

CAPÍTULO PRIMERO. LA ACTIVIDAD DEL ESTADO.

A. LOS FINES DEL ESTADO

Sin el afán de controvertir las diversas opiniones que en torno a la Teoría del Estado se han vertido, podemos definir al Estado como una corporación o ente constituido por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un territorio definido. Es un ente que tiene un *telos*, es decir, fines, que en términos generales son la concreción de los fines del propio ser humano; pero ante la variedad de los fines del ser humano, éstos pueden integrarse en algunos que puedan considerarse superiores y últimos. Los medios que permiten alcanzar estos fines últimos son variados, pero pueden resumirse en un solo fin: el denominado *bien común*, que referido a toda la población, puede denominarse *bien público*. Hariou mencionaba que el bien público, en el sentido de una abstracción que exprese una idea de generalidad, es el fin propio e irremplazable del Estado. Es en función de este bien público que el Estado justifica su actividad, se determinan sus atribuciones, la competencia material de los diferentes órganos del Estado y en función de esa competencia se crearán esos órganos.

Como es sabido, el Derecho Administrativo es la rama de Derecho Público que tiene por cometido regular, precisamente la acción o actividad del Estado que se realiza en forma de función administrativa, la estructura de los entes del poder ejecutivo y sus relaciones. Para efectos de esta tesis resulta indispensable revisar en qué consiste la actividad del Estado, de qué maneras realiza el Estado dicha actividad, entre ellas la que constituye la función administrativa.

B. LA ACTIVIDAD DEL ESTADO

Gabino Fraga, ha definido la actividad del Estado como:

... el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga. El otorgamiento de dichas atribuciones obedece a la necesidad de crear jurídicamente los medios adecuados para alcanzar tales fines.¹

Entonces, si las atribuciones se encuentran otorgadas por el derecho positivo, de acuerdo a la ideología prevaleciente en éste, dicha ideología tendrá una gran influencia sobre las diversas tareas que de acuerdo al orden jurídico deban realizarse. Al respecto Serra Rojas afirma que:

La actividad del estado, es decir, lo que el Estado debe hacer, se define por el conjunto de normas que crean órganos, fijan su funcionamiento y los fines que deben alcanzar. La exigencia lógica del Estado se precisa por los fines o propósitos que una sociedad organizada le ha venido señalando de acuerdo a su propia naturaleza².

De esta manera, la actividad estatal puede definirse como el cometido del Estado, es decir, el total de las operaciones y tareas que el ente estatal debe desarrollar, para el cumplimiento de sus fines, dichas operaciones y tareas se clasifican en varios tipos. Atendiendo a la influencia de Montesquieu, y su teoría de la división de poderes, la actividad estatal se divide en tres grandes categorías, a saber: legislación, jurisdicción y administración.

Para realizar su actividad, el Estado requiere definir sus atribuciones, es decir, lo que como Estado le corresponde hacer, y aún cuando en la doctrina se utilizan indistintamente los términos atribución y función administrativa, autores como Gabino

¹ FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. México: 1999³⁹. p. 13.

² SERRA Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. México: 1981¹⁰. p. 23

Fraga hacen una distinción entre ellos, afirmando que las funciones constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones. Sin embargo, de acuerdo a Serra Rojas, la tesis de atribuciones estatales sostenida por Roger Bonnard, ha sido abandonada:

El concepto de atribución es un concepto útil, pero no indispensable. Es un término que no fundamenta las instituciones de derecho administrativo porque pueden fácilmente omitirse. Para una disciplina jurídica es útil contar con numerosos términos que permitan el mejor conocimiento y manejo de los problemas del derecho, sin darles un alcance mayor al estricto. El uso de términos de connotación muy general nos conduce por un camino de incertidumbre. El concepto de atribuciones del Estado es de fácil empleo dentro de ciertos límites muy convencionales, pero no como un elemento básico, ni menos aceptarlo como un elemento necesario para definir las instituciones administrativas.³

C. FUNCIONES DEL ESTADO

Ahora bien, ha quedado establecido que el Estado tiene fines, pero para cumplirlos actúa de diversas maneras y en diferentes áreas. Dicha forma de actuar es lo que se denomina funciones del Estado. Al respecto, debemos mencionar que el concepto de función del Estado no ha sido precisado del todo, de manera que autores como Gabino Fraga dicen que la palabra función tiene un significado preciso en virtud de que designa la forma de la actividad del Estado, más no el contenido de la misma. Por su parte, Serra Rojas menciona que función del Estado son los medios o formas diversas que adopta el derecho para realizar sus fines.

