

## APUNTE SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

José Luis HERRERA SOMELLERA

Disertar sobre los llamados contratos administrativos es, a nuestro juicio, de relevante importancia teórica dada su proliferación en el campo de la actividad del Estado y en razón, también, de las diversas opiniones doctrinales que sobre el tema se han venido dando; desde considerar que tales figuras jurídicas no son verdaderamente contratos,<sup>1</sup> o bien que son contratos de naturaleza puramente civil<sup>2</sup> o, por el contrario, cuando se dice que, como contratos referidos a la función pública del Estado, caen dentro del ámbito del derecho administrativo y, por ende, en el derecho público.

La presente charla no conlleva la intención de examinar pormenorizadamente cada una de las principales figuras que para ellos se han propuesto por la doctrina, como por ejemplo el contrato de obra pública, el de suministro o de adquisición de bienes y el de prestación de servicios, aunque obligadamente tendremos que hacer las necesarias referencias para apoyar nuestra propuesta, esto es, se trata de exponer una opinión sobre la naturaleza jurídica de los contratos administrativos, sabedor de las críticas que seguramente provocaremos, sobre todo por la brevedad de la exposición que nos permite el tiempo concedido para la oportunidad.

Entrando en materia, se piensa que, si por principio se acepta que en estas figuras jurídicas, generalmente denominadas contratos administrativos, se contempla la existencia de un “acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones”,<sup>3</sup> acuerdo de voluntades que se da ya sea entre el Estado y los particulares, entre el Estado Federal y los Estados de la Federación o entre entidades de la Federación, nos parece evi-

1 F. de Velasco, Recaredo, *El acto administrativo*. Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1929, p. 128.

2 Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho administrativo y derecho administrativo al estilo mexicano*, México, Porrúa, 1993, pp. 1056 y ss.

3 Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano. Contratos*, Segunda ed. México, Antigua Librería de Robredo, 1954, t. VI, vol. I, p. 9.

dente que se está en presencia de un contrato tal como lo previene el artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; es decir, conforme a la concepción que el derecho privado aporta sobre el contrato y si, como resulta evidente, en estas figuras jurídicas, llamadas contratos administrativos, existe ese acuerdo de voluntades que forma el consentimiento y el objeto que pueda ser materia del propio contrato, como lo establece el Código Civil en su artículo 1794, se dan los requisitos exigidos por la legislación y la doctrina para ser considerados como figuras contractuales, y se piensa que para el mejor estudio de ellos lo primero que cabe hacer es cuestionar sobre su naturaleza, en cuanto a determinar si este contrato cae dentro del derecho público o corresponde al derecho privado.

Al respecto se estima que para determinar lo conducente resulta obligado cuando menos examinar las tres siguientes cuestiones: la naturaleza de las personas de las cuales emana el acuerdo de voluntades, el consentimiento que da vida al acto jurídico contrato administrativo; la naturaleza de las normas que concurren en el cuerpo mismo del contrato; y el objeto del contrato administrativo.

#### a) *Naturaleza de las personas de las cuales emana el acuerdo de voluntades*

Incuestionablemente, en un primer supuesto, en este tipo de contratos concurren por una parte personas de naturaleza privada, de derecho común, o particulares y, por la otra parte personas de derecho público: el Estado o entidades públicas. Asimismo, en un segundo supuesto, pueden concurrir únicamente entes de derecho público como sujetos de una relación contractual, sólo que en este caso se está en presencia de convenios que salen del objeto principal de la presente exposición por tratarse de la concertación de actos entre entes públicos y a los cuales sólo haremos alguna referencia, sin embargo, desde luego apuntamos que su estructura está conformada como en cualquier contrato de naturaleza civil, no obstante, lo que por ahora nos interesa son aquellos negocios jurídicos en los cuales el Estado y los particulares resultan ser los sujetos que forman la relación. Así pues, es el primer supuesto al que fundamentalmente se enfoca nuestra atención.

