derecho privado en punto a su objeto, careciendo, en tales casos, de sentido las prerrogativas de poder público que deben reservarse para los contratos en los que se halle interesado, en forma*

⁴⁰⁷ Fernández Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo... Op. Cit., p. 94.

⁴⁰⁸ Cfr. Cassagne, Juan Carlos, “La contratación pública”, en Cassagne, Juan Carlos (Dir.), *Teoría General de los Contratos Públicos*, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 26.

directa e inmediata, el interés público o bien común, excluyendo los que resultan meramente instrumentales a tales fines."⁴⁰⁹

Contrario a lo expuesto por el doctrinario argentino, el legislador mexicano ha regulado la compra-venta y el arrendamiento de bienes muebles que contrata la Administración como parte de los contratos que comúnmente se conocen como administrativos en nuestro derecho, pasando por este tipo de instrumentos tanto la compra de medicamentos y vacunas, que son claro ejemplo de satisfactores de un interés público directo, que atiende al cumplimiento de necesidades de salud pública, pero también la adquisición de papelería o el arrendamiento de equipo de fotocopiado, cuyo carácter instrumental de la actividad administrativa es evidente y su proximidad a los fines de la misma es totalmente indirecta y, sin embargo, ambos instrumentos jurídicos se encuentran sujetos a las mismas disposiciones de orden público, que traen consigo un régimen exorbitante al derecho común, que es propio de los contratos administrativos.

Por otra parte, es importante mencionar que, con independencia de la naturaleza o el régimen jurídico que le resulte aplicable al contrato, la función que ejerce el órgano u organismo público frente a este tipo de actos jurídicos no puede ser distinta, así como tampoco puede entenderse que exista una duplicidad de finalidades del Estado y que los contratos que suscriba al amparo de la legislación civil tengan una finalidad diversa a la satisfacción del interés público, pues de lo contrario estaríamos retomando el criterio de que el Estado puede actuar en forma dual, es decir, con dos personalidades, dos voluntades y dos finalidades distintas, aspectos que han sido ampliamente abordados por la doctrina y se encuentran plenamente superados.

Para concluir con este componente del elemento subjetivo, es importante precisar que al contratar, el Estado actúa en ejercicio de una función materialmente administrativa, con independencia de la naturaleza jurídica o la legislación que lo

⁴⁰⁹ *Ibidem.*, p. 34.

ampare, dado que el contenido de dicha actividad resulta inherente al desarrollo de dicha función.

No está por demás mencionar que el ejercicio de esta función administrativa por la cual el órgano público contratante realiza esta actividad, debe serle previamente atribuida por una norma habilitante, es decir, mediante ley, reglamento o decreto, como veremos en el siguiente apartado.

6.1.1.2. La competencia.

La colaboración voluntaria entre un particular y la Administración implica una actuación basada en el acuerdo de éstas; sin embargo, resulta distinta la forma en la que cada uno de estos actores manifiesta o declara su voluntad en la concreción del acto jurídico por virtud del cual se materializa esta colaboración.

En este sentido, el primer elemento que tendría que ser considerado para que el acto jurídico correspondiente surta sus efectos, sería el de la capacidad, en el caso de la persona que, como particular, colabore con la Administración y, por el otro lado, la competencia del ente público de la Administración.

De acuerdo con GASTON JÈZE, tanto la capacidad en el sujeto de derecho privado, como la competencia, en tratándose del ente de derecho público son consideradas como un “[...] *poder legal de realizar actos jurídicos* [...]”⁴¹⁰; sin embargo, ya en sus características pueden diferenciarse de manera notable, partiendo de las reglas y del régimen jurídico especial al que se encuentra sometida la competencia de un ente público, en relación con la capacidad de un sujeto en el derecho privado.

En ese contexto, acorde con DELGADILLO GUTIÉRREZ, la competencia es considerada como la facultad del órgano público para realizar los actos que el

⁴¹⁰ Cfr. Jèze, Gaston, op. cit., p. 494.

ordenamiento jurídico le confiere⁴¹¹. Esto quiere decir que, mientras que en el derecho privado la capacidad es la regla, pues los particulares pueden hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido, en el caso del Derecho Público, la autoridad actúa por excepción, es decir, únicamente cuando es competente, dado que sólo puede hacer lo que la ley le autoriza⁴¹², como una consecuencia natural del principio de legalidad al que se encuentra subordinada toda actuación del Estado, tal y como se consagra en el artículo 16, primer párrafo, de la CPEUM, en el sentido de que *“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”*.

Respecto de la competencia es importante mencionar que una parte de la doctrina se ha decantado por estudiarla como un requisito de validez, sin atribuirle un carácter esencial o de existencia⁴¹³; sin embargo, atendiendo a nuestro derecho, convenimos con lo expuesto por DELGADILLO GUTIÉRREZ, en el sentido de que *“El órgano administrativo debe ser competente para la celebración del contrato, toda vez que si no lo fuera existiría un vicio que lo tornarían nulo, Al actuar de acuerdo con su competencia y en ejercicio de la función administrativa deberá sujetarse a las disposiciones legales respecto de sus facultades [...]”*⁴¹⁴

⁴¹¹ Cfr. Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *Elementos de Derecho Administrativo*. Primer Curso. México, Limusa. 2003, p. 102. En este sentido, Acosta Romero señala que la competencia puede ser entendida como *“...la facultad para realizar determinados actos, que atribuye a los órganos de la Administración Pública el orden jurídico.”*, destacando que *“La competencia siempre es constitutiva del órgano administrativo [...]”* Cfr. Acosta Romero, Miguel, *Compendio de Derecho Administrativo*. Parte General. México, Porrúa. 1996, p. 375.

⁴¹² En el mismo sentido Cfr. Béjar Rivera, Luis José. *La finalidad del acto administrativo*. “Estudio sobre la oportunidad y la desviación de poder del acto administrativo en el Procedimiento Contencioso Administrativo Mexicano”. Colección Thesis, 1ª edición, Editorial Rap. S.A., Buenos Aires, Argentina 2010, p 51.

⁴¹³ Tal es el caso de Jorge Fernández Ruiz, el cual destaca que el hecho de que la Administración deba ser competente para celebrar contratos, no significa que la competencia sea un elemento esencial del contrato sino, más bien, un requisito de validez. FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Op. Cit. Pág. 94. En el mismo sentido se pronuncia Berçaitz, al señalar que Los conceptos “competencia” y “capacidad” integran el elemento jurídico, tanto la competencia como la capacidad atañen a la validez pero no a su esencia. Berçaitz, Miguel Ángel. Op. Cit. 263 y ss.

⁴¹⁴ Delgadillo Gutiérrez Luis Humberto y Manuel Lucero Espinosa, op. cit., nota 405, p. 318.

Esta postura resulta acorde con el texto de la LAASSP y la LOPSRM, que en ambos casos disponen que *“Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen o celebren en contravención a lo dispuesto por esta Ley, serán nulos previa determinación de la autoridad competente.”*⁴¹⁵

También podemos observar el criterio sustentado por la Primera Sección de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, mediante la Jurisprudencia V-P-1As-17, a través del cual señala lo siguiente:

*“COMPETENCIA. SU ESTUDIO PUEDE REALIZARSE DE OFICIO. La competencia, por ser una cuestión de orden público, relativa a la idoneidad atribuida a un órgano de autoridad para conocer y llevar a cabo determinadas funciones o actos jurídicos, puede estudiarse de oficio al resolverse el juicio de nulidad, resultando suficiente que en la sentencia controvertida en el recurso de apelación se haya resuelto esta cuestión afirmando que la autoridad carecía de ella, para que la Sala Superior pueda analizar exhaustivamente si esa autoridad efectivamente era o no competente.”*⁴¹⁶

En el mismo sentido podemos destacar lo expuesto por BÉJAR RIVERA, quién menciona que *“[...] la posición que guarda la Administración pública (mejor dicho, un órgano de la Administración pública) como sujeto activo del acto administrativo, tiene que cumplir ciertos requisitos inherentes a su calidad de sujeto emisor del acto, de tal forma que, tal como lo señala Marienhoff, se pueda considerar que el elemento es perfecto [...] un primer requisito [...] es la competencia del órgano emisor del acto, que debe ser por conducto del titular de la atribución.”*⁴¹⁷

Acorde a lo anterior, es factible señalar que la competencia de los órganos u organismos públicos se encuentra sujeta a un régimen jurídico especial que les

⁴¹⁵ Cfr. Artículos 15, primer párrafo de la LAASSP y 15, primer párrafo de la LOPSRM.

⁴¹⁶ R.T.F.J.F.A., No. 3, Cuarta Época, Año 1, octubre de 1998, p. 50.

⁴¹⁷ Béjar Rivera, Luis José. op. cit., nota 412, p. 50.

resulta aplicable por la propia legislación administrativa, misma que se encuentra constreñida a ciertas reglas que difieren de las aplicables a la capacidad de los sujetos de derecho privado, tal es el caso, a guisa de ejemplo⁴¹⁸, de la irrenunciabilidad del ejercicio de la competencia por parte del servidor público facultado para ello, como lo explica BERÇAITZ “...no pueden abdicar su competencia en forma absoluta ni sin límites en el tiempo. La competencia se otorga a la función, no a la persona del funcionario. No disponiendo entonces de nada propio, nada pueden renunciar ni transferir.”⁴¹⁹

En este sentido, la facultad de la Administración para contratar, debe ser una actividad prevista en una norma jurídica habilitante⁴²⁰; sin embargo, esta competencia no puede ser entendida en forma restringida, dado que, si bien la suscripción del contrato correspondiente recae en el titular del órgano competente, existe una gran variedad de actuaciones intermedias en las que intervienen todo tipo de unidades administrativas que, en cada etapa del procedimiento de contratación de que se trate, van preparando y dando certidumbre a la voluntad de la Administración, hasta su última expresión, que puede traducirse en la

⁴¹⁸ No es el propósito de este estudio explicar todas las reglas especiales a las que se puede encontrar sujeta la competencia de un ente público, baste con señalar que puede profundizarse sobre el tema en Gaston Jèze, op. cit., nota 4, pp. 494 y ss.

⁴¹⁹ Berçaitz, Miguel Ángel, op. Cit., nota 30, p. 263. En el mismo sentido Miguel Acosta Romero, op. cit., nota 172, p. 375, así como Jèze, Gaston. op. cit., nota 4, p. 495. Una postura divergente a la irrenunciabilidad en el ejercicio de la competencia puede ser consultada en Jorge Ricardo Canals Arenas, op. cit., nota 115, p. 114.

⁴²⁰ Fernández Ruiz, Jorge, op. Cit., nota 34, p. 94. En el mismo sentido véase el criterio del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, del que se desprende medularmente que “Si bien es cierto [...] el Director General de Pemex Petroquímica se encuentra facultado para otorgar a los funcionarios inmediatos inferiores poderes generales o especiales [...] la rescisión del contrato de adquisición de bienes muebles a precio fijo celebrado entre dicho organismo subsidiario y un particular tiene la naturaleza de un acto administrativo, por ello resulta necesario que al emitirlo el Subdirector de Administración y Finanzas de Pemex Petroquímica funde su competencia por razón de materia, grado y territorio en un ordenamiento jurídico de carácter general y no en un mero poder notarial, ya que de no estimarlo así, se estarían otorgando facultades de autoridad a un particular al margen de la ley.” Cfr. Segunda Sala Regional del Golfo del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, tesis VI-TASR-XL-104, publicada en la R.T.F.J.F.A. No. 5, Séptima Época. Año 1, diciembre de 2011, p. 336. COMPETENCIA DEL SUBDIRECTOR DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS DE PEMEX PETROQUÍMICA PARA RESCINDIR CONTRATOS DE ADQUISICIÓN DE BIENES MUEBLES A PRECIO FIJO CELEBRADOS CON PARTICULARES. NO ES FACTIBLE ACREDITARLA A TRAVÉS DE UN PODER GENERAL PARA PLEITOS Y COBRANZAS, OTORGADO POR EL DIRECTOR GENERAL DE DICHO ORGANISMO SUBSIDIARIO. ,

determinación de contratar con una persona específica, porque ofrece las mejores condiciones para el Estado, e incluso para extinguir dicho vínculo jurídico.

Esta división de atribuciones de quienes colaboran en la tramitación del procedimiento de contratación, hasta la suscripción del contrato correspondiente y su posterior administración y conclusión o resolución, aporta en cierta medida garantías de imparcialidad, libertad de juicio y decisión de quienes deben ejercerlas⁴²¹; sin embargo, este tema no resulta novedoso para el caso de las contrataciones del Estado, ya GASTON JÈZE, señala que en la colaboración de las diversas instancias administrativas en el procedimiento de contratación se puede observar la confluencia de tres categorías: los órganos deliberantes, las autoridades presupuestarias y los agentes de ejecución⁴²².

De acuerdo con lo anterior, existen múltiples disposiciones, tanto en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y su Reglamento, como en la Ley de Obras públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y su Reglamento, a través de las cuales el legislador atribuye directamente al titular de una unidad administrativa o a un órgano colegiado previamente conformado, la facultad expresa para realizar una determinada actividad, consistente en la integración, elaboración, autorización o suscripción de ciertos documentos, así como la posibilidad de delegar dichas facultades en otros servidores públicos, de acuerdo con la actividad que corresponda y mediante el acuerdo o decreto delegatorio que para tal efecto sea dictado.