Así, las actividades que realiza el Estado para la consecución de sus fines, se han agrupado, de acuerdo a sus características, en actividades de policía, de servicio y de fomento. Para el ejercicio de sus funciones, el Estado requiere de la creación de diferentes organismos, a los cuales les son atribuidas diversas potestades de forma directa en la norma

³ SERRA Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Primer Curso. Editorial Porrúa. México: 2002²³.p. 21.

fundamental del mismo, es decir, en la Constitución. Así, tenemos un Congreso al que se le ha asignado la creación de normas generales, abstractas, obligatorias e impersonales, que regularan la actuación de los propios órganos y la de los sujetos sometidos al Estado. Asimismo, se ha creado una Administración Pública que tiene a su cargo la difusión y ejecución de esas normas y de proveer la esfera administrativa de su estricta observancia; y finalmente, pero no por ello de menor importancia, una organización judicial, que tiene como tarea la solución de controversias que se generen con la aplicación del Derecho. Es lo que en virtud de la aplicación de la Teoría de la División de Poderes conocemos como Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial, que, tienen a su cargo las funciones legislativa, ejecutiva y judicial.

En virtud de lo anterior, es imprescindible estudiar brevemente estas funciones y las formas de funcionar del Estado, sin detenernos a ver qué organismo o qué poder es el que las realiza, de lo contrario, nos enfrentaríamos a que, aunque normalmente coinciden el carácter formal y material de las funciones, excepcionalmente puede no existir esa coincidencia y encontrarnos con funciones que, materialmente son administrativas o judiciales atribuidas al Poder Legislativo, de la misma manera que los otros dos Poderes tienen entre sus funciones, algunas que, por su naturaleza, no debieran corresponderles.

1. Función Legislativa

Materialmente la función legislativa se manifiesta en la actividad estatal que tiene por objeto la creación de normas jurídicas abstractas, es decir, de la regla de conducta externa humana, de carácter general, obligatorio y coercitivo, independientemente del órgano que la dicte. Si hablásemos en el enfoque formal, la función legislativa correspondería al Poder

Legislativo, y en consecuencia, todo acto que derive de él será una función legislativa. Este enfoque formal de la función legislativa dio lugar al principio de “la autoridad formal de la ley”, que establece que únicamente el Poder Legislativo puede crear leyes, derogarlas o modificarlas, a través del procedimiento denominado *proceso legislativo*. Esto se ve reforzado por el texto del inciso f) del artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone que:

Artículo 72. Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones:

...

f) En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observan los mismos trámites establecidos para su formación.

De lo anterior, se desprende que, para que un ordenamiento pueda ser considerado como ley, desde el punto de vista formal y material, debe ser de carácter general, imperativo y coercible, y además, ser producido por el Poder Legislativo, mediante el mencionado *proceso legislativo*.

2. Función Jurisdiccional

Esta función consiste en la aplicación de la regla general, abstracta, impersonal y obligatoria (es decir, de la norma jurídica), a cada caso específico para dirimir una controversia o una contradicción de intereses y surge en el momento en el que el poder público asume la solución de las controversias. Es el Estado quien debe resolver dichas

controversias, para procurar la seguridad de sus habitantes evitando la autodefensa que, en los ordenamientos jurídicos modernos, está prohibida.

Según don Eduardo García Maynez, “la función jurisdiccional puede definirse como aplicación de normas jurídicas a casos concretos, aplicación que obliga a los particulares y puede hacerse efectiva aun en contra de su voluntad”⁴.

Atendiendo a los fines del Estado, la función jurisdiccional sólo puede ser realizada por él, a través de la declaración que se manifiesta en un acto concreto, generalmente la sentencia. De acuerdo a Luis Humberto Delgadillo, “la función jurisdiccional tiene como fin el respeto de la norma que ha sido producto de la función legislativa, al darle la definitividad a la sentencia, que adquiere la calidad de cosa juzgada, por la cual no podrá ser modificada”⁵.

Desde el punto de vista material, la función jurisdiccional puede contemplarse en diversas manifestaciones de los poderes del Estado. El Ejecutivo realiza funciones jurisdiccionales a través de sus tribunales de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, Juntas de Conciliación y Arbitraje, Electoral, resolviendo las controversias que les son planteadas. Por su parte, el Poder Legislativo las realiza, por ejemplo, al juzgar la responsabilidad política de los servidores públicos.

Ahora bien, desde el punto de vista formal, la función jurisdiccional federal sólo es realizada por los órganos judiciales que la Constitución establece en el artículo 94, a saber: la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, y los Juzgados de Distrito.

⁴ MAYNEZ García, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. México: 1982. p. 229.

⁵ DELGADILLO Gutiérrez, Luis Humberto. Elementos de Derecho Administrativo. 1er. Curso. Limusa. Noriega Editores. 1999. p. 34

3. Función Administrativa

La función administrativa se manifiesta en el cumplimiento del mandato legal, con el fin de que el Estado realice sus fines, ya sea en materia de policía, fomento o servicio, lo cual produce situaciones jurídicas individuales.