Al respecto puede decirse que el Estado, cuando comparece como una de las partes en un acto jurídico contractual con particulares, concu-

re, tal como importante doctrina lo sostiene, como sujeto de derecho privado de acuerdo con la conocida teoría de la doble o pluri personalidad del Estado, pero tal doctrina ha sido superada, al considerar que la organización política moderna, como ente de naturaleza pública y por ende de derecho público, sólo ostenta una sola personalidad, precisamente la personalidad pública del Estado, soberana e indivisible, emanada de la voluntad popular, pero de tal manera que posee diversas capacidades de actuación, tal como indica Jesús Reyes Heróles cuando dice que “el Estado tiene capacidades distintas, está investido de diversas capacidades que han sido confundidas o falsamente apreciadas como personalidades distintas”. Ha habido una desmembración de la personalidad del Estado que claramente explica Ferrara, siguiendo a V. O. Mayer y Vasalli. Pero, en realidad, se trata de capacidades distintas: una capacidad como sujeto de derecho internacional, otra capacidad como sujeto de derecho político o soberano, y otra capacidad como fisco. El Estado permanece con su unidad estatal, como único, pero adquiere estas capacidades “en tiempos y modos diversos”. No hay, pues, tres personas —sujeto de derecho internacional, ente político soberano y sujeto patrimonial o fisco—, sino “un mismo sujeto con diversas especies de capacidad”.<sup>4</sup>

De esta manera, y de acuerdo con Serra Rojas,<sup>5</sup> resulta que, cuando menos para uno de los sujetos de la relación, su naturaleza necesariamente será la de persona de derecho público, la que corresponde al Estado, o a un ente público. Por lo que hace a los sujetos privados de la relación, indiscutible es que caen bajo la naturaleza privada que concierne al derecho civil o, en su caso, al mercantil.

### b) *Naturaleza de las normas que concurren en el cuerpo del contrato*

Sin perjuicio de la polémica doctrinal existente en relación con la distinción entre derecho público y derecho privado, con Ulpiano sabemos que: “*Publicum jus est quod ad statum rei romanae sepectat; privatum quod ad singulorum utilitatem* (Derecho público es el que atañe a la organización de la cosa pública; privado, el que concierne a la utilidad de los particulares)”;<sup>6</sup> y es el caso que en los contratos administrativos, exami-

4 Reyes Heróles, Jesús, *Curso de Teoría del Estado*, México, UNAM, 1962, p. 132.

5 Serra Rojas, Andrés, *Derecho administrativo. Segundo curso*, Décima sexta ed., México, Porrúa, 1995, p. 638.

6 García Máynez, Eduardo, Citado en “Introducción al Estudio del Derecho”, I. *Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, México, 1944, p. 127.

nados a la luz de la ley mexicana de Adquisiciones y Obras Públicas, se advierte la presencia de normas que reflejan el interés del Estado para el cumplimiento de sus finalidades mediante la ejecución de obra pública, de adquisición o arrendamiento de bienes muebles, así como la contratación de la más variada prestación de servicios que interesan a la administración para el cumplimiento de sus deberes públicos; normas exorbitantes que impuestas imperativamente por la ley devienen irrenunciables, esto es, que se advierten normas de derecho público y, juntamente con ellas, otras de innegable naturaleza de derecho privado que se refieren o atañen a los particulares en la relación contractual y que, en su caso, pueden ser renunciadas o modificadas por la libre voluntad de los contratantes, y mismas normas que su presencia se tiene tal como en los contratos de carácter civil, las cuales, como en todo contrato, constituyen en los administrativos su base y estructura. Para mejor explicación, podría decirse que si se pudiese hacer una disección al cuerpo del contrato administrativo, como si se tratase de un cuerpo con vida natural, brotaría necesariamente el contenido que el contrato envuelve, contenido que se caracterizaría por la concurrencia de normas sustancialmente privadas entrelazadas con normas sustancialmente públicas que forman una sustancia jurídica híbrida, lo que nos permite concluir que la naturaleza de estos contratos administrativos es mixta, sin que doctrinalmente sea necesario ubicar su naturaleza dentro del derecho público o del derecho privado. Cabe aquí subrayar que, en origen, las figuras contractuales, todas, tienen su asiento en el derecho civil y desde el derecho romano, pero que la evolución de la sociedad y la correspondiente dinámica del derecho en la actualidad se traducen en la transformación a diversas figuras jurídicas, en contratos de corte moderno de perfil propio, pero de naturaleza mixta que dan por resultado, incluidos los celebrados entre entes públicos, a una variedad en aumento constante de convenciones o pactos para satisfacer el cumplimiento de funciones públicas de la administración, con denominaciones y terminología cambiantes e inmaduras, al no merecer todavía la completa aceptación por la doctrina jurídica administrativa. Así, en la administración pública mexicana actualmente se usan tecnicismos como los de convenios de desarrollo social, convenios o acuerdos de coordinación, anexos de ejecución, bases, acuerdos, concertaciones y otros, todos ellos que convienen las autoridades entre sí, ya con la concurrencia de particulares; pero lo más grave es que no existe una precisión para el uso de esta terminología en relación con el o los fenómenos jurídicos que quieren conceptualizar. Se