Siguiendo la clasificación de JÈZE, podemos encontrar diversos ejemplos de tipos de atribuciones conferidas por disposición de ley a determinados funcionarios o cuerpos colegiados, como es el caso de los comités de adquisiciones,

⁴²¹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, op. cit., nota 194, p. 69.

⁴²² Cfr. Gaston, Jèze. op. cit., nota 4, pp. 588 y ss.; Otro autor que destaca esta diversidad en la competencia es María Díez, quién señala que *“La competencia del órgano estatal para contratar se expresa en las siguientes facultades: 1) Aprobar y modificar los pliegos de condiciones; 2) Suspender la licitación; 3) Adjudicar el contrato; Acordar la recepción definitiva y 3) Resolver la rescisión del contrato”*. Cfr. María Díez, Manuel. op. cit., nota 80, p. 288.

arrendamientos y servicios, en la LAASSP y los de obras públicas, en la LOPSRM, que adquieren un carácter deliberante al dictaminar la procedencia de no celebrar licitaciones públicas por encontrarse en alguno de los supuestos de excepción previstos en la propia norma, para la adjudicación de un contrato administrativo⁴²³.

También podemos encontrar atribuciones de orden presupuestario, como la obligación de obtener la autorización del titular del órgano u organismo público o del servidor público en el que sea delegada dicha atribución, para la erogación de recursos presupuestarios en la contratación de servicios de consultorías, asesorías, estudios e investigaciones⁴²⁴ y finalmente, pueden encontrarse disposiciones que confieren facultades de ejecución, como lo es la designación del servidor público encargado de administrar y verificar el cumplimiento de un contrato administrativo, que debe formar parte de las estipulaciones que el órgano u organismo público establece en el contrato.⁴²⁵

En los contratos deberá precisarse el nombre y cargo del servidor público del área de la dependencia o entidad que fungirá como responsable de administrar y verificar el cumplimiento de los mismos

En consecuencia, podemos observar que un tema que va indiscutiblemente asociado a las atribuciones del órgano u organismo público contratante es el de la competencia del servidor público que lo representa, la cual deberá ser necesariamente verificada contra el texto de diversas disposiciones legales, reglamentarias y normativas que resulten aplicables en cada caso.

Finalmente, otro aspecto a considerar al analizar la competencia del funcionario público al desarrollar una determinada actividad, es la correspondiente a su correcta investidura pública, es decir, que el funcionario que actúe en representación del órgano u organismo público, cuente con los elementos que

⁴²³ Cfr. Artículos 22 y 41, de la LAASSP, así como 25 y 42, de la LOPSRM.

⁴²⁴ Cfr. Artículo 19, penúltimo párrafo de la LAASSP.

⁴²⁵ Cfr. Artículo 84 del RLAASSP.

legitiman su calidad de representante del mismo, como pueden serlo el nombramiento, acuerdo delegatorio e incluso el poder especial conferido ante fedatario público, de ser necesario para el caso concreto.

Dicho en palabras de BÉJAR RIVERA “[...] *no sólo basta con que el funcionario público actuante, es decir, no sólo basta con que el funcionario esté dotado en la norma de la competencia respectiva (atribución expresa), sino que además su calidad de funcionario legítimamente autorizado para actuar, debe estar debidamente acreditada.*”⁴²⁶

6.1.2. El contratista del Estado.

El contratista de la Administración puede ser otro órgano público o cualquier otra persona, ya sea física o moral, destacando que de acuerdo a la naturaleza del sujeto que vaya a contratar con la Administración, se puede observar un tratamiento especial en cuanto a la forma de contratar y la legislación aplicable.

No obstante lo anterior, para efectos de este documento, se abundará en la contratación de personas físicas o morales cuya naturaleza jurídica y marco regulatorio difieren al de los órganos de carácter público.

6.1.2.1. El órgano u organismo público contratista.

Como hemos señalado, no es la intención de este trabajo profundizar en la persona del órgano u organismo público que actúa en una relación contractual como contratista de la propia Administración y la forma en la que dicha colaboración puede afectar la naturaleza del contrato o convenio así suscrito, así como las posturas que sobre el particular existen⁴²⁷; sin embargo, es importante realizar unas breves anotaciones sobre este particular.

⁴²⁶ Béjar Rivera, Luis José, op. cit., nota 412, p. 54.

⁴²⁷ Los convenios y contratos suscritos entre entes públicos han sido tema de análisis por prácticamente la totalidad de la doctrina que aborda el tema de contratación pública. Existe una

En primera instancia, tendríamos que mencionar, de acuerdo con CASSAGNE, que *“La presencia de dos o más sujetos estatales en este tipo de acuerdos le imprime a la contratación una modulación especial, caracterizada por la ausencia de prerrogativas exorbitantes del derecho común, que pueden afectar el principio de unidad de acción, y que se vincula, a su vez, con otro principio esencial propio de nuestro Estado federal: la unidad del poder del Estado.”*⁴²⁸

Por su parte, ACOSTA ROMERO destaca de estos instrumentos jurídicos que *“[...] su objeto es coordinar ciertas actividades o realizar obras por cooperación y encontramos en todos ellos que el objeto es el cumplimiento de la actividad de las partes y se aprecien en ellos, siempre, también el interés general. No se ha precisado su normatividad porque no existe un ordenamiento jurídico unitario que los regule, su régimen consideramos que es de Derecho Público y su*

opinión generalizada respecto de la viabilidad de este tipo de operaciones jurídicas, incluso la doctrina italiana, que generalmente niega la posibilidad de que el Estado pueda celebrar contratos, se adhiere a considerar esta posibilidad como la única, dado que en ella los sujetos contratantes se encuentran en condiciones de igualdad. Sobre este particular sugerimos consultar los comentarios que hacemos respecto de la corriente negativa del contrato administrativo, particularmente lo referente a Guido Zanobini, Vid. Supra.; también en este sentido Alessi, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I. traducción de la 3ª edición italiana por Buenaventura Pellicé Prats, 1ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, España 1970, p. 265; sin embargo, el consenso acerca de la naturaleza y el régimen jurídico aplicable, entre otros aspectos, es sumamente difuso en la doctrina, dado que autores españoles como Entrena Cuesta distinguen este tipo de instrumentos jurídicos por su objeto, dependiendo si éste atiende en forma inmediata y directa a la prestación de un servicio público o no, atribuyendo a los primeros un régimen de derecho administrativo y subdividiéndolos en razón del plano de igualdad o desigualdad al que se encuentre sujeta la relación jurídica de las partes, denominándoles así como de coordinación o de colaboración, según sea el caso, destacando de los primeros que pueden ser considerados como contratos públicos lisa y llanamente, mientras que los segundos son verdaderos contratos administrativos. Cfr. Entrena Cuesta, Rafael, op. cit., nota 98, pp. 67 y ss. Otro autor que retoma la clasificación de Entrena Cuesta sobre los contratos interadministrativos es el argentino Berçaitz, que coincide en la naturaleza y delimitación de los contratos de colaboración como verdaderos contratos administrativos, pero discrepa de los de coordinación, debido a que los considera como simples actos complejos o colectivos, en virtud de aglutinan la actividad de diversos entes públicos a un fin común. Cfr. Berçaitz, Miguel Ángel, op. cit., nota 30, pp. 149 y 150. Finalmente, es importante señalar que en la doctrina mexicana Acosta Romero ha clasificado a los contratos de coordinación entre entes públicos como parte de los contratos administrativos en general, sin hacer distinción alguna de éstos con los de colaboración. Cfr. Acosta Romero, Miguel, op. cit., nota 185, p. 631.

⁴²⁸ Cfr. Cassagne, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. 3ª edición. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina 2009, p. 29.

*interpretación y cumplimiento, por ser entes públicos las partes, casi no crean conflictos.*⁴²⁹

En este sentido, el contratista debe acreditar los mismos presupuestos de actuación que habilitan jurídicamente a la parte contratante para instrumentar el contrato, es decir, en caso de que el contratista de la Administración sea otro órgano u organismo de la Administración pública, éste deberá acreditar su competencia, en los mismos términos que han sido comentados en el apartado que antecede, actuando siempre en el ejercicio de las funciones que le han sido atribuidas para tales efectos.

Estos instrumentos jurídicos, denominados por CASSAGNE como contratos interadministrativos, han sido diferenciados de otro tipo de acuerdos por este mismo autor, debido a que se encuentran exceptuados del requisito de licitación pública en el proceso de selección; no pueden ser objeto de multas o sanciones pecuniarias y cuentan con sistemas de solución de conflictos muy particulares, entre otros aspectos.⁴³⁰

Estos elementos distintivos también pueden ser observados en nuestro sistema jurídico, toda vez que de acuerdo con lo previsto en la LAASSP⁴³¹ y su Reglamento⁴³², los órganos u organismos públicos pueden suscribir contratos

⁴²⁹ Cfr. Acosta Romero, Miguel, op. cit., nota 185, pp. 661 y 662.

⁴³⁰ Cfr. Cassagne, Juan Carlos. "El Contrato Administrativo..." Op. Cit., p. 29.

⁴³¹ El artículo 1, penúltimo párrafo de la LAASSP dispone lo siguiente: "Los contratos que celebren las dependencias con las entidades, o entre entidades, y los actos jurídicos que se celebren entre dependencias, o bien los que se lleven a cabo entre alguna dependencia o entidad de la Administración Pública Federal con alguna perteneciente a la administración pública de una entidad federativa, no estarán dentro del ámbito de aplicación de esta Ley; no obstante, dichos actos quedarán sujetos a este ordenamiento, cuando la dependencia o entidad obligada a entregar el bien o prestar el servicio, no tenga capacidad para hacerlo por sí misma y contrate un tercero para su realización."

⁴³² El artículo 4, del RLAASSP dispone lo siguiente: "Se consideran comprendidas en el quinto párrafo del artículo 1 de la Ley, las contrataciones que realicen las dependencias y entidades con las personas de derecho público de carácter federal con autonomía derivada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o con las asociaciones y sociedades civiles asimiladas a que se refiere el último párrafo del artículo 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, así como con municipios y órganos paramunicipales, cuando dichas personas funjan como proveedores."

entre ellos, sin que les resulten aplicables las disposiciones de dicha ley, siempre que el ente público contratante tenga capacidad para cumplir con el objeto del contrato por sí mismo, entendiendo esto último bajo dos supuestos, que para cumplir con el contrato, no requiera celebrar otro contrato con terceros, o bien, de requerirlo, éste no exceda del cuarenta y nueve por ciento del importe total del contrato celebrado con el ente público.

Esta disposición ha sido tildada de violatoria del artículo 134 de la CPEUM, de acuerdo con el criterio de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debido a que “[...] *el propio dispositivo constitucional no establece distinción alguna tratándose de los sujetos a quienes les serán aplicables sus disposiciones y, por otro, porque para satisfacer plenamente la finalidad que persigue aquél, la administración pública, centralizada o paraestatal, en el desempeño de su función pública, está obligada a hacerlo, buscando la eficiencia, la eficacia y la honradez.*”⁴³³

No obstante lo anterior, consideramos que el criterio vertido en esta tesis judicial resulta aplicable a los instrumentos jurídicos celebrados entre entes públicos, que tienen por objeto alguna de las obligaciones concernientes a la adquisición o arrendamiento de bienes muebles o la prestación de servicios de cualquier naturaleza, en términos de lo previsto en el artículo 3, de la LAASSP, más no en el caso de los contratos o convenios que tienen por objeto de coordinación de

“Para los efectos del quinto párrafo del artículo 1 de la Ley, se considerará que una dependencia, entidad o persona de derecho público que funja como proveedor, tiene capacidad para entregar un bien o prestar un servicio por sí misma, cuando para cumplir con el contrato no requiera celebrar otro contrato con terceros, o bien, de requerirlo, éste no exceda del cuarenta y nueve por ciento del importe total del contrato celebrado con el ente público. Si el contrato se integra por varias partidas, el porcentaje se aplicará para cada una de ellas.”

[...]

⁴³³ Segunda Sala SCJN, Novena Época, Tesis Aislada, 2ª. XXXIX/2002, visible en el SJFyG, T. XV, abril 2002, p.579, *CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. EL ARTÍCULO 1o., ANTEPENÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY DE ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO (PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL CUATRO DE ENERO DE DOS MIL), EN CUANTO EXCLUYE DE SU ÁMBITO DE APLICACIÓN A LOS CELEBRADOS POR LAS DEPENDENCIAS CON LAS ENTIDADES, O ENTRE ENTIDADES DE LA PROPIA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL O CON ALGUNA PERTENECIENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESTATAL, ES VIOLATORIO DEL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.*

actividades o la colaboración entre entes públicos, para el cumplimiento de determinados objetivos que les son propios⁴³⁴ y en los cuales no hay un ánimo o interés especulativo de ninguna de las partes contratantes.

