

CAPÍTULO CUARTO

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

El vocablo español *Contrato* proviene de la voz latina *contractus*, que quiere decir lo contraído, por ser el participio pasivo del verbo *contrahere*, derivado de *cum* y *traho*, traducibles como venir en uno, ligarse, lo que después se entiende, como acuerdo de voluntades. En el derecho romano el contrato venía a ser la convención que, por llevarse a cabo en la forma requerida por el derecho o por derivar de una causa tenida como idónea para crear una obligación, generaba acción.

En los términos del artículo 1793 del Código Civil Federal: “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”. Considerando aisladamente este precepto, nos llevaría a pensar que, para el referido ordenamiento legal el convenio es el género y el contrato es la especie; sin embargo, como en su artículo 1859 dispone que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios, tal distinción resulta ociosa para efectos prácticos.

I. EL CONCEPTO DE CONTRATO

Con un criterio amplio, Ambrosio Colín y H. Capitant, en un gran esfuerzo de síntesis entendieron el contrato como “Acuerdo de dos o más voluntades, dirigido a producir efectos jurídicos”.¹

¹ Ambrosio Colín y H. Capitant, *Curso elemental de derecho civil*, traducción de Demófilo de Buen, 4a. ed. Madrid, Reus, 1960, p. 568.

En cambio, en sentido estricto, el contrato tiene como punto de partida su diferenciación con el convenio, por considerar a éste el género y al primero la especie; en este contexto, contrato viene a ser el convenio, cuyo propósito es constituir una obligación patrimonial; para decirlo con las palabras de Luis Díez Picazo y Antonio Gullón: “El contrato es el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral”.²

Conforme a otro criterio, conocido como criterio de los intereses contrapuestos, el contrato viene a ser la unificación de intereses opuestos y no congruentes entre sí; con esta orientación, el profesor de la universidad de Milán, Francesco Messineo hace notar que: “El contrato, cualquiera que sea su figura concreta, tiene una función y un contenido constante: el que ha de ser el instrumento con el cual se realizan los más diversos fines de la vida económica, mediante la composición de intereses opuestos”.³

II. DIVISIÓN DE LOS CONTRATOS

Es evidente que la institución del contrato encontró en el derecho civil su mayor desarrollo, pero tal circunstancia no niega a dicha institución su carácter jurídico general, ni impide a otras ramas del derecho ocuparse de ella, como en la realidad ha sucedido; por ello, de acuerdo con la naturaleza de los ordenamientos jurídicos que los regulan, es dable dividir a los contratos en civiles, mercantiles, bursátiles, internacionales, laborales y administrativos, siendo estos últimos los que interesan a la presente obra.

III. LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La administración pública no puede realizar por sí sola todas sus encomiendas, por cuya razón recurre a la colaboración de los particulares, la cual obtiene de manera voluntaria o forzosa; en el primer caso, en el

² Luis Díez Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 30.

³ Francisco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, traducción de Santiago Sentís, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa - América, t. IV, p. 433.

libre ámbito de la bilateralidad contractual; en cambio, en el segundo, en el contexto de la unilateralidad.

Obtiene la administración pública la colaboración voluntaria de los particulares cuando compra, arrienda, contrata suministros, obras públicas, publicidad y propaganda, asistencia y servicios técnicos; concede servicios públicos, o la ocupación o el uso de bienes del dominio público; y por otra parte, logra la colaboración forzosa de los particulares, mediante la nacionalización, la expropiación, la requisa y la leva.

Se da la colaboración voluntaria bajo el esquema contractual, primero dentro del marco del derecho privado, y más tarde, con sujeción a un régimen jurídico especial, a consecuencia del advenimiento del derecho administrativo.

Obviamente, no todos los contratos que celebra el sector público son de carácter administrativo, los hay también civiles, mercantiles, laborales y bursátiles; los que interesan a esta obra son, desde luego, los contratos administrativos.

IV. MARCO TEÓRICO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Al surgir el contrato administrativo, un amplio sector de la doctrina negó, o cuando menos, puso en duda la posibilidad jurídica de que la administración pública celebre auténticos contratos, mas, superada tal inquietud, después se discutió la naturaleza y carácter de sus contratos, para poder establecer si existe, o no, un tipo especial de contrato, diferente al de derecho privado, o sea, si existe el contrato administrativo.

Así, como apunta Bartolomé A. Fiorini, “mientras los juristas polemizaban sobre la posibilidad de que el poder público pudiera realizar contratos, la realidad diariamente patentizaba la presencia de relaciones contractuales entre el Estado y los particulares”.⁴

⁴ Bartolomé A Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 1968, t. I, p. 409. Según Héctor Jorge Escola (*El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 158, “La discusión que antaño se había suscitado respecto de si existían o no los contratos administrativos, de si era posible la aparición de un tipo de contrato diferente del que era conocido en el derecho privado, y de la capacidad de la administración pública para celebrarlos, está ya

1. *Debate sobre la existencia del contrato administrativo*

La discusión teórica sobre la existencia del contrato administrativo, muestra dos corrientes doctrinarias, una negativa, que rechaza la existencia de los contratos administrativos, constitutivos de una categoría diferente a la de los del derecho privado; y otra corriente positiva, que sostiene la existencia de ellos, como diferentes a los celebrados entre particulares y sometidos a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado, a causa de un interés público implícito en el objeto del contrato.

Hoy en día ha desaparecido prácticamente la corriente negativa, pero en su momento fue sostenida por juristas tan destacados como Otto Mayer, Fritz Fleiner y León Duguit, cuyos argumentos en contra los resume Fernando Garrido Falla, de la siguiente manera: “la negación del contrato administrativo supone que los ejemplos que normalmente se manejan bajo tal denominación habrían de ser clasificados, bien como contratos civiles de la administración, bien como actos administrativos necesitados del consentimiento de los particulares destinatarios y con frecuentes efectos jurídicos de actos condición”.⁵

Militan en la corriente positiva, autores de la talla de Gastón Jèze, Marcel Waline, Rafael Bielsa, Gabino Fraga y Fernando J. López de Zavalía; para este último, los contratos administrativos se caracterizan por ser celebrados por la administración pública, por lo general con un particular, con un fin público o relativo a la satisfacción de una necesidad pública, sometidos al derecho público, con cláusulas exorbitantes del derecho privado, en los que el particular queda en una situación de subordinación jurídica respecto de la administración pública.

Conuerdo con la tesis de esta corriente positiva que sostiene la existencia del contrato administrativo como categoría diferente al contrato de derecho privado; sin embargo, considero que sólo una parte de los celebrados por la administración pública son contratos administrativos, habida cuenta que también celebra otros de derecho privado. En este sentido, Miguel Acosta Romero afirma:

definitivamente superada, y actualmente la legislación, la doctrina y la jurisprudencia reconocen esa existencia y esta posibilidad, como algo indubitable”.

⁵ Fernando Garrido Falla, *op. cit.*, vol. III, p. 35.

Aun cuando la doctrina ha discutido mucho sobre el particular, creemos que en la actualidad sí se aceptan teóricamente esta clase de contratos, y se explica la intervención del Estado en vista de una autolimitación a su soberanía y a su poder de mando, en función de los objetivos que persigue con la celebración del contrato y que son los de cumplir con sus cometidos.⁶

2. Criterios para diferenciar el contrato administrativo

Los criterios doctrinales para diferenciar al contrato administrativo son variados, entre ellos destacan el subjetivo, el de la jurisdicción, el formal, el de la cláusula exorbitante, el legalista, el de los servicios públicos, el de la finalidad, y el mixto.

A. El criterio subjetivo

A la luz del criterio subjetivo, un contrato es administrativo si uno de los contratantes forma parte de la administración pública; por lo que, para los promotores de este criterio, “un contrato es administrativo por el hecho de que es celebrado por la administración pública, obrando como tal y relacionándose, por este conducto, con los particulares”.⁷

Sin duda, los contratos celebrados exclusivamente entre particulares no pueden ser de naturaleza administrativa, pero ello no implica que todo contrato celebrado por la administración pública sea administrativo, habida cuenta que en muchos de los que ella es parte son contratos de derecho privado, como lo demuestran, entre otros, los contratos de compraventa que el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores celebra con los clientes de sus tiendas.

Independientemente de lo anterior, debe rechazarse la tesis de que sea administrativo todo contrato que celebre la administración pública obrando como tal y relacionándose, por ese medio, con los particulares, porque está basada en la obsoleta teoría de la doble personalidad del Estado, la cual distingue, entre los actos de la administración pública, los de autoridad, en los que actúa como persona de derecho

⁶ Miguel Acosta Romero, *op. cit.*, p. 245.

⁷ Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1977, vol. I. p. 100.

público, y los actos de gestión, en los cuales [según esta teoría] obra como particular.

B. El criterio de la jurisdicción

Al igual que otros autores, Alejandro Oliván y Borrue!,⁸ sostiene el criterio de la jurisdicción, conforme al cual, a diferencia del contrato de derecho privado, cuyas controversias se dirimen en los tribunales judiciales, la competencia relativa al contrato administrativo corresponde a los tribunales de lo contencioso administrativo.

Dados sus débiles fundamentos, el criterio jurisdiccional, que hace radicar en la competencia de los tribunales de lo contencioso administrativo el carácter administrativo de un contrato, obtuvo poco eco y muchos detractores; estos últimos subrayaron que la competencia de dichos tribunales respecto de las controversias relativas a los contratos puede derivar de la ley, de la resolución jurisdiccional en atención a las características de un contrato específico, o de pacto entre las partes; además, en algunos sistemas jurídico políticos no existen tribunales administrativos.

El profesor Recaredo Fernández de Velazco hace notar que el criterio jurisdiccional pretende convertir lo adjetivo en lo sustantivo, y lo accidental en lo esencial de los contratos, siendo inaceptable que el accidente jurisdiccional altere la esencia contractual, como inadmisibles resulta que la voluntad del legislador, del juez o de las partes hagan variar artificialmente la esencia o naturaleza de un contrato, por supe-ditarla a su competencia jurisdiccional.⁹

C. El criterio formal

Conforme al criterio formal, el acento administrativo de un contrato dado lo pone la observancia de ciertas formalidades específicas y pre-determinadas, tales como la licitación previa o el apego a bases o con-

⁸ Alejandro Oliván y Borrue!, *De la administración pública con relación a España*, Madrid, Civitas, 1954, pp. 221-223.

⁹ Recaredo Fernández de Velazco, *Los contratos administrativos*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1927, p. 15.

diciones preestablecidas, entre otras. Este criterio es objetado porque las formalidades no son exclusivas de los contratos administrativos, los cuales, por cierto, en ocasiones quedan exentos de su cumplimiento.

D. El criterio de la cláusula exorbitante

En consonancia con este criterio, un contrato será administrativo a condición de que estipule cláusulas que rebasen la órbita del derecho ordinario, por ejemplo, por atribuirse a la administración pública contratante, prerrogativas [respecto del particular con el que contrata] que no se pueden conferir a ninguna de las partes en contrato ordinario alguno; o bien, por otorgar al particular con quien contrata, poderes o facultades específicas respecto de terceros, imposibles de conferir conforme al derecho privado. Como dice el profesor Héctor Jorge Escola: “la nota propia de este tipo de contratos radica en la existencia, en ellos, de cláusulas exorbitantes del derecho privado, es decir, de cláusulas que no tendrían cabida dentro del derecho común y que ponen de manifiesto la existencia de un régimen especial de derecho público”.¹⁰

Se objeta el criterio de la cláusula exorbitante, porque pudiera ser innecesaria la inserción de tales cláusulas en los contratos administrativos para alcanzar los mismos efectos, por disfrutar la administración pública de especiales prerrogativas establecidas en las leyes y reglamentos.

E. El criterio teleológico

De conformidad con el criterio teleológico, el carácter público de un contrato lo determina su *telos*, su finalidad; de suerte que un contrato será administrativo si tiene determinados fines –distintos a los propios de los contratos de derecho privado–, como pudiera ser el logro de la utilidad pública. Este criterio teleológico registra en la doctrina versiones diferentes; destacan entre ellas la de los servicios públicos, la del interés público y la de la utilidad pública.

Según la modalidad de los servicios públicos del criterio teleológico, es administrativo todo contrato cuya finalidad consista en la prestación de un servicio público. A esta modalidad se le censura su

¹⁰ Héctor Jorge Escola, *op. cit.*, vol. 1, p.103.

imprecisión derivada de la falta de consenso en torno al concepto de servicio público.¹¹

De acuerdo con la versión del interés público del criterio teleológico, para la diferenciación de los contratos administrativos, dicho interés representa la finalidad de los mismos. Como explica Héctor Jorge Escola:

Todas esas singularidades características, todas las peculiaridades que le son asignadas y contribuyen a perfilar los contratos administrativos, nacen de su específica finalidad de interés público, por lo que es ése propósito de alcanzar de manera directa e inmediata la satisfacción de ese interés público el que define de manera contundente e irrefutable un contrato como contrato administrativo.¹²

Haciendo a un lado la imprecisión del concepto de interés público, éste no basta a dar la diferencia específica del contrato administrativo, toda vez que los contratos celebrados entre particulares, y por tanto de derecho privado, también pueden tener ese propósito; así lo reconoce el propio Escola al asirse del criterio subjetivo para complementar su caracterización de los contratos administrativos, cuando dice: “Es por esa circunstancia, por tener una finalidad de interés público, por lo que en los contratos administrativos una de las partes que lo celebran debe ser siempre la administración pública actuando como tal, esta vez, en cumplimiento de una función administrativa”.¹³

F. El criterio legal

Indudablemente, el más pragmático de todos los criterios empleados para establecer el carácter administrativo de un contrato, es el criterio legal, conforme al cual sólo serán administrativos los contratos que la ley determine como tales. El criterio legal es objetable porque podría el legislador llegar a considerar como administrativos contratos estrictamente de derecho ordinario celebrados por la administración pública.

¹¹ Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez y Manuel Lucero Espinosa, *Compendio de derecho administrativo. Primer curso*, México, Porrúa, 1994, p. 273.

¹² Héctor Jorge Escola, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 160 y 161.

¹³ *Idem*, p. 160.

G. El criterio mixto

En razón de que ninguno de los mencionados criterios propuestos es suficiente para determinar el carácter administrativo de un contrato, en mi opinión, debe prevalecer el criterio mixto, conforme al cual se pueden considerar contratos administrativos aquellos en los que una de las partes es una persona de derecho público, en ejercicio de una función administrativa, con observancia de formalidades especiales, y posible contenido de cláusulas exorbitantes del derecho privado y no contrarias al derecho público, destinados a la satisfacción de necesidades de carácter general o del interés público, o al logro de la utilidad pública, cuyas controversias que susciten deberán ser de la competencia de órgano jurisdiccional facultado para conocer de asuntos de derecho administrativo.

3. *Caracteres esenciales del contrato administrativo*

Existen ciertos rasgos distintivos esenciales, sin los cuales un acto jurídico no se configura como negocio contractual o, al menos, como contrato administrativo; entre ellos, podemos destacar los relativos a su juridicidad, su bilateralidad y contractualidad, la desigualdad de sus partes, su formalidad, su régimen jurídico exorbitante del derecho privado, y, sobre todo, su finalidad.

A. Juridicidad

Puesto que implica la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos y obligaciones, el contrato administrativo es, a todas luces, un acto jurídico y, en consecuencia, voluntario.

Se pueden separar los actos de la administración pública en dos grandes segmentos, según produzcan o no consecuencias jurídicas: los jurídicos y los actos no jurídicos; estos últimos, aun siendo manifestaciones de voluntad, por tratarse generalmente de informes u opiniones de servidores públicos de la administración pública, no producen efectos jurídicos, o si los llegan a producir, como en el caso de los dictámenes o peritajes, no son efectos jurídicos directos.

El contrato administrativo es, pues, un acto jurídico, mas no se trata de un acto jurídico cualquiera, sino de cierta especificidad que lo

ubica –junto al acto administrativo unilateral-, en el sentido amplio del acto administrativo, como acto realizado por la administración pública en ejercicio de función administrativa para producir efectos jurídicos.

Así pues, en sentido amplio, el acto administrativo incluye, tanto al acto unilateral, que puede ser individual [en cuyo caso se le tiene como acto administrativo en sentido restringido], o general, y entonces se le conoce como reglamento; como también incluye al acto bilateral, que en la mayoría de las veces se identifica como contrato administrativo.

B. Bilateralidad

Parecería ocioso hacer hincapié en la bilateralidad y contractualidad del contrato administrativo, pues todo negocio contractual debe tener tales caracteres por definición; mas, en la especie, considero conveniente insistir en ellos, en virtud de las objeciones formuladas en la primera mitad del siglo xx por Otto Mayer y Fritz Fleiner, al sostener que el contrato administrativo era en realidad un acto administrativo unilateral; y las de Oreste Ranelletti y Walter Jellinek, para quienes, admitiendo su bilateralidad, negaban su contractualidad, por considerar que se trataba de la yuxtaposición de dos actos unilaterales: uno de la administración pública y otro de su cocontratante.

Se enfatiza la bilateralidad de los contratos administrativos por ser sinalagmáticos, dado que ambas partes acuerdan en virtud del contrato, obligaciones mutuas y recíprocas, razón por la cual los contratantes tienen el mutuo y recíproco carácter de deudores y acreedores entre sí, al haberse obligado los unos recíprocamente respecto de los otros.

C. Desigualdad de las partes

La diferenciación de diferentes categorías contractuales implica el reconocimiento de disimilitudes entre las mismas; así, mientras la igualdad de las partes llegó a ser una característica de los contratos privados, en la doctrina imperante en la actualidad su desigualdad representa un carácter esencial de los contratos administrativos.

De no ser así, como ocurre cuando ambas partes son personas de derecho público, no se está, en rigor, frente a un contrato administra-

tivo, sino ante un convenio de coordinación, o ante lo que Bercaitz llama “acto complejo o colectivo”,¹⁴

D. Restricción de la libertad de las partes

Tratándose del contrato administrativo, la administración pública contratante enfrenta serias restricciones a su libertad contractual, que van desde la selección del cocontratante hasta la estructura y términos mismos del propio contrato, pasando por el procedimiento de contratación.

De igual modo, la cocontratante ve restringida también su libertad contractual, al ser marginada en la elaboración y redacción del clausurado del contrato, mismo que es formulado por la administración pública contratante de acuerdo con la normativa jurídica en vigor, por lo que su libertad se ve reducida a su mínima expresión: contrata o no.

Asimismo, el cocontratante carece de libertad para subcontratar, transferir o ceder el contrato administrativo que suscribe, por ser *intuitu personae*, independientemente de que sería una forma de evadir la restricción impuesta a la administración pública contratante para elegir al contratista.

E. Interés público prevaleciente

Indudablemente es carácter esencial del contrato administrativo, el predominio del interés público sobre el interés privado, por ser tal preponderancia guía que orienta el ejercicio de la función administrativa de la que el contrato administrativo viene a ser una de sus manifestaciones.

En suma, el interés público, invariablemente presente en la obra pública, el dominio público, el crédito público o cualquier actividad a que se refiera el contrato administrativo, prevalece en éste, en todo momento, de ahí su mutabilidad y su régimen del derecho privado.

F. Régimen jurídico exorbitante del derecho privado

Configura otro carácter esencial del contrato administrativo, el régimen jurídico exorbitante del derecho privado al que se somete, porque

¹⁴ Vid. Miguel Ángel Bercaitz, *op. cit.*, p. 151

la razón de ser de esa clase de negocio contractual deriva de su régimen jurídico que rebasa la órbita, los límites del derecho ordinario, por generar derechos y obligaciones impensables y aun inadmisibles es éste, como son la posibilidad de su modificación, o de su ejecución directa y, aun, de su rescisión o revocación unilateral, por parte de la administración pública contratante.

Si el derecho privado fuese suficiente para regular los negocios contractuales que la administración pública celebra en los términos previstos en el troquel del contrato administrativo, éste no tendría razón de ser, ya que sólo se justifica siempre y cuando su régimen jurídico sea sustancialmente distinto del que rige las relaciones contractuales de los particulares.

Considero exorbitante del derecho ordinario al régimen jurídico regulador del contrato administrativo, ya por ser de derecho público, o bien por ser en parte de éste y en parte del primero, pero que en ambos casos rebasa la órbita del derecho ordinario.

4. Principios rectores del contrato administrativo

Sustentan a la teoría del contrato administrativo, entre otros, los principios de legalidad, continuidad, mutabilidad, y equilibrio financiero, cuya sistematización está pendiente de realizar.

A. Principio de legalidad

Conforme al principio de legalidad, el contrato administrativo debe sujetarse estrictamente a un régimen jurídico determinado, habida cuenta que la administración sólo puede hacer lo que la ley expresamente le autoriza.

B. Principio de continuidad

De acuerdo con el principio de continuidad, la ejecución de los contratos administrativos no debe interrumpirse ni retrasarse, a efecto de que puedan alcanzar cabal y oportunamente su finalidad.

C. Principio de mutabilidad

El contrato administrativo, en los términos del principio de mutabilidad, puede ser unilateralmente modificado dentro de ciertos límites

por la administración pública contratante, en aras del interés público, y en clara contradicción al principio contractual proveniente del derecho romano *pacta sunt servanda*, por lo cual se considera al de mutabilidad, como el más importante de los principios rectores del contrato administrativo.

D. Principio del equilibrio financiero

En razón del principio del equilibrio financiero, también conocido como principio de la ecuación financiera, en el contrato administrativo se debe mantener el equilibrio financiero establecido en su celebración, a efecto de que las partes no resulten perjudicadas [o que los perjuicios ocasionados se reduzcan a su mínima expresión], por una relación que se torna inequitativa, ya por causas imputables al Estado o a la administración pública, bien por causas no imputables al Estado, para lo cual se emplean mecanismos diversos como aquellos a que se refieren el llamado “hecho del príncipe”, y la teoría de la imprevisión.

a. El “hecho del príncipe”

Se entiende por “hecho del príncipe” la alteración provocada en las condiciones de un contrato administrativo, imprevisible para el gobernado contratante, y en su perjuicio, derivada de decisiones adoptadas o conductas asumidas por la autoridad contratante, no como parte del contrato, sino en ejercicio de las atribuciones derivadas de su carácter de autoridad pública.

b. Teoría de la imprevisión

Conocida asimismo como teoría de la lesión sobreviniente, la moderna teoría de la imprevisión, toma como punto de partida para su desarrollo la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, epítome o resumen de “*contractus qui habent tractuma successivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”, traducible como “todo contrato de tracto sucesivo o dependiente de lo futuro, lleva implícito que su cumplimiento sólo es exigible mientras las cosas sigan siendo iguales”.

La teoría de la imprevisión con la expresión tradicional de cláusula *rebus sic stantibus*, ha sido adoptada por el derecho administrativo,

especialmente en lo relativo a la concesión de servicio público y al contrato de obra pública. Respecto de esta teoría, la Quinta Conferencia Interamericana de Abogados, realizada en Lima en 1947, aprobó la siguiente resolución:

- 1o. Que la teoría del riesgo imprevisible que se aplica a la concesión de servicios públicos, es también de aplicación a los demás contratos administrativos, particularmente en los de obras públicas y de suministro.
- 2o. Que si en ocasión de sobrevenir hechos extraordinarios que alteren las circunstancias de la relación obligacional, independientes de la voluntad de las partes e imprevisibles, que subviertan la economía del contrato, si el contratante no deja de cumplir con la obligación contraída, tiene derecho a exigir que la administración cubra total o parcialmente los aumentos producidos, conforme a los principios de la equidad.
- 3o. Que debe, por consiguiente, incluirse en la legislación normas que permitan en los contratos a largo plazo la aplicación de la teoría de la imprevisión, a fin de reajustar el orden jurídico a la realidad y evitar así la grave lesión que importaría para una de las partes mantener en esta emergencia la inflexibilidad de los contratos.
- 4o. Que el mecanismo correctivo que se prevea en estos casos, debe contemplar un reajuste equitativo por revisión administrativa, con recurso ante el Poder Judicial, que comprenda las variaciones en más en los precios de los bienes y servicios.¹⁵

Roberto Dromi, entre otros autores, opina que la teoría de la imprevisión es aplicable a todo contrato administrativo, “ya sea de obra pública, servicios, suministro, locación, concesión de servicios públicos, etc. En consecuencia se aplica a los contratos celebrados por el Estado (nacional, provincial y municipal) y por sus entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades del Estado y otras modalidades de descentralización administrativa y económica”.¹⁶

Entre otros efectos, la teoría de la imprevisión puede dar lugar a una modificación tarifaria o a una ampliación del plazo de vigencia; a

¹⁵ Citado por Enrique Sayagués Laso, *op. cit.*, p. 572.

¹⁶ José Roberto Dromi, “La imprevisión en los contratos de la administración”, en *Contratos administrativos. Régimen de pago y actualización*, Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 132.

una prórroga al plazo de ejecución de un contrato de obra pública, o a una indemnización al contratista de la misma; a la actualización o reajuste de precios, en el contrato de suministro, y al reajuste del monto del alquiler en el contrato de locación.

5. *Elementos y requisitos del contrato administrativo*

Los vocablos elemento y requisito no son sinónimos, el primero es la parte de un todo, en tanto que requisito es la condición de validez de algo, como puede ser un contrato o un elemento del mismo. En lo relativo a los contratos, por elemento entendemos cada una de sus partes integrantes algunas de las cuales, por ser indispensables para su existencia, reciben la denominación de esenciales, a diferencia de las no esenciales, así llamadas porque el contrato puede existir careciendo de ellas; en tanto que requisito viene a ser toda condición indispensable para la validez del contrato.

Diversos autores apoyan la clasificación bipartita de los elementos del contrato administrativo para distinguir simplemente los elementos esenciales de los no esenciales o naturales; sin cualquiera de los primeros el contrato no puede existir; en cambio, la ausencia de los no esenciales no impide que el contrato exista.