espera que el esfuerzo doctrinal pueda proponer definiciones limitantes para cada uno de estos actos jurídicos y eliminar aquellas denominaciones que por imprecisas resultan conflictivas para la inteligencia de lo que quieren realmente expresar.

### c) *El objeto de los contratos administrativos*

El Estado, en cumplimiento de sus deberes y en ejercicio de sus funciones públicas, se ve en la necesidad de llevar a cabo obras y de prestar servicios públicos de variada naturaleza, tales como construir carreteras, plantas de diversos tipos, instalaciones petroleras, distribución eléctrica, de agua y demás; pero es el caso que por determinadas circunstancias considera conveniente confiar a los particulares la ejecución de las obras, así como obtener de ellos la prestación de variados servicios mediante la celebración de contratos administrativos según corresponda.

De lo anterior resulta claro “que el contrato tenga por objeto inmediato la realización de una obra o servicio público”<sup>7</sup> o la del suministro y arrendamiento de bienes muebles que requiere para sí la organización política.

Con la finalidad de ilustrar mejor nuestra idea, y sin pretender entrar al examen pormenorizado de cada uno de los diversos tipos de contratos administrativos existentes en el derecho mexicano, se hace mención de los principales con el fin de señalar cómo el interés particular que en ellos existe se ve entrelazado con el interés público del Estado, que en nuestro derecho proviene del artículo 134 constitucional y en general de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas y de otras leyes.

### *Contrato de obra pública*

a) De la simple lectura de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas se desprende que el contrato relativo tiene por objeto llevar a cabo la ejecución, conservación, mantenimiento y demás, de aquellas obras que el Estado requiera para el cumplimiento de los fines que le son propios, de naturaleza pública. Que el contrato relativo goza de una estructura basada en el derecho privado, en la especie el contrato de obra a precio alzado regulado por el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal.

<sup>7</sup> García Oviedo, Carlos y Enrique Martínez Useros, *Derecho Administrativo*, 9a. ed., E.I.S.A., 1968, p. 134.

b) Que el propio contrato está regido además por normas de orden público derivadas del artículo 134 constitucional, normas que con anterioridad a la formulación del instrumento ya señalan requisitos de necesario cumplimiento, de carácter público, para que devenga legítima la celebración del contrato. Específicamente nos referimos, entre otros, a la licitación pública de la obra con base en la convocatoria correspondiente a fin de solicitar a particulares interesados en la celebración del contrato relativo, cuyo objeto sea la realización de la obra de que se trate, requisitos éstos que por derivar del precepto constitucional citado resultan de orden público. Además, a manera de ejemplo, la ley establece que los contratos necesariamente contendrán como mínimo las declaraciones y estipulaciones ordenadas por el artículo 61 de la ley en cita, mismas que no tienen posibilidad de dispensa o renuncia, como por ejemplo: la estipulación relativa a la forma y términos de garantizar la correcta inversión de los anticipos y el cumplimiento del contrato; la forma en que el contratista deberá reintegrar las cantidades que pudiera haber recibido en exceso con motivo del ejercicio del contrato; la obligación del contratista para responder de los defectos que resulten a la obra, de los vicios ocultos y de cualquiera otra responsabilidad (artículo 75), y con la obligación por doce meses de garantizar el cumplimiento del contrato con fianza por el 10% del monto ejercido en la obra; con carta de crédito irrevocable por el 5% del monto de la obra o bien con aportación de recursos líquidos por el equivalente también al 5% del mismo monto en fideicomisos constituidos para ello (artículo 75); los montos de las penas convencionales; y además la facultad de la administración de dar por terminados anticipadamente los contratos cuando concurran razones de interés general (artículo 40); pero, y a mayor abundamiento, el contrato de obra pública está sujeto a control presupuestario y es materia de cuenta pública, etcétera.

### *Contratos de adquisiciones, de arrendamiento de muebles y de servicios*

Lo que ya se indicó sobre la obligatoriedad de licitación para el otorgamiento de los contratos de obra pública, vale también para la celebración de contratos de adquisiciones y arrendamientos, cuyos objetos respectivamente son la obtención por parte de la administración de la propiedad o del uso de bienes muebles que le son necesarios para cumplir con los fines que la ley encomienda al Estado.

Como en el de obra pública, en el cuerpo de los contratos de adquisiciones y de arrendamientos se encuentran igualmente presentes la concurrencia de normas de índole privada, en razón de que su estructura corresponde básicamente a los de compraventa y de arrendamiento regulados por el Código Civil vigente y disposiciones exorbitantes de derecho público que la ley otorga como privilegio irrenunciable a la administración, tal como sería, por ejemplo, la facultad de rescindir administrativamente y por anticipado los contratos cuando concurren razones de interés general (artículo 40).

Por ende, salvo la diferencia de objeto en cuanto que este tipo de contratos se refiere a la adquisición o arrendamiento de bienes muebles, deben tenerse aquí por expuestos los mismos razonamientos que se dieron para el contrato de obra pública.

### *Contrato de servicios*

Con García Oviedo y E. Martínez Useros debemos aceptar que el contrato de servicios “será todo aquel por el cual se encomienda a una persona natural o jurídica, la gestión de un servicio público, incluyendo con tal carácter contractual la concesión”,<sup>8</sup> cuya finalidad u objeto está igualmente encaminado al cumplimiento de deberes públicos del Estado.

Por consecuencia, gozan estos contratos de la misma naturaleza jurídica híbrida que conforman a los de obra pública y a los de adquisiciones o suministro de bienes. Por ende, en su cuerpo se encuentran mezcladas normas de derecho privado como las relativas a la existencia del consentimiento y de objeto lícito, con normas de derecho público tales como las que prevén que su celebración está sujeta a licitación pública mediante convocatoria previa, también pública, para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado. Igualmente estos contratos están sujetos a control presupuestario y a ser materia de cuenta pública.

Es, quizá, porque sobre este tipo de contratos que celebra la administración pública existe el menor número de proposiciones doctrinales, en comparación con el de obra pública, que, a nuestro juicio, acapara la atención de los tratadistas. Por ello, queremos dedicar unas líneas para hacer alusión a algunos que estimamos de suma importancia, es decir, los que en la especie pueden apoyarse en lo dispuesto por la Ley Reglamentaria

8 García Oviedo, Carlos y Enrique Martínez Useros, *op. cit.*, p. 162.

del Artículo 27 Constitucional en el ramo del Petróleo, a los que se podría genéricamente denominar como contratos petroleros.

Sobre el particular, lo que nos motiva a ocuparnos, aun cuando sea someramente, de estos contratos es la preocupación que tenemos sobre las diversas interpretaciones que puedan darse al artículo 6o. de la ley reglamentaria en mención, entendido en relación con el artículo 3o. de la misma ley. En cuanto a la tesis consistente en que, con base en ambos preceptos, se da el supuesto de que Petróleos Mexicanos está en la posibilidad jurídica de contratar los servicios de particulares para encargarles la realización de las actividades que señala el artículo 3o. en sus tres fracciones, cuando expresa:

Artículo 3o. La industria petrolera abarca:

I.- La exploración, la explotación, la refinación, el transporte, el almacenamiento, la distribución y las ventas de primera mano del petróleo y los productos que se obtengan de su refinación;

II.- La exploración, la explotación, la elaboración y las ventas de primera mano del gas, así como el transporte y el almacenamiento indispensables y necesarios para interconectar su explotación y elaboración; y

III.- La elaboración, el transporte, el almacenamiento, la distribución y las ventas de primera mano de aquellos derivados del petróleo que sean susceptibles de servir como materias primas industriales básicas, y los del gas que constituyan petroquímicos básicos.

En efecto, algunos estudiosos estiman que las actividades que abarca la industria petrolera, según el transcrito artículo 3o. pueden entregarse a particulares al amparo de contratos como los que menciona el artículo 6o. de la ley, siempre y cuando (como lo indica este precepto), las remuneraciones que en dichos contratos se establezcan sean siempre en efectivo y que en ningún caso concederán, por los servicios prestados o las obras ejecutadas, porcentajes en los productos, ni participaciones en los resultados de las exploraciones.

Contrariamente a tal tesis pensamos que para una correcta interpretación de dichos preceptos de la Ley Reglamentaria en cita, se debe tomar imperativamente en cuenta lo ordenado por la carta magna, en lo conducente del párrafo sexto del artículo 27, cuando establece que

tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radioactivos, no se otorgarán concesiones ni con-

tratos, ni subsistirán los que, en su caso, se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva.

De esta manera debe tenerse muy especial cuidado en la interpretación del artículo 6o. de la nombrada Ley Reglamentaria, en cuanto que, al parecer, dicho precepto no establece limitación para la celebración con personas físicas o morales de contratos que puedan abarcar como objeto la realización de la totalidad de las acciones que corresponden a la industria petrolera.

Al respecto afirmamos que el artículo 6o. de la ley no puede referirse a todas las actividades que conforman la industria petrolera según el artículo 3o., sino que necesariamente existen limitaciones que no permiten la contratación generalizada de esas actividades, sólo de algunas de ellas.

Como es bien sabido, las leyes tienen su causa de ser, causa que generalmente se expresa en su exposición de motivos, que a su vez contempla no solamente las situaciones propiamente jurídicas que propone para que puedan darse y producir los efectos deseados en el campo del derecho, sino que además, la exposición toma en cuenta el querer o voluntad soberana de la nación, los antecedentes históricos, la tradición, los precedentes y el interés general acorde con la muy especial idiosincrasia del país, y es que, en el evento que examinamos, se da el caso de que la Nación quiso reservarse para sí el derecho exclusivo y directo de la explotación del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos tal como lo previene la norma constitucional.

Congruente con lo anterior, y sólo para recalcar la determinación de la Nación en preservar su soberanía en lo que hace a la exclusiva y directa explotación del petróleo y de los hidrocarburos, se tiene la reforma de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, en 1958, y la reforma del Artículo 27 de la Constitución Federal, en 1960, para asegurar el derecho exclusivo y directo de la Nación para la explotación del petróleo y de los demás hidrocarburos.

Además debe recordarse, como muestra del celo nacional en materia de petróleo, el antecedente histórico-jurídico de la rescisión de los contratos conocidos como contratos riesgo llevada a cabo en los años de 1969 y 1970, cuando en virtud de ellos se advirtió la circunstancia de que contraían los principios constitucionales en lo que atañe a los ya dichos derechos de la nación, porque esos contratos

señalaban como remuneración, por parte de Petróleos Mexicanos, el reembolso total, sin plazo de vencimiento, de los gastos e inversiones por trabajos ejecutados, con el valor del 50% de los hidrocarburos producidos por los pozos perforados y una compensación que iba del 15% al 18.25% del valor de la producción, por un periodo de 25 años,<sup>9</sup> lo que en realidad, en el fondo, significaba el disfrute de una concesión en favor de particulares al amparo de contratos de carácter administrativo.

Ahora bien, al proponer aquí la tesis de que, en lo que hace a la actividad explotación-producción, no sería válida la existencia de contrato alguno con particulares, en los términos del artículo 6o. de la ley de la materia, se puede afirmar que deriva de una estricta interpretación de este precepto al darle su verdadero alcance, pues basta leer la exposición de motivos de la vigente Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo para llegar a esta conclusión.

En efecto, en el cuerpo de la exposición de motivos de la ley en cita se expresa que “el Gobierno debe avocarse *directamente* la explotación integral del petróleo y establecer el control necesario de los recursos petroleros de la Nación”, lo cual no deja duda de la intención del legislador para no permitir intermediarios en esta actividad, en cuanto que la expresión “directamente” que usa conlleva la eliminación de intermediarios, como son realmente los contratistas cuando se les encarga la prestación de un servicio para el Estado.

A mayor abundamiento, si bien es cierto que el texto constitucional deja a la Ley Reglamentaria prevenir lo conducente y ésta en su artículo 6o. admite los contratos petroleros, para el supuesto, debe hacerse una correcta interpretación de lo ahí preceptuado con el fin de atender legítimamente a su texto y a su espíritu, cuando expresa:

Artículo 6o. Petróleos Mexicanos podrá celebrar con personas físicas o morales los contratos de obras y de prestación de servicios *que la mejor realización de sus actividades requiere*. Las remuneraciones que en dichos contratos se establezcan, serán siempre en efectivo y en ningún caso concederán por los servicios que se presten o las obras que se ejecuten, porcentajes en los productos, ni participación en los resultados de las explotaciones.

9 Reyes Heróles, Jesús, “Política petrolera”, informe rendido por el director general de Petróleos Mexicanos el 18 de marzo de 1970, México, 1970, p. 3.

Efectivamente, al establecer el precepto antes transcrito, de que Petróleos Mexicanos podrá celebrar los contratos de obra y de prestación de servicios que la mejor realización de sus actividades requiere, no se está suponiendo la entrega contractual a los particulares de todas y cada una de sus tareas industriales, en cuanto que para auxiliarle en la mejor realización de ellas (como previene el precepto legal invocado), es supuesto indispensable que la institución debe conservar necesariamente, como de su propio y directo ejercicio, aquellas actividades que le son consustanciales, como la explotación y el aprovechamiento de primera mano, para ser exclusivamente llevadas a cabo por la nación mediante el apoderamiento físico y directo del hidrocarburo, sin intermediación de ninguna especie, tal como lo requiere el artículo 27 constitucional y lo expresa la exposición de motivos de la invocada Ley Reglamentaria en vigor.

Cabe además agregar que de interpretarse en forma extensiva el artículo 6o. de dicha Ley Reglamentaria, contrariamente a lo expresado en el párrafo que antecede, equivaldría a dejar a Petróleos Mexicanos (esto es a la institución legitimada por voluntad nacional para manejar la industria petrolera), en una empresa de membrete, poco o nada operativa, sin la real posibilidad de cumplir con la misión que, a través de la ley, la nación le ha encomendado.

Por último y para terminar, debe expresarse que tratándose de petroquímica básica tampoco pueden celebrarse válidamente contratos petroleros de servicios para, mediante ellos, manejar esa actividad en razón de la reserva constitucional que para el caso hace expresamente el artículo 28, párrafo cuarto, de la Constitución Federal, que la refiere, de manera exclusiva, a las funciones propias del Estado.