Por lo que toca al segundo de los dos caracteres planteados por CASSAGNE, relativo a la imposición de sanciones o penalidades a cargo de la Administración, en nuestro derecho existe la obligación expresa para los órganos u organismos públicos de abstenerse de otorgar garantías ni efectuar depósitos para el cumplimiento de sus obligaciones de pago con cargo al Presupuesto de Egresos, supuesto que resulta claramente aplicable a cualquier tipo de convenio o contrato

⁴³⁴ Estos convenios, son también llamados jurídico-políticos, debido a que tienen por objeto la coordinación de acciones o la delegación de atribuciones entre órganos u organismos públicos, tanto federales, como entre éstos y los estatales o los municipales y entre estos últimos, tal es el caso, a guisa de ejemplo, de los convenios de coordinación para la consecución de objetivos en la Planeación Nacional (artículos 33 a 36 de la Ley de Planeación, publicada en el DOF del 5 de enero de 1983); los de coordinación fiscal, suscritos entre la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y las secretarías de Finanzas de las entidades federativas (artículo 1° de la Ley de Coordinación Fiscal, texto de la reforma publicada en el DOF del 9 de diciembre de 2013); los de colaboración generales y específicos para coordinar las acciones en materia de Seguridad Nacional entre el Secretario Ejecutivo del Consejo de Seguridad Nacional con autoridades estatales, municipales y otras entidades de la Administración Pública Federal (artículo 25 de la Ley de Seguridad Nacional), publicada en el DOF del 31 de enero de 2005). Respecto de estos acuerdos de voluntades pueden observarse algunos elementos distintivos en nuestro derecho positivo, como lo es que, si bien en muchos casos tienen una connotación política importante, el marco regulatorio que les da base y contenido se inspira en normas de derecho público, que crean compromisos y producen consecuencias jurídicas entre las partes. Otra nota especial del convenio interadministrativo en México es que no existe una distinción clara entre los que es un convenio de coordinación y una de colaboración, tal y como se puede observar de los ejemplos propuestos en esta nota, por lo que no son aplicables a nuestro derecho las distinciones propuestas por Entrena Cuesta (cfr. op. cit., nota 98, pp. 70 y ss) o Berçaitz (op. cit.), dado que en nuestro caso las partes en este tipo de instrumentos actúan en el ejercicio de sus atribuciones y no en forma subordinada en función a la finalidad o al objeto. Finalmente, como contrapartida a los convenios interadministrativos, es de comentar que existen otro tipo de operaciones jurídicas denominadas concertaciones, que se concretan a través de contratos y convenios que suscribe la Administración con grupos sociales o comunidades indígenas, cuya connotación es eminentemente política, pero que se encuentran sujetos a un régimen de derecho público y una vez suscritos por las partes las obligan y surten efectos jurídicos para éstas. (artículos 37 a 41 de la Ley de Planeación). Una nota común entre la coordinación y la concertación es que ambos son instrumentos que proponen el establecimiento de mecanismos de cooperación para el desarrollo de los objetivos y metas previstos en el Plan Nacional de Desarrollo.

Sobre la concertación puede consultarse Béjar Rivera, Luis José. *Curso de Derecho Administrativo*. México, Novum. 2012. Pp. 322 y ss., y Faya Viesca, Jacinto. *Finanzas Públicas*. 5ª ed., México, Porrúa. 2000, pp. 349 y ss.

que suscriba la Administración y no solamente a los denominados contratos interadministrativos.⁴³⁵

Finalmente, con relación al último de los elementos propuestos por el citado autor, en el sentido de que los contratos interadministrativos se encuentran sujetos a un sistema particular de solución de controversias, es menester señalar que dada la naturaleza y el objeto de dichos instrumentos jurídicos, que generalmente, tienden a coordinar actividades paralelas o colaborar para el desarrollo de objetivos comunes, se estipulan mecanismos autocompositivos de solución de controversias, configurados por paneles o comisiones de evaluación y resolución de conflictos, en los que priva la mediación y la construcción de acuerdos para la consecución de los fines propuestos por las partes, frente a los esquemas heterocompositivos tradicionales, a los que siempre se puede acudir, con independencia de que hayan sido estipulados en el instrumento jurídico correspondiente.

6.1.2.2. El particular contratista.

No existe duda respecto al hecho de que a través de la actividad contractual del Estado el particular es participe, incluso colaborador de éste, para alcanzar sus objetivos y metas, es por ello que resulta importante revisar brevemente otro componente del elemento subjetivo, que atiende a la capacidad jurídica del particular que pretende contratar con la Administración.

La capacidad jurídica en el derecho privado es la regla general, entendida como la aptitud para ser sujeto de derechos y hacerlos valer, es decir, la aptitud de contar con capacidad de goce y capacidad de ejercicio, con la que cuenta cualquier persona.⁴³⁶

⁴³⁵ Cfr. Artículo 56, de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, publicada en el DOF del 30 de marzo de 2006.

⁴³⁶ Cfr. Robles Farías, Diego. *Teoría General de las Obligaciones*. México, Oxford University Press, Colección Textos Universitarios, 2011, pp. 177 y ss.

Desde el punto de vista legal, la regla general en cuanto a la capacidad, tanto en las personas físicas y morales, la podemos encontrar en el CCF, en el caso de la persona física⁴³⁷ la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes se adquiere con la mayoría de edad, salvo las limitaciones que la ley señale, mientras que en el caso de las personas morales⁴³⁸, éstas pueden ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución.

En el caso de las personas físicas, éstas pueden obrar directamente o a través de sus representantes, mientras que tratándose de las personas morales, éstas obran y se obligan por medio de los órganos que las representan sea por disposición de la ley o conforme a lo previsto en sus escrituras constitutivas y estatutos, a través de su representante legal o de uno o más apoderados.⁴³⁹

No obstante lo anterior, además de la capacidad civil, el particular contratista debe acreditar requisitos que la normativa administrativa le exige en ocasiones, así lo señala MANUEL MARÍA DIEZ, en el sentido de que *“La capacidad del cocontratante se regirá por la ley civil pero habrá de tenerse en cuenta las limitaciones que surjan de las disposiciones administrativas [...]”*⁴⁴⁰

En este sentido, siguiendo lo expuesto por FERNÁNDEZ RUIZ, existen otros requisitos adicionales a la capacidad, que debe acreditar el contratista, que lo autorizan o mejor dicho, lo legitiman para comercializar un determinado bien o servicio, como el hecho de contar con la inscripción en un determinado padrón o registro de proveedores, con la finalidad de poder preestablecer la idoneidad técnica, moral, económica y financiera de quienes desean contratar con el Estado

⁴³⁷ Cfr. Artículo 24 del Código Civil Federal.

⁴³⁸ Cfr. Artículo 26 del Código Civil Federal.

⁴³⁹ Cfr. Artículo 27 del Código Civil Federal.

⁴⁴⁰ María Diez, Manuel, op. cit., nota 80, p. 288.

y agilizar los procedimientos de contratación, dado que tal inscripción permite brindar certeza respecto del cumplimiento de tales circunstancias⁴⁴¹.

Tal es el caso, a guisa de ejemplo, del Registro General de Proveedores de Seguridad Nacional, integrado por el Comité Técnico del Consejo de Seguridad Nacional, con la finalidad de concentrar “...la información sobre el nombre, denominación o razón social, domicilio, personalidad jurídica de los representantes o apoderados; experiencia en el sector; bienes, arrendamientos o servicios que comercializan; antecedentes de incumplimiento; instalaciones; certificados de calidad; antigüedad como proveedor, y demás aspectos pertinentes para garantizar su capacidad de respuesta, evaluar su solvencia técnica y económica, así como su capacidad para cumplir en tiempo y forma las prestaciones contractuales...”, a efecto de que las dependencias y entidades integrantes de dicho Consejo, entre los que se encuentra la Secretaría de Seguridad Pública, puedan verificar la solvencia del proveedor, tratándose del supuesto de contratación por razones de seguridad nacional previsto la LAASSP⁴⁴², de conformidad con el inciso b), de la regla Quinta, de las Reglas de Operación de dicho Órgano Colegiado⁴⁴³ y sus modificaciones⁴⁴⁴.

Siguiendo con el ejemplo, esta consulta resulta necesaria para la Secretaría de Seguridad Pública, debido a que, a través de ella se puede verificar la idoneidad técnica y financiera del proveedor, con independencia de otros factores necesarios para este tipo de contrataciones, como lo sería su nivel de cumplimiento,

⁴⁴¹ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, p. 262. En el mismo sentido Berçaitz destaca que “Los contratos administrativos son fundamentalmente *intuitu personae*, la regla es la existencia de un registro de contratista, proveedores, etc., es decir, de personas debidamente autorizadas para contratar con la administración pública, conforme a su solvencia económica y moral, y según el cumplimiento que hayan dado a los convenios anteriores celebrados.” Berçaitz, Miguel Ángel. Op. Cit., nota 30, p. 262.

⁴⁴² Cfr. Artículo 41, fracción IV, de la LAASSP, el cual dispone que será aplicable la contratación mediante Invitación a cuando menos tres personas o por Adjudicación Directa cuando “Se realicen con fines exclusivamente militares o para la armada, o su contratación mediante licitación pública ponga en riesgo la seguridad nacional o la seguridad pública, en los términos de las leyes de la materia”

⁴⁴³ Publicadas en el DOF del 10 de marzo de 2008.

⁴⁴⁴ Publicadas en el DOF del 18 de mayo de 2012.

confidencialidad y confiabilidad, revisados al haber obtenido el registro correspondiente por parte del Comité Técnico⁴⁴⁵.

Dicho requisito resulta adicional al Registro Único de Proveedores previsto en la LAASSP y el artículo 79 de su Reglamento, que faculta a la Secretaría de Seguridad Pública a considerar la información contenida en el Registro Único de Proveedores que para tal efecto establezca la SFP, en los procedimientos de adjudicación directa, a efecto de garantizar lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 40 de la LAASSP, relativo a su capacidad de respuesta inmediata y su idoneidad técnica y financiera, entre otros aspectos.

Por otra parte, también existe la posibilidad de que el contratista privado requiera contar con documentación que lo legitime para comercializar un determinado bien o servicio, como el caso de licencias, autorizaciones o permisos, que le confieran derechos exclusivos sobre los mismos o lo facultan legalmente para su fabricación, tratamiento, almacenamiento, resguardo o comercialización directa, situación que deberá ser hecha de su conocimiento mediante la convocatoria, invitación o solicitud de cotización, dependiendo el procedimiento de adjudicación a instrumentar y deben ser acreditados por aquel interesado en ser contratista de la Administración.

6.1.3. El Consentimiento.

Uno de los elementos esenciales del contrato, entendido como categoría jurídica con elementos propios que son comunes a todas las disciplinas del derecho, es el acuerdo de voluntades entre las partes, que se concreta a través del

⁴⁴⁵ Para abundar en el Registro de Proveedores de Seguridad Nacional del Comité Técnico del Consejo de Seguridad Nacional, así como del Registro único de Proveedores de la Secretaría de la Función Pública, es recomendable acudir al Segmento dos, *Política pública en materia de contrataciones por seguridad nacional* particularmente al punto III.3, denominado *Artículo 72, fracción IV, del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público* y al IV.2, relativo al Registro General de Proveedores de Seguridad Nacional.

consentimiento, es decir, a la conformidad que sobre el objeto del contrato expresan quienes desean sujetarse a éste.

Dicho en palabras de ROBLES FARÍAS, “[...] *el consentimiento está formado por dos declaraciones emitidas por personas distintas que coinciden en un punto determinado que es, precisamente, la voluntad común de crear obligaciones.*”⁴⁴⁶

De acuerdo con este autor, el proceso de formación del consentimiento consta de tres etapas, consistentes en la voluntad interna, la declaración de la voluntad y, finalmente, el acuerdo de voluntades⁴⁴⁷.

La primera de estas etapas, habitualmente se distingue de las otras dos, debido a que atiende al fuero interno de cada una de las partes contratantes, mientras que las otras dos restantes responden a las expresiones o manifestaciones externas que realizan quienes desean vincularse jurídicamente.

No obstante lo anterior, en el caso de la Administración todas estas etapas son externas, pues incluso aquella que habitualmente surge del fuero interno del sujeto, aquella que desentraña la existencia de una necesidad o un requerimiento, se materializa a través de actividades de planeación y programación, como es el caso de los programas, ya sea de adquisiciones o de obra pública, que son aprobados anualmente por cada uno de los órganos u organismos públicos y que deben ser dados a conocer al público en general, a través del Sistema CompraNet⁴⁴⁸ y de sus propias páginas de Internet.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Robles Farías, Diego, op. Cit., nota 436, pp. 155 y ss.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁴⁸ Se entiende por Sistema CompraNet: “*el sistema electrónico de información pública gubernamental sobre adquisiciones, arrendamientos y servicios, integrado entre otra información, por los programas anuales en la materia, de las dependencias y entidades; el registro único de proveedores; el padrón de testigos sociales; el registro de proveedores sancionados; las convocatorias a la licitación y sus modificaciones; las invitaciones a cuando menos tres personas; las actas de las juntas de aclaraciones, del acto de presentación y apertura de proposiciones y de fallo; los testimonios de los testigos sociales; los datos de los contratos y los convenios modificatorios; las adjudicaciones directas; las resoluciones de la instancia de inconformidad que hayan causado estado, y las notificaciones y avisos correspondientes. Dicho sistema será de consulta gratuita y constituirá un medio por el cual se desarrollarán procedimientos de*

Las dos etapas restantes, que son las que adquieren mayor relevancia para nuestro estudio, son las concernientes a la forma en la que se exterioriza la voluntad de cada una de las partes contratantes y al acuerdo de voluntades propiamente dicho, mismas que tienen un tratamiento distinto para el caso de la Administración en relación con el particular contratista de la misma, tal y como veremos en los siguientes apartados.

6.1.3.1. La declaración de la voluntad.

Como se mencionó en el apartado anterior, la declaración de la voluntad responde a la segunda etapa que transita cada una de las partes en la formación del consentimiento y, por regla general, es la primera que constituye una manifestación o exteriorización de lo que se pretende.

De acuerdo con ROBLES FARIAS esta declaración se realiza “[...] *a través de cualquier medio de comunicación humana, incluidos los comportamientos concluyentes que tengan valor objetivo y puedan ser socialmente interpretados como un acto de decisión para crear, modificar, transmitir, conservar o extinguir una relación jurídica obligatoria, de tal forma que los demás contratantes, o cualquier otra persona, puedan conocer o inferir la voluntad del emisor. Esta comunicación es la forma mediante la cual la voluntad interna se exterioriza y produce efectos jurídicos.*”⁴⁵⁰

En el caso de la Administración, esta declaración se encuentra sometida a formas especiales de derecho público, a las cuales es menester ajustarse para que el contrato sea válido, es decir, que la voluntad administrativa, al ser diferente a la conceptuada por el derecho privado, se encuentra integrada por elementos

contratación.” Cfr. Artículo 2, fracción II de la LAASSP y su correlativo en el artículo 2, fracción II de la LOPSRM.

⁴⁴⁹Cfr. Artículos 20 y 21 de la LAASSP, así como 21 y 22 de la LOPSRM.

⁴⁵⁰ Robles Farías, Diego, op. cit., nota 436, p. 156.

subjetivos, consistentes en la voluntad de los titulares de los órganos que actúan, y objetivos, entendidos como los procedimientos normativamente previstos, que deben instrumentarse, a fin de preparar esa voluntad.⁴⁵¹

En tal virtud, la expresión de la voluntad por parte de la Administración se va construyendo a lo largo del procedimiento de contratación previsto en la LAASSP o en la LOPSRM, según sea el caso; sin embargo, no es hasta el acto propiamente de adjudicación, que se materializa la intención directa e inequívoca de la Administración de contratar con aquella persona cuya oferta resulte más solvente, porque cumple con los requisitos legales, técnicos y económicos preestablecidos en el pliego correspondiente y por tanto garantiza el cumplimiento de las obligaciones respectivas.⁴⁵²

De acuerdo con LAURA RUIZ GARCÍA, “[...] *la adjudicación implica un acto de manifestación unilateral de la voluntad por parte de la autoridad, en la cual selecciona la propuesta que ofrece mejores condiciones y en forma automática excluye a aquellas que considera menos convenientes.*”⁴⁵³

En este sentido, la adjudicación es un acto propio de la Administración, que se emite en forma unilateral, sin necesidad de que intervenga cualquier otra persona interesada y se materializa en el fallo correspondiente.

En este punto hay que distinguir a partir de qué momento surten efecto las obligaciones derivadas del procedimiento de adjudicación, pues tanto en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios, como en obras públicas y servicios

⁴⁵¹ Para Acosta Romero la manifestación de la voluntad es “[...] *la expresión del proceso volitivo del titular del órgano administrativo que está actuando como tal [...]*” – sin embargo – “[...] *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.*” Asimismo, destaca que la voluntad de la Administración debe cumplir con ciertos requisitos, como que sea emitida en forma libre y espontánea, dentro de las facultades del órgano u organismo que la manifiesta, sin que se encuentre viciada por error, dolo o violencia y debe expresarse en los términos previstos por la ley. Cfr. Acosta Romero, Miguel. “Teoría General de Derecho Administrativo...”, *Op. Cit.*, p. 143.

⁴⁵² Cfr. Artículos 36 Bis de la LAASSP y 38, antepenúltimo párrafo de la LOPSRM.

⁴⁵³ Ruíz García, Laura. *Contratos Administrativos*. Flores Editor. México 2010, p. 168.

relacionados con las mismas, se entiende que *“Con la notificación del fallo por el que se adjudica el contrato, las obligaciones derivadas de éste serán exigibles, sin perjuicio de la obligación de las partes de firmarlo en la fecha y términos señalados en el fallo.”*⁴⁵⁴

Esta redacción legal resulta congruente con otra disposición normativa, que en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios indica que *“La licitación pública inicia con la publicación de la convocatoria y, en el caso de invitación a cuando menos tres personas, con la entrega de la primera invitación; ambos procedimientos concluyen con la emisión del fallo o, en su caso, con la cancelación del procedimiento respectivo.”*⁴⁵⁵

Lo mismo sucede en el caso de la obra pública y los servicios relacionados con la misma, toda vez que, a pesar de que el procedimiento de adjudicación correspondiente concluye con el fallo y la firma del contrato⁴⁵⁶, la realidad es que al igual que en la LAASSP, las obligaciones surten efectos a partir de la notificación del fallo.⁴⁵⁷

En este sentido, podemos concluir que, en el caso de la Administración, la declaración de la voluntad constituye un acto administrativo, en virtud de que la emisión del documento a través del cual se realiza la adjudicación debe acreditar todos los elementos propios del mismo.⁴⁵⁸

Ahora bien, tratándose de la declaración de la voluntad del particular contratista, ésta no se realiza mediante un procedimiento de libre discusión y negociación, como lo podría hacer con cualquier otro particular, sino que lo manifiesta en el momento en que se adhiere a las condiciones y cláusulas elaboradas por la Administración desde la convocatoria, invitación o requisición correspondiente,

⁴⁵⁴ Cfr. Artículo 37, sexto párrafo de la LAASSP y 39, quinto párrafo de la LOPSRM.

⁴⁵⁵ Cfr. Artículo 26, octavo párrafo de la LAASSP.

⁴⁵⁶ Cfr. Artículo 27, quinto párrafo de la LOPSRM.

⁴⁵⁷ Cfr. Artículo 39, quinto párrafo de la LOPSRM.

⁴⁵⁸ Cfr. Artículo 3 de la LFPA.

presentando sus proposiciones a la Administración, las cuales deben ser plenamente coincidentes con los requerimientos técnicos, financieros y administrativos solicitados en las bases.

De acuerdo con lo anterior, al participar en el procedimiento adjudicatorio, el oferente interesado deberá presentar sus proposiciones en el momento procesal oportuno, es decir, el día, la hora y la fecha en la que la convocante le haya solicitado la entrega de las mismas y una vez presentadas, no podrán ser retiradas por éste o dejarse sin efecto por el ente público contratante.⁴⁵⁹

La oferta presentada por el licitante debe ser realizada en los términos requeridos por la convocante, considerando las condiciones técnicas y administrativas solicitadas, las cuales no pueden ser negociadas de ninguna forma por el oferente; sin embargo, esta misma condición se instituye en su beneficio.⁴⁶⁰

Bajo este contexto, la propuesta presentada en la forma y términos requeridos por la convocante, será la forma a través de la cual el oferente externe su voluntad de contratar con el ente público requirente.

6.1.3.2. El acuerdo de voluntades.

GASTON JÈZE expone que para la existencia de un acuerdo de voluntades entre el particular y la Administración se requieren tres condiciones adicionales a dicho acuerdo, consistentes en que (1) *“Las voluntades deben emanar de partes opuestas [...]”*, es decir, debe ser un acuerdo bilateral de voluntades; (2) *“Las partes deben querer crear una situación jurídica [...]”*, y (3) *“La situación jurídica así creada debe ser una situación jurídica individual, y no una situación general.”*⁴⁶¹

⁴⁵⁹ Cfr. Artículos 27, sexto párrafo de la LOPSRM y 26, noveno párrafo de la LAASSP.

⁴⁶⁰ Cfr. Artículos 27, cuarto párrafo de la LOPSRM y 26, séptimo párrafo de la LAASSP.

⁴⁶¹ Cfr. Jèze, Gaston, op. cit., nota 4, p. 486.

Bajo este contexto, como hemos visto en el subapartado anterior, la declaración de la voluntad administrativa surge con la emisión del fallo, pero no es hasta que éste se notifica, que comienzan a surtir sus efectos los derechos y obligaciones correspondientes.

Por su parte, también vimos que la declaración de la voluntad del particular, interesado en vincularse contractualmente con la Administración, se otorga a partir del momento en que éste presenta a la convocante sus proposiciones y éstas son recibidas y aceptadas para el análisis correspondiente por parte de la convocante.

Consecuentemente, el pronunciamiento que hace el particular a través de su oferta y el de la Administración mediante el acto de adjudicación y la notificación del mismo al oferente, constituyen en su conjunto, el acuerdo de voluntades que se otorgan las partes, es decir, el consentimiento.

En este sentido, coincidimos con MANUEL MARÍA DIEZ, en el sentido de que

“[...] la conjunción de voluntades se opera adhiriéndose el contratista a las cláusulas prefijadas por el Estado para los respectivos casos. En estos casos la manifestación común se produce sin discusión, por simple adhesión del administrado, que acepta las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el Estado.”⁴⁶²

Este hecho podría hacer surgir la duda acerca de la existencia de una efectiva autonomía de la voluntad del oferente en la contratación administrativa o si existen limitaciones respecto de la misma, debido a que, no tiene posibilidad alguna de negociación del objeto, ni libertad en el establecimiento de derechos y obligaciones como uno de los sujetos de la relación jurídica, ya que como explica

⁴⁶² Cfr. María Díez, Manuel, op. cit., nota 80, p. 288.

Rafael Bielsa “[...] la Administración pública señala unilateralmente el objeto, las condiciones y otras modalidades del negocio jurídico [...]”⁴⁶³

Sobre este particular señala ROBLES FARÍAS que podemos distinguir entre consentimiento por negociación y por adhesión, siendo el primer tipo la forma tradicional de contratar, a través del cual:

*“[...] ambas partes discuten y negocian cada una de las características del contrato hasta ponerse de acuerdo, para después redactar el clausulado de manera conjunta. En esta forma de contratación, el consentimiento se otorga en un plano de igualdad entre ambos contratantes.”*⁴⁶⁴

Por lo que hace al consentimiento otorgado por adhesión, el mismo autor indica que:

*“[...] sólo una de las partes propone las características del contrato y, en su caso, redacta sus cláusulas de manera unilateral e inflexible, para proponerlo a la otra parte, quien no tiene más remedio que adherirse a su contenido o no contratar. Como se ve, la parte que se adhiere no tiene oportunidad de negociar la oferta, ni de intervenir en la redacción del clausulado del contrato; su participación y, por tanto, el ejercicio de su libertad para emitir el consentimiento se limita a aceptar o no aceptar la celebración del contrato.”*⁴⁶⁵

En virtud de lo expuesto, podemos concluir que, en el caso del contrato administrativo, el consentimiento se otorga por adhesión, dado que el contratista se adhiere a las condiciones impuestas por la convocante y, finalmente, suscribe

⁴⁶³ Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1955, p. 143.

⁴⁶⁴ Robles Farías, Diego, op. cit., nota 436, p. 229.

⁴⁶⁵ *Idem*.

el contrato elaborado unilateralmente por ente público contratante, con el clausulado estipulado por este último.

Como consecuencia de lo anterior, es posible señalar que la parte que se adhiere no tiene oportunidad de negociar la oferta, ni de intervenir en la redacción del clausulado del contrato, por lo que su participación y, por tanto, el ejercicio libre de su voluntad, se limita a aceptar o no aceptar el contrato, que como ya vimos, en el caso del contratista, esta aceptación se da en el momento que presenta su proposición en los términos requeridos y dentro del procedimiento instrumentado por la convocante.

6.2. Elemento objetivo.

6.2.1. Objeto.

De acuerdo con ESCOLA y COMADIRA, es el elemento esencial básico junto con el consentimiento⁴⁶⁶, es la prestación buscada por las partes, es decir, la consecuencia que se persigue al celebrar el acto jurídico, también se le conoce como contenido del contrato⁴⁶⁷.

En este sentido, BERÇAITZ retoma las ideas de DUGUIT, que distingue entre el objeto inmediato y el objeto mediato de la voluntad, señalando que:

“El objeto inmediato es siempre un acto material consistente en un movimiento físico, a veces una tradición, a veces una declaración verbal o escrita. El objeto mediato es la situación de derecho que produce el objeto inmediato. El acto material inmediatamente querido, es querido como medio para llegar al nacimiento de una situación de derecho.”⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ Cfr. Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, op. cit., nota 79, p. 573.

⁴⁶⁷ Cfr. María Diez, Manuel, op. cit., nota 80, p. 289.

⁴⁶⁸ Citado por Berçaitz, Miguel Ángel, op. cit., nota 30, p. 276.

Por su parte, FERNÁNDEZ RUIZ comenta respecto del objeto que, como otro elemento esencial y básico de todo contrato:

“[...] debe ser cierto, posible, lícito y determinado o determinable en cuanto a su especie, y consiste en la creación o transmisión de derechos y obligaciones –objeto directo- o, tratándose del objeto indirecto, en la cosa que el obligado debe dar o en el hecho que debe hacer o no hacer.”⁴⁶⁹

De igual manera, ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ distingue entre el objeto directo, el objeto indirecto y el objeto o cosa material, en dónde el primero refiere a los derechos y obligaciones que se crean y se transmiten; el segundo atiende a la conducta generada, consistente en un dar, hacer o no hacer a cargo del deudor de la obligación⁴⁷⁰ y el tercero, referente a la cosa material que se deba entregar^{471,472}.

De cualquier forma, para que un contrato público o administrativo sea válido, debe tener un objeto cierto, posible, lícito, determinado o determinable en cuanto a su especie, aunque no necesariamente se trata de bienes que deban estar en el comercio ordinario, pues el objeto en los contratos administrativos, en todo momento, deberá tomar en consideración la finalidad de satisfacer un interés colectivo.⁴⁷³

Esta última variante del objeto cosa, en cuanto a que pueda o no formar parte del comercio, es la que hace la diferencia específica respecto de los bienes que pueden ser materia de contratación en el derecho privado, toda vez que en

⁴⁶⁹ Fernández Ruiz, Jorge, op. Cit., nota 34, p. 97.

⁴⁷⁰ Cfr. Artículo 1824 del Código Civil Federal.

⁴⁷¹ Cfr. Artículo 1835 del Código Civil Federal.

⁴⁷² Citado por Vargas Morgado, Jorge, “Una reflexión acerca de los contratos administrativos”, *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA)*, No.7 Enero-Junio 2010, p. 436.

⁴⁷³ Cfr. Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, op. cit., nota 79, p. 577.

materia civil, solamente pueden ser objeto de contrato aquellos bienes que se encuentren en el comercio.

La mayoría de los autores, e incluso la SCJN, han vinculado al objeto del contrato administrativo con su finalidad, señalando que tales prestaciones deben estar relacionadas directamente con el interés público, la utilidad pública o el desarrollo de un servicio público, así podemos encontrar a MANUEL MARÍA DIEZ, quien precisa que

“[...] los contratos administrativos pueden tener por objeto una obra o servicio público y cualquier otra prestación que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales. Es precisamente este elemento el que diferencia los contratos administrativos de los que se han llamado contratos civiles de la Administración. En éstos el objeto está regido por el derecho privado, aun cuando en éstos también la finalidad será una finalidad pública.”⁴⁷⁴

Esta opinión resulta congruente con la variedad de prestaciones que pueden ser objeto de contrato al amparo de la LAASSP, que no necesariamente se encuentran referidas a un fin de interés público, por lo menos en forma directa o inmediata, como puede serlo, a guisa de ejemplo, la adquisición de material de oficina o la prestación de servicios de jardinería.

Otro ejemplo son algunos contratos sobre bienes inmuebles que son propiedad o están en posesión de la Administración y que pueden celebrarse bajo un régimen de derecho privado, en términos de la LGBN, aun cuando se encuentren destinados para la realización de actividades directamente relacionadas con el cumplimiento de sus atribuciones, que tienen como finalidad la satisfacción del interés público.

⁴⁷⁴ Cfr. María Diez, Manuel, op. cit., nota 80, p. 289.

Esta vinculación entre el cumplimiento del objeto del contrato y el interés general se observa al analizar los supuestos de conclusión del vínculo jurídico, pues la Administración puede dar por terminados los derechos y las obligaciones previstas en éste, cuando entre otros supuestos, concurren razones de interés general.⁴⁷⁵

En virtud de lo anterior, es una realidad que el objeto del contrato público, es decir, cualquiera que suscribe la Administración, ya sea de carácter administrativo o bajo un régimen de derecho civil, se encuentra vinculado en mayor o menor medida al interés público, pues toda la actividad del Estado se encuentra dirigida a la satisfacción de esta finalidad.

6.2.2. Causa o motivo.

Son las situaciones de hecho y de derecho que, tanto en el órgano de la Administración, como en su contratista, han influido para la celebración del contrato; es decir, el porqué de la contratación.

En este sentido, FERNÁNDEZ RUIZ destaca que, *“Bajo el esquema del contrato administrativo, se entiende por causa el móvil o principio impulsor de la voluntad de las partes para su celebración [...]”*⁴⁷⁶

Ahora bien, MANUEL MARÍA DIEZ precisa aún más este elemento, distinguiendo entre el móvil y la causa en el contrato administrativo, señalando que:

“[...] la causa del contrato es independiente del móvil que ha perseguido el cocontratante para realizar el contrato o que figura en la intención del funcionario que compromete a la Administración. Mientras que el móvil tiene carácter evidentemente subjetivo, la causa tiene

⁴⁷⁵ Cfr. Artículo 54 Bis de la LAASSP.

⁴⁷⁶ Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, p. 97.

carácter objetivo; es la situación de hecho que ha considerado la Administración y que la determina a contratar para satisfacerla [...]”⁴⁷⁷

Consecuentemente, la causa en el contrato público o administrativo es de gran relevancia, en tanto que está fuertemente vinculada con la finalidad de ese acto, pues es indiscutible que la satisfacción de los intereses públicos en concreto, es la causa determinante que impulsa a la Administración a la celebración del contrato o como lo indica RAFAEL BIELSA “[...] *no se concibe un contrato administrativo sin causa jurídica, y siempre esa causa es la satisfacción de un interés público.*”⁴⁷⁸

6.3. Elemento teleológico.

Este elemento es uno de los más importantes, incluso ha sido designado por la SCJN y por buena parte de nuestra doctrina como uno de los elementos distintivos del contrato administrativo; sin embargo, no existe una postura clara acerca de la modalidad a la que debe atender el criterio finalista para la determinación de esta categoría.

Es por ello que algunos autores refieren la existencia de una finalidad subjetiva o de los sujetos que contratan, distinguiendo así aquel fin que persigue el funcionario competente para obligar al órgano u organismo público contratante, el cual consiste en el cumplimiento del cometido, programa, objetivo o meta que se pretende cubrir con los bienes, servicios o trabajos objeto del contrato, mientras que el particular contratista busca un beneficio económico con la celebración del contrato, haciendo de dicho interés su finalidad.

Esta finalidad de orden subjetivo es claramente superficial; sin embargo, ciertamente refleja los intereses de las partes contratantes, haciendo referencia directamente al cumplimiento de las obligaciones contractuales, que en el caso del

⁴⁷⁷ María Díez, Manuel, op. cit., nota 80, p. 290.

⁴⁷⁸ Bielsa, Rafael, op. cit., nota 463, p. 159.

funcionario contratante se concretan en lo que se puede conocer como la finalidad inmediata del contrato, es decir, el cumplimiento de la norma jurídica que le da base o fundamento al acto jurídico, es decir, la norma jurídica habilitante, que para efectos de nuestro sistema jurídico se consagra en la CPEUM⁴⁷⁹, que establece como finalidad de la actividad contractual estatal, la obtención de las mejores condiciones para el Estado, siendo replicado este objetivo o fin inmediato a la LAASSP⁴⁸⁰ y la LOPSRM⁴⁸¹, como leyes reglamentarias en la materia.

Esta finalidad resulta congruente con un principio básico del Derecho Administrativo, que también resulta inherente al contrato administrativo; se trata del principio de legalidad, también conocido por la doctrina, sobre todo argentina, como la juridicidad del contrato.

Es por esta razón que consideramos que el contrato administrativo no es una figura extralegal, pues si bien puede no estar nominado en la norma jurídica, su contenido obligacional si debe estar previsto en ley, por lo menos en cuanto a las prestaciones, bienes o trabajos que pueden pactarse a su amparo, así como aquellas estipulaciones que le confieren potestades especiales o exorbitantes a la Administración frente al particular contratista.

Finalmente, atendiendo propiamente al significado del término teleológico⁴⁸² es importante señalar la existencia de un fin último al que debe atender naturalmente cualquier actuación de la Administración, incluyendo a los contratos administrativos, que no es otra cosa que la satisfacción del interés general; sin embargo, es aquí donde encontramos algunos problemas, debido a que se trata

⁴⁷⁹ Cfr. Artículo 134, cuarto párrafo de la CPEUM.

⁴⁸⁰ Cfr. Artículo 26, primer párrafo de la LAASSP.

⁴⁸¹ Cfr. Artículo 27, primer párrafo de la LOPSRM.

⁴⁸² Por teleología se entiende a “[...] la teoría de las causas finales, de los fines últimos a los cuales está destinada determinada institución [...]” Cfr. Rubio Correa, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2005, p.87.

de un concepto jurídico indeterminado⁴⁸³, que deberá ser desentrañado atendiendo al caso concreto, no solamente considerando la finalidad prevista en la norma jurídica habilitante, que en el caso que hemos venido comentando sería la obtención de las mejores condiciones para el Estado, sino también, que los bienes, servicios o trabajos objeto contratados en estas condiciones, cumplan efectivamente los objetivos propuestos, a efecto de satisfacer el interés general⁴⁸⁴.

En palabras de BÉJAR RIVERA, podemos concluir este subapartado señalando que: *“La Administración pública tiene múltiples formas de actuación que le permiten concretizar los fines de la norma, en especial los fines del interés general, orden público, interés público o cualquier otro concepto indeterminado utilizado por el legislador y que al final del día se traduce en la satisfacción de una serie de necesidades de la colectividad.”*⁴⁸⁵

6.4. Elemento formal.

Para continuar con la metodología adoptada, para GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS el elemento formal *“[...] hace referencia a los requisitos formales que se imponen para la celebración y producción de un acto administrativo.”*⁴⁸⁶

Es el cumplimiento de estos requisitos formales, previstos y exigidos por la norma jurídica, lo que permite que un determinado acto de la Administración sea considerado como válido y eficaz.⁴⁸⁷

⁴⁸³ De acuerdo con Ramón Parada podemos entender a los conceptos jurídicos indeterminados como: *“[...] aquellos de definición normativa necesariamente imprecisa, a la que ha de otorgarse alcance y significación específicos a la vista de unos hechos concretos [...]”* Cfr. Parada, Ramón, op. cit., nota 24, p. 102.

⁴⁸⁴ Sobre este particular podemos destacar lo señalado por David Blanquer, en el sentido de que *“[...] la Administración pública tiene múltiples funciones y potestades y su fin no es la realización del derecho sino la satisfacción del interés general.”* Cfr. Blanquer, David, *Curso de Derecho Administrativo II, El fin y los medios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 232.

⁴⁸⁵ Cfr. Béjar Rivera, Luis José, op. cit., nota 412, p. 100.

⁴⁸⁶ Cfr. Gamero Casado, Fernando y Fernández Ramos Severiano. *“Manual Básico de Derecho Administrativo”*, Op. Cit., p. 380.

⁴⁸⁷ Cfr. Béjar Rivera, Luis José. op. cit., nota 412, p. 57.

En este sentido, habría que señalar el contenido propiamente de este elemento, es decir, sus componentes o caracteres básicos, toda vez que existen autores como OLIVERA TORO⁴⁸⁸ que lo asocian únicamente con la manera en la que se materializa el acto, el modo de expresión de la declaración ya formada, mientras que otros como DELGADILLO GUTIÉRREZ y LUCERO ESPINOSA, sostienen que el elemento formal del acto administrativo está integrado por la observancia del procedimiento prescrito para la elaboración del acto, su expresión y su comunicación a los interesados.⁴⁸⁹

Otro autor cuya postura resulta un poco más consistente con lo expuesto por GAMERO CASADO y FERNÁNDEZ RAMOS, en cuanto al contenido del elemento formal, es BOCANEGRA SIERRA, que distingue como componentes de éste al procedimiento de elaboración del acto y la forma en la que éste se manifiesta.⁴⁹⁰

En forma paralela a esta postura, DELGADILLO GUTIÉRREZ y LUCERO ESPINOSA refieren que el elemento formal en los contratos administrativos requiere ser abordado bajo dos vertientes, por un lado la forma en sentido estricto y, por el otro, las formalidades.⁴⁹¹

Esta última postura es la que hemos adoptado para el análisis del elemento formal en el contrato administrativo, pues para la selección del contratista, la Administración debe, en cualquier caso, instrumentar un procedimiento administrativo previamente normado para su adjudicación, pero tal circunstancia es independiente de la forma en la que esta última externa o materializa su voluntad, como veremos a continuación.

⁴⁸⁸ Cfr. Olivera Toro, Jorge. *Manual de Derecho Administrativo...* Op. Cit., p. 156. En el mismo sentido Cfr. Acosta Romero Miguel. *Teoría General...* Op. Cit., p. 144.

⁴⁸⁹ Cfr. Delgadillo Gutiérrez Luis Humberto y Manuel Lucero Espinosa, op. cit., nota 405, p. 318. En el mismo sentido, Berçaitz, Miguel Ángel, op. cit., nota 30, p. 294 y ss.

⁴⁹⁰ Cfr. Bocanegra Sierra, Raúl. *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, editorial Civitas, Madrid 2002.

⁴⁹¹ Una opinión distinta es expuesta por Fernández Ruiz, que asimila a la forma no como un elemento esencial del contrato, sino como “[...] un requisito que habrá de satisfacerse tanto respecto al consentimiento y en particular a la manifestación de la voluntad, como a la implementación del contrato.” Cfr. Fernández Ruiz, Jorge, op. cit., nota 34, p.96.

6.4.1. Formalidad.

Para MANUEL MARÍA DÍEZ las formalidades son los requisitos que han de observarse en la celebración del contrato y que pueden ser anteriores, concomitantes y posteriores al encuentro de ambas voluntades.⁴⁹²

En el caso de cualquier contrato público o administrativo, la Administración requiere llevar a cabo un procedimiento específico que constituye un requisito legal para la formación de la voluntad administrativa contractual y la selección de su contratista.

Por tal razón, el procedimiento formativo del acuerdo de voluntades es de gran importancia, ya que es obligatorio para la Administración en los términos que el ordenamiento jurídico lo establezca y de no llevarse a cabo daría lugar a su nulidad absoluta.

En este sentido, para que este procedimiento resulte obligatorio para la Administración, es necesario que se encuentre previsto en ley, tal y como se desprende del propio texto constitucional, que como ya se comentó en otros apartados⁴⁹³, establece que las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas y cuando éstas no sean idóneas, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.⁴⁹⁴

⁴⁹² Cfr. María Díez, Manuel, op. cit., nota 80, p. 290.

⁴⁹³ *Vid Supra*. 5.1. El artículo 134 Constitucional y sus principios.

⁴⁹⁴ Cfr. Artículo 134, párrafos tercero y cuarto, de la CPEUM.

En congruencia con el precepto que antecede y con la finalidad de contar con elementos que brinden certeza en cuanto a la selección de su contratista, la Administración se encuentra facultada para realizar dicha selección a través de tres distintos procedimientos: a) la Licitación Pública; b) la Invitación a cuando menos tres personas, y c) la Adjudicación Directa que se regulan con idéntica redacción en la LAASSP⁴⁹⁵ y la LOPSRM⁴⁹⁶, y al igual que otros sistemas jurídicos, siempre se privilegiará al primero de los mencionados como regla general para adjudicar un contrato administrativo, mientras que los dos restantes operaran cuando el primero no sea conveniente o bien, mediante excepciones que las propias leyes consagren.

Los tres procedimientos administrativos de selección del contratista que hemos mencionado, forman parte de lo que doctrinalmente se conoce como sistemas de restricción⁴⁹⁷, es decir, se trata de operaciones que “[...] limitan la libertad de los órganos administrativos para seleccionar a su contratante, ya que deben realizarlo a través de un procedimiento especial.”⁴⁹⁸

6.4.1.1. La Licitación Pública.

De acuerdo con RAFAEL BIELSA, *“En el derecho privado toda persona capaz puede contratar sin otros límites que las leyes de orden público; pero en el derecho público los contratos están sujetos a limitaciones fundadas en principios*

⁴⁹⁵ Cfr. Artículo 26 de la LAASSP.

⁴⁹⁶ Cfr. Artículo 27 de la LOPSRM.

⁴⁹⁷ La mayor parte de la doctrina coincide en que existen dos grandes sistemas para la selección de contratistas por parte del Estado, el primero de ellos es el de *libre elección*, que se considera la regla general y a través del cual la Administración puede elegir en forma directa y discrecional, a la persona con la cual va a contratar, sin sujetarse a procedimiento especial alguno, en contraposición al sistema de restricción, que es el sistema de excepción. Cfr. Lucero Espinosa, Manuel, op. cit., nota 199, pp. 23 y ss; González Sandoval, Rodrigo, op. cit., nota 199, pp. 51 y ss; Santamaría Pastor, Juan A., op. cit., nota 15, pp. 210 y ss.; Parada, Ramón, op. cit., nota 24, pp 310 y ss, y Vedel, Georges, *Derecho Administrativo*, traducido por Juan Rincon Jurado, Madrid, Aguilar, 1980, pp. 200 y 201.

⁴⁹⁸ Lucero Espinosa, Manuel, op. cit., nota 199, p. 26.

*esenciales de interés público, en este sentido, la licitación es, a este respecto, una institución típica de garantía de ese interés público.”*⁴⁹⁹

Por su parte, desde el punto de vista administrativo, JOSÉ PEDRO LÓPEZ-ELÍAS señala que la Licitación Pública “[...] *es considerada como un procedimiento administrativo por el cual la administración pública elige como contratante a la persona, física o jurídica, que le ofrece las condiciones más convenientes para el Estado.*”⁵⁰⁰

Claramente la licitación pública es un procedimiento administrativo, el cual deberá de cumplir con todas las formalidades esenciales del procedimiento, regulado en principio por la LOPSRM y la LAASSP, pero además deberá de cumplir con los requisitos establecidos por la LFPA, bajo los principios de publicidad, concurrencia, igualdad, transparencia y oposición o contradicción⁵⁰¹.

Típicamente se señala por la doctrina mexicana, que el procedimiento licitatorio tiene las siguientes fases:

a) Autorización presupuestaria. En términos generales, la planeación, programación, presupuestación y el gasto de las adquisiciones, arrendamientos, servicios y obra pública se sujeta a las asignaciones autorizadas para cada ente público, en términos de lo previsto en el Presupuesto de Egresos de la Federación, de acuerdo al capítulo de gasto correspondiente y lo previsto en la LFPRH^{502 503}.

Estos recursos deben ser administrados y, consecuentemente, aplicados con eficacia, eficiencia, economía, transparencia, honradez e imparcialidad para satisfacer los objetivos a los que fueron destinados.

⁴⁹⁹ Bielsa, Rafael, op. cit., nota 463, p. 165.

⁵⁰⁰ López-Elías, José Pedro, op. cit., nota 197, p. 53.

⁵⁰¹ A mayor abundamiento sobre este punto, Cfr. Béjar Rivera, Luis José, *Op. Cit.*, pp. 294 y sigs.

⁵⁰² Publicada en el DOF el día 30 de marzo de 2006.

⁵⁰³ Cfr. Artículo 24 de la LAASSP y 24 de la LOPSRM.

Por regla general, para dar inicio al procedimiento licitatorio se requiere contar con el presupuesto autorizado y sujetarse al calendario de gasto correspondiente; sin embargo, por excepción se puede proceder sin contar con dicha autorización, solicitando la aprobación de la SHCP, para convocar, adjudicar y formalizar contratos cuya vigencia inicie en el ejercicio fiscal siguiente de aquél en el que se formalizan.

Los referidos contratos estarán sujetos a la disponibilidad presupuestaria del año en el que se prevé el inicio de su vigencia, por lo que sus efectos estarán condicionados a la existencia de los recursos presupuestarios respectivos, sin que la no realización de la referida condición suspensiva origine responsabilidad alguna para las partes. Cualquier pacto en contrario a lo dispuesto en este párrafo se considerará nulo.⁵⁰⁴

También se pueden adjudicar contratos por una vigencia que rebase un ejercicio presupuestario, para lo cual la convocante deberá determinar tanto el presupuesto total como el relativo a los ejercicios de que se trate.⁵⁰⁵

b) Preparación de las bases o pliego de condiciones que integran la convocatoria. Sin duda se trata de uno de los momentos más delicados para la Administración contratante, pues el éxito de la licitación y eventualmente, de la contratación, depende del diseño de las bases contenidas en la convocatoria, las cuales consisten propiamente en establecer claramente los alcances jurídicos, económicos y técnicos de los trabajos o servicios a contratar o los bienes objeto de la adquisición.

Las bases de la convocatoria son el primero de los documentos vinculantes entre la Administración Pública, los oferentes y posteriormente, con el contratista⁵⁰⁶,

⁵⁰⁴ Cfr. Artículo 25 de la LAASSP y 24 de la LOPSRM.

⁵⁰⁵ Cfr. Artículo 25, tercero y cuarto párrafos de la LAASSP y 24, tercero y cuarto párrafos de la LOPSRM.

pues se trata de un tema que permitirá precisamente respetar el principio de contradicción u oposición entre los oferentes.

En principio, dichas bases no deberán ser modificadas, aunque las propias normas prevén su modificación hasta siete días naturales antes de la apertura de la presentación de las ofertas⁵⁰⁷. Tampoco pueden ser negociadas, ni por la convocante, ni por los interesados en participar⁵⁰⁸

c) Publicación de la Convocatoria. En términos de la legislación mexicana, la publicación de la convocatoria a la licitación pública se realizará a través de sistema electrónico CompraNet y su obtención será gratuita. Adicionalmente, se enviará simultáneamente un resumen de la convocatoria, para su publicación en el medio de difusión oficial del Gobierno Federal, es decir, en el DOF.⁵⁰⁹

En términos generales, la convocatoria debe contener⁵¹⁰, entre otros, los elementos siguientes:

1. Nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante.
2. Objeto de la licitación
3. Especificar si se trata de una licitación nacional o internacional⁵¹¹.
4. Fecha, hora y lugar de la junta de aclaraciones, celebración del acto de presentación y apertura de proposiciones, notificación del fallo y, en su caso, firma del contrato.

⁵⁰⁶ El artículo 45, penúltimo párrafo, de la LAASSP, dispone que *“Para los efectos de esta Ley, la convocatoria a la licitación, el contrato y sus anexos son los instrumentos que vinculan a las partes en sus derechos y obligaciones. Las estipulaciones que se establezcan en el contrato no deberán modificar las condiciones previstas en la convocatoria a la licitación y sus juntas de aclaraciones; en caso de discrepancia, prevalecerá lo estipulado en éstas.”* En el mismo sentido, el artículo 46, antepenúltimo párrafo, de la LOPSRM.

⁵⁰⁷ Cfr. Artículos 34 de la LOPSRM y 33 de la LAASSP.

⁵⁰⁸ Cfr. Artículos 26, séptimo párrafo de la LAASSP y 27, cuarto párrafo de la LOPSRM.

⁵⁰⁹ Cfr. Artículo 30 de la LAASSP y 32 de la LOPSRM.

⁵¹⁰ Cfr. Artículos 29 de la LAASSP y 31 de la LOPSRM.

⁵¹¹ De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 30 de la LOPSRM y su correlativo 28 de la LAASSP, se establece que las licitaciones en México pueden ser nacionales, internacionales abiertas o internacionales al amparo de un Tratado Internacional con capítulo de compras gubernamentales.

5. Criterios de evaluación de las proposiciones
6. Indicar que las condiciones de la licitación, no son negociables.
7. Las especificaciones técnicas de los bienes a adquirir y los alcances de los servicios y los trabajos a ejecutar.
8. Modelo de contrato.
9. Plazos de ejecución de la obra, entrega de los bienes y la prestación de servicios.

d) Junta de aclaraciones. Previo a la apertura de las ofertas, la convocante fija fecha y hora para que los posibles oferentes acudan ante ésta para resolver las posibles dudas que tengan sobre los términos de la convocatoria, así como hacer ciertas precisiones sobre su contenido; sin embargo, esto no se entiende que modifique las bases de la licitación. Las precisiones y respuestas otorgadas por la convocante, forman parte de las condiciones de la convocatoria⁵¹².

e) Presentación de las ofertas. Al respecto, LUCERO ESPINOSA⁵¹³, resume como características de esta fase del procedimiento licitatorio las siguientes:

1. Debe ser secreta, por lo que su entrega será en sobre cerrado.
2. Debe hacerse en el lugar, hora y día previamente establecidos.
3. Debe hacerse por el oferente o persona debidamente autorizada.
4. Debe hacerse con las condiciones establecidas en el pliego para la licitación.
5. Debe ser inalterable.
6. Obliga al oferente a mantenerla durante el plazo fijado en las bases o hasta el momento de la emisión del fallo⁵¹⁴.

f) Apertura de ofertas. En esta fase, quien licita únicamente efectúa una revisión cuantitativa de ofertas, es decir, verifica el cabal cumplimiento de las ofertas

⁵¹² Cfr. Artículos 34 y 35 de la LOPSRM y los diversos 33 y 34 de la LAASSP.

⁵¹³ Cfr. Lucero Espinosa, Manuel, *La licitación pública*, 2ª ed., México, Porrúa, 2002, pp. 22-23.

⁵¹⁴ Cfr. Artículos 36 de la LOPSRM y 34 de la LAASSP.

presentadas con respecto a los requisitos formales de la convocatoria, pues la revisión puntual se ha reservado para una fase posterior.

Al respecto de esta fase, LUIS ÁNGEL BALLESTEROS MOFFA, señala:

*“Dos estadios bien delimitados en todos los procedimientos, al menos, materialmente, desde el momento que la apertura de la documentación relativa a la verificación de los licitadores o candidatos es un acto distinto al de la apertura y escrutinio formal de las ofertas, el cual, a su vez, se concibe como un trámite diferenciado del proceso de valoración y selección propiamente dicho. Si en el primero entran en juego las exigencias de capacidad y solvencia de los empresarios, que pueden determinar su exclusión o no selección para la licitación, el segundo descansa sobre las características de las proposiciones con el posible rechazo de aquellas irregulares o inaceptables, a lo que se sumará posteriormente la valoración selectiva de las mismas en orden a determinar la <<oferta económicamente más ventajosa>>”.*⁵¹⁵

Complementando lo anterior, ROBERTO DROMI señala que:

“La apertura de los sobres y la lectura de las propuestas traducen una operación material y un acto de trámite de la Administración, respectivamente, por los que se permite a los oferentes tomar conocimiento de todas las propuestas, vigilar el proceso, verificar su legalidad y asegurar la imparcialidad del licitante y su trato igualitario. El acto es verbal y actuado, porque las leyes imponen el levantamiento de un acto en el que se refleje todo lo acontecido

⁵¹⁵ Ballesteros Moffa, Luis Ángel. *La adjudicación de contratos en el sector público*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2010, 106.

*durante su desarrollo. Se celebra en presencia de funcionarios de la dependencia designados, de todos los que deseen presenciarlo.*⁵¹⁶

g) La adjudicación. Una vez que la entidad o dependencias convocante analiza y estudia las propuestas que fueron recibidas y se consideran, cuantitativamente viables, deberá proceder a realizar un análisis cualitativo, es decir, deberá revisar los contenidos específicos de las ofertas, poniendo especial atención en la propuesta económica y en la propuesta técnica.

Hecho lo anterior, la convocante deberá pronunciarse respecto de cuál de las ofertas se estima ganadora, o bien, desechar el procedimiento en virtud de que no satisface a plenitud las necesidades de la convocante. Esta decisión, coincidimos con JULIO RODOLFO COMADIRA, la debemos de entender como un acto discrecional⁵¹⁷, pues se trata de una decisión enteramente libre y que normalmente dependerá de factores no jurídicos, sino técnicos, en cuyo caso, operará la llamada discrecionalidad técnica, máxime que la Administración goza de plena libertad para emitir el fallo adjudicatorio, teniendo como límite los propios contenidos en la ley específica y en el principio de legalidad consagrado por los artículos 14, 16 y 17 constitucionales.