Un amplio sector de la doctrina considera como elementos esenciales del contrato administrativo, los sujetos, el consentimiento, el objeto y la causa; aun cuando de manera aislada y poco frecuente, también se mencionan como elementos esenciales del contrato, la forma, la competencia y capacidad, la finalidad, el régimen jurídico especial, y la licitación.¹⁷ Como elementos no esenciales del contrato administrativo se señalan el plazo de duración, las garantías y las sanciones.¹⁸

Se pueden distinguir, entre los elementos esenciales del contrato, los básicos y los presupuestos; los primeros son los elementos esenciales en sentido estricto: consentimiento y objeto; en tanto que los ele-

¹⁷ Pedro Guillermo Altamira, *op. cit.*, pp. 509 a 515; Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez y Manuel Lucero Espinosa, *op. cit.*, pp. 276 a 278; Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos, op. cit.*, pp. 183 a 208; Rafael I. Martínez Morales, *op. cit.*, pp. 128 a 130.

¹⁸ Miguel Ángel Bercaitz, *op. cit.*, pp. 303.

mentos presupuestos son aquellos que están implícitos en los básicos, como es el caso de los sujetos, que vienen a ser un elemento esencial presupuesto en el consentimiento, al igual que la causa lo viene a ser en el objeto.

A. Los sujetos

Un contrato, sin los sujetos o partes que lo celebran, es inimaginable; en los contratos administrativos una de las partes, que pueden ser dos o más, habrá de ser un órgano del poder público en cumplimiento de una función administrativa; el otro sujeto puede ser un particular o, en el caso del llamado contrato interadministrativo, otro órgano del poder público.

Indistintamente, el órgano del poder público contratante podrá ser uno administrativo, lo mismo que uno legislativo o uno jurisdiccional, pero siempre en ejercicio de una función administrativa, y dotado de competencia, o sea, de facultad, para la celebración del contrato respectivo. Por tal razón, en mi opinión, la competencia es un requisito que debe satisfacer el órgano público contratante y no un elemento del contrato.¹⁹

Excepción hecha de un contrato interadministrativo, el otro sujeto del contrato administrativo, será un particular, el cual deberá satisfacer el requisito de tener capacidad [entendida como aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones] para contratar, y lo mismo podrá ser una persona física que una persona jurídica. Además puede quedar sujeto a satisfacer requisitos especiales, como sería, por ejemplo, su inscripción en un padrón de proveedores.

B. El consentimiento

Existe unanimidad en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia para considerar al consentimiento [acuerdo de voluntades en torno a un fin común] como elemento esencial del contrato administrativo, creador de derechos y obligaciones, para cuya existencia se requiere de la volun-

¹⁹ Andrés Serra Rojas (*Derecho administrativo*, t. II, p. 496) considera elementos del contrato administrativo a la competencia del órgano y a la capacidad del particular.

tad de los sujetos o partes y de su coincidencia para generar el consentimiento y, con él, el contrato mismo.

La voluntad del órgano del poder público, o voluntad administrativa, en cumplimiento de una función administrativa, representa su determinación deliberada de producir un acto bilateral específico, generador de derechos y obligaciones, en concurrencia con su cocontratante; voluntad que se exterioriza a través de una manifestación realizada en la forma señalada en la norma jurídica aplicable.

C. La forma

Visualizo a la forma no como un elemento del contrato, sino como un requisito que habrá de satisfacerse tanto respecto al consentimiento y en particular a la manifestación de la voluntad, como a la implementación del contrato, pues siendo éste, por definición, *el acuerdo de dos o más personas para crear obligaciones patrimoniales*, existirá desde el momento en que acuerdan crear, modificar o extinguir obligaciones de ese tipo, sin perjuicio de que para su validez se deban satisfacer los requisitos [por ejemplo, los de forma] que la norma jurídica señale respecto de la manifestación de la voluntad.²⁰

En lo atinente a la voluntad, recordemos también la necesidad de preservarla contra todo vicio que la violente o deforme; el error, el dolo y la violencia son los vicios más señalados en la doctrina, que afectan al consentimiento, respecto de los contratos administrativos.

D. El objeto

Elemento esencial de todo contrato es el objeto, y debe ser cierto, posible, lícito y determinado o determinable en cuanto a su especie, consistente en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones –objeto directo– o, tratándose del objeto indirecto, en la cosa que el obligado debe dar o en el hecho que debe hacer o no hacer.

²⁰ Héctor Jorge Escola (*Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. 1, p. 186) no considera a la forma como requisito sino: “Como elemento esencial complementario, concurrente a veces para la existencia y otras para la mejor eficacia del contrato administrativo, aparece la ‘forma’ tan trascendente siempre en el campo del derecho administrativo”.

E. La causa

Se interpreta como causa del contrato administrativo, el móvil o principio impulsor de la voluntad de las partes para su celebración, siendo diferente la causa del órgano público a la de su cocontratante, cuando éste es un particular, en cuyo caso no tiene mayor relevancia; no así la causa del órgano público contratante, cuya importancia es de tal magnitud que si desaparece, el contrato administrativo se extingue, lo cual significa que es la causa impulsora de la voluntad del órgano público, y no la del particular cocontratante, la que configura a este elemento esencial de dicho contrato.

Consideran algunos autores a la causa como un elemento esencial presupuesto o implícito en el objeto; en este sentido, Héctor Jorge Escola afirma: “La existencia del objeto, a su vez, implica la de una causa y la de una finalidad, implícitos en él y condicionados, en cuanto a su ser, por los mismos sujetos”.²¹

F. La finalidad

Otros autores estiman que la finalidad o *telos* del contrato es uno de sus elementos esenciales, por cierto, implícito o presupuesto en el objeto del mismo, habida cuenta que la finalidad explica el porqué de tal objeto; como bien dice Miguel S. Marienhoff, “La ‘finalidad’ constituye la ‘razón’ que justifica la emisión del acto. De modo que la ‘finalidad’ en relación al objeto o contenido del acto, actúa teleológicamente”.²²

G. Otros presuntos elementos esenciales

De manera aislada, algunos autores sostienen la existencia de otros elementos esenciales del contrato administrativo, los cuales no han sido aceptados como tales por el grueso de la doctrina; entre ellos figuran la forma, la competencia y la capacidad, que ya hemos visto que no son elementos sino requisitos del contrato administrativo; y además, el régimen jurídico especial, y la licitación.

²¹ Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos*, op. cit., t. I, p. 186.

²² Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, op. cit., t. II, p. 344.

Hay quienes ven, en el régimen jurídico especial, un elemento esencial del contrato administrativo; señalan que éste es regido por reglas exorbitantes del derecho privado, de tal suerte que aun cuando determinados privilegios del órgano público contratante no consten expresamente en el contrato, deberán hacerse valer cuando sea necesario, destacando entre ellos su posible modificación y aun su rescisión unilateral, así como su ejecución directa.

Sin poner en duda los referidos privilegios del órgano del poder público en los contratos administrativos que celebre, no me parece razonable considerar al régimen jurídico especial que los establece, como elemento esencial de tales contratos, por no ser parte integrante de ellos, sino un requisito indispensable de los mismos contratos, toda vez que deben ser regulados por normas jurídicas exorbitantes del derecho privado, so pena de no ser contratos administrativos.

Por lo que hace a la licitación, me ocuparé de ella después de definir y clasificar al contrato administrativo.

6. Definición del contrato administrativo

La idea del contrato administrativo parte del supuesto de que, en ciertos casos, los actos bilaterales en que participa la administración pública son contratos cuyas peculiaridades propias impiden asimilarlos a los moldes contractuales del derecho privado.

En este orden de ideas, el profesor venezolano Allan Randolph Brewer Carías observa cómo la administración pública realiza actos bilaterales, que de acuerdo con su contenido, son de naturaleza contractual; de ellos deriva una relación jurídica de derecho administrativo, lo cual evidencia su sometimiento a ciertas normas jurídicas, muchas de las cuales son distintas de las del derecho privado. “Estos contratos forman, dentro de los contratos de la administración, la categoría particular de los contratos administrativos”.²³

En suma, el contrato administrativo [*marchés publics*, en Francia; *public procurement*, en el Reino Unido; y *öffentliche aufträge*, en Ale-

²³ Allan Randolph Brewer Carías, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p 182.

mania] es una forma de crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, y sus correlativos derechos, como resultado de una relación plurilateral consensual, frecuentemente caracterizada por la situación privilegiada que una de las partes [la administración pública] guarda respecto de la otra [un particular], en lo concerniente a las obligaciones pactadas, sin que por tal motivo disminuyan los derechos económicos atribuidos a la otra parte.

Así pues, el contrato administrativo es *el acuerdo de un particular con un órgano del poder público en ejercicio de función administrativa, para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones patrimoniales, en aras del interés público, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario.*

7. Clasificación de los contratos administrativos

Entre otras clasificaciones de los contratos administrativos propuestas en la doctrina, recordamos las que los agrupan, por el número de partes que resultan obligadas, en unilaterales [una sola de las dos partes se obliga hacia la otra sin que ésta contraiga obligación alguna]; y bilaterales o sinalagmáticos [en los que ambas partes acuerdan obligaciones mutuas y recíprocas, por lo que asumen el mutuo y recíproco carácter de acreedores y deudores entre sí].

Por las prestaciones pactadas, los contratos pueden ser: a título gratuito [en el que una de las partes otorga a la otra un provecho o beneficio sin compensación equivalente ni contraprestación alguna]; o a título oneroso [ambas partes se proponen obtener un provecho o ventaja a cambio de una contraprestación].

Por el momento de su perfeccionamiento, los contratos se clasifican en consensuales [cuyo perfeccionamiento se logra por el sólo consentimiento de las partes]; reales [los que su perfeccionamiento requiere de un principio de ejecución, como es la entrega y tradición de la cosa]; formales [cuya validez queda supeditada a la observancia de una forma determinada, por ejemplo, que el consentimiento conste por escrito]; solemnes [cuya existencia se condiciona a observar cierta solemnidad].

Por su previsión en la ley, los contratos pueden ser nominados o innominados, según estén expresamente previstos, o no, en el ordenamiento legal.

Por la certeza de sus prestaciones, serán conmutativos los contratos onerosos cuando las prestaciones que se deban las partes sean ciertas desde que se celebra el contrato; y serán aleatorios cuando la prestación debida dependa de un acontecimiento incierto que impida, al momento de celebrarlo, saber si habrá ganancia o pérdida, lo que se conocerá cuando el acontecimiento se realice.

Por su relación con otro contrato, serán principales los contratos que existan por sí solos; y se consideran accesorios los que dependan jurídica y lógicamente de otro.

Por el tiempo en que se realizan las prestaciones: de ejecución inmediata [cuya consumación efectúan las partes en el momento mismo de su celebración]; de ejecución instantánea [cuyo efecto se produce en un solo acto, aun cuando éste no se realice en el momento mismo de su celebración]; y de ejecución diferida, cuyas obligaciones habrán de cumplirse en uno o varios episodios posteriores a su celebración, como ocurre en los contratos de tracto sucesivo cuya eficacia perdura en un tiempo más o menos prolongado, y que pueden ser de ejecución de ejecución continua, como ocurre en el comodato; de ejecución periódica, como acontece en la suscripción a periódicos; o de ejecución escalonada, en los que el cumplimiento se prevé en momentos separados, con intervalos desiguales, como en la compraventa con entrega de mercaderías por lotes en fechas diferentes.

En razón a la formación del consentimiento; contratos negociados, en los que las partes se sitúan jurídicamente en un mismo plano; y de adhesión, en que una de las partes impone sus condiciones a la otra, la que sólo puede aceptarlas íntegramente, o rechazarlas, en cuyo caso el contrato no se celebra.

En atención al origen de las obligaciones pactada: contratos base, en los que alguna de las partes adquiere derechos y asume obligaciones que eventualmente podrá transferir mediante subcontratación; y contratos derivados o sub contratos.

En relación con las cualidades específicas del cocontratante, los contratos administrativos pueden ser o no *intuito personae*; lo serán cuando se exija que el cocontratante tenga ciertas cualidades de carácter legal, técnico, financiero, económico o moral; en consecuencia, el contrato *intuito personae* no puede ser cedido o transferido por el

cocontratante a otra persona, ni tampoco subcontratar a un tercero para que asuma las obligaciones por cumplir, salvo que lo autorice la administración contratante.

8. *La licitación pública*

Suele usarse la palabra “licitación” como sinónimo de subasta, concurso y remate; así, por ejemplo, el texto vigente del artículo 134 constitucional habla de licitaciones para la adjudicación de los contratos del gobierno, en tanto que su texto original utilizó el término “subasta”.

Mas, independientemente de que exista o no tal sinonimia, lo que interesa precisar es si la licitación es un elemento del contrato administrativo, como lo consideran algunos autores.²⁴

Considero que la licitación no es un elemento, y mucho menos esencial, del contrato administrativo, sino que se trata de un requisito procedimental exigible en muchos de tales contratos, porque si fuese un elemento esencial sería imprescindible en todos ellos, lo cual no ocurre así, entre otras razones por urgencia, por existir un único posible cocontratante, o por su escasa cuantía.

Consiguientemente, la licitación no constituye ni siquiera un elemento no esencial del contrato administrativo, sino, en alguno casos, un requisito previo a su celebración que se satisface a través de un procedimiento administrativo específico mediante el cual se selecciona – de entre todos los aspirantes cuya idoneidad moral, técnica y financiera quedó previamente comprobada– al cocontratante que haya presentado la mejor oferta, que no necesariamente la más baja.

El 7 de mayo de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 134 constitucional, en cuya virtud sus disposiciones son obligatorias no sólo para la Federación y el Distrito Federal, sino también para los estados y los municipios, los cuales no estaban mencionados en dicho artículo hasta

²⁴ Entre otros Rafael I. Martínez Morales (*Derecho administrativo. Segundo curso, op. cit.*, p. 129) “*Licitación*. Este elemento es introducido en los contratos administrativos como un mecanismo de control al gasto que realizan los entes públicos; encuentra su justificación en disposiciones legales, las que también establecen las excepciones a la licitación pública”.

antes de la referida modificación que contiene la regla general de que las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudiquen o lleven a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública; pero prevé la posibilidad de que la ley establezca excepción para cuando la licitación no sea idónea para asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, etcétera.

Cabe observar que la modificación a este numeral de la Constitución, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 29 de enero de 2016, no alteró estas disposiciones relativas a la licitación pública.

9. Tipos de contratos administrativos

La doctrina jurídico administrativa registra diversos tipos de contratos administrativos, entre los que destacan los de obra pública, de adquisición de bienes muebles, de arrendamiento de bienes muebles, de enajenación de bienes muebles, de prestación de servicios, de préstamo y de empréstito públicos, además de otras figuras afines al contrato administrativo, como son las de incorporación al empleo público, y la concesión administrativa.

En el ámbito federal mexicano, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, considera el contrato de obra pública y el de servicios relacionados con las mismas; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, contempla los contratos administrativos de adquisiciones, arrendamientos, y servicios; en tanto que la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público se ocupa de regular la enajenación [bajo los procedimientos (que implican contratos) de donación, compraventa e incluso permuta] de los bienes que sean transferidos al Sistema de Administración y Enajenación de Bienes; la Ley General de Bienes Nacionales prevé la venta, la donación y el comodato de los bienes muebles de propiedad federal que estén a su servicio y que por su uso, aprovechamiento o estado de conservación no sean ya adecuados o resulte inconveniente su utilización en el mismo, así como la venta y donación de los desechos respectivos. Por su parte, la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica regula el contrato de suministro de energía eléctrica.

A. Contrato de obra pública

Es opinión generalizada que el de obra pública es el contrato administrativo por excelencia, mediante el cual un sujeto a quien se denomina contratista, se obliga a construir, reconstruir, reformar, reparar, mantener, o demoler un bien inmueble, mediante el pago de un precio que se obliga a pagarle otro sujeto que siempre será un órgano de la Administración pública. El profesor Rafael Juristo Sánchez lo define como: “aquel tipo de contrato administrativo por virtud del cual una de las partes llamada contratista o empresario se obliga a realizar, con organización y medios propios, una obra inmobiliaria destinada a satisfacer un interés público, a cambio de un precio cierto en dinero que se compromete a pagarle una Administración pública”.²⁵

En la conformación del contrato de obra pública se puede advertir una etapa preliminar que comprende su planeación, programación y presupuestación; una etapa ejecutiva que inicia con la autorización de la obra e incluye, además, la selección del contratista [y en su caso la licitación respectiva], la adjudicación del contrato, su celebración y firma, la ejecución de la obra, su control y vigilancia, y la recepción de la obra; por último, una etapa final que atañe a la extinción del contrato y a la aplicación de sanciones.²⁶

B. Contrato administrativo de adquisición de bienes muebles

En su Diccionario de la Lengua, la Real Academia atribuye a la palabra *adquisición*, las acepciones de *cosa adquirida*, y de *acción de adquirir*, verbo al que le da cuatro significados: ganar, conseguir con el propio trabajo e industria; comprar; así como coger, lograr o conseguir; y con una connotación jurídica: hacer propio un derecho o cosa que a nadie pertenece, o se transmite a título lucrativo u oneroso, o por prescripción.

Desde la perspectiva jurídica, Jorge Sánchez Cordero explica que “En materia de propiedad se puede afirmar que la adquisición es el he-

²⁵ Rafael Juristo Sánchez, *La ejecución del contrato de obra pública*, 2a. ed., Madrid, Hauser y Menet, 1991, p. 15.

²⁶ *Vid.* Jorge Ricardo Canals Arenas, *El contrato de obra pública*, México, Trillas, 1991, pp. 130 a 137.

cho o acto jurídico en términos del cual se incorpora al patrimonio de una persona un bien mueble o inmueble,”²⁷

Existen diferentes modos de adquirir, o formas o modos de adquisición: por ocupación [apoderamiento de una cosa que carece de dueño, con ánimo de hacerla propia], accesión [derecho del propietario de una cosa de apropiarse todo lo que ella produce o se le incorpora, natural o artificialmente], enajenación [transmisión del dominio de una cosa que hace el propietario a favor de otra persona; por lo que puede ser por compraventa, permuta o donación], prescripción adquisitiva o usucapión [medio de adquirir bienes mediante la posesión continuada durante cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley], y por herencia.

En el orden jurídico mexicano, el contrato de adquisición de bienes muebles celebrado por entes del sector público es, en rigor, un contrato de compraventa con cláusulas exorbitantes del derecho ordinario, en cuya virtud un particular, llamado proveedor, se obliga a transferir la propiedad de un bien mueble [o de un conjunto de bienes muebles] a un ente del sector público, quien se obliga a pagar un precio cierto y en dinero. Se trata, en realidad, de un contrato administrativo de compra, en el que el comprador es siempre un ente del sector público

Debo enfatizar que la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, reduce el contrato de adquisición a la compraventa de bienes muebles, sin dar cabida a ninguna de las otras formas de adquirir; ni siquiera a las otras dos formas contractuales de enajenación: permuta y donación, por cuya razón los contratos de estos últimos dos tipos que celebre el sector público no serán contratos administrativos y se registrarán por el Código Civil Federal.

Dado su carácter administrativo, insisto en que el contrato de adquisición de bienes muebles, invariablemente, una de sus partes será el Estado [o alguna de sus personas de derecho público], actuando en ejercicio de función administrativa con una finalidad de interés público, y sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario.

El contrato administrativo de adquisición de bienes muebles, en los términos de la citada Ley de Adquisiciones, arrendamientos y

²⁷ Diccionario jurídico mexicano, México, UNAM-IIIJ, 1982, t. I. 105.

Servicios del Sector Público, es administrativo, sinalagmático, oneroso, formal, principal e *intuitu personae*.

En mi opinión, resulta equívoco denominar al contrato administrativo de compraventa de bienes muebles, contrato de adquisición de bienes muebles, como lo llama la Ley de Adquisiciones, arrendamientos y Servicios del Sector Público, porque sólo atañe a la compraventa, mas no a la permuta y a la donación, por lo que el nombre es excesivo, vamos, le queda grande. Consecuentemente, debiera llamarse, sin ambages, contrato administrativo de compra de bienes muebles, toda vez que el comprador será siempre el sector público.

De igual modo es equívoco, por excesivo, el título de la Ley de Adquisiciones, arrendamientos y Servicios del Sector Público, porque no regula la ocupación, la accesión, la usucapión y la herencia, que también son formas de adquisición, sino sólo de una de los modos de enajenación [que también es una manera de adquirir]: la compraventa, dejando de lado la permuta y la donación, a las que tampoco regula. Por ello, dicho ordenamiento legal debiera llamarse Ley de Compras, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

C. Contrato administrativo de arrendamiento de bienes muebles

Los mismos ordenamientos jurídicos relativos al contrato administrativo de adquisición de bienes muebles, regulan también al contrato administrativo de arrendamiento de bienes muebles celebrado por la Administración pública para tener el uso temporal de ciertos equipos, por ejemplo equipo de cómputo, o bienes muebles en general, mediante el pago de una renta.

El contrato administrativo de arrendamiento puro se puede entender como el acto jurídico bilateral celebrado entre una administración pública en ejercicio de función administrativa y un particular, en cuya virtud ambas partes se obligan recíprocamente; el particular queda obligado a conceder el uso o goce temporal de un bien mueble, y la administración pública adquiere la obligación de pagar periódicamente un precio cierto por el goce o uso de dicho bien, para satisfacción del interés público, con sujeción de un régimen exorbitante del derecho ordinario.

El contrato administrativo de arrendamiento financiero de bienes muebles es celebrado, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario, entre una administración pública y un particular, en aras del interés público, con el propósito de financiar la utilización de bienes muebles que requiere para el logro de sus fines, mediante el pago de remuneraciones periódicas durante un plazo determinado, sin predeterminar la traslación de su propiedad, la que eventualmente se realizará al concluir el plazo del contrato, de resolverlo así la arrendataria, entre un conjunto de alternativas, como pueden ser la compra de los bienes arrendados a un precio inferior a su valor de adquisición, fijado en el contrato; la prórroga del plazo para continuar con el uso o goce de los bienes, con reducción del monto de la renta que pagaba inicialmente; o la venta del bien a un tercero, compartiendo el precio con el arrendador en los términos que se pacten en el contrato.

En los términos de la citada Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, el contrato administrativo de arrendamiento de bienes muebles, es administrativo, sinalagmático, oneroso, nominado, formal, principal, *intuitu personae*, de tracto sucesivo y traslativo de uso; eventualmente, en la modalidad de arrendamiento financiero, puede ser traslativo de dominio.

D. Contrato administrativo de venta de bienes muebles

Mes con mes, el sector público deja de emplear bienes muebles de su propiedad que están a su servicio y que por su uso, aprovechamiento o estado de conservación no son ya adecuados o resulta inconveniente su utilización, a los que se agrega un cúmulo de materiales de desecho, que requiere ser dado de baja en los inventarios respectivos y proceder a su venta o destrucción, lo cual ha sido soslayado por la doctrina y mal tratado en la legislación, pese su valiosa cuantía, por lo que se convierte en una importante fuente de corrupción.

Lamentablemente la doctrina jurídica mexicana no se ha ocupado del estudio e investigación del contrato administrativo de venta de bienes muebles, en el que el vendedor es la administración pública y el comprador un particular, bajo un régimen jurídico exorbitante del derecho ordinario; en tanto que la legislación lo ha regulado de manera superficial e inadecuada, como se advierte en la Ley General de Bienes

Nacionales, cuyo artículo 129 indebidamente trata de obviar la expedición de un Reglamento de Baja y Disposición Final de Bienes Muebles de la Administración Pública Federal, al facultar a la Secretaría de la Función Pública a expedir las Normas Generales para el Registro, Afectación, Disposición Final y Baja de Bienes Muebles de la Administración Pública Federal Centralizada, las que prevén la venta de los referidos bienes, mediante contratos que se adjudicarán mediante procedimientos de licitación pública incluyendo subasta (sic), invitación a cuando menos tres personas, o adjudicación directa.

Téngase presente que la facultad del Ejecutivo Federal de reglamentar las leyes que expida el Congreso de la Unión es indelegable, por lo que la sustitución de un Reglamento de la Ley General de Bienes Nacionales mediante las referidas normas generales [que no se limitan a orientar e instruir a los servidores públicos de la administración pública sobre la aplicación de la Ley general de Bienes Nacionales, sino que establecen preceptos que atañen a los particulares interesados en adquirir bienes muebles dados de baja por el sector público, para quienes prevén derechos y obligaciones] que detallan y explican la regulación jurídica del contrato administrativo de venta de bienes muebles de la administración pública, es inconstitucional.

En suma, la normativa federal para la venta de bienes muebles del sector público es deficiente, por lo que urge corregirla, para lo cual se sugiere reformar la Ley General de Bienes Nacionales, incluyendo un capítulo, dentro de su título quinto [relativo a los bienes muebles de la administración pública federal], que contenga los lineamientos generales para contratar la venta de bienes muebles y materiales de desecho del sector público, complementándose con un reglamento que detalle los aspectos de esa ley, relativos a esa contratación, y provea en la esfera administrativa a su exacta observancia.

E. Contrato administrativo de prestación de servicios

Se puede interpretar como contrato administrativo de prestación de servicios, el celebrado por un ente del sector público, en ejercicio de función administrativa, con un proveedor particular, a efecto de que éste realice determinada actividad técnica, destinada a satisfacer un re-

querimiento específico de dicho ente, en aras del interés público, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario.

En el contrato administrativo de prestación de servicios se pueden incluir los de conservación, mantenimiento o reparación de bienes muebles e inmuebles; maquila; seguros; transportación de bienes; de limpieza; de vigilancia; los de estudios técnicos que se vinculen con la adquisición o uso de bienes muebles; los de cualquier naturaleza cuya prestación genere una obligación de pago para el sector público,

En términos generales, el contrato administrativo de servicios se puede clasificar como sinalagmático, *intuitu personae*, oneroso, nominado, formal, principal y, con frecuencia, de tracto sucesivo, como en tratándose de servicios de mantenimiento de de equipo de oficina, limpieza y vigilancia.

F. Contrato administrativo de suministro

Asignatura pendiente de la doctrina jurídica mexicana es el contrato administrativo de suministro, ya que nuestros grandes tratadistas de derecho administrativo, o lo abordan de soslayo en una cuartilla o menos, equiparándolo al contrato administrativo de adquisición de bienes muebles, o de plano lo ignoran; situación semejante ocurre con los manuales, compendios y obras similares de nuestro derecho administrativo; en tanto que el contrato administrativo de suministro en el que el suministrador es la administración pública, no sólo permanece inexplorado, sino ignorado en nuestra doctrina jurídica, con excepción de mi libro *Derecho administrativo. Contratos*.²⁸

No existe consenso doctrinario en torno al concepto de contrato administrativo de suministro, habida cuenta que mientras algunos autores lo consideran equivalente a un contrato de compraventa con la entrega de los bienes en una sola vez o en periodos sucesivos; en cambio, para otros autores el contrato administrativo de suministro tiene perfiles propios, por lo que se diferencia de la compraventa y de cualquier otro contrato.

²⁸ Jorge Fernández Ruiz, *Derecho administrativo. Contratos*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2009, xv-573 pp.

Para quien esto escribe, el contrato administrativo de suministro se puede explicar de manera omnicomprendensiva como *aquel en que una de las partes es una administración pública en ejercicio de función pública, en virtud del cual una de ellas surge a la otra de un determinado bien o producto, en el momento, cantidad o volumen y calidad que esta última lo requiere, a cambio de una remuneración periódica en dinero, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario.*

En principio, el bien o producto a que se refiere el suministro viene a satisfacer una necesidad del suministrado y, en consecuencia, su entrega se habrá de producir siempre que se presente dicha necesidad, la cual se caracteriza por ser en unos casos periódica o cuando menos repetitiva, y en otros continua, pero siempre duradera; se trata, pues, de una necesidad hasta cierto punto insaciable, que genera en los contratantes un interés permanente de asegurar su satisfacción oportuna; luego entonces, en el contrato de suministro, tanto la necesidad como el interés de satisfacerla y la satisfacción misma son duraderos.

La diferencia entre contrato administrativo de suministro y su análogo de compraventa, consiste en que en este último la administración pública compradora puede adquirir determinados bienes, en unos casos porque los necesita y en otros por si los llegara a necesitar, evento que puede ocurrir después de varios años, pocos o muchos, o incluso pudiera no llegar a necesitar, como suele ocurrir en la compra de refacciones para maquinaria y equipo, que se dan de baja sin haberse usado, porque ya no existe el bien al que estaban destinadas; mientras que en el contrato de suministro, la adquirente –particular o administración pública– busca asegurar una provisión o caudal de bienes que requiere constantemente o con frecuencia, para que no lleguen a faltar y poder disponer de ellos inmediatamente, siempre que los necesite, como ocurre en el suministro de agua potable, en el que puede darse el caso de que el usuario del servicio público no llegue a necesitar el agua, porque no llega ocupar la casa para la que contrató el suministro.

G. Contrato administrativo de préstamo público

El Estado cubre sus erogaciones con los ingresos provenientes del pago de las contribuciones; empero, desde tiempo inmemorial, la suma de tales ingresos suele ser insuficiente para cubrir el gasto público, por lo

que para financiar el déficit se obtienen recursos provenientes del crédito público, ya sea mediante contrato de préstamo público o por medio de contrato de empréstito público.

Para sus propios efectos, la Ley General de Deuda Pública, en su artículo 2o., entiende por financiamiento, la contratación de créditos, empréstitos o préstamos derivados de diversos actos, como la suscripción o emisión de títulos de crédito, la adquisición de bienes, así como la contratación de obras o servicios cuyo pago se pacte a plazos.

Merced al contrato de préstamo el Estado obtiene de una institución bancaria, u otro tercero, una suma de dinero que se obliga a reembolsar, junto con el interés convenido, bien sea en un solo pago o en abonos escalonados. Por tanto, el préstamo público, como observa Juan Carlos Peirano Facio, es un mutuo de dinero caracterizado por su naturaleza contractual, en el que la deuda pública se origina en una entrega de fondos, sin emisión de títulos de crédito.²⁹

H. Contrato administrativo de empréstito público

En razón del origen de los recursos, los empréstitos públicos se clasifican en internos y externos o internacionales, según provengan los fondos de ahorradores radicados en el país o de ahorradores o instituciones de otros países o internaciones, como el Banco Mundial, por ejemplo.

El empréstito público es voluntario, –salvo el caso excepcional del empréstito obligatorio–, redituable y reembolsable, lo que significa que es resultado de la coincidencia de voluntades del prestador y del acreditado en un contrato que establecerá la tasa de interés y las fechas de pago del capital y de los intereses.

El empréstito puede entenderse como un mecanismo que permite anticipar el empleo de recursos futuros, para disponer hoy de fondos susceptibles de reunirse en el curso de varios años, habida cuenta que, como apunta Pedro Antonio Lamprea Rodríguez: “La finalidad del contrato empréstito es la provisión a la entidad contratante, por un aparte de una entidad crediticia nacional o extranjera, de recursos en

²⁹ Vid. Juan Carlos Peirano Facio, *Deuda pública y presupuesto*, Montevideo, FCC, 1976, p. 44.

moneda nacional o extranjera, para cuyo pago o amortización se otorga un plazo”.³⁰

El de empréstito público es un contrato administrativo, toda vez que siempre una de sus partes habrá de ser el Estado o alguna de sus personas de derecho público, en ejercicio de función administrativa, con una finalidad de interés público, invariablemente con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado.

El contrato de empréstito público puede entenderse como aquel por el cual el Estado o alguna de sus personas de derecho público, con miras al cumplimiento de sus fines, recibe de otra persona una cantidad de dinero en moneda nacional o en divisas, que se obliga a devolver en la misma especie, en fecha y lugar determinados, adquiriendo, además, la obligación de pagar periódicamente una renta o interés a tasa determinada o determinable.

Se ubica el contrato de empréstito público dentro de la clasificación contractual como administrativo, bilateral, oneroso, formal, principal, traslativo de propiedad y duradero.

H. Otras figuras afines al contrato administrativo

En las normativas jurídicas de otros países, existen otros tipos de contratos que el orden jurídico mexicano no reconoce como tales; es el caso de la incorporación al empleo público, y de la concesión de servicio público.

a. La incorporación al empleo público

El acceso de las personas físicas al empleo público, es decir, al ejercicio de la función pública, da lugar a una relación jurídica entre el Estado y su funcionario o empleado, cuya naturaleza no ha logrado un consenso en la doctrina, dada la diversidad de teorías que tratan de explicarla, a cuyo respecto André de Laubadere hace notar que:

El problema de la situación jurídica del funcionamiento público es doble: 1o. Se trata de saber si esta situación es de derecho público o de derecho priva-

³⁰ Pedro Antonio Lamprea Rodríguez, *Contratos administrativos*, Bogotá, Fondo de Cultura Jurídica, 1979, p. 365.

do; 2o. Por otra parte se trata de saber si el funcionario está dentro de una situación legal y reglamentaria o dentro de una situación jurídica subjetiva, y especialmente si está ligado por una relación de carácter contractual a la colectividad pública que lo emplea.³¹

La doctrina registra ciertas teorías contractualistas que a la luz de derecho civil pretenden explicar la naturaleza jurídica de la relación que se da en el empleo público aluden a diversas figuras contractuales, destacando las que la identifican como una relación propia de un contrato civil de mandato y las que la consideran en el esquema de un contrato de arriendo o localización de servicios.

La teoría del contrato civil de mandato, como explicativa de la relación surgida del empleo o de la función públicos, descansa en los siguientes elementos:

- Representación del Estado mandante, al que pertenece el ente público correspondiente, por parte del mandatario para ejecutar, por cuenta del primero, los actos que le encomiende por conducto del ente público respectivo.
- Consentimiento de las partes, expresado a través del nombramiento expedido por el ente público correspondiente del Estado mandante y de la aceptación del interesado.
- Delegación de las facultades del ente público mandante en favor del mandatario, fuera de las cuales la actividad de ese último no obliga al mandante.
- Por tratarse de un contrato sinalagmático y oneroso, se generan obligaciones recíprocas de las partes: a cargo del mandatario la de representar al mandante en la ejecución de ciertos actos jurídicos, y a cargo del ente público la de remunerar la actividad representativa del mandatario.

Sin duda, un gran número de empleados públicos, por ejemplo los vigilantes, no representan al Estado en la ejecución de actos jurídicos, y tratándose de funcionarios públicos de alta jerarquía, que sí lo representan, sus obligaciones no se reducen a las de representación, pues

³¹ André Laubadere, *Traité de Droit administratif*, 7^o ed., París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, t. 2, pp. 23 y 24.

incluyen la prestación de diversos servicios personales, por lo que la naturaleza de la relación existente entre el Estado y sus funcionarios y empleados no es la resultante de un contrato civil de mandato.

Ante el rechazo de la teoría del mandato, los civilistas propusieron la teoría del contrato civil de arriendo o locación de servicios, o como decimos en México, de “prestación de servicios”, para explicar la relación existente entre el Estado y sus funcionarios y empleados.

Sin embargo, el contrato de locación o prestación de servicios tampoco puede explicar dicha relación, habida cuenta que en ese contrato, locador y locatario, o prestador y prestatario, se ubican en un plano de igualdad y de libertad, lo que no ocurre en el caso del funcionario y del empleado público, toda vez que quedan sometidos a un código de conducta obligatorio impuesto por el Estado, aun fuera de su horario de labores.

La teoría estatutaria, o teoría del acto unilateral, sostiene que la sola voluntad unilateral del Estado, expresada a través del *nombramiento*, basta para generar la relación entre éste y el empleado o el funcionario públicos.

A la luz de esta teoría, la naturaleza de la relación entre el Estado empleador y el particular empleado, lejos de ser contractual, es legal o reglamentaria, o como dicen algunos autores, estatutaria, en virtud de la cual:

- El funcionario y el empleado públicos quedan sometidos en todo momento a las normas jurídicas que regulan su actuación, o sea a su estatuto jurídico.
- Los deberes y derechos contenidos en el estatuto estarán vigentes en tanto no se modifique éste, sin que los funcionarios y empleados puedan oponerse a su eventual modificación.
- Las normas contenidas en el estatuto no podrán dejar de observarse en beneficio o perjuicio de ningún funcionario o empleado, en razón del principio de legalidad y de la inderogabilidad singular de la norma jurídica.
- La inobservancia del estatuto por parte del Estado es impugnabile ante la autoridad competente.

Un análisis, aunque sea somero, de la teoría estatutaria o del acto unilateral, hace notar que no es suficiente para explicar la relación existente

entre el Estado y sus funcionarios y empleados, toda vez que sin el consentimiento de estos últimos no se podrá construir dicha relación, lo cual significa que contra su voluntad nadie podrá ser funcionario o empleado público, excepto en los casos de jurados, cargos o concejiles y demás previstos en el artículo 5° constitucional.

Otra teoría contractual es la del contrato administrativo, asumida por la legislación argentina, conforme a la cual, la relación establecida por el empleo público o la función pública, entre el Estado y el funcionario o empleado es de naturaleza contractual, mas no propia de un contrato civil, sino de un contrato administrativo, dada la desigualdad de las partes –Estado y funcionario o empleado público-, una de las cuales será invariablemente el Estado actuando en ejercicio de función administrativa, con fines de interés público y con sujeción en buena medida a un régimen exorbitante del derecho privado.

Otros doctrinarios, como Alberto Trueba Urbina, consideran también que la relación establecida por el empleo público o la función pública, entre el Estado y el funcionario o empleado es de naturaleza contractual, empero, niegan que el contrato respectivo sea civil o administrativo, porque a su juicio es de derecho social.³²

El jurista Mario de la Cueva estima que el derecho positivo mexicano adoptó los criterios de esta teoría del contrato laboral a través de la expedición, el 5 de diciembre de 1938, del Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión, por afirmarse en su correspondiente iniciativa que la relación jurídica entre el Estado y sus servidores sería una relación de trabajo.³³

Otra teoría para explicar la naturaleza de la relación del Estado con el empleado público es la del acto-condición, que considera a dicha relación como la subsunción de un sujeto, con su consentimiento, en una situación general estatutaria preexistente, mediante una manifestación de voluntad realizada por un órgano competente del Estado, a través de un nombramiento que, junto con su correspondiente aceptación, configura la condición de aplicación, al caso individual de cualquier

³² Vid. Alberto Trueba Urbina, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, 4a ed., México, Porrúa, 1978, p. 596.

³³ Vid. Mario de la Cueva, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1972, p. 643.

funcionario o empleado públicos, de la situación general estatutaria preexistente para todos ellos.

Por consiguiente, el que una persona física se incorpore a la situación general estatutaria preexistente que regula la relación dada entre el Estado y sus funcionarios y empleados, con todos los derechos y obligaciones que ello entraña, o sea, que se convierta en funcionario público o en empleado, público, queda condicionado a que el Estado le extienda el nombramiento respectivo y dicha persona lo acepte. Consecuentemente, conforme a la teoría del acto-condición, para la incorporación de un sujeto a la función o al empleo público no se requiere la celebración de contrato alguno, habida cuenta de las obligaciones y los derechos provenientes de los sujetos de esa relación –Estado y funcionario o empleado público– están predeterminados estatutariamente en el ordenamiento jurídico; sin embargo, no basta, para tal efecto, la designación hecha mediante acto unilateral del Estado, porque, salvo que se trate de los agente públicos no voluntarios a que se refiere el cuarto párrafo del artículo 5º constitucional, a nadie se puede obligar a ser funcionario o empleados públicos.

Por su parte, la teoría legalista considera que la naturaleza jurídica de la relación nacida de la función y el empleo públicos la define la ley.³⁴

Otra teoría, la del acto mixto, sostiene que la relación surgida de la función y el empleo públicos no es explicable pura y simplemente como una situación estatutaria, ni tampoco como un acto unilateral administrativo, ni sólo como un acto contractual, sino que se trata de un acto complejo, es decir, de un acto mixto, en el que se puede distinguir una parte estatutaria preexistente, otra parte es sin duda un acto administrativo unilateral, y una última parte es de naturaleza contractual y administrativa.³⁵

b. La concesión

Desde la óptica jurídica puede explicarse la concesión como el mecanismo mediante el cual, quien tiene la titularidad de determinadas atribu-

³⁴ Vid. Benjamín Villegas Basavilbaso, *op. cit.*, t. III, p. 336.

³⁵ Vid. Andrés Serra Rojas, *Derecho administrativo*, 24a. ed., México, Porrúa, t. I, 1998, p. 381.

ciones y facultades, o de ciertos bienes y derechos, delega su ejercicio o aprovechamiento a favor de un tercero.

La concesión se utiliza tanto en el derecho privado, como en el derecho público. Así, la figura jurídica de la concesión abarca actos de distinta naturaleza encaminados a conferir derechos a sus beneficiarios.

En atención al concedente, las concesiones se pueden dividir en administrativas y en mercantiles. Las primeras son las otorgadas por la administración pública; las segundas, las que confieren los particulares, llamadas también franquicias; en ambos casos versan sobre facultades y derechos atribuidos al concedente. Como para los propósitos de esta obra no interesa la concesión mercantil, exclusivamente nos ocuparemos de la concesión administrativa, en sus diferentes modalidades.

Se puede entender la concesión administrativa como la transferencia que realiza la administración pública a particulares, del desempeño de algunas de las actividades no esenciales que tiene atribuidas, o del aprovechamiento y explotación de bienes del dominio público, mediante la constitución a favor de tales particulares, de derechos o poderes previstos en el ordenamientos jurídico, de los que antes carecían.

En la concesión administrativa también se advierte una marcada controversia doctrinal respecto de su naturaleza jurídica, en la que se presentan las tesis del acto unilateral, las del contrato administrativo y las del acto mixto; y siendo diferente en cada país la legislación relativa a este tipo de concesión, como señala Garrido Falla, “será el Derecho positivo el que resolverá la cuestión en uno u otro sentido”.³⁶

La concesión administrativa admite diversas modalidades, a saber: la de servicio público, la de obra pública y la de uso, aprovechamiento y explotación de bienes del dominio del Estado; la primera tiene por objeto satisfacer necesidades de carácter general; la segunda trata de satisfacer una necesidad pública, la última en cambio, pretende satisfacer principalmente la necesidad privada o el interés particular del concesionario.

La concesión de servicio público viene a ser la cesión temporal de su gestión, hecha por la administración pública a favor de un particular, a efecto de que éste se encargue de ella, por lo cual percibe una

³⁶ *Idem.*

remuneración, sometido a la regulación, control y vigilancia del poder de policía.

Otra modalidad de la concesión administrativa, por cierto no prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es la concesión de obra pública, la que, por ser un acto mixto, se compone de dos elementos, a saber: un contrato de obra pública y una concesión de dominio para la explotación de dicha obra.

La concesión de ocupación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio público, o concesión demanial o dominical, sólo versa sobre bienes de dominio público y otorga, como apunta el jurista español Fernando Garrido Falla, el disfrute exclusivo de un dominio público.³⁷



³⁷ Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, 5a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, vol. II, p.546.