La idea de administrar, en lo que se traduce la función administrativa, puede definirse como el manejo de elementos en la ejecución de propósitos determinados, utilizados para la consecución de fines.

Gabino Fraga en su obra Derecho Administrativo menciona que Hariou define la función administrativa diciendo que:

(...) tiene por objeto manejar los asuntos corrientes del público, en lo que atañe a la ejecución de las leyes de derecho público y a la satisfacción de los intereses generales, haciendo todo esto por medios de policía y por la organización de servicios públicos en los límites de los fines del poder político que ha asumido la empresa de la gestión administrativa⁶.

Ahora bien, el mismo Fraga considera la definición de Hariou como insuficiente y emite su propio concepto de la función administrativa desde la óptica de su naturaleza intrínseca, diciendo que “es la que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales”⁷.

Luis Humberto Delgadillo, define la función administrativa como “la realización de actos jurídicos o materiales, ejecutados de acuerdo con el mandato legal, que produce

⁶ Citado por FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. México: 1999³⁹. p. 56.

⁷ FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. México: 1999³⁹. p. 63.

transformaciones concretas en el mundo jurídico”.⁸ Así pues, la función administrativa puede ser realizada, desde la óptica material, por el Poder Legislativo y el Poder Judicial, cuando elaboran y ejecutan su presupuesto, y al nombrar a los diferentes órganos de su administración, y no sólo por el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, desde la óptica formal u orgánica, función administrativa será toda la actuación que realice el Poder Ejecutivo, aunque la naturaleza de los actos sea legislativa o judicial, o se trate de actos políticos.

De lo anteriormente expuesto, puede concluirse que cada poder realiza primordialmente una función (formal), pero también realiza actos característicos de los otros poderes (materialmente), por lo que no debemos optar por una postura radicalmente formalista o material, pues de hacerlo dejaríamos fuera de nuestro estudio aquellas situaciones excepcionales en las que un poder realiza funciones que formalmente corresponden a otro.

Con relación a esto, Fraga también menciona que Jèze clasifica a los actos jurídicos en categorías:

- a. El acto creador de situaciones jurídicas generales es el contenido de la función legislativa.
- b. Los actos creadores de situaciones jurídicas individuales y los que revisten a un individuo de un status, forman los actos administrativos.

⁸ DELGADILLO Gutiérrez, Luis Humberto. Elementos de Derecho Administrativo. 1er. Curso. Limusa. Noriega Editores. 1999. p. 35

- c. Los que comprueban una situación jurídica o un hecho con fuerza de verdad legal constituyen la función jurisdiccional.⁹

Rafael I. Martínez Morales afirma que en virtud de que tanto la función administrativa como la jurisdiccional sea realizan mediante la aplicación de la ley, es necesario establecer la diferencia entre ellas. En relación a la función legislativa no existe mayor problema, pues consiste básicamente en la creación de normas jurídicas abstractas.

El citado autor sostiene lo siguiente:

La corriente doctrinaria y política que sostiene la similitud real entre actos administrativos y jurisdiccionales (ejecutar la ley, aplicarla a casos concretos), ha llevado a excesos de concentración de poder, al hacer depender en algún país, a los órganos judiciales del poder ejecutivo, o incorporando al ámbito de la administración pública tareas jurisdiccionales. Esto, aparte de ir en contra de la teoría y necesidad de diluir el poder entre diversos órganos estatales, provoca un monopolio de facultades en el ejecutivo, totalmente antidemocrático¹⁰.

En un país como el nuestro, en el que se pretende alcanzar la verdadera democracia resulta insostenible la concentración de poder en pocas manos, por lo que la función legislativa, pero sobre todo la jurisdiccional y la administrativa, deben, de una vez por todas, ser autónomas, sin perder la coordinación entre ellas que permita aspirar a lograr los fines del Estado y, por supuesto, la auténtica democracia.

Ahora bien, para comprender a cabalidad lo hasta ahora expuesto, es conveniente que precisemos los términos fines, funciones, atribuciones y actividades del Estado, que recurrentemente han sido utilizados, así pues, los *fines* son los propósitos que el Estado pretende alcanzar, concretizados en el fin público; las *funciones* son las diferentes formas

⁹ FRAGA Gabino. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. México: 1999³⁹. p. 60.

¹⁰ MARTÍNEZ Morales, Rafael I. Derecho Administrativo. 1er y 2º Cursos. Colección textos Universitarios. Universidad Autónoma de México. Oxford University Press, Harla. México: 1998³. p.193.

en que se da a conocer la actividad estatal; las *atribuciones* son el contenido de esa actividad que se manifiesta en tareas o cometidos específicos para cada órgano; y finalmente, la *actividad estatal* es la expresión material de la actuación de los órganos.