Lucero Espinosa⁵¹⁸, al hablar de los efectos de la adjudicación, señala lo siguiente:

1. Libera a los licitadores, cuyas ofertas hayan sido desestimadas, de cualquier obligación, así como a retirar sus documentos y garantías.
2. Notificada la adjudicación al beneficiario, queda concertada la contratación, con independencia de su formalización en el instrumento respectivo.
3. Constituye un punto de partida conforme al cual comienzan a generarse los derechos y las obligaciones de las partes contratantes.

⁵¹⁶ Dromi, Roberto, *El procedimiento administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 413.

⁵¹⁷ Cfr. Comadira, Julio Rodolfo, *La licitación pública (Nociones, Principios, Cuestiones)*, Buenos Aires, Depalma, 2000, pp. 117-131.

⁵¹⁸ Lucero Espinosa, Manuel, *Op. Cit.*, pp. 32 y 33.

4. Obliga a la Administración Pública a mantener inalterable las bases de la licitación.
5. Da lugar a la obligación del adjudicatario de integrar la garantía del cumplimiento del contrato.

Como consecuencia de lo anterior, resulta posible concluir que la formación de la voluntad administrativa requiere de un trámite predeterminado, conocido comúnmente como un procedimiento, que culmina con el dictado de un acto administrativo, consistente en el fallo de adjudicación y la consecuente formalización del contrato.

6.4.1.2. Excepciones a la licitación.

Como regla general, ante el fracaso de un procedimiento licitatorio, el cual se puede dar por la falta de oferentes, o bien, que presentándose estos, sus ofertas no fuesen estimadas solventes, la entidad o dependencia convocante ya no está obligada a acudir a la licitación y podrá optar por el procedimiento de invitación a por lo menos tres personas o bien, dadas ciertas condiciones, puede acudir a la contratación directa.

También las leyes en materia de contratación prevén ciertos casos en los que no se debe de agotar el procedimiento licitatorio⁵¹⁹, estas excepciones podrán presentarse, entre otros, en los casos siguientes:

- a) Por tratarse de obras de arte, licenciamiento exclusivo de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos.
- b) Peligro el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país como consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor.

⁵¹⁹ Cfr. Artículos 43 de la LOPSRM y el 41 de la LAASSP

- c) Existan circunstancias que puedan provocar pérdidas o costos adicionales importantes, debidamente justificados.
- d) Se realicen con fines exclusivamente militares o para la Armada, o sean necesarias para garantizar la seguridad nacional, de acuerdo a lo establecido por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.⁵²⁰
- e) Derivado del caso fortuito o de fuerza mayor, y no sea posible obtener los bienes o servicios, o bien se pueda ejecutar la obra en el tiempo requerido para atender la eventualidad de que se trate.
- f) Si se hubiese rescindido el contrato adjudicado por causas imputables al proveedor o contratista, se podrá designar al siguiente en calificación de entre aquellos que participaron en la licitación.
- g) Se haya declarado desierta una licitación y no se hayan alterado esencialmente las bases de la licitación.
- h) Si se trata de servicios de consultorías, asesorías, estudios, investigaciones o capacitación, relacionados con el objeto del contrato, en cuyo caso siempre será por invitación a cuando menos tres personas.

6.4.2. Forma en sentido estricto.

También conocida como forma instrumental, respecto de la cual BERÇAITZ señala que “[...] *las formas en derecho público tienen por fin principal documentar la actuación administrativa, actuaciones que se cumplen mediante la intervención de varios funcionarios y agentes de la Administración. Existe, pues, un fin instrumental, a la vez que la garantía sobre la juridicidad del obrar administrativo.*”⁵²¹

⁵²⁰ El artículo 13 de la Ley en comento establece como información reservada aquella relativa a la seguridad nacional, la seguridad pública y la defensa nacional, por lo que en materia de contratación pública en estos rubros, invariablemente deberá ser mediante adjudicación directa.

⁵²¹ Cfr. Berçaitz, Miguel Ángel, op. cit., nota 30, p. 298.

En este sentido, como hemos señalado, con la notificación del fallo se perfecciona el acuerdo de voluntades, es decir, se hacen exigibles los derechos y obligaciones establecidos en el modelo de contrato previsto en la convocatoria del procedimiento de contratación y, consecuentemente, obliga a la Administración y a la persona a quien se haya adjudicado, a firmar el contrato en la fecha, hora y lugar previstos en el propio fallo, o bien en la convocatoria a la licitación pública y en defecto de tales previsiones, dentro de los quince días naturales siguientes al de la citada notificación.⁵²²

Por su parte, en tratándose de adquisiciones, arrendamientos y servicios, el RLAASSP⁵²³ dispone que cuando el importe de la operación sea igual o superior al equivalente a trescientas veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, el órgano u organismo público deberá proceder a su formalización a través de contrato, el cual deberá contener, en lo aplicable, los elementos a que se la LAASSP y el propio Reglamento, debiendo considerar el contenido de la convocatoria a la licitación pública, de la invitación a cuando menos tres personas o de la solicitud de cotización y, en su caso, de sus modificaciones.

De acuerdo con lo anterior, cuando se trate de contrataciones instrumentadas por Adjudicación Directa⁵²⁴, inferiores al importe de referencia; sin embargo, aún en estos supuestos se debe llevar a cabo un control efectivo del ejercicio del gasto correspondiente, atendiendo a lo previsto en el Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, el cual dispone que las dependencias y entidades serán responsables de que los pagos efectuados con cargo a sus presupuestos se realicen con sujeción, entre otros requisitos, a que se encuentren debidamente justificados y comprobados con los documentos originales respectivos, entendiéndose por justificantes las disposiciones y documentos legales que determinen la obligación de hacer un pago y, por comprobantes, los

⁵²² Cfr. Artículo 46, primer párrafo de la LAASSP.

⁵²³ Cfr. Artículo 82 del Reglamento de la LAASSP.

⁵²⁴ Cfr. Artículo 42 de la LAASSP.

documentos que demuestren la entrega de las sumas de dinero correspondientes.⁵²⁵

Este último supuesto de excepción no establece ni en la Ley, ni en su Reglamento, ninguna otra forma para plasmar o instrumentar el acuerdo de voluntades, quedando al arbitrio de cada ente público regular específicamente la manera en la que se deben concretar estas operaciones, por ejemplo, la Secretaría de Seguridad Pública determinó en sus Políticas Bases y Lineamientos en materia de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios, que las contrataciones que se deriven de adjudicaciones directas realizadas conforme al párrafo primero del artículo 42 de la Ley, se realizarán preferentemente a través de pedidos⁵²⁶.

En virtud de lo anterior, es importante mencionar que ni en la LAASSP, ni en su Reglamento, se distingue entre lo que debe ser un pedido y un contrato, es más, sí se toma en consideración lo previsto en el artículo 45 del mismo ordenamiento legal, ambos tipos de instrumento jurídico deben contener, en lo conducente, las estipulaciones que se relacionan en dicho precepto.

Ello con independencia de que el pedido ha sido siempre asemejado a un contrato, pero bajo un formato que pretende contar con una versión más compacta del mismo, sin que tal circunstancia deje de ser una mera práctica administrativa, dado que no existe tal distinción en el derecho positivo mexicano.

Bajo este contexto, el contenido de los contratos, en términos de lo dispuesto por la LAASSP⁵²⁷ y la LOPSRM⁵²⁸, armonizados, exigen como mínimo lo siguiente:

⁵²⁵ Cfr. Artículo 66, fracción III, de la RLFPRH. Un ejemplo de la forma en la que se documentan estas compras, se puede observar con Francisco Sosa Wagner, quien señala que, de acuerdo al derecho positivo español, en los contratos menores de suministro “[...] la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente [...]”, en el entendido que ambos documentos deben cumplir con los requisitos legales y reglamentarios que sean necesarios para su expedición. Sosa Wagner, Francisco, *El contrato público de suministro*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2003, p. 131.

⁵²⁶ Cfr. Numeral 9.2, de las Políticas, Bases y Lineamientos en materia de adquisiciones, arrendamientos y servicios de la Secretaría de Seguridad Pública.

⁵²⁷ Cfr. Artículo 45 de la LAASSP.

1. Nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocantes y del contratista (así como la acreditación de su legal existencia y personalidad jurídica).
2. La indicación del procedimiento conforme al cual se adjudicó el contrato (recordemos que la invitación y la adjudicación directa operan por excepción a la licitación).
3. Los datos relativos a la autorización del presupuesto para cubrir el compromiso derivado del contrato.
4. Descripción pormenorizada de los trabajos a ejecutar (tratándose de obras públicas), o de los bienes objeto del contrato (cuando se trate de arrendamiento, adquisiciones) o de los servicios a prestar.
5. El precio a pagar, plazos, forma y lugar de pago, así como los ajustes de costos, para todos los casos. En el caso de los arrendamientos, especificar si se otorga derecho a compra del inmueble.
6. Plazos de ejecución o de entrega de las cosas objeto del contrato.
7. Especificación (forma, términos y porcentajes de la garantía, que asegure la correcta inversión, así como la amortización de los anticipos.
8. Procedimiento de ajuste de costos.
9. Cláusulas relativas a la propiedad intelectual y la exclusiva responsabilidad del contratista en caso de que se violen estos derechos.
10. Procedimientos para la solución de controversias., distintos al procedimiento de conciliación contenido en las leyes.
11. Casos en que procederá la prórroga.
12. Causas de rescisión por las que la autoridad convocante podrá rescindir el contrato.
13. Los demás aspectos y requisitos que se hayan establecido en las bases de la licitación.

⁵²⁸ Cfr. Artículo 46 de la LOPSRM.

Como consecuencia de lo expuesto, podemos concluir al igual que Berçaitz que la forma instrumental no se trata solamente de una cuestión probatoria de la existencia del acuerdo de voluntades, así como de los derechos y obligaciones estipulados por las partes, sino que también atiende a la seriedad y juridicidad del quehacer administrativo, a la autenticidad y certeza de los actos de la Administración pública y al carácter formal que debe investir su actividad.⁵²⁹

Las sanciones por la falta de firma del contrato dependen del responsable de dicha circunstancia, pudiendo proceder la adjudicación del contrato al participante que haya obtenido el segundo lugar, sin necesidad de instrumentar un nuevo procedimiento, en el caso de que la falta de formalización del contrato sea por causas imputables al adjudicado, con independencia de las sanciones administrativas a que haya lugar; sin embargo, también puede ocasionar la liberación de los compromisos asumidos por éste, cuando por causas imputables a la contratante no sea suscrito el instrumento jurídico correspondiente.⁵³⁰

⁵²⁹ Cfr. Berçaitz, Miguel Ángel, op. cit., nota 30, p. 299.

⁵³⁰ Cfr. Artículo 46, segundo párrafo de la LAASSP.

7. Conclusiones.

Primera: Es incuestionable que el Estado puede ser sujeto de cualquier tipo de contrato, a través del cual coordina sus acciones con el particular para la consecución de sus objetivos y metas específicos; sin embargo, a pesar de los recientes esquemas de contratación que tienen por objeto la construcción de relaciones jurídicas asociativas o consensuadas entre el sector público y el privado, que tiendan a un mayor equilibrio en los riesgos financieros asumidos por las partes contratantes, es el Estado quien conserva la rectoría jurídica sobre el vínculo obligacional, debido a las potestades que le han sido conferidas por normas de derecho público, que tienen como finalidad preservar el interés general por encima del particular.

Segunda: El contrato administrativo es una figura jurídico-administrativa que nació a partir de diversas resoluciones del Consejo de Estado francés, migrando a los sistemas jurídicos de otros países de Europa continental y de buena parte de los países del continente Americano, adaptándose a la realidad de cada uno de estos sistemas jurídicos, como es el caso del derecho mexicano, que no precisa expresamente, ni constitucional, legal, reglamentaria o normativamente la existencia de dicho instrumento jurídico, ni tampoco lo que se debe entender por éste, pero es a través de la doctrina y los criterios judiciales, que se ha ido delimitando su naturaleza, contenido y elementos.

Tercera: Tanto la doctrina como la SCJN y los tribunales han optado por delimitar la contrato administrativo con base en la teoría ecléctica o mixta, debido a que determinan su existencia a partir de la acumulación de diversos criterios, sin que exista tampoco un criterio uniforme entre ambos operadores jurídicos respecto de los criterios determinantes; sin embargo, destacan las vertientes subjetiva, finalista y la del régimen jurídico exorbitante, pudiendo incluso justificarse el criterio legalista, dado que en la experiencia jurídica mexicana se pueden observar

contratos que siendo naturalmente civiles, se regulan por disposiciones de orden público, como es el caso de los contratos de adquisición o arrendamiento de bienes muebles.

Cuarta: Una característica importante y distintiva del contrato administrativo en nuestro derecho positivo es que la legislación lo ha ido acotando cada vez más como el instrumento a través del cual se formaliza el acuerdo de voluntades, dejando su perfeccionamiento en la notificación del documento por virtud del cual se adjudica el contrato correspondiente, momento en el cual se da propiamente el consentimiento acerca del acuerdo de voluntades y comienzan a ser exigibles los derechos y obligaciones entre las partes contratantes.

Quinta: El contrato administrativo, a diferencia de los contratos civiles de la Administración se encuentra sujeto a reglas de derecho público exorbitantes del derecho privado, que colocan al contratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica. Esta desigualdad jurídica de las partes se traduce en diversas atribuciones o potestades para la Administración, para adaptar al contrato administrativo a las necesidades públicas colectivas.

Este último criterio es, sin ser el único, el que ha brindado mayor sustento para la integración de toda una teoría acerca del contrato administrativo, conformada por sus propias reglas y principios; sin embargo, se puede afirmar sin temor a equivocaciones, que dicha teoría se encuentra lejos de convertirse en algo estático, integrada por elementos y características inamovibles, debido en gran parte a las discusiones doctrinales que respecto a dichos instrumentos jurídicos aún perduran, sustentadas en la dinámica en la que vive la Administración, cuya actividad se encuentra en constante adecuación al entorno político, económico y social, recrudescido aún más por la crisis de aquel edificio que conocemos como Estado moderno, tanto en sus elementos constitutivos, como en sus instituciones, con motivo del fenómeno globalizador en el que se encuentra inmerso.

Sexta: No obstante la variedad de criterios empleados para determinar el carácter administrativo de un contrato, es menester precisar que todos ellos cuentan con elementos que podría decirse son comunes o coincidentes en su desarrollo y formulación, como lo son, entre otros aspectos, el hecho de que los fines que se persigan con su consecución sean de carácter o interés público; que el ámbito de su regulación sea de derecho público; que los sujetos involucrados se encuentren en franca desigualdad jurídica, debido a las prerrogativas con las que cuenta la Administración para la satisfacción de las necesidades públicas, privilegiando el interés público frente al particular y que tales prerrogativas se manifiesten en acuerdos o disposiciones que en el derecho privado estarían categóricamente proscritos entre particulares.

Bibliografía

I. Fuentes bibliográficas.

Acosta Romero, Miguel, *Compendio de Derecho Administrativo*. Parte General. México, Porrúa. 1996.

Acosta Romero, Miguel. *Derecho Administrativo Especial*, 3ª ed., México, Porrúa, 1998.

Acosta Romero, Miguel. *Teoría General del Derecho Administrativo*. 2ª ed., México, Facultad de Derecho, UNAM, 1975.

Alessi, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*. trad. por Buenaventura Pellicé Prats, Barcelona, España, Bosch, Tomo I, 1970.

Andrade Sánchez, Eduardo, Comentario al artículo 134 constitucional, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, 13 ed., México, Porrúa-UNAM, IJ, T. I, 1998.

Ballesteros Moffa, Luis Ángel. *La adjudicación de contratos en el sector público*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2010.

Béjar Rivera, Luis José, *Curso de Derecho Administrativo*, México, Novum, 2012.

Béjar Rivera, Luis José. *La finalidad del acto administrativo*. "Estudio sobre la oportunidad y la desviación de poder del acto administrativo en el Procedimiento Contencioso Administrativo Mexicano". Colección Thesis, 1ª edición, Editorial Rap. S.A., Buenos Aires, Argentina 2010.

Béjar Rivera, Luis José. *Las asociaciones civiles como forma de participación ciudadana en el interés general*, México, Instituto de Capacitación y Desarrollo Político, A.C., 2013.

Berçaitz, Miguel Ángel. *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1980.

Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1955

Blanquer, David, Curso de Derecho Administrativo II, El fin y los medios, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Bocanegra Sierra, Raúl. *Lecciones sobre el Acto Administrativo*, editorial Civitas, Madrid 2002.

Brabant, Guy, *et. al., Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa Francesa*, trad. Leonardo Torres, Humberto Mora Osejo y Marié Louise Crépy, 2ª ed., Colombia, Editorial ABC, 2009.

Canals Arenas, Jorge Ricardo, *El Contrato de Obra Pública*, México, Trillas, 1991

Carrillo Castro, Alejandro, *200 Años de Administración Pública en México. Génesis y evolución de la Administración Pública Federal Centralizada*, México, INAP, T. II, Vol. 1, 2011.

Carrillo Castro, Alejandro. *La reforma administrativa en México*. 3ª ed., México, INAP, 1978.

Cassagne, Juan Carlos, “La contratación pública”, en Cassagne, Juan Carlos (Dir.), *Teoría General de los Contratos Públicos*, Buenos Aires, La Ley, 2013.

Cassagne, Juan Carlos, “Los Contratos de la Administración Pública”, *Contratos Administrativos. Régimen de pago y actualización*, Buenos Aires, ASTREA, T. I, 1988.

Cassagne, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.

Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, *Derecho Administrativo Argentino*, México, Porrúa, 2006.

Comadira, Julio Rodolfo, *La licitación pública (Nociones, Principios, Cuestiones)*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

Corzo, Edgar. Comentario al artículo 134. *Para entender la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Nostra. 2007.

Del Castillo Velasco, José María, *Ensayo sobre el Derecho Administrativo Mexicano*, 1ª ed. facsimilar, UNAM, México, T. II, 1994,

Delgadillo Gutiérrez Luis Humberto y Manuel Lucero Espinosa. *Compendio de Derecho Administrativo*, primer curso, Editorial Porrúa, 3ª edición, México 1998.

Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto, *Elementos de Derecho Administrativo*. Primer Curso. México, Limusa. 2003.

Delpiazzo, Carlos E., *Contratación Administrativa*, Montevideo, Universidad de Montevideo. 1999.

Dromi, Roberto, *El procedimiento administrativo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.

Duguit, León, *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)*, trad. Adolfo G. Posada y Ramón Jaén, Argentina, Ed. Heliasta, 1975.

Enríquez Rubio, Ernesto. *Administración de Recursos Materiales en el Sector Público*, México, INAP, 2002.

Escola, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1977. Vol. I.

Faya Viesca, Jacinto. *Finanzas Públicas*, 5ª ed., México, Porrúa, 2000.

Fernández de Velazco, Recaredo. *Los contratos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1945.

Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho Administrativo. Contratos*, México, Porrúa, 2000.

Fleiner, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. Sabino Álvarez Gendín, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, S.A. 1933.

Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*. 7ª ed., México, Porrúa, 1958.

Galindo Camacho, Miguel, *Derecho Administrativo II*, México, Porrúa, 1996.

Gamero Casado, Fernando y Fernández Ramos Severiano. *Manual Básico de Derecho Administrativo*. 5ª ed., Madrid, Tecnos, 2008.

González Sandoval, Rodrigo, *La licitación pública y el Contrato Administrativo*. México, Porrúa, 2008.

Gordillo, Agustín, “Los Contratos Administrativos”, *Contratos Administrativos. Régimen de pago y actualización*, Buenos Aires, ASTREA, T. I, 1988.

- Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 11ª ed., ahora como 1ª ed. Buenos Aires, F.D.A., 2013, T. 1.
- Hauriou, Maurice, "La Gestión Administrativa", en *Obra Escogida*, trad. Juan A. Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1976.
- Hauriou, Maurice, *Derecho administrativo y derecho público*. México, EJU, 2007.
- Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*, trad. Fernando de los Ríos, México, FCE, 2000.
- Jèze, Gaston, *Servicios públicos y contratos administrativos*, México, EJU, 2007
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, 13ª ed., México, Porrúa, 2003.
- Lares, Teodosio, *Lecciones de Derecho Administrativo*. México, 1ª reimpresión, UNAM, 1978.
- Laubadère, André, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, T. 1.
- Linares, Mario, *Contratación Pública, Derecho local, internacional y de la integración*, 2ª ed., Perú, Linares Consultores, 2013.
- López-Elías, José Pedro. *Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México*, México, IJ UNAM, Serie Doctrina Jurídica, núm. 4., 1999.
- Los Derechos del Pueblo Mexicano*, 8ª ed., Cámara de Diputados-Miguel Ángel Porrúa, México, 2012.
- Lucero Espinosa, Manuel, *La licitación pública* 2ª ed., México, Porrúa, 2002.
- Lucero Espinosa, Manuel. *La Licitación Pública*. México, Porrúa, 1993.
- Margáin Monautou, Emilio, *Introducción al Estudio del Derecho Administrativo Mexicano*, 3ª ed., México, Porrúa, 2000.
- María Diez, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1985, T. 1.

Martínez Morales, Rafael I., *Derecho Administrativo*. 3er. y 4o. Cursos, 4ª ed., México, Oxford University Press México, 2005.

Mata, Ismael, *Formación de la voluntad administrativa y perfeccionamiento contractual* (desde la teoría procesal), Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (coord.), *Contratación Pública*, XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2013, Vol. I.

Maurer, Hartmut, *Derecho Administrativo Alemán*, trad. de Gabriel Doménech Pascual (coord.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, serie doctrina jurídica, Núm. 637.

Mayer, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, trad. Horacio H. Heredia y Ernesto Krostochin, Buenos Aires, Depalma. T. I. 1949.

Mendoza Torres, Arnaldo, *Los Contratos de la Administración Pública*, Barranquilla, Colombia, Ediciones Uninorte, 2004.

Nava Negrete, Alfonso. *Derecho Administrativo Mexicano*. 2ª ed., FCE, México, 2001.

Olivera Toro, Jorge. *Manual de Derecho Administrativo*. 7ª ed. México, Porrúa, 1997.

Parada, Ramón. *Derecho Administrativo*, 4ª ed., Madrid, Marcial Pons, t. I, 1992.

Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría del Estado*, 37ª ed., México, Porrúa, 2003.

Retortillo Bequer, Sebastián M, *El derecho civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones*, Madrid, Instituto García Oviedo, 1960.

Robles Farías, Diego. *Teoría General de las Obligaciones*. México, Oxford University Press, Colección Textos Universitarios, 2011.

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Interés general, derecho administrativo y Estado de bienestar*, Madrid, Iustel, 2012.

Rubio Correa, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2005.

Ruiz García, Laura. *Contratos Administrativos*. Flores Editor. México 2010.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, 3ª ed., España, Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, Vol. II.

Sayagues Laso, Enrique. *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953.

Schmidt-Assmann, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, trad. de Mariano Bacigalupo, Javier Bárcenas et al., Madrid, Marcial Pons, 2003.

Sempé Minvielle, Carlos. *Técnica legislativa y desregulación*. 4ª ed., México, Porrúa, 2002.

Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, Segundo Curso, 25ª ed., México, Porrúa, 2008.

Sosa Wagner, Francisco, *El contrato público de suministro*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2003.

Suárez Beltrán, Gonzalo y Laguado Giraldo, Roberto, *Manual de contratación pública electrónica para América Latina. Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad*, CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), publicación de las Naciones Unidas, Colección Documentos de Proyectos, abril de 2007.

Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México 1808-1995*, 19ª ed., México, Porrúa, 1995.

Tenorio Cueto, Guillermo A., *El derecho a la información. Entre el espacio público y la libertad de expresión*, UP-Porrúa, México, 2009.

Vedel, Georges, *Derecho Administrativo*, traducido por Juan Rincon Jurado, Madrid, Aguilar, 1980.

Zanobini, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, trad. por Héctor Masnatta y Francisco Humberto Picone, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, Vol. I, 1954.

Zavala Chavero Roberto et al. *La obra pública en el Estado Mexicano*. México, Porrúa, 2007.

II. Fuentes hemerográficas.

Aguilar Valdez, Oscar R. “Sobre las fuentes y principios del derecho global de las contrataciones públicas”, *Derecho Administrativo: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*. No. 75 (enero-marzo 2011) Argentina.

Barra, Rodolfo Carlos. “El nuevo régimen de contrataciones y la sustantividad del contrato administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Número Especial, Buenos Aires*, (Febrero de 2002).

Benavides, José Luis, “El principio de eficacia en la contratación estatal”, en *Derecho Administrativo en el siglo XXI, Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Perú, Edros, Vol. I, 2013*.

Bianchi, Alberto A., “Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo. Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos”, primera parte, *El Derecho, Diario de Jurisprudencia y Doctrina*. Buenos Aires. Año XXXVII, No. 9866. Octubre 1999.

Bianchi, Alberto A., “Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo. Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos”, Segunda parte, *El Derecho, Diario de Jurisprudencia y Doctrina*. Buenos Aires. Año XXXVII, No. 9866. Noviembre 1999.

Cifuentes Vargas, Manuel. “El artículo 134 constitucional y las adquisiciones, arrendamientos, contratación de servicios, obras públicas y enajenación de bienes del Estado”. *Revista de la Facultad de Derecho de México. Medio siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*. México, UNAM, Número conmemorativo, año 1991.

Entrena Cuesta, Rafael. “Consideraciones sobre la Teoría General de los Contratos de la Administración”. *Revista de Administración Pública, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Núm. 24, septiembre–diciembre 1957*.

García de Enterría, Eduardo. “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública, núm. 41, año 1963*.

Guerrero Orozco, Omar, "El Departamento de Contraloría 1917-1933", Revista de Administración Pública, núms. 57-58, (enero-junio 1984), INAP, México.

Mairal, Héctor A. "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo". El Derecho, Diario de Jurisprudencia y Doctrina. Buenos Aires. Año XXXVI, No. 9589. Septiembre 1998.

Matilla Correa, Andry, "El Contrato de Derecho público en el Derecho Alemán: Breves anotaciones", Boletín Digital del Centro de Estudios sobre Gestión Pública y Responsabilidad, s/a, Argentina.

Montiel, María José, "Comprar bien y rendir cuentas", Este País, tendencias y opiniones, núm. 258, octubre 2012.

Nava Negrete, Alfonso, "Contratos privados de la Administración Pública", Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Vargas Morgado, Jorge, "Una reflexión acerca de los contratos administrativos", Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA), No.7 Enero-Junio 2010.