

CONTRATOS PRIVADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Publicización de la actividad de particulares y privatización de la actividad del Estado*. III. *Intervencionismo administrativo. El Estado persona pública y persona privada*. IV. *Contratos de la administración pública. Contratos administrativos y contratos privados. Criterios para distinguirlos*. V. *Contratos por determinación de la ley, por libre voluntad o elección de las partes, por el objeto o por la naturaleza misma del contrato*. VI. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

A principios de este siglo escribía León Duguit “...en la historia de los pueblos se dan ciertos periodos en los que las ideas y las instituciones, aun viviendo sometidas a su ley general de evolución, experimentan una transformación particular”,¹ pues bien, refrendamos la opinión del célebre profesor de Burdeos porque en nuestros días, que son los primeros de la segunda mitad del mismo siglo XX, las instituciones jurídicas experimentan una de esas transformaciones particulares. He aquí la causa. El derecho, como producto social que es, recibe actualmente el violento impacto de ese fenómeno descomunal que es el intervencionismo de Estado, que lo sacude, agrieta o modifica sus raíces y cimientos, fenómeno que además aterra o desconcierta a los pueblos y sin que se pueda predecir su resultado final o si retrocedemos o avanzamos con él.

La nueva posición del Estado frente al individuo sepulta en el pasado las funciones de vigía y centinela que la fisiocracia había pensado para el Estado. La vieja ideología liberal ha dejado, sin embargo, sus vestigios en los textos de las Constituciones de cuño antiguo y moderno, militando

* Publicado en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. XIII, núm. 51, julio-septiembre de 1963.

¹ Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público*, trad. de Adolfo Posada, Madrid, Ed. Fco. Beltrán, p. 42.

activamente en diversas instituciones. Seguramente admitiríamos que el liberalismo o individualismo está totalmente superado pero también que no está del todo olvidado.

El intervencionismo de Estado no niega la injerencia de éste en la era liberal o individualista, simplemente significa la tónica de una radical intervención estatal. Para entender el radicalismo de la intervención reflexionemos sobre el sentido de las novísimas locuciones: “Estado-empresario” y “Estado-socio”, que nos descubren un Estado industrial o comerciante que por igual crea y dirige industrias, directa o indirectamente (por medio de organismos desconcentrados o descentralizados), que se asocia con los particulares en empresas industriales o mercantiles. Estas nuevas ocupaciones del Estado no son más que respuesta a las exigencias de la vida social contemporánea, que a su vez son provocadas fundamentalmente por el alto desarrollo económico alcanzado por los pueblos. Es aquí donde encontramos, entre otras cosas, el origen de la amplísima gama de los llamados servicios públicos industriales y comerciales.

En ejercicio de tan novedosas funciones, el Estado ha absorbido o se ha reservado la explotación exclusiva de importantes sectores de la economía nacional formando inclusive verdaderos monopolios estatales que desplazan irremisiblemente a la iniciativa privada. Impotente la voluntad individual para impedir la intromisión estatal que le resta campo de acción. Cuando logra retener para sí terrenos propios de trabajo e inversión no escapa al encuentro de la fuerza estatal que se ostenta como fuerte competidor o que impone su participación como socio, anulando la libertad individual en aras de un interés mayor, el interés público. Aun cuando pudiera pensarse justamente que no todo está invadido por la acción del Estado, que los particulares cuentan con zonas sometidas a su libre arbitrio, es indubitable que el Estado aun en esas zonas interviene. Por lo demás, nada de extraño ni de paradójico tiene en nuestros días que el Estado reduzca los campos privativos de los particulares, transformándolos en campos del Estado o campos públicos. El fenómeno se registra en las legislaciones como necesario y útil.

¿Sería prudente afirmar que el camino a que conduce el intervencionismo de Estado es el derrumbamiento total de la voluntad individual? No. Creemos que no existe una solución única ni que pueda darse por el momento. Si quisiéramos enunciar las consecuencias o transformaciones originadas por el intervencionismo de Estado en el derecho diríamos que

son dos las observadas: la publicización de la actividad de los particulares y la privatización de la actividad del Estado. Desde luego que no sabríamos dar respuesta a la pregunta de cuál de los dos fenómenos es el dominante, pues las razones que invocaríamos para la abstención son que sólo percibimos su acción y que se trata de realidades o hechos que aún no terminan su completo desarrollo. En cambio sí tenemos la seguridad en decir que de las diversas maneras en que se manifiestan esos fenómenos o transformaciones ha resultado un mayor horizonte de actividad para el Estado y un menor campo privativo para los particulares, así como la necesidad para el Estado de invocar el derecho privado a fin de poder realizar las operaciones o negocios que hagan posibles sus cometidos públicos.

El panorama que se nos ofrece es que a medida que el Estado agiganta su actividad, entran al régimen del derecho público regiones que tradicionalmente estaban sometidas al régimen, de derecho privado y cuando le es imposible extender ese régimen no se detiene, aprovecha, utiliza, se sirve del derecho privado para lograr sus tareas públicas. En condiciones tales el derecho público ha dejado de ser el único conjunto normativo encargado de regular la actividad del Estado; es imposible ya predicar de él: "...es el conjunto normativo de reglas aplicables a esta persona soberana, que determinan su organización interior y rigen sus relaciones con las demás personalidades, personalidades subordinadas si se encuentran en el territorio del Estado de que se trata; personalidades iguales, si son de otros Estados".² Es cierto que éste es el objeto del derecho público, pero es un objeto que comparte actualmente con el derecho privado. En efecto, el derecho privado que por definición de los jurisconsultos romanos ha sido el ordenamiento normativo de la actividad de los particulares ha hospedado en sus dominios reguladores a múltiples actos del Estado, es decir, que el Estado en el desarrollo de sus actividades o tareas estará sometido a dos regímenes: el de derecho público y el de derecho privado.

Entiéndase que no ha cruzado en nosotros el pensamiento de confundir el derecho público y el derecho privado al exponer que comparten en la forma apuntada el mismo objeto. Las semejanzas o lo que tengan de común por ser las partes que integran el derecho, no impiden la conveniencia de separarlos y reconocer sus diferencias tanto por las consecuencias prácticas que implican como por exigirlo así el acontecer social y económico.

² *Ibidem*, p. 68.

II. PUBLICIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE PARTICULARES Y PRIVATIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL ESTADO

Hablar de privatización de la actividad del Estado significa mayor esfera de acción del Estado, en cambio, hablar de publicización de la actividad de los particulares no representa mayor sino menor esfera de acción. Esto es en fórmula el intervencionismo de Estado. Expliquemos ahora el contenido de esta fórmula tal como se presenta y acciona en nuestros días.

Principiemos por condenar la mala formulación que de esos fenómenos suelen hacer algunos autores como Garrido Falla y Eisenmann: publicización del derecho privado y privatización del derecho público. Estas expresiones son totalmente inexactas. Aquellos fenómenos no propenden hacer público lo que es derecho privado ni viceversa. Si los efectos producidos fueran éstos, llegaríamos al absurdo de presenciar y aceptar un “derecho público” con dos caras: una de derecho público y otra de derecho privado, y un “derecho privado” con esos dos rostros, o lo que es lo mismo según la concepción de Eisenmann: una regla de derecho bien puede ser a la vez de derecho público y de derecho privado, que para nosotros tiene más bien el significado de revelar la unicidad del derecho o de lo complejo y difícil que es encontrar un criterio delimitativo de ambas ramas del derecho. Esto explica con toda claridad las expresiones usadas: privatización de la actividad del Estado y publicización de la actividad de los particulares que no aspiran a confundir en una rama del derecho lo público y lo privado jurídico.

El sentido correcto de las fórmulas expresadas es el siguiente. La publicización de la actividad de los particulares consiste en que terrenos, en los que siempre habían cultivado sus relaciones jurídicas los particulares —sometidas al régimen del derecho privado—, pasan ahora por virtud del fenómeno a formar parte de los terrenos en que cultiva sus relaciones jurídicas el Estado —sometidos al régimen del derecho público—. Como puede observarse el acontecimiento sólo produce la consecuencia de que el derecho privado pierda parte de su esfera de acción sin que ontológicamente sufra él alguna metamorfosis, como la de ser “privado y público a la vez”.

La privatización de la actividad del Estado consiste en el uso de procedimientos o técnicas de derecho privado por el Estado para la realización de sus fines. Aquí nos encontramos con una realidad de todos conocida: la amplitud de las tareas o funciones del Estado que le obligan a

rebasar los linderos del derecho público para servirse de los instrumentos del derecho privado que juzgue idóneos y necesarios. No vamos a seguir la idea obsoleta de que toda intervención del Estado es siempre y necesariamente mediante procedimientos de derecho público y que consecuentemente todo acto del Estado supone su régimen de derecho público. La privatización, como podrá comprobarse, no modifica la naturaleza propia del derecho público, y el derecho privado sólo se presta a ser utilizado sin alterar su ser propio.

Se habrá advertido que tanto la publicización como la privatización tienen de común fuente de explicación las magnas tareas del Estado contemporáneo —fundamentalmente económicas—, que le han obligado a multiplicar los campos del derecho público y a internarse en los ámbitos del derecho privado.

Desentrañado el sentido de los términos publicización y privatización, corresponde ahora exponer cómo se producen estos dos fenómenos por el intervencionismo de Estado, que señalamos como causa generadora de los mismos.

No siempre que interviene el Estado se generan los fenómenos indicados. El Estado como legislador crea leyes tanto para regular la actividad estatal como la actividad de los particulares. La legislación que dicta es de derecho público y de derecho privado, y acontece frecuentemente que ambos tipos de legislación se destinan a regir o a la actividad del Estado o a la de los particulares. Resultando verdad plena la afirmación de Eisenmann³ de declarar radicalmente falsa la fórmula: intervencionismo de Estado creación del derecho público y agregaríamos nosotros como idénticamente falaces las siguientes: derecho público: regulador único de la actividad del Estado; derecho privado: regulador único de la actividad de los particulares. En consecuencia cuando el Estado-legislador interviene no necesariamente “publiciza” o “privatiza” —en el sentido apuntado—, pues ni priva al derecho privado de algo que le corresponde ni obliga al Estado a usar el derecho privado. Por ejemplo: cuando una ley declara como servicio público la distribución de electricidad o de gas, o ciertos servicios de transporte de ferrocarriles, aéreo, etcétera, que en México como en otros países (Francia, Inglaterra) fueron actividades de empresas particulares y sometidas al derecho privado, se está “publicizando”, o

³ Eisenmann, C., “Droit public, droit privé”, *Revue de Droit Public*, núm. 4, 1952, p. 58.

sea se está sometiendo al régimen del derecho público materias antes propias de aquel otro régimen. En cambio cuando la ley permite u obliga al Estado, para resolver sus problemas o atender las necesidades públicas, a usar las técnicas o procedimientos del derecho privado, está “privatizando”, tal sucede en los casos de actos jurídicos como el contrato de arrendamiento, el de compraventa o en ciertas operaciones económicas —a que después nos referiremos— en las cuales el Estado se somete al régimen del derecho privado. Por último, hay otras leyes que no “publicizan” ni “privatizan”, se concretan a regular las relaciones jurídicas privadas ya al derecho público o al derecho privado. En el primer supuesto está la ley que reorganiza la competencia entre los distintos órganos administrativos —secretarías o departamentos de Estado— o la que regula el servicio público de defensa exterior del país o el de policía. En el segundo supuesto está la conocida Ley de Congelación de Rentas (en España de Arrendamientos Urbanos del 31 de diciembre de 1946), que regula una materia por antonomasia de derecho privado: arrendamiento, independientemente de que al hacerlo se proceda o no con justicia por beneficiar más a una de las partes contratantes: el arrendatario, con perjuicio del arrendador, e inclusive al margen de que tal como se han concebido esos ordenamientos legales representen una limitación al tradicional principio de autonomía de la voluntad, erigida en “suprema ley de los contratos”, pues en todo caso no se trata de una publicización o privatización —a pesar de ser indubitablemente intervencionismo de Estado— sino más bien —como dice Savatier— de una socialización, en la que se trata simplemente de sustituir la autonomía de la voluntad por normas de derecho imperativo.⁴

Dependerá del Estado-juez determinar, en cada caso, si la ley publica o privatiza, socializa o se mantiene conservadora, fijando criterios que orienten la opinión pública y la de los propios legisladores.

Es el Estado-administrador el que en forma más objetiva o manifiesta nos enseña el intervencionismo de Estado con apoyo en la intervención del Estado-legislador. A su intervención se la llama intervencionismo administrativo, que nos ofrece una gran variedad de grados y modalidades, en que apreciaremos mejor la publicización y la privatización, y sobre todo cuando la administración pública celebra contratos privados.

⁴ Savatier, R., *Les metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, París, 1948, p. 35.

III. INTERVENCIONISMO ADMINISTRATIVO. EL ESTADO PERSONA PÚBLICA Y PERSONA PRIVADA

El intervencionismo administrativo, que significa la más típica y acentuada expresión del intervencionismo de Estado, presenta matices tan numerosos que resulta más que imposible captarlos en clasificaciones rígidas o cerradas. Si se advierte por sus distintas tonalidades, el intervencionismo administrativo sigue una escala o trayectoria de menor a mayor intensidad. Esta trayectoria quedaría trazada entre los extremos de la tradicional función de policía y los nuevos servicios públicos industriales y comerciales de la administración pública, o sea en otros términos, de la administración pública espectadora de la actividad privada a la sustitución de ésta por la actividad pública de la administración.

En el proceso de desarrollo del intervencionismo administrativo y por las formas adquiridas para manifestarse no todo se traduce en publicización o privatización. Sin embargo, para darse cuenta más completa del campo en que se producen esos fenómenos haremos cita de los cuadros de intervencionismo administrativo contruidos por diversos autores.

En 1935 Roger Bonnard en sus *Précis de droit administratif*, en el capítulo que dedica al estudio de las intervenciones del Estado forma los siguientes grados de intervencionismo administrativo: 1) ayuda y fomento de la actividad de los particulares (aquí es de especial valor la política de fomento mediante subvenciones, subsidios y exenciones fiscales). 2) Control y vigilancia de la actividad privada, que entre las distintas modalidades que reviste la de más enérgica intervención es la de autorización previa. En efecto, la administración pública de nuestros días cuenta, entre los instrumentos más idóneos para controlar la actividad de los particulares, con el sistema de autorizaciones y permisos cuyo otorgamiento condiciona el ejercicio de los derechos de los particulares. Podemos afirmar sin titubeos que en México ese sistema es el que canaliza gran parte de la actividad económica de los particulares (sobre todo en el campo de las importaciones). 3) Sustitución de la actividad privada por la actividad de la administración. Para el autor la sustitución implica hacer servicio público lo que antes era actividad o servicio privado. El Estado o la administración pública pueden hacer un monopolio del servicio o permitir que otros particulares presten concurrentemente el mismo servicio. La administración pública puede resolver —según opinión del jurista francés— no

prestar directamente el servicio sino entregárselo a un establecimiento público o darlo en concesión.⁵

Hacemos observar que para lograr nuestro objetivo este último grado de intervencionismo es el que nos interesa examinar con mayor amplitud, lo que haremos después.

Ripert⁶ en su obra *Le déclin du droit*, preocupado por las invasiones que está haciendo el derecho público sobre campos reglamentados por el derecho privado, nos proporciona los procedimientos que el Estado emplea para alcanzar aquel resultado invasor, que él califica de regresión jurídica. La primera forma que cita es la de la *prohibición pura y simple*, que a su juicio crea un régimen que abate la iniciativa de empresa, por ejemplo las numerosas prohibiciones de hacer, de contratar que obstaculizan la realización de operaciones o transacciones que paralizan toda empresa. La segunda forma de intervención es la *autorización* que para Ripert tiene un valor jurídico distinto que para un administrativista. Para éste la autorización o permiso sólo condiciona el ejercicio de un derecho de los particulares al cumplimiento o satisfacción previa de una serie de requisitos, los cuales previstos por la norma legal garantizan el interés público de por medio. Para el privatista, la autorización —según Ripert— viene a ser una calificación jurídica del acto que se somete a ella: sin la autorización administrativa el acto carecerá de validez jurídica. He aquí una consecuencia de derecho privado producida por un acto de derecho público. Pensemos, por ejemplo, en la autorización necesaria para constituir sociedades mercantiles o para realizar inúmeros actos de comercio exterior. La tercera forma de intervención es el *mandato positivo de hacer*. La administración pública interviene para imponer obligaciones de hacer a los particulares. Ya no son el contrato privado o la ley civil en forma concreta, los únicos medios jurídicos para imponer tales obligaciones a los particulares, ahora la ley pública en forma abstracta o indeterminada impone a los particulares deberes de hacer: vender sus cosechas a una empresa (la Conasupo), explotar determinadas industrias, etcétera.

La cuarta forma es la *inspección y vigilancia* de las explotaciones privadas, que se llevan a cabo, en opinión de Ripert, a través de pretextos o motivos como la protección de los trabajadores, la recaudación de los impuestos o por medio de la constitución de empresas de economía mixta.

⁵ Bonnard, Roger, *Précis de droit administratif*, París, Sirey, 1935, pp. 12-15.

⁶ Ripert, G., *Le déclin de droit*, París, 1949, pp. 28 y ss.

La quinta y última forma de intervención, estimada como el grado máximo de intervención administrativa en el sector privado, es el de la *nacionalización*. A juicio del jurista en cita el propósito de la nacionalización es de orden político y con ella se pretende “destruir las explotaciones privadas en determinados sectores, de sustituir un sistema capitalista por un sistema de producción en manos del Estado; es —dice— un comienzo de socialización”.

En la quinta edición de su obra *Précis élémentaire de droit administratif* (1943), M. Hauriou⁷ advierte con toda nitidez los hechos que conducen a la publicización:

Las circunstancias, pueden en principio, obligar a la administración a intervenir en la distribución así como en la producción de bienes económicos, dominios tradicionalmente reservados a la iniciativa privada... en tales circunstancias, la necesidad de distribuir mejor los productos elaborados y por consecuencia de utilizar las mejores materias primas, puede incitar a la administración a tomar en sus manos la coordinación y también la dirección de la economía y por consecuencia invadir ampliamente el dominio de la vida y de las actividades privadas.

De aquí provienen las transformaciones de las empresas privadas en empresas públicas y de las actividades privadas industriales y comerciales en servicios públicos industriales y comerciales, que sólo se justifican —dice el célebre administrativista— por el interés público. No ha escapado a su observación el fenómeno de la privatización:

En principio, la ejecución de todo servicio público es una operación administrativa y los procedimientos de ejecución son administrativos, es decir, requieren del derecho administrativo, pero el principio comporta excepciones. Primeramente, la ley misma puede imponer a la administración la obligación de emplear medios de derecho común... En seguida, es sabido, que para ciertas operaciones, se ha dejado en libertad a la administración para usar sea medios administrativos sea medios civiles o comerciales...⁸

Éstas son, pues, las palabras y observaciones de un jurista que no le tocó vivir en la era actual de las nacionalizaciones y de las empresas de Estado y que, sin embargo, advirtió la posibilidad jurídica de que la

⁷ Hauriou, Maurice, *Précis élémentaire de droit administratif*, París, Sirey, 1943, p. 12, revisada y puesta al día por André Hauriou.

⁸ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

administración sometiera su conducta a las gestiones privadas y al derecho privado.

Mas de nuestros días es la opinión de dos profesores de derecho administrativo de la Facultad de Derecho de París, Paul Duez y Guy Debeyre, autores de la obra *Traité de droit administratif* (1952) que enmarcan la intervención de la administración pública en tres procedimientos: policía administrativa, servicio público y colaboración de la empresa administrativa y de la empresa privada, afirmando:

En un momento dado, en un país determinado, se estima que la satisfacción del interés general debe ser asegurado, en tal caso particular, por una intervención más o menos fuerte de la administración. La intervención mínima es el procedimiento de policía que consiste en dejar hacer al individuo y sólo limitar su actividad por disposiciones de carácter preventivo, si ella corre el riesgo de convertirse en perjudicial para el interés general. La intervención más acentuada es el procedimiento del servicio público. La administración instituye servicios para satisfacer el interés general... Este servicio puede en ocasiones entrar en concurrencia con la iniciativa privada o constituir un monopolio. Puede funcionar siguiendo los procedimientos del derecho privado (gestión privada) o recurrir a procedimientos autónomos, especiales, no teniendo su correspondiente en el derecho privado (gestión pública). Entre estos dos polos extremos, existe una zona intermedia en la cual se ve de una parte los individuos privados colaborando en el funcionamiento de un servicio público y por la otra... la administración ayudando y controlando la iniciativa privada trabajando en vista del interés general.⁹

Esta zona —dicen— intermedia se significa por dos procedimientos: la empresa privada que penetra en la empresa administrativa y la administración que penetra en la empresa privada.¹⁰

Sin llegar a ser prolijos y juzgando suficiente la opinión de los autores mencionados, satisfacemos así el interés primordial de poner de relieve los siguientes hechos, ya con categoría de obvios: 1) el intervencionismo administrativo; 2) grados mínimos y máximos de manifestarse; 3) la actualización de los fenómenos de publicización y privatización; 4) el uso del procedimiento de derecho público o de derecho privado por la administración pública para satisfacer el interés general.

⁹ Duez, Paul y Debeyre, Guy, *Traité de droit administratif*, pp. 6-7, 10.

¹⁰ *Ibidem*, p. 554.

Es la actividad económica del Estado el origen del intervencionismo administrativo —sobre todo en sus extremismos— con todas sus consecuencias, que aún no terminan de producirse. Obligado por las circunstancias, el Estado contemporáneo ha olvidado o roto los viejos moldes del derecho para buscar otros que le permitan realizar eficazmente sus tareas económicas. El derecho público que tradicionalmente ha organizado al Estado y regulado sus actividades, ha perdido este último monopolio. Sus principios, estructuras y medios han resultado insuficientes e inadecuados para regular al nuevo Estado-empresario. El derecho privado que en irreconciliable antagonismo con el público monopolizó por siglos la actividad de los particulares, convencido de que ésta era su única meta y zona de aplicación, ha venido perdiendo día tras día parte de sus dominios y se ha visto en la necesidad de mirarse utilizado en actividades del Estado, sin que lo impidan las teorías o filosofías, pues siempre los hechos y la realidad social han impuesto su superioridad. Resulta inobjetable —incluso teóricamente— que la administración pública pueda someterse al régimen de derecho público o excepcionalmente al régimen del derecho privado o a ambos a la vez en determinadas operaciones.

La administración pública moderna ha requerido de una especial organización económica y de nuevos procedimientos jurídicos, no sólo los del derecho privado sino de otros dentro del mismo derecho público. A las instituciones jurídicas administrativas tradicionales se han unido otras de acentuado carácter económico, cuyo régimen jurídico ha permitido la convivencia de las dos ramas que forman el derecho: el derecho público y el derecho privado, trayendo consigo todos los problemas de límites y fronteras que no han resuelto ni filósofos ni juristas. Esto es explicación de porqué al estudiar el régimen jurídico a que están sometidos los contratos que realiza la administración pública no vacilamos en afirmar que es de derecho público o de derecho privado y, consecuentemente, que podemos admitir y sostener la existencia jurídica de los contratos administrativos públicos y de los contratos privados de la administración.

Frente a la realidad que nos han impuesto las ideas precedentes, no deseamos discutir ni afiliarnos a una teoría que filosóficamente nos enseñe el carácter o si se quiere la personalidad con que el Estado o la administración pública actúa al contratar. Sabemos por ejemplo que entre las teorías más aceptadas o toleradas para explicar los actos privados del Estado están la de la doble personalidad del Estado, es decir, personalidad de derecho

público y de derecho privado, y la de la única personalidad con doble manifestación de voluntad: de derecho público y de derecho privado. De entre ellas la sostenida por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia es la teoría de la doble personalidad, que también acoge nuestra legislación administrativa.¹¹

Cualquiera que sea la teoría que se invente o construya siempre se moverá en redor o frente a una realidad incontrovertible: el Estado, la administración puede, y así lo hace, someter sus actos al régimen del derecho privado.

Hoy —dice Laubadère— y después de mucho tiempo, la teoría de los contratos de la administración descansa sobre la distinción fundamental de los contratos administrativos propiamente dichos y de los contratos de derecho común —(o de derecho privado) celebrados por la administración... La distinción misma es hoy indiscutida. Los tribunales la aplican cotidianamente. Ella no constituye más que una manifestación —una de las más características— de ese principio general de nuestro derecho administrativo según el cual las colectividades públicas, en la realización de sus actividades jurídicas, emplean paralelamente tanto los procedimientos de la gestión pública como los de la gestión privada.¹²

En consecuencia no basta como se había creído y pensado tradicionalmente que intervenga la administración pública en un contrato para que éste sea administrativo, pues este calificativo no depende de la cualidad de su autor ya que “...el hecho de que un agente administrativo determinado haya contratado no basta para engendrar el contrato administrativo; ese agente podrá, en efecto, recurrir también al procedimiento de la gestión privada implicando el contrato ordinario de derecho privado”.¹³

¹¹ Sobre la teoría de la doble personalidad del Estado véase: tesis núm. 451, tomo II, p. 875; tomo II C. S. J. de la Fed., V Época; tomo XXXIV S. J. de la Fed.; tomo XXXV, p. 1112; tomo LXI, p. 218; tomo LXX, p. 3376. Algunos ministros de la Suprema Corte sostienen la tesis de la personalidad única del Estado, como el C. ministro José Rivera Pérez Campos, ponente en el Toca 4532/52/2a., de fecha 17 de febrero de 1954.

¹² Laubadère, André de, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1956, t. I, pp. 8 y 9.

¹³ Duez y Debeyre, *op. cit.*, nota 9, p. 192.

IV. CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS. CRITERIOS PARA DISTINGUIRLOS

¿Qué criterios se han seguido o podemos seguir para resolver si el contrato que celebra la administración pública es un contrato administrativo o un contrato privado? Mientras se vivió bajo el reinado del derecho privado sobre el cual legisló el Código Napoleón, es decir, durante todo el siglo XIX, era más que imposible pensar en la existencia de contratos públicos. No era factible concebir un contrato si no era la expresión del libre juego de las voluntades particulares, colocadas en un plano de igualdad. Ningún contrato como tal podía escapar a la suprema ley de la autonomía de la voluntad, que como predica Gounot:¹⁴ “...Posee, en el dominio del derecho, un verdadero poder creador”, o según frase de Colin y Capitant:¹⁵ “es la voluntad de las partes la que dice el derecho”. Era imposible la coexistencia de estas ideas, que configuraban el contrato, con las características del contrato administrativo en que priva el elemento normativo y no el consensual o contractual.

En el momento en que el Estado se ve en la necesidad de romper con las ataduras del liberalismo para iniciar su intervención, en el mismo momento empieza la destrucción del principio de la autonomía de la voluntad, sostén principal de la noción clásica de contrato. No sólo los intereses de los particulares importaban en los contratos, también los intereses de la colectividad merecían especial atención. Buscando precisamente el equilibrio o la igualdad entre ambas clases de intereses, el Estado legisla imponiendo limitaciones y prohibiciones, regulando cómo deben formarse y ejecutarse determinadas relaciones jurídicas, sacrificando la libertad de los contratantes. La celebración y ejecución de los contratos se ven dirigidas por el Estado y entonces nace lo que Josserand denomina *dirigismo contractual*.¹⁶ Ripert hace una gráfica de esta situación:

En la mesa del contrato se reserva entonces una silla para un tercero que preside ahora el acuerdo de las partes con voz y voto, y sin el cual no tendrá ningún efecto ni valor lo que se haga. Su presencia no es luego lo im-

¹⁴ Gounot, Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté*, París, 1912, pp. 2 y 3,

¹⁵ Colin y Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, 3a. ed., París, 1921, t. II, p. 257.

¹⁶ Josserand, L., *Revue Trimestrielle du Droit Civil*, París, 1937, p. 2.

portante, sino su intervención, que comenzó a hacerse efectiva, primero tímidamente en el contrato de trabajo, luego en el de mutuo y en el de locación de inmuebles, y por último ya en forma categórica y absoluta en el de compraventa.¹⁷

Aquí empezó propiamente el carácter normativo del contrato.

Pero el Estado contemporáneo no se detiene ni se contenta asumiendo sólo el papel de director o rector de los contratos privados, avanza y celebra contratos con los particulares, dando origen a un cambio en los rasgos característicos o clásicos del contrato o bien priva al derecho privado, a los contratos civiles, materias que por mucho tiempo estuvieron bajo su égida. Esto no es más que la “privatización” y la “publicización” que hemos connotado. Estas transformaciones han hecho clamar con cierta amargura o escepticismo a Ripert: “...el derecho declina”. Sí declina, pero sólo —como dice Bercaitz— el derecho individualista del siglo XIX.¹⁸

Los primeros criterios que se dictaron para diferenciar ambos tipos de contratos se debieron a la necesidad de determinar el tribunal competente para conocer de las controversias que suscitaron: o la jurisdicción administrativa o los tribunales judiciales. El constituyente francés de 1790 resolvió separar tajantemente los negocios de la administración de los negocios judiciales: había el temor de volver al sistema de los parlamentos. La dualidad de jurisdicciones impidió a los tribunales judiciales conocer de los procesos en que fuera parte la administración. Consecuencia de estas ideas, seguidas por el Consejo de Estado, fue el sustraer al conocimiento de los tribunales judiciales de todos los contratos en que la administración fuera parte. No interesaba la naturaleza o el objeto del contrato sino su autor. Se estaba ante la concepción imperialista del acto administrativo que no admitía la ingerencia de los tribunales judiciales que sólo eran competentes para apreciar los actos privados.

De la teoría del autor del acto se pasó a la teoría del fin del acto. Para que los tribunales judiciales se inhibieran de conocer de un acto de la administración era necesario que el mismo tuviera como finalidad satisfacer necesidades de interés general. Es decir, que ante la variedad de casos, el juez competente sería tanto la autoridad administrativa como la autoridad judicial, la primera como guardiana del interés general y la segunda del interés privado. Esta teoría terminó con la rigidez de la primera.

¹⁷ Ripert, G., *op. cit.*, nota 6, p. 41.

¹⁸ Bercaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1952, p. 84.

Empero, la doctrina que arrojó más claridad en el criterio para distinguir los contratos fue la de *los actos de autoridad o de poder público y los actos de gestión*, que fue formulada por primera vez en la obra de M. Laferrière, *Jurisdiction et Contentieux* (1887). Después de la Ley del 24 de mayo de 1872 que dio jurisdicción delegada al Consejo de Estado francés, y tras el fracaso del movimiento que se propuso terminar con el contencioso administrativo y entregar todas las contiendas de la administración a los tribunales judiciales, se sintió más la necesidad de distinguir los actos administrativos del conocimiento de autoridades administrativas y judiciales. A este propósito atendió la división de actos administrativos de autoridad y de gestión, que tuvo su fuente en la teoría que divide al Estado en Estado-fuerza pública y Estado-persona moral.

Los actos de autoridad, en que el Estado actúa por vía de mando, dando órdenes, haciendo uso de la fuerza pública y de su autoridad, serán de la competencia de las autoridades administrativas (Consejo de Estado).

En cambio, los actos de gestión, en que el Estado se despoja de su *imperium* para actuar en las mismas condiciones que los particulares, son de la competencia de los tribunales judiciales. De esta manera los primeros actos darían lugar a contratos públicos y los segundos a contratos privados, y no obstante esta consecuencia lógica, Laferrière consideraba que los contratos celebrados por la administración pertenecían a la categoría de actos de gestión: “El hecho que la administración contrate para asegurar un servicio público no excluye, por sí mismo, la competencia judicial. Ella subsiste en principio, pues las compras y las otras convenciones celebradas en vista de servicios públicos son casi todas simples actos de gestión y no actos de fuerza pública...”.¹⁹

Hacía falta, sin embargo, precisar el contenido de las dos categorías de actos que fundamentaban la distinción. Para ello Laferrière expresó:

Una doble misión, incumbe a la autoridad administrativa. De una parte está encargada de velar por la riqueza pública y de su empleo, asegurar la percepción de los ingresos de toda clase y su aplicación a los servicios públicos. Los actos que cumple para llenar esta misión son los que se llaman actos de gestión. De otro lado, la administración es depositaria de una parte de autoridad, de poder, que es uno de los atributos del Poder Ejecutivo. Está encargada de hacer cumplir las leyes, de regular la marcha de los servicios públicos, de procurar a los ciudadanos las ventajas de una buena

¹⁹ Laferrière, M., *Traité de la jurisdiction administrative*, 2a. ed., t. I, p. 595.

policía. La administración obra entonces como autoridad, como poder, y los actos que realiza son actos de mando o de poder público.²⁰

A pesar de la claridad de esos términos, Duguit los calificó de fórmulas vagas, que requerían mayor precisión, pues se trataba de una teoría aceptada unánimemente por las escuelas y por los tribunales, aplicada por la jurisprudencia tanto judicial como administrativa.²¹

Berthélemy, para quien los actos de autoridad y los actos de gestión eran un dogma intangible, se gloriaba de haber logrado mayor claridad a las ideas de Laferrière en su *Tratado elemental de derecho administrativo*, pues decía: “Los actos de gestión son actos como los que todo el mundo puede realizar en la administración de un patrimonio particular, y que no implican para nada la existencia del poder público”.²²

No obstante —dice Badaoui— el rigor de esta teoría que excluye del contencioso-administrativo todos los contratos celebrados por la administración, existían, en efecto, un buen número de contratos de autoridades públicas que eran remitidos por la ley a la jurisdicción administrativa. Es que en efecto, al lado del contencioso-administrativo por naturaleza había el contencioso por determinación de la ley, y éste comprendía, gracias a una interpretación extensiva o también forzada de los textos, una importante parte de contratos celebrados por las colectividades públicas.²³ Es decir, que si en principio se estimó que cuando la administración contrataba realizaba actos de gestión y éstos eran de la competencia de los tribunales judiciales, los que sólo conocían de los actos privados, tales contratos eran privados o sometidos al derecho común o civil. Pero se admitía o reconocía la existencia excepcional de contratos públicos cuando la ley encargaba a los tribunales administrativos ciertos contratos. Lo normal era, en suma, bajo el dominio de esta doble clase de actos de la administración, que todos los contratos que celebrara esta última serían contratos privados, salvo que la ley en algunos casos determinara la existencia de contratos públicos al remitir su conocimiento contencioso a los tribunales administrativos. Era la voluntad del legislador la que determinaba el carácter administrativo del contrato. Y así se pudo definir al contrato administrativo diciendo: “Es contrato adminis-

²⁰ *Ibidem*, p. 22.

²¹ Duguit, L., *op. cit.*, nota 1, p. 245.

²² Berthélemy, H., *Traité élémentaire de droit administratif*, 7a. ed., París, p. 139.

²³ Badaoui, Saraoit, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, París, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955, p. 9

trativo todo contrato celebrado por una colectividad pública y cuyo conocimiento es atribuido por un texto legislativo a los tribunales administrativos. Todos los otros contratos caen bajo el régimen del derecho común y son de la competencia del orden judicial”.²⁴

El reinado de esta teoría duró hasta los primeros años del siglo XX. Había sido objeto de críticas severas. Desde luego se objetaba la rigidez que implicaba la división de actos de autoridad y actos de gestión, que excluía del contencioso administrativo por naturaleza todos los contratos celebrados por la administración, negando así la parte de autoridad que ellos contenían. Se llegó incluso a negar valor a la teoría por las consecuencias a que daba lugar:

Esta distinción —decía en sus conclusiones el comisario del Gobierno, Teissier, formuladas ante el Tribunal de Conflictos en el asunto *Feutry* el 29 de febrero de 1908— no tiene ninguna base legal, no descansa sobre nada real y no responde en modo alguno a la realidad de los hechos. La verdad es que todos los actos realizados por el poder público y sus agentes para asegurar la gestión de los servicios públicos constituyen aplicaciones de leyes y reglamentos administrativos... Se puede decir que jamás el poder público y sus agentes obran en las mismas condiciones que los particulares.²⁵

En este sentido se pronunció León Duguit que al comentar a Teissier expresa: “He ahí el punto esencial bien establecido: cuando la administración interviene, no lo hace nunca como lo haría un particular, y esto porque persigue un fin propio: el funcionamiento legal de un servicio público”.²⁶ Hay seguramente una contradicción en Duguit entre esta afirmación y las que hace en otras partes de la misma obra negando la existencia de los contratos administrativos: “Es esta una expresión —la de contrato de derecho público— que no tiene sentido, y es un sofisma peligroso que se propone nada menos que dar una base jurídica a la arbitrariedad del Estado. La noción de contrato es una y los efectos del contrato son los mismos en derecho público que en derecho privado”,²⁷ en otra parte dice:

La vieja concepción de los contratos de derecho público que autorizaba al Estado para sustraerse a las obligaciones contractuales, ha pasado. El con-

²⁴ *Ibidem*, p. 10.

²⁵ Duguit, León, *op. cit.*, nota 1, p. 248.

²⁶ *Ibidem*, pp. 248 y 249.

²⁷ *Ibidem*, p. 230.

trato es un acto jurídico que tiene el mismo carácter en derecho público que 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.²⁸

¿Cómo es posible que contratando la administración actúe como un particular y no suceda lo mismo cuando interviene en el funcionamiento de un servicio público?, ¿es que el funcionamiento de un servicio público excluye toda contratación de la administración? Imposible a nuestro juicio.

Pero si ésta es la crítica demoledora de la doctrina, la jurisprudencia también colaboró en ella, desvirtuando la rigidez de la teoría. El Consejo de Estado francés deseando aumentar su competencia dio frecuentemente una amplia interpretación a los textos legales para sustraer del derecho común a todos aquellos contratos que a su juicio tenían una naturaleza propia de derecho público.

El primer paso que dio la jurisprudencia francesa para abandonar esa teoría fue con la *célebre arrêt* Blanco del Tribunal de Conflictos del 8 de febrero de 1873, en el que se fijó la competencia de la jurisdicción administrativa con base en la noción de servicio público calificando de administrativo al contrato celebrado por la administración con objeto de organizar o asegurar el funcionamiento de un servicio público. Sin embargo, el desarrollo de estas ideas se hizo hasta 1903, en que casi puntualmente es abandonada en forma total la teoría evangelizada por Laferrière de los actos de autoridad y los actos de gestión, que delimitaba la competencia de las jurisdicciones administrativa y común. Es ahora la noción de servicio público la que va a dar lugar a un nuevo criterio de distinción. En la fecha señalada el comisario de gobierno francés Romieu, en el caso Terrier, expresó:

Todo lo que concierne a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, generales o locales, sea que la Administración actúe por vía de contrato, sea que proceda por vía de autoridad, constituye una operación administrativa que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa en cuanto a los litigios a que den lugar y de cualquiera suerte que ellos sean.²⁹

²⁸ *Ibidem*, p. 259.

²⁹ Badaoui, *op. cit.*, nota 23, p. 16.

Pero esta tesis en opinión misma del comisario de gobierno no quería decir que fuera suficiente para calificar de contrato administrativo el que persiguiera como fin un servicio público, pues reconoció que en ocasiones la administración tenía que actuar en las mismas condiciones que los particulares y por lo tanto quedar sometida a las leyes y jurisdicciones del orden común:

...puede suceder que la administración, actuando no como persona privada sino como persona pública, en interés de un servicio público propiamente dicho, no invoque el beneficio de su situación de persona pública y se coloque voluntariamente en las condiciones del derecho privado... se trata de actos que interesando a la comunidad, revisten la forma de la gestión privada y deciden mantenerse exclusivamente sobre el terreno de las relaciones de particular a particular en las condiciones del derecho privado.

Llegando a la siguiente conclusión: "...el Estado se obliga como persona de derecho civil en los términos del derecho común y se encuentra sometido desde este punto de vista, a las reglas del derecho civil".³⁰

Con esto la teoría del servicio público había conservado lo justo y verdadero de la tesis anterior con una sola modificación en sus consecuencias. Ahora la regla general era la celebración de contratos administrativos y la excepción los contratos privados, a diferencia de la teoría anterior que invertía las reglas, la general: contratos privados de la administración, la excepción: contratos públicos de la administración por voluntad del legislador. Sobre todo el carácter del contrato administrativo ya no dependería de que la ley atribuyera su conocimiento a la jurisdicción administrativa. Ahora para ser contrato administrativo era suficiente con que el contrato se refiriera a la organización o funcionamiento de un servicio público. La jurisprudencia francesa no limitó ni limita actualmente la noción de contrato administrativo a los contratos atribuidos por la ley a la competencia administrativa.

Esta teoría de la noción de servicio público para explicar el carácter o el porqué de los contratos administrativos tuvo gran apoyo y fuerza en las ideas de Duguit —que imperaban entonces, principios del siglo XX— y que sostenían la formación del derecho administrativo alrededor de la noción de servicio público. El Estado no se explicaba sino para organizar y asegurar la prestación de los servicios públicos; el derecho administrativo era un conjunto de normas encargadas de regular esa organización y fun-

³⁰ Labaudère, A., *op. cit.*, nota 12, p. 31.

cionamiento de servicios públicos. En consecuencia todos los contratos celebrados por la administración con tal fin serían administrativos. Es decir, que en definitiva esta tesis hizo y sostuvo el siguiente postulado: en principio y generalmente todos los contratos celebrados por la administración que tengan por objeto un servicio público serán contratos administrativos y, excepcionalmente, tales contratos serán de derecho privado cuando el Estado voluntariamente se somete a este régimen en igualdad de situación con los particulares, aun cuando se refieran a un servicio público.

Pero ni la doctrina que vio su base en la cualidad del autor (la administración pública) del contrato ni la que derivó el carácter administrativo del contrato por su fin (interés general, servicio público) han sido definitivas ni acertadas, ni menos aún las que nos sirven para determinar actualmente el carácter público-administrativo o privado de los contratos celebrados por la administración. ¿Cuál es por fin el o los criterios a seguir?

V. CONTRATOS POR DETERMINACIÓN
DE LA LEY, POR LIBRE VOLUNTAD O ELECCIÓN
DE LAS PARTES, POR EL OBJETO O POR LA NATURALEZA MISMA
DEL CONTRATO

Hoy es indiscutible que la administración pública celebra contratos administrativos y contratos privados. Su utilización obedece a la complejidad de las necesidades generales o colectivas que tiene que atender y satisfacer la administración. Obligada a emplear o a servirse de los instrumentos jurídicos que le proporciona el derecho, frecuentemente se coloca en la misma situación jurídica de los particulares y celebra contratos privados. ¿Cómo saber si el contrato celebrado es administrativo o privado?, ¿cómo se descubre que la administración quiso celebrar un contrato de derecho común?

No hay desde luego un criterio único. Son por el contrario diversos los motivos o las circunstancias por las que se puede calificar a un contrato como administrativo o como privado. Las razones o criterios que se conocen y que a nuestro juicio son aplicables al medio jurídico administrativo mexicano, para determinar si un contrato es administrativo o privado, son:

- Por determinación de la ley.
- Por libre voluntad de las partes.
- Por el objeto o por la naturaleza misma del contrato.

Dentro de estas categorías ubicaremos la naturaleza de los contratos de la administración. Rechazamos, por anacrónicas y desacertadas, las ideas de quienes ven inútiles las categorías apuntadas, afirmando que no hay más contrato que el privado, que cualquier contrato que no reúna las características esenciales al mismo: la voluntad libre de las partes como suprema ley del contrato, los efectos *inter partes* del contrato, la inmutabilidad de sus cláusulas, no podrá ser calificado de tal, y por vía de consecuencia, no reuniendo estos caracteres el contrato administrativo, le niegan existencia jurídica de contrato. Estas ideas equivocadas y desorientadas culminan con una frase que les sirve de escapatoria: el contrato está en crisis, condenando así la verdadera realidad que es la transformación de la noción de contrato —que no es privativa del derecho privado— y de su aplicación a zonas antes insospechadas.

1. *Contratos por determinación de la ley*

Debemos advertir primeramente la realidad de que no conocemos una ley sobre contratos administrativos de ningún país. Su existencia facilitaría enormemente la tarea que desarrollamos porque ello nos permitiría sostener que fuera de los contratos regulados en la ley, los demás que celebrara la administración serían contratos privados. Su ausencia, por el contrario, viene a poner de manifiesto la complejidad del problema, que ni países como Francia, que van a la vanguardia del derecho administrativo, han podido dictar una.

En sistemas jurídicos como el francés, el principio ha sido y es aplicado en forma muy particular. Basta que la ley atribuya el contencioso del contrato al conocimiento del juez administrativo (al Consejo de Estado o a uno de los tribunales administrativos) para que el contrato sea administrativo y, viceversa, es suficiente que el legislador resuelva el contencioso del contrato en manos de los tribunales judiciales para que el contrato sea privado. Esto acontece sin importar que por su naturaleza misma el contrato fuera distinto y contrario a lo dispuesto en el mismo por las partes. Sin embargo, la propia jurisprudencia administrativa francesa le ha negado el carácter de regla absoluta resolviendo en ocasiones que tal atribución no es suficiente para la calificación del contrato. La misma doctrina administrativa de los franceses reconoce la relatividad de esa regla.³¹

³¹ Véase por ejemplo Laubadère, *Tratado de contratos administrativos*, cit., nota 12, t. 1, p. 81; Lamarque, *Investigaciones de aplicación del derecho privado sobre servicios públicos*, pp. 21 y ss.

En México no opera así el principio. No contamos con una ley general de contratos de la administración o de contratos administrativos, ni siquiera con una ley reguladora de un contrato administrativo. Precisamente una de las cuestiones más debatidas en nuestro medio jurídico ha sido el de la necesidad de una ley que reglamente el artículo 134 de la Constitución que se refiere al contrato de obra pública, que indudablemente es un contrato administrativo. Sobre este punto el doctor Andrés Serra Rojas sostiene, con todo acierto, que el referido precepto constitucional no puede aplicarse si no existe la ley reglamentaria correspondiente.³² Existen disposiciones aisladas como decretos o acuerdos expedidos por la Secretaría del Patrimonio Nacional en que se da un régimen jurídico exorbitante de derecho común a los contratos de obras públicas.³³ La ausencia de esa ley se acompaña con la falta de un criterio seguido por el legislador para determinar en cada caso si el contrato es administrativo o privado. No podríamos sostener, como en Francia, que cuando el contencioso del contrato se atribuye a un juez administrativo, aquél adquiere por este solo hecho el calificativo de administrativo; es decir, que no es posible hacer depender la naturaleza administrativa del contrato de la atribución que haga el legislador del contencioso de él a un juez administrativo. Es cierto que a veces resulta aceptable e incontrovertible ese procedimiento, como en el caso de las controversias que origine el cumplimiento e interpretación de los contratos de obra pública que se dejan al conocimiento de un tribunal administrativo: el Tribunal Fiscal de la Federación (artículo 160, fracción IX del Código Fiscal de la Federación, reformado por Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 30 de diciembre de 1961).

A nadie se le ocurriría poner en duda el carácter público administrativo de ese contrato tras lo dispuesto por el legislador. Pero no siempre sucede así. No es bastante que sea un juez administrativo el que conozca de la contención a que dé lugar un contrato para que éste sea administrativo, y esto en atención a la especial organización jurisdiccional impuesta por la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que dispone por ejemplo: “Los jueces de Distrito, a que se refiere la segunda parte del artículo

³² Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo*, p. 1084.

³³ Reglas generales que norman la intervención de las Secretarías del Patrimonio Nacional y de la Presidencia en las obras públicas, Decreto publicado en el *Diario Oficial* del 16 de febrero de 1959; Reglas para la intervención en los actos y contratos de obras, publicadas en el *Diario Oficial* del 28 de marzo de 1961.

40, conocerán indistintamente de la materia penal, administrativa y civil, en los términos de los artículos anteriores” (artículo 46). ¿Cómo calificar a lo “contencioso contractual” de que conocen estos jueces?, ¿administrativo?, ¿civil? Citemos otro caso, el del artículo 43 del propio ordenamiento que fija la competencia de los jueces de Distrito del Distrito Federal en materia civil y cuya fracción II les da intervención en: “De los juicios que afecten bienes de propiedad nacional”, cuando que tales afectaciones de presentarse debían conocerse por un juez de Distrito en materia administrativa ya que la cuestión se tiene que resolver conforme a la legislación administrativa que forma su régimen jurídico.

El legislador mexicano ha dejado al destinatario de su obra y principalmente al juzgador la tarea de constatar o escudriñar el carácter administrativo o privado de los contratos que ha regulado. Buscar en cada ley, en cada caso en que el legislador obró regulando los actos contractuales de la administración, es la labor en definitiva por hacer, para saber qué contratos celebrados por la administración son contratos administrativos o privados por determinación de la ley. En este supuesto, son contratos privados de la administración los contratos de venta y de uso a que se refiere el párrafo 2 del artículo 8o. de la Ley General de Bienes Nacionales. El párrafo 1 de este precepto habla de los bienes de dominio público nacional y respecto de ellos dice el segundo párrafo aludido: “Se registrarán, sin embargo por el *derecho común*, los aprovechamientos accidentales o accesorios compatibles con la naturaleza de estos bienes, como la venta de frutos, materiales o desperdicios, o la autorización de los usos a que alude el artículo 29”. Esta norma legal previene dos contratos privados: el de compraventa de frutos, materiales o desperdicios y el de arrendamiento del artículo 29 al que remite y que dice: “No pierden su carácter de bienes destinados a un servicio público los que, estándolo, fuesen sin embargo, aprovechados temporalmente en todo o en parte para otro objeto que no pueda considerarse como servicio público, mientras no se dicte la declaración respectiva en la forma prevista por el artículo anterior”, o sea que estos bienes pueden ser objeto de un contrato de arrendamiento entre la administración y un particular regido como el anterior por el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. La misma ley fija el carácter privado de los contratos que realice la administración con los bienes de dominio privado de la Federación: “Los bienes de dominio privado pueden ser objeto de todos los contratos que regula el derecho co-

mún. Se exceptúan solamente los de comodato y las donaciones no comprendidas en el artículo 38” (artículo 48).

Los ejemplos citados son comprobatorios de que la administración celebra contratos privados por determinación de la ley. Sin embargo, no siempre hay que confiarse en lo que expresa el legislador. Hay ocasiones en que imprudentemente y sin ninguna base técnica resuelve situaciones en forma equívoca o contradictoria como en el caso que referimos a continuación. La vigente Ley de Aguas de Propiedad Federal (*Diario Oficial*, 31 agosto 1934), regula fundamentalmente el aprovechamiento de las aguas de propiedad federal, estimándolo de utilidad pública. Este aprovechamiento se hace primeramente mediante un permiso provisional (acto administrativo). Si transcurridos dos años de la utilización de las aguas no se ha presentado oposición alguna al otorgamiento de ese permiso, se otorgará la concesión definitiva (acto administrativo) (artículos 15, 25 y 29). Pues bien, cuando uno de estos actos administrativos dé origen a una controversia —sobre todo nos interesa prevenirlo respecto del contrato-concesión— la misma será constitutiva de una controversia administrativa motivando lo contencioso-administrativo. En consecuencia el juez que debía conocer de tales controversias es un juez de lo contencioso-administrativo (en nuestro medio jurisdiccional: juez de Distrito en materia administrativa, Sala Administrativa de la Suprema Corte, etcétera), y esto porque el acto que motiva la controversia es un acto administrativo (contrato-concesión de aprovechamiento de aguas). Empero, contrariamente a lo anterior aconsejado por la técnica jurídica, la Ley que comentamos dispone: “Son competentes los Tribunales de la Federación para conocer de los juicios que se intenten con motivo de la aplicación de esta ley. Igualmente lo serán para conocer de los delitos cometidos en infracción de las disposiciones de la misma y para imponer el castigo a los responsables” (artículo 102) que se complementa con el artículo 103 que reza: “Será juez competente para conocer de los *juicios civiles* de que antes se ha hablado, el de Distrito que corresponde al lugar en donde se haga o deba hacerse el aprovechamiento o utilización de las aguas de que se trata. Si más de un juez fuere competente, conocerá cualquiera de ellos, a elección del actor”. Es decir, que en los términos de los preceptos transcritos es un juicio civil y no un juicio administrativo el que se incoar para resolver una controversia administrativa ¿Será que para la ley el contrato-concesión de aprovechamiento de aguas de propiedad federal es

un contrato civil? Tal parece que éstas son las consecuencias a que nos conducen esas disposiciones que desde luego nosotros rechazamos absolutamente.

Existen numerosos contratos de la administración respecto de los cuales el legislador ha guardado silencio en la determinación del régimen jurídico que les corresponde. No se sabe si para su formación y ejecución han de seguirse procedimientos de derecho público o procedimientos de derecho común. Es necesario en estos supuestos examinar si la regulación que hace la ley de su contenido obliga a una construcción contractual, cuyas cláusulas y objeto salen de la órbita de las reglas propias al derecho común y, en consecuencia, el contrato será sometido a las normas o criterios de derecho público. Una de las formas empleadas por el legislador para obtener este resultado es imponer a estos contratos cláusulas exorbitantes de derecho común, es decir, cláusulas que no aceptarían para su contenido y formación cualesquier contrato de derecho común. Por ejemplo, una de esas cláusulas exorbitantes muy usada en nuestra legislación administrativa es aquella que autoriza a la administración para modificar unilateralmente el contrato. En estas condiciones se encuentran los llamados contratos-concesión, de naturaleza contractual-reglamentaria, en los que la administración conviene con el particular en conservar la facultad de modificar o rescindir unilateralmente el contrato cuando el interés o el servicio público lo requieran. Así lo imponen las leyes reguladoras de estos contratos. El sistema es adoptado también en forma expresa en la celebración de los contratos de obras públicas, pese a que ninguna legislación ni doctrina de cualquier país niegan su indudable naturaleza de contrato público. En el decreto que expidió la Secretaría del Patrimonio Nacional para hacer conocer e imponer las reglas generales que norman la intervención de las Secretarías del Patrimonio Nacional y de la Presidencia en las obras públicas (*Diario Oficial* del 16 de febrero de 1959) se dijo: “La Secretaría del Patrimonio Nacional queda autorizada para objetar y suspender cualquier obra que se realice cuando a consecuencia de su intervención en los términos del artículo anterior, descubra alguna irregularidad en los contratos, presupuestos y estimaciones...” (artículo 4o., primer párrafo), para después expresar en el segundo párrafo y último de este mismo artículo:

En el caso de que la irregularidad sea grave a juicio de la mencionada Secretaría, ésta queda facultada para declarar la rescisión o cancelación del

contrato de obras, o bien para exigir la reposición de la obra por cuenta exclusiva del contratista o contratistas, independientemente de que se ejerciten, en su caso, las acciones civiles o penales que correspondan en contra de los responsables.

Estas facultades que se dan a la administración en ningún caso se podrían otorgar a una de las partes contratantes en un contrato privado por lo dispuesto imperativamente por el artículo 1797 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales: “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”. Y la Suprema Corte ha opinado en los términos que apuntamos:

En cuanto al fondo del negocio debe manifestarse lo siguiente: el quejoso sólo invoca como violado el principio de derecho civil, según el cual las obligaciones que emanan de un contrato no pueden quedar, en cuanto a su validez y cumplimiento, al arbitrio de una de las partes. Este principio de observancia obligatoria sin excepción alguna cuando de relaciones civiles entre particulares se trata, sí admite excepción cuando se refiere a actos administrativos... (*Semanario Judicial de la Federación*, tomo XXVIII, p. 1187.

No es potestativo para la administración ni para su cocontratante particular aceptar esas facultades en el contrato, pues el artículo 6o. del Decreto resuelve:

En todos los contratos de obras que a partir de la vigencia de este Decreto se formalicen, se establecerá una cláusula por virtud de la cual los contratistas manifestarán su expresa conformidad en someterse a lo dispuesto por el último párrafo del artículo 4o. de este Decreto. Sin este requisito el contrato no podrá autorizarse por la autoridad a quien compete esa facultad.

En consecuencia cuando el legislador no ha determinado en forma expresa el régimen jurídico, público o privado del contrato de la administración, procede analizar el contenido clausular del contrato que fija el legislador.

No siempre es posible decir que un contrato de la administración es íntegramente administrativo o privado, o sea que esté únicamente sometido al derecho administrativo o al derecho privado. Son tan complejas las actividades de la administración que sus relaciones jurídicas con los particulares participan de esa complejidad. El resultado de esta realidad es la existencia de contratos regulados por disposiciones de ambas cate-

gorías de derechos. Puede suceder que un contrato celebrado por la administración se vea regulado en parte por normas legales de derecho público y en parte por normas de derecho privado, o bien, que las normas de derecho privado sean supletorias de las normas de derecho público. Por ejemplo, a propósito de los contratos-concesión para explotar los recursos mineros propiedad de la nación, la Ley Reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia de explotación y aprovechamiento de recursos minerales (*Diario Oficial* del 6 febrero de 1961) dispone:

Artículo 9o. Se consideran actos de comercio sujetos a las disposiciones de la legislación mercantil, en lo que no se encuentre previsto en esta Ley;... II. Los contratos que tengan por objeto la explotación de lotes mineros o la enajenación de derechos mineros... Los actos y contratos que afecten a asignaciones o concesiones se regirán en cuanto a su forma, por las reglas establecidas por el Código Civil del Distrito y Territorios Federales, en todo lo no previsto por esta Ley y su Reglamento.

Esta situación no sólo priva en los contratos celebrados por la administración, sabemos de muchos contratos celebrados entre particulares que conforme a nuestra legislación dependen en su validez o existencia jurídica de actos administrativos regulados por leyes administrativas.

La circunstancia nada intrascendente de que concurren, por decirlo así, normas de derecho público y normas de derecho privado para regular un contrato realizado por la administración crea problemas difíciles de resolver. Por ejemplo, ¿cuál sería el tribunal competente para conocer de un contrato de esta especie? Sólo el juez puede resolver estas cuestiones, según sean las condiciones particulares en que se presente cada caso.

2. *Contratos por libre voluntad de las partes*

Cuando el legislador no ha previsto ninguna de las resoluciones antes vistas para determinar el régimen jurídico de un contrato celebrado por la administración, ¿cuál es el criterio a seguir? Parecería chocar con una serie de principios ya establecidos sostener que depende de la voluntad de la administración y de su cocontratante la determinación del régimen jurídico del contrato, pero no sucede así.

La voluntad de la administración al contratar no es arbitraria, no se produce al margen de la ley. Por el contrario, ella proviene siempre de una fuente legal, como no puede ni podía concebirse de otra manera den-

tro de un régimen de Estado de derecho. La administración nunca puede actuar desconociendo la fuerza imperativa del principio de la legalidad que le constriñe a sujetar sus actos a la ley. Por esto mismo el primer paso a dar y que hemos dado es el de consultar la ley para resolver si el contrato realizado por la administración es un contrato público o privado. Puede suceder, ciertamente, que la resolución del legislador atribuyendo carácter público o privado a un contrato de la administración no coincida con la verdadera naturaleza intrínseca del contrato a la luz de criterios doctrinales, pero ello no impide la aplicación del régimen impuesto por la ley, que de no acontecer así quedaría burlada, desvirtuada, construyéndose un principio de anarquía. El juez no podría aplicar el derecho común a un contrato que la ley expresamente somete a un régimen jurídico administrativo-público, como tampoco aplicar este régimen a contratos que la ley ha resuelto se sometan al derecho civil.

Si el legislador no ha dictado una ley general sobre contratos administrativos —como sucede en nuestro derecho positivo y en el de otros países— sino que ha resuelto el carácter del contrato en cada caso, ¿cuál es el camino a seguir en los contratos para los que no ha previsto expresamente nada? Son numerosos los contratos que celebra la administración sin que en la legislación administrativa se prevenga la facultad para contratar. En estos casos lo que se previene es la competencia de la administración para actuar, sin especificarse las formas jurídicas utilizables para ello. Esto explica porqué la administración contrata con base en la ley que fija esa competencia, sin que se objete la legalidad de su conducta. Contrata no porque no se le prohíba hacerlo, sino porque está autorizada y obligada a actuar en esa u otra forma, discrecionalmente, en el ejercicio de su competencia legal.

Los contratos así celebrados los podemos calificar en principio como contratos innominados de la administración por no encontrar una regulación especial en la legislación administrativa que los individualice: ya dentro de las categorías conocidas de contratos administrativos o dentro de las del derecho privado. ¿Cuál es en definitiva el régimen jurídico de esta actividad contractual de la administración? Como todo contrato innominado estará a las reglas generales del contrato o a las del contrato con el que tenga mayor semejanza.³⁴ Y esta aplicación es la que deciden

³⁴ Artículo 1858. Los contratos que no están especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las

precisamente la administración y su cocontratante particular: aplicar las reglas propias de los contratos administrativos o las reglas propias de los contratos privados, sin que importe saber si se han de preferir las reglas de un contrato administrativo en especial o de uno en particular del derecho privado. La libre elección que las partes contratantes hacen de un régimen u otro es en atención a sus propios intereses, eligiendo el que más convenga a los mismos. La particularidad de que las partes libremente elijan el régimen jurídico incluyendo o no la cláusula exorbitante de derecho común o derogatoria del derecho común, es lo que ha hecho a Laubadère calificar a este criterio como una “concepción voluntarista del contrato administrativo”,³⁵ si se incluyen esas cláusulas. No creemos, como piensan algunos autores, que la elección del contrato privado por la administración dependa de que en él no se jueguen estrechamente los intereses públicos o que no corra riesgo la satisfacción de las necesidades públicas. Estamos seguros por el contrario que la administración elegirá uno u otro procedimiento de derecho público o de derecho privado en atención precisamente de la idoneidad que cualquiera de ellos pueda prestarle con su utilización. ¿Sería correcto afirmar que cuando la administración celebra un contrato de derecho privado es porque en él no está en juego el interés público ni las necesidades generales? Esto es completamente erróneo ante las funciones económicas del Estado moderno que le imponen, como queda dicho, la necesidad de servirse del derecho privado para mejor cumplir sus funciones o fines públicos.

¿Cómo saber si la administración y su cocontratante particular se quisieron ajustar a uno u otro régimen? Basta con examinar el contenido del contrato. Si encontramos cláusulas exorbitantes del derecho común, el contrato será público-administrativo, si faltan, el contrato es de derecho común. Es claro que cuando la administración manifiesta expresamente en el contrato su voluntad de someterse al derecho común se obvian los problemas. Con justa razón ha dicho Badaoui que “la cláusula exorbitante, que es la traducción, la manifestación de la fuerza pública (*puissance publique*) en el dominio contractual, queda siempre como una condición *sine qua non* del carácter administrativo del contrato”.³⁶

partes y, en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento. Código Civil.

³⁵ Laubadère, *op. cit.*, nota 12, p. 86.

³⁶ Badaoui, *op. cit.*, nota 23, pp. 17 y 18.

Las ideas anteriores nos explican mejor porqué el contrato administrativo de suministro puede muy bien calificarse por un privatista de simple contrato de compraventa; así también, el contrato administrativo de locación, como un contrato de comodato; parentesco que lógicamente tiene identidad y diferencia. La nominación del contrato dependerá de la voluntad de la administración y su cocontratante particular (siempre que la ley administrativa no exprese nada) y consecuentemente el régimen jurídico aplicable. La voluntad de las partes llevará a celebrar uno u otro contrato, incluyendo o no cláusulas exorbitantes.

¿En qué consiste este criterio de la cláusula exorbitante, o más bien qué significa cláusula exorbitante de derecho común? Bercaitz ha dicho:

Su determinación es compleja y difícil. No obstante, de manera general, pueden considerarse como tales, aquéllas demostrativas del carácter de poder público con que interviene la administración en los contratos administrativos, colocándose en una posición de superioridad jurídica, o invistiendo a su cocontratante frente a los terceros, de atribuciones que son propias del poder público.

Clasificándolas en dos grupos:

- a) aquéllas por las cuales la administración pública se atribuye sobre su cocontratante; derechos que un particular no podría atribuirse en ningún contrato, porque las leyes y los reglamentos no lo autorizan para hacerlo;
- b) aquéllas 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.³⁷

La presencia de estas cláusulas fijan al contrato su carácter administrativo o, como quiere el autor: la existencia del contrato administrativo impone como consecuencia la inclusión de la cláusula exorbitante expresa o presuntamente. Ya veremos la crítica que formula el autor a este criterio.

Con ánimo de precisar hasta lo posible la noción de cláusula exorbitante, Jean Lamarque concluye afirmando:

En resumen, el carácter exorbitante o de derecho público de las reglas administrativas no está vinculado necesariamente a su originalidad, dicho de

³⁷ Bercaitz, *op. cit.*, nota 18, pp. 187-189.

otro modo, que sus disposiciones sean sin equivalente en el sistema de derecho común o funcionen de manera diferente a las reglas correspondientes al derecho común. Basta que ellas sean autónomas con relación a las reglas del derecho común, la autonomía de un sistema de derecho con relación a otro significa simplemente que las fuentes del derecho son distintas para cada uno de ellos y que las reglas dictadas para regir a uno de ellos no son automáticamente aplicables a otro.³⁸

Explica este autor cómo se manifiestan estas reglas exorbitantes: *a)* reglas que no tienen equivalencia en el derecho común y que otorgan privilegios a la administración: en sus actos jurídicos unilaterales (derecho de mando, presunción de legalidad), en sus actos materiales (privilegios de ejecución de oficio y de ejecución forzada), en sus procesos (inmunidad de jurisdicción para ciertos actos, prohibición hecha al juez para ordenar embargos a las autoridades administrativas); o que no le otorgan privilegios sino que limitan su acción: regla de la adjudicación que priva a la administración de la libertad de escoger su cocontratante, inalienabilidad de los bienes de dominio público; *b)* reglas administrativas que tienen equivalencia en el derecho común, pero que difieren por cuanto a su funcionamiento por la adaptación de las primeras a las necesidades administrativas y, *c)* reglas administrativas absolutamente idénticas a una disposición de derecho común, que puede considerarse como exorbitante cuando ella emana de una fuente de derecho diferente.³⁹

En fin, no podríamos analizar cada una de las opiniones de los diversos autores que se ocupan o tratan de definir o caracterizar la cláusula exorbitante de derecho común, pero sí vamos a exponer sumariamente los criterios generales adoptados para determinar el contenido de esas cláusulas:

1) La cláusula exorbitante consiste en una prerrogativa exorbitante; es decir, son cláusulas en donde se manifiesta la fuerza pública (*Puissance Publique*), que se traduce en definitiva en privilegios para la administración en los contratos. Se critica esta concepción por ser muy estrecha, ya que hay contratos administrativos donde se pone en juego o se aplican principios de derecho público que no son necesariamente fuente de prerrogativas o de privilegios de la administración.

³⁸ Lamarque, *op. cit.*, nota 31, p. 181.

³⁹ *Ibidem*, pp. 17 y 18.

2) La cláusula exorbitante es una cláusula imposible de existir en un contrato privado, porque de ser así resultaría una cláusula ilícita. En este sentido se pronuncia M. Waline, la cláusula exorbitante es “toda cláusula que, en un contrato de derecho privado, sería nula como contraria al orden público”.⁴⁰ La crítica que se ha formulado a este criterio es que existen innumerables cláusulas consideradas como exorbitantes y que sí pueden lícitamente incluirse en contratos privados.

3) La cláusula exorbitante no es habitual en los contratos privados. Es verdaderamente incierta esta tesis. Suscita cuestiones de resolución difícil y diversas: ¿qué debemos entender por cláusulas habituales, normales del derecho privado? Por otra parte, si bien las cláusulas exorbitantes pueden no ser habituales en el derecho privado, muchas sí se usan en el contrato privado. Además, no todas las cláusulas que no son habituales o normales en el derecho privado son necesariamente exorbitantes de derecho administrativo.

4) La cláusula exorbitante es cláusula específica de derecho público. Para esta tesis la cláusula exorbitante es aquella que lleva la marca administrativa o sea “es una cláusula que toma de la teoría general de los contratos administrativos una de sus reglas características o también, que está inspirada por consideraciones y fines propios de derecho público”.⁴¹

Como podrá verse, reina un desacuerdo entre los tratadistas para saber con toda precisión y claridad qué es una cláusula exorbitante o derogatoria del derecho común. Sobre todo, la confusión es mayor porque, por ejemplo, la jurisprudencia administrativa francesa ha dictado numerosas resoluciones apoyándose indistintamente en cada uno de esos criterios.

Pero no sólo la noción misma de cláusula exorbitante crea más de un problema, sino que ella como base para determinar el carácter administrativo del contrato es objetable. Especialmente se le objeta como base o criterio absoluto. Laubadère lo califica como un “criterio por excelencia”,⁴² es decir, que no es un criterio único aunque sea muy bueno. Lamarque también reconoce que el criterio de la cláusula exorbitante no es el único, y dice: “La cláusula exorbitante no es el único procedimiento de derecho público o si se quiere de «gestión pública», que permita distinguir los contratos de la administración de los contratos de los particulares: exis-

⁴⁰ Waline, Marcel, *Droit administratif*, París, Sirey, 1959, p. 531.

⁴¹ Laubadère, *op. cit.*, nota 12, p. 100.

⁴² *Ibidem*, p. 85.

ten también las formas administrativas”.⁴³ En lo que sí están de acuerdo los autores —con todo y sus objeciones— es que basta que exista una cláusula exorbitante en un contrato para que éste sea administrativo. En forma por demás contradictoria, Bercaitz critica el sistema, pues tras afirmar que es esencial al contrato administrativo la existencia de la cláusula exorbitante (en forma expresa o presunta), concibe la existencia de contratos administrativos sin cláusula exorbitante: “La cláusula exorbitante podrá estar ausente de la letra del contrato, pero estará siempre presente en su esencia, cuando el contrato, por su misma naturaleza, sea realmente administrativo. La cláusula no es por consiguiente, la que siempre caracteriza al contrato como administrativo; podrá hacer de un contrato de derecho privado un contrato administrativo, pero su no inclusión no podrá hacer nunca de uno administrativo uno de derecho privado”.⁴⁴

Criticando el sistema de cláusula exorbitante o concepción voluntarista del contrato administrativo, Gabino Fraga afirma: “Esto significa que el carácter administrativo del contrato —o privado agregaríamos— depende de la voluntad de las partes y que en vez de que el régimen legal especial sea consecuencia de la naturaleza del acto, ésta dependerá de que las partes hayan querido o no sujetarse a un régimen legal determinado. Como se ve, el criterio de que se habla no puede ser más incierto ni menos sólido por lo mismo, se hace indispensable buscar otro que no tenga esos defectos”.⁴⁵ En la forma como expone su crítica el distinguido jurista, fundador en nuestro concepto del derecho administrativo mexicano moderno, parecen del todo ciertas sus razones, pero no es así. Opinamos con Laubadère, y ésta sería la respuesta a esa crítica, que: “varias consideraciones demuestran que sería inexacto ver en la libre elección de las partes el único fundamento del contrato administrativo y en la cláusula exorbitante el solo índice de esa elección... ellas demuestran que no basta tomar en consideración lo que las partes han querido hacer sino lo que ellas han hecho realmente”.⁴⁶ Recordemos además que la inclusión de la cláusula exorbitante en un contrato no depende exclusivamente de que las partes así lo quieran, pues también la inclusión puede ser el resultado

⁴³ Lamarque, *op. cit.*, nota 31, p. 75.

⁴⁴ Bercaitz, *op. cit.*, nota 18, p. 191.

⁴⁵ Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1955, p. 510.

⁴⁶ Laubadère, *op. cit.*, nota 12, p. 88.

de una disposición imperativa del legislador que las impone, que las obliga a hacerlo.

El interés que hemos sostenido en examinar la noción de la cláusula exorbitante y su funcionamiento como base para determinar el carácter administrativo del contrato obedeció a que su desarrollo nos permitiera afirmar que todo contrato celebrado por la administración, en ausencia de un texto legal, en que no se incluya esa cláusula, será contrato privado de la administración. Este procedimiento de definir lo privado del contrato cuando no es público por la ausencia de la cláusula exorbitante ha producido resultados interesantes: “Es cierto que la exigencia de cláusulas exorbitantes para que el contrato sea administrativo ha tenido por consecuencia hacer los contratos de derecho común de la administración infinitamente más numerosos de los que se podían concebir en su origen”.⁴⁷

3. *Contratos por su objeto o por su naturaleza*

Cuando la ley ha guardado absoluto hermetismo, cuando el contrato no revela el sentido de la voluntad de las partes, ¿cuál es el criterio a seguir? Ningún autor deja de reconocer que es el objeto o la naturaleza misma del contrato los que han de resolver en definitiva su carácter. Incluso se ha resuelto por los tribunales y la doctrina que cuando la voluntad de las partes se manifiesta en un sentido y es otro el que se desprende del clausulado del contrato, la naturaleza o el carácter del mismo será el que se derive del texto del contrato.⁴⁸ Son numerosos los contratos celebrados por la administración y algunos de uso inveterado para fines públicos han recibido por decirlo así carta de naturalización administrativa, como por ejemplo el contrato de obra pública que ningún autor o tribunal le niega su naturaleza administrativa. En cambio hay otros de uso continuo también que son de indiscutible naturaleza privada no obstante vincularse con fines públicos, por ejemplo, cuando la administración contrata los servicios de profesionistas realiza un contrato privado.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 90.

⁴⁸ Waline dice al respecto: “La denominación dada al contrato por las partes, constituye sin duda una indicación precisa sobre su común intención de celebrar un contrato privado o de derecho público. Sin embargo, ello no es decisivo si ella es contradicha por las cláusulas del contrato”. Waline, Marcel, *op. cit.*, nota 40, p. 525.

Igual sucede en los contratos de arrendamiento en que interviene y lo mismo en múltiples contratos de compraventa.

¿Cómo saber que un contrato es por naturaleza administrativo? Es sumamente difícil y delicado hallar una o más notas como únicas cuya presencia dieran la “marca administrativa” del contrato. Tampoco creemos que existan para los contratos privados en las condiciones actuales de la teoría general de los contratos, que ha admitido en voz de privatistas “la crisis del contrato privado”. Veamos la opinión de algunos autores. Gaston Jèze construye su teoría exigiendo para que el contrato sea administrativo la concurrencia de dos elementos esenciales: *a)* que el contrato tenga por objeto asegurar el funcionamiento de un servicio público, y *b)* que las partes hayan manifestado su voluntad entendiendo y queriendo someterse a un régimen exorbitante de derecho común: el de derecho público.⁴⁹ Si falta uno de tales elementos el contrato será privado. Jèze reconoce que la administración puede celebrar un contrato privado que tenga por objeto asegurar el funcionamiento de un servicio público y por ello es necesario que opere el segundo elemento. R. Bonnard permanece fiel a la opinión sostenida en su época (1935) por el Consejo de Estado francés y ve en la noción de servicio público la tónica administrativa del contrato. Hablando del contrato de suministro dice: “Pero este contrato es de la categoría de los contratos administrativos porque tiene por objeto provisiones destinadas a asegurar el funcionamiento de un servicio público, es decir, que se trata de un contrato que está regido no por las reglas del derecho privado, sino por las del derecho administrativo”.⁵⁰

Recientemente dos grandes profesores de derecho administrativo, M. Waline⁵¹ y André de Laubadère,⁵² han seguido en sus tratados la opinión de Jèze. El último sostiene enfáticamente:

Para que un contrato de la administración constituya un contrato administrativo, no basta que se refiera a una actividad de servicio público, es necesario además que en su elaboración las partes hayan adoptado los procedimientos del derecho público o como se ha dicho, de la gestión pública, y no los procedimientos de derecho privado (o de gestión privada).

⁴⁹ Gaston Jèze, *op. cit.*, pp. 298 y 307.

⁵⁰ Bonnard, *op. cit.*, nota 5, p. 464.

⁵¹ Waline, *op. cit.*, nota 40, pp. 825 y ss.

⁵² Laubadère, *op. cit.*, nota 12, p. 77.

Gabino Fraga toma como base la idea de atribuciones del Estado para decidir si se aplica o no el derecho administrativo o el derecho privado:

...cuando los actos que éste —el Estado— verifique no se vinculen estrecha y necesariamente al cumplimiento de sus atribuciones y cuando, por lo mismo, la satisfacción de las necesidades colectivas no se perjudique, porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen. Por el contrario, cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estaduales de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se entrará en el dominio del contrato administrativo.⁵³

Resultaría prolijo hacer cita de más autores que sostienen opiniones más o menos parecidas. Sí es útil en cambio exponer los criterios que descubren el contrato administrativo por naturaleza: *a)* son administrativos por naturaleza los contratos que implican una participación del contratante en la ejecución misma del servicio público (es el caso de las concesiones de servicios públicos), *b)* la naturaleza del empleo para los contratos de alquiler de servicios (es decir, que hay funciones que son incompatibles, por su naturaleza misma, con la concepción del derecho privado, cualesquiera que sean las cláusulas del contrato); *c)* las condiciones particulares del funcionamiento de los servicios públicos (el Consejo de Estado francés ha resuelto a propósito que: “el contrato puede ser administrativo en razón de las condiciones particulares del funcionamiento del servicio al cual esté asociado el contratante o de las condiciones particulares de ejecución del contrato”).⁵⁴

El estudio que hemos realizado de los diversos criterios para determinar la naturaleza jurídica de los contratos celebrados por la administración pone de manifiesto una verdad o realidad incontrovertible: 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.

⁵³ Fraga, Gabino, *op. cit.*, nota 45, p. 428.

⁵⁴ Waline, *op. cit.*, nota 40, p. 83.

Debemos hacer a esto una aclaración y una salvedad. Aclaremos que independientemente de la naturaleza que la ley atribuya al contrato, éste puede tener una distinta intrínsecamente analizado, pero que aún así prevalecerá lo resuelto por el legislador. 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.

VI. CONCLUSIÓN

Tras de haber examinado las cuestiones y problemas con que se tropieza para conocer los contratos privados que celebra la administración aún quedan pendientes otras dificultades que sólo apuntaremos.

Al aplicar uno u otro criterio a un contrato celebrado por la administración, el régimen jurídico al cual se someterá será de derecho público o de derecho privado. ¿Pero qué sucede respecto de contratos cuya complejidad requiere de la aplicación de normas de ambas ramas del derecho? Un contrato de obra pública puede anexar otros contratos: de provisión de materiales para construcción, de trabajo, de alquiler de maquinaria, etcétera, ¿estos contratos con relación a una obra pública deben someterse al régimen administrativo del primero? Mucho se ha escrito sobre el carácter “atractivo” de la noción de obra pública que parece condicionar a su régimen a todo lo que se vincule con ella, pero también es acertado y conveniente hacer distinciones y examinar cada caso.

No sería necesario decir que son muy numerosos los contratos privados que celebra la administración pública, producto de la necesaria privatización de la actividad pública. Bastaría tener presente dos grandes zonas de la actividad de la administración moderna para confirmarlo y quedar bien demostrado:

1) Los contratos celebrados en la gestión de los servicios públicos industriales y comerciales están sometidos al régimen del derecho privado. Jean L’Huillier ha escrito que los establecimientos públicos industriales y comerciales (encargados de esos servicios) para ser tales es indispensable que reúnan dos condiciones: *a)* el fin al cual responda su creación debe ser un fin económico y no un fin de policía o de asistencia; *b)* deben ejercer sus actividades en condiciones idénticas o al menos semejantes a

las del comercio privado. Además, dice “La actividad de los establecimientos industriales y comerciales está en principio, regida por el derecho privado. Sólo su organización queda un poco sometida, al menos en una cierta medida, al derecho administrativo”. Y en lo que nos interesa concretamente, dice:

Los contratos celebrados por los establecimientos públicos industriales y comerciales son, en principio, contratos de derecho privado. Sin embargo, no se excluye que esos establecimientos puedan celebrar, para las necesidades del servicio público que administran, contratos conteniendo una subordinación de la parte privada hacia las autoridades, o conteniendo cláusulas exorbitantes de derecho común establecidas en vista del interés general. Pero constituyen una excepción, mientras que son una regla en los casos de los establecimientos administrativos.⁵⁵

2) Los contratos celebrados por las empresas de Estado. Respecto de ellas ha dicho André G. Delion: “Se diría que el fin de las empresas públicas es hoy, en Occidente y particularmente en Francia, demostrar que ellas pueden existir como empresas privadas, olvidándose frecuentemente que su fin doctrinal ha sido el de demostrar que ellas pueden servir para regir las empresas privadas y el conjunto de la economía”. Y las define: “una empresa pública es un patrimonio público personalizado afectado a una tarea económica”.⁵⁶

Ahora bien, ¿cuál es el régimen jurídico que se aplica a sus actos? La respuesta se recoge en los siguientes términos:

Si los procedimientos del derecho común son así impuestos por la ley a las empresas públicas, es que, como organismos económicos, deben respetar las reglas del derecho en vigor en el medio donde ellas viven... el derecho común es indispensable a las empresas públicas tanto en su vida comercial como financiera, puesto que, público o privado, un organismo económico se encuentra frente a los mismos problemas y antes las mismas instituciones.⁵⁷

⁵⁵ L’Huillier, Jean, “Los establecimientos públicos”, artículo incluido en el *Repertoire de Droit Public et Administratif per Oden Raymond et Waline Marcel*, París, Dalloz, 1959, t. II, pp. 22 y 25.

⁵⁶ Delion, André G., *L’Etat et les entreprises publiques*, París, Sirey, 1959, pp. 7 y 16.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 21.

Parece que toda la actividad económica de la administración pública, desarrollada fundamentalmente a través de administraciones autónomas o empresas de Estado se encuentra sometida al derecho común y consecuentemente los contratos celebrados. La misma actividad administrativa por excelencia recurre frecuentemente a las normas del derecho privado. Podemos concluir diciendo que los contratos privados de la administración Pública son de tal modo numerosos que se ha pensado un derecho privado de la administración. Debemos apuntar no obstante que si bien se ha extendido la aplicación de los contratos privados rebasando sus viejos dominios: “entre particulares” estos contratos han recibido la influencia decidida de la legislación administrativa perdiendo mucho de su perfil tradicional o clásico como lo es su carácter contractual para admitir elementos normativos que van destruyendo poco a poco rasgos que en la concepción tradicional o clásica del contrato privado le eran esenciales, como por ejemplo el imperio del principio de que la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos se ha debilitado: elementos normativos han sustituido elementos contractuales del contrato privado. ¿Esta extensión en la aplicación del derecho privado, que ha transformado la noción del contrato privado es la *crisis del contrato*?