D. LAS ACTIVIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN

Las clasificaciones teóricas en torno de las actividades de la administración pública son variadas, sin embargo, en el presente trabajo retomaremos la postura de Andrés Serra Rojas, quien afirma que son tres las modalidades de la actividad administrativa: policía, fomento y servicio público, finalmente agregamos la hoy admitida gestión económica.¹¹

1. Policía

Palabra derivada de la voz latina *politia*, que a su vez deriva de la griega *politeia*, y significa ciudadanía, vida pública o administración del Estado. Para efectos de esta tesis puede interpretarse como el conjunto de ordenamientos jurídicos encaminados a mantener el orden público de un Estado; o bien, como el cuerpo encargado de velar por el mantenimiento del orden público y la seguridad de la población, a las órdenes de las autoridades. Es a través de las actividades y atribuciones de policía que el Estado regula la actividad de los particulares con el fin de mantener el orden jurídico. Esta regulación se hace evidente en normas que limitan la acción de los gobernados, previniendo la violación de derechos y sancionando la comisión de ilícitos.

De acuerdo a Andrés Serra Rojas:

¹¹ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge. Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Administrativo. Mc Graw Hill. México: 1997. p. 79.

El régimen de policía está constituido por un conjunto de facultades coactivas que tiene el poder público, para vigilar y limitar la acción de los particulares, los cuales, dentro del concepto moderno de Estado, deben regular su actividad con los deberes y obligaciones que les impone la ley que se funda en una finalidad de utilidad pública¹².

2. Fomento

Puede entenderse como las acciones de la administración encaminadas a proteger y promover aquellas actividades, establecimientos o riqueza debidos a los particulares, que satisfacen necesidades públicas o que se estiman de utilidad general, sin requerir el uso de la coacción ni la creación de servicios públicos, la finalidad es tratar de corregir las diferencias o desigualdades de las condiciones económicas de la población.

Históricamente la actividad de fomento ha registrado diversas modalidades, entre las que pueden destacarse las medidas honoríficas, las económicas y las jurídicas; ejemplo de las primeras son las condecoraciones y las preseas; entre las económicas encontramos las subvenciones y las exenciones fiscales; finalmente, entre las jurídicas podemos mencionar las patentes.

3. Servicios Públicos

El servicio público es la actividad técnica, directa o indirecta que tiene como fin satisfacer las necesidades de carácter general, sea de forma directa a través de los órganos del Estado, sea concesionada o por medio de particulares, sujeta a un régimen especial de derecho público.

¹² SERRA Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Primer Curso. Editorial Porrúa. México: 2001²¹ p. 592.

4. La Gestión o Actividad Económica del Estado

De acuerdo al grado de intervención, el Estado realiza diversas actividades económicas consistentes en aportar bienes al mercado.

En países no socialistas, el Estado realiza tales acciones a fin de asegurar el interés nacional en áreas prioritarias o estratégicas, como en el caso de Petróleos Mexicanos, y para cubrir la deficiencia, la insuficiencia o el abandono de los particulares respecto de distintas actividades en materia económica, abordando dichos cometidos industriales o comerciales es que se crearon las empresas del llamado sector paraestatal. A través de dichas empresas la administración realiza tareas productivas sin sujetarse de forma estricta a la relación que deriva del poder jerárquico. Aunque no debemos dejar de lado, que actualmente, en el mundo, pero especialmente en nuestro país, se atiende a una posición neoliberal en la que se busca la privatización de lo público, no será raro, pues, que pronto empresas como Petróleos Mexicanos, Comisión Federal de Electricidad y Luz y Fuerza del Centro, por mencionar algunas, se conviertan en empresas privadas, siguiendo la tendencia privatizadora neoliberal, en la que de acuerdo a Rafael I. Martínez Morales, no se deja el monopolio del poder y de la fuerza institucionalizada, abandonando casi por completo su actividad industrial y comercial, pero no la regulación de las mismas¹³. En el mismo sentido se ha expresado Miguel Acosta Romero diciendo que en México se han reducido el número de empresas públicas y pudiera ser que a futuro únicamente operaran las del sector estratégico de la economía nacional.¹⁴

¹³ MARTÍNEZ Morales, Rafael I. Derecho Administrativo. 1er y 2º Cursos. Colección textos Universitarios. Universidad Autónoma de México. Oxford University Press, Harla. México: 1998³. p. 132.

¹⁴ ACOSTA Romero, Miguel. Compendio de Derecho Administrativo. Parte General. Editorial Porrúa. México: 1998. p. 231.

Al final de este trabajo será posible que el lector aprecie de forma clara la tendencia privatizadora que prevalece en nuestro país, misma que a nuestro parecer ha traspasado las fronteras del sector estratégico de la economía nacional y se ha visto disfrazada de mecanismos y estrategias de incremento productivo. Tal es el caso de los Proyectos de Infraestructura Productiva de Largo Plazo como los llama la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas o Proyectos de Inversión Diferida con Registro al Gasto (PIDIREGAS) que son tratados de forma especial en el Capítulo IV de este trabajo de investigación, mecanismos de financiamiento destinados a incrementar la infraestructura básica de nuestro país, pero que en realidad y debido a su deficiente manejo, se han convertido en una fuente de endeudamiento excesivo del sector energético y un riesgo para las finanzas de nuestro país, de modo tal que, de no recibir atención pronta se traducirán en un pesado lastre para los mexicanos, o bien, provocarán la venta de las empresas que los emplean, es decir, Petróleos Mexicanos, Comisión Federal de Electricidad y Luz y Fuerza del Centro.

E. EL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. El Acto Administrativo

La administración pública realiza sus funciones a través de los llamados actos administrativos que Miguel Acosta Romero define como:

La manifestación unilateral de voluntad que expresa una resolución o decisión de una autoridad administrativa competente en ejercicio de la potestad pública. Esta decisión crea, reconoce, modifica, transmite y declara o extingue derechos u obligaciones, es generalmente ejecutivo y se propone satisfacer el interés general.¹⁵

¹⁵ ACOSTA Romero Miguel. Compendio de Derecho Administrativo. Parte General. Editorial Porrúa. México: 1998. p. 397.

Por su parte Rafael I. Martínez Morales menciona que llegar a una definición acertada del acto administrativo no es tarea fácil debido a dos cuestiones principales: la gran producción doctrinal y la diversidad de actos que realiza el poder ejecutivo.¹⁶ Al respecto también menciona que el origen de la expresión *Acto Administrativo* suele ubicarse en la legislación francesa de fines de siglo XVIII, y en sus incipientes estudios a inicios del siglo XIX.

Al estudiar el acto administrativo es conveniente recordar la distinción que entre hechos jurídicos y actos jurídicos existe, teniendo que hechos jurídicos son los acontecimientos o sucesos naturales o del hombre que producen efectos jurídicos, sin que exista la intención de producirlos, en tanto que actos jurídicos son aquellos acontecimientos o sucesos que producen efectos jurídicos, pero en los que además existe la intención de producirlos. De lo anterior podría en una primera apreciación, decirse que es acto administrativo toda actividad o función administrativa, sin embargo, ésta no se realiza sólo por actos jurídicos unilaterales, sino también por contratos, operaciones materiales, reglamentos, etcétera.

Así pues, Rafael I. Martínez Morales propone que son características del acto administrativo, las siguientes:

- a) Es un acto jurídico;
- b) Es de derecho público;
- c) Lo emite la administración pública, o algún otro órgano estatal en el ejercicio de la función administrativa, y

¹⁶ MARTÍNEZ Morales, Rafael I. Derecho Administrativo. 1er. y 2º Cursos. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Oxford University Press, Harla. México: 1998. p 200.

d) Persigue, de manera directa o indirecta, mediata o inmediata, el interés público.¹⁷

Derivado del estudio de estas características Rafael I. Martínez Morales, define al acto administrativo como “la declaración unilateral de la administración pública que produce consecuencias subjetivas de derecho” y dice que, este concepto implica la exclusión de la categoría de acto administrativo la actividad reglamentaria, pues se refiere a consecuencias subjetivas; así como la exclusión de los contratos celebrados por la administración, pues señala que el acto administrativo es una declaración unilateral. Asimismo quedan excluidos las operaciones materiales y los hechos jurídicos¹⁸.

a. Elementos del Acto Administrativo

Son elementos del acto administrativo los siguientes:

- a) Sujeto. Pueden distinguirse dos: el sujeto activo y el sujeto pasivo.
 - Sujeto activo es el órgano de la administración pública que externa la voluntad del Estado, en ejercicio de la función administrativa y produciendo consecuencias jurídicas subjetivas. Este órgano debe tener la competencia que le sea otorgada por la ley, el funcionario público, por medio del cual el ente estatal emita el acto debe estar facultado legalmente para la toma y expresión de decisiones publicas, además de contar con el respectivo nombramiento.

¹⁷ Ídem. 201

¹⁸ Ídem. 202

- Sujeto pasivo, son aquellos sujetos a quienes va dirigido, o bien, ejecutan el acto administrativo. Puede tratarse de de otros entes públicos, personas jurídicas colectivas, o el individuo en lo personal.

b) Manifestación externa de la voluntad. Se trata de la expresión del proceso volitivo del órgano administrativo, que actúa como tal. La exteriorización debe ser tal que pueda ser perceptible y manifieste de manera objetiva tal voluntad. De acuerdo a Miguel Acosta Romero, la voluntad de la administración debe reunir determinados requisitos, que son:

- Debe ser espontánea y libre;
- Dentro de las facultades del órgano;
- No debe estar viciada por error, dolo, violencia, etc.,
- Debe expresarse en los términos previstos en la ley.¹⁹

c) Objeto. Se trata de aquello que persigue la administración al emitir el acto. Es el contenido del acto administrativo y forma la sustancia que lo determina, es decir, aquello que el acto decide, certifica, opina, dispone o permite.²⁰ Según Acosta Romero, puede dividirse en:

- Objeto directo o inmediato. Es decir, la creación, transmisión, modificación, reconocimiento o extinción de derechos y obligaciones dentro de la actividad del órgano administrativo y en la materia en la que tiene competencia, y

¹⁹ ACOSTA Romero, Miguel. Compendio de Derecho Administrativo. Parte General. Editorial Porrúa. México: 1998. p. 405.

²⁰ SERRA Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Primer Curso. Editorial Porrúa. México: 2002. p. 258.

- Objeto indirecto o mediato, es decir, la realización de la actividad del órgano del Estado, ejercer la potestad pública que le ha sido encomendada²¹.

El objeto debe reunir los siguientes requisitos:

1. Debe ser posible física y jurídicamente.
 2. Debe ser lícito.
 3. Debe ser realizado dentro de las facultades que le otorga competencia al órgano administrativo que lo emite.
 4. Debe responder al interés general.
- d) Forma. Es la manera en que el acto es exteriorizado, es decir, el modo en que se externa la voluntad del órgano administrativo. En palabras de Acosta Romero, es la manifestación material objetiva en que se plasma el acto administrativo, para el efecto de que pueda ser apreciada por los sujetos pasivos o percibida a través de los sentidos²². La forma constituye uno de los aspectos más importantes de la manifestación de la voluntad.²³ Generalmente, esta expresión de la voluntad se da por escrito, aunque, excepcionalmente, podría hacerse de modo verbal. Cuando se realice de manera escrita, deben cumplirse ciertas formalidades establecidas por la ley y la costumbre, entre ellas pueden mencionarse el lugar y la fecha de emisión, el órgano que lo emite, la firma del funcionario competente, nombre o nombres de las personas a las que vaya dirigido, su fundamentación y motivación, etcétera.²⁴

²¹ ACOSTA Romero, Miguel. Op. Cit. p. 406.

²² ACOSTA Romero, Miguel. Compendio de Derecho Administrativo. Parte General. Editorial Porrúa. México: 1998. p. 406.

²³ DELGADILLO Gutiérrez, Luis Humberto. Elementos de Derecho Administrativo. 1er. Curso. Limusa. Noriega Editores. 1999. p. 175.

²⁴ Ver Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Artículo 3.

En relación con los requisitos de acto administrativos, no podemos dejar del lado el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Así pues, cuando los actos administrativos vayan dirigidos a los particulares limitando su esfera jurídica, debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Ser emanado de autoridad competente, es decir, facultada para ello.
- b) Constar por escrito, generalmente mediante oficio, en el que se consignen las características de acto y sus límites, así como la fundamentación y motivación, así como la firma del funcionario competente;
- c) La fundamentación legal, es decir, que la autoridad cite los preceptos legales conforme a los cuales el orden jurídico le autoriza para realizar el acto dirigido al particular.
- d) Motivación, a través de la cual la autoridad señalará las circunstancias de hecho y de derecho, que hayan generado el acto administrativo.

Estos requisitos constitucionales, deben cumplirse además de los que señala el artículo 3 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

b. Efectos del Acto Administrativo

En relación con los efectos del acto administrativo, encontramos que el acto, una vez emitido, debe ser acatado, por el particular a quien va dirigido y por los terceros que estén involucrados, y para ello puede resultar necesario el empleo de la coerción para que surta

efectos. Así pues, serán actos perfectos aquellos que reúnan todos sus elementos, en tanto que serán actos eficaces cuando produzca los efectos legales para los cuales fue creado. Ahora bien, para que un acto perfecto sea eficaz, tal vez sea necesario que sea notificado, publicado, aceptado por el particular, inscrito en algún registro, término o plazo, etc. Acto imperfecto será aquel que no cumpla con todos sus requisitos, pero ello no impide que sea eficaz.

c. Ejecución, Cumplimiento y Extinción del Acto Administrativo.

- a) Ejecución. La ejecutividad de un acto consiste en la presunción de validez del mismo, que implica la posibilidad y obligación de ejecutarse.

Por otra parte, ejecutoriedad es la potestad de realizar coactivamente el acto, ante la oposición del particular. Es decir, la ejecución forzada del acto, para lo que la administración no requiere del fallo favorable de los tribunales, pues se entiende que se ejecuta a favor del interés público. Cuando el particular considere que el acto no cumple con alguno de sus requisitos, puede, entonces, suspender o evitar su ejecución por medio de algún recurso, del Juicio Contencioso Administrativo o, en su caso, del Amparo, según esté previsto en la ley.

- b) Cumplimiento. Nos referimos a la realización voluntaria del acto por parte del gobernado.

c) Extinción del acto administrativo. El acto se extingue por medios anormales y normales, según lo relata Rafael I. Martínez Morales²⁵.

- Medios Normales. Son el cumplimiento y la ejecución forzosa. El acto surte todos sus efectos frente al particular, la administración y ante terceros. Dichos efectos pueden ser inmediatos o bien perdurar un periodo más o menos largo. Estos medios pueden estar sujetos a la realización de cierta formalidad como su notificación, publicación, etcétera, o bien, pueden ser suspendidos por decisión judicial o por la tramitación de algún medio de defensa.
- Medios Anormales. Son la revocación, la rescisión, la prescripción, la caducidad, el término, la condición, la renuncia de derechos, la falta de algún elemento o requisito del acto, la resolución a un recurso administrativo, la sentencia de tribunal administrativo y el fallo favorable al particular en juicio de amparo.

2. El Contrato Administrativo

Como quedó expresado en los párrafos anteriores, la Administración Pública se vale de los actos administrativos para dar cumplimiento a sus diversas funciones, sin embargo, no son los actos administrativos los únicos medios con que cuenta los órganos que conforman la Administración Pública para cumplir sus funciones. Otro medio son los Contratos Administrativos, que han creado gran polémica respecto de su existencia y su

²⁵ MARTÍNEZ Morales, Rafael I. Derecho Administrativo. 3er. y 4o. cursos. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Oxford. México: 2002. p. 214

naturaleza. Las consecuencias de la contratación administrativa en la vida política, económica y social de los Estados, es en realidad, importante, por ello los contratos administrativos deben ser estudiados de modo tal que puedan identificarse los problemas que en torno a ellos se generan, a fin de que las afectaciones reales que produzcan sean las mínimas posibles.

a. El Estado Contratante.

Como consecuencia de la gran diversidad de funciones que el Estado debe satisfacer, la administración pública se ve en la necesidad de celebrar convenios y contratos con particulares, a través de los cuales pueda cumplir sus fines. Lo anterior deriva de la imposibilidad real del Estado de tener a su alcance todos los bienes y servicios que precisa para realizar las actividades encaminadas al cumplimiento de las funciones referidas y que no puede adquirir de forma arbitraria a través de actos unilaterales. Es de esta manera como el Estado celebra los denominados contratos de adquisición de bienes muebles, de arrendamiento de bienes muebles, de servicios relativos a bienes muebles y, por supuesto, los contratos de obra pública.

Ahora bien, el Estado puede celebrar contratos con los particulares, los cuales se regulan por el derecho privado, y al respecto existe controversia en cuanto al despojo de la personalidad estatal de derecho público y la posible adopción de una de derecho privado.

Pero, debemos dejar claro que a la par de los citados contratos regulados por el derecho privado, existen otros de naturaleza diversa en los que el Estado se sujeta a las reglas del derecho público, específicamente a las del derecho administrativo, son los

llamados contratos administrativos²⁶, que a decir de Rafael I. Martínez Morales, tradicionalmente se consideraban como tales a los de obra pública y el de suministro; pero

²⁶ Puede afirmarse que la teoría general de los contratos administrativos tuvo su origen en el derecho francés. En Francia la separación de la jurisdicción civil se venía produciendo desde el antiguo régimen a través del establecimiento de cláusulas expresas de exclusión de dicha jurisdicción y de sometimiento a la jurisdicción de los intendentes con apelación ante el Consejo Real. Dicha exclusión de la jurisdicción civil mediante la creación de una jurisdicción especial administrativa se concretó en la célebre Decisión Blanco, que fue dictada por el Tribunal de Conflictos en 1873. Los principios de raíz extracontractual que había establecido la decisión Blanco de 1873 fueron llevados a las relaciones de la Administración con sus contratistas en la emblemática decisión Terrier de 1903. Se estableció entonces la noción de servicio público como elemento distintivo de los contratos administrativos. Por consiguiente, un contrato será administrativo cuando tenga por objeto la organización o ejecución de un servicio público o será civil en caso contrario.

Este criterio del servicio público fue ratificado en la famosa decisión Thérond del 4 de marzo de 1910, posteriormente en la decisión *Epouz Bertin* del 20 de abril de 1956, se ratificó la doctrina del Consejo de Estado en torno del criterio del servicio público como elemento característico de los contratos administrativos.

La noción de servicio público fue perdiendo fuerza, de tal modo que, posteriormente, fue abandonada por el Consejo de Estado Francés en la decisión *Société des Granits des Vosges* del 31 de julio de 1912 en la que se introdujo la noción de la cláusula exorbitante como elemento distintivo del contrato administrativo. En esta sentencia el Consejo de Estado Francés estimó que el contrato tenía por objeto la ejecución de un servicio público y que ésta circunstancia era suficiente para considerar al contrato como administrativo sin que fuera necesario buscar que el citado contrato llevara consigo cláusulas exorbitantes del derecho común. Esta posición fue ratificada en el fallo *Ministre de l'agriculture* contra consorts grimaoud de la misma fecha.

Así pues, la doctrina, en diversos momentos ha puesto en duda la posibilidad de que el Estado celebre auténticos contratos, pero ante la real posibilidad del ente, las discusiones de los últimos tiempos se han hecho en torno de la naturaleza de los contratos y su carácter, de modo que se trata de llegar a un consenso en torno a la existencia de un contrato de naturaleza diversa de los de derecho privado, es decir, si el contrato administrativo existe.

Ante esta controversia se han advertido dos corrientes, una negativa que rechaza la existencia de los contratos administrativos como una categoría distinta a la de los de derecho privado; y otra corriente positiva que sostiene que los contratos administrativos, distintos de los celebrados entre los particulares, efectivamente existen y se encuentran sometidos a un régimen de derecho que va más allá del derecho privado, en respuesta a la exigencia de la satisfacción del interés público que debe quedar implícito en el objeto del contrato. La corriente negativa que hoy, se encuentra casi completamente superada fue sostenida por juristas como Otto Mayer, Fritz Fleiner y Leon Duguit.

Dentro de la corriente negativa, encontramos principalmente tres tendencias diferentes:

- a. La que niega a los llamados contratos administrativos el carácter de contrato, al considerarlos actos unilaterales, en los que resulta evidente la desigualdad jurídica de las partes, así como la inexistente autonomía de su voluntad.
- b. La segunda que rechaza, desde una posición monista, la existencia de diversas categorías de contratos, como serían los contratos de derecho público o administrativo, por no admitir ninguna diferencia entre derecho público y derecho privado.
- c. La que asimila los contratos administrativos a los contratos de derecho privado, al considerar las normas y principios de éste, suficientes para regular de forma total lo relacionado con la celebración de contratos por parte de la administración pública.

La corriente positiva del contrato administrativo que ha sido sostenida por estudiosos como Gastón Jèze, Rafael Bielsa y Gabino Fraga, quienes afirman la existencia del contrato administrativo como una categoría diferente al contrato de derecho privado establece que los contratos administrativos se caracterizan por ser celebrados por la administración pública con los particulares con el propósito de satisfacer un fin

actualmente dicha tesis ha sido ampliamente superada, debido, por una parte, al desarrollo y delimitación de las instituciones de derecho administrativo con respecto a las de derecho civil, y por otra, al proceso normal por el cual la administración pública ha creado sus propios mecanismos y formas de actuar, sin excluir su tarea contractual. Es de esta manera como la administración pública celebra los contratos de empréstito, tanto interno como externo, otorgados con particulares, con gobiernos extranjeros o con organismos internacionales; de consultoría, celebrados con personas físicas y morales; de riesgo; de subsidio; de juego; de concesión (discutible, según el autor mencionado) y dentro de éstos, los de minería, aguas, servicios públicos, y finalmente los de función pública. A los que la doctrina ha llamado contratos administrativos especiales.²⁷

Atendiendo a lo anterior, de acuerdo a Jorge Fernández Ruiz, para determinar con certeza si un contrato dado es de carácter administrativo, será necesario que reúna las características siguientes:

- I. Una de sus partes sea una persona de derecho público, en ejercicio de una función administrativa.
- II. Su celebración observe formalidades especiales.
- III. Su contenido incluya cláusulas exorbitantes del derecho privado, más no contrarias al derecho público, inadmisibles en cualquier contrato de derecho privado y, por tanto, imposible de celebrarse exclusivamente entre particulares.

público, con cláusulas exorbitantes del derecho privado, en los que el particular somete su voluntad a la voluntad de la administración pública.

²⁷ MARTÍNEZ Morales, Rafael I. Derecho Administrativo. 3er. y 4o. cursos. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Oxford. México: 2002. p. 104.

- IV. Tenga como fin la satisfacción de necesidades de carácter general mediante la prestación de un servicio público; o el logro del interés público, o de la utilidad pública, y
- V. Las controversias que suscite sean de la competencia de órgano jurisdiccional facultado para conocer de asuntos de derecho administrativo.²⁸

b. Definición de Contrato Administrativo

En la legislación federal mexicana no existe una definición genérica del contrato administrativo, sin embargo atendiendo a las opiniones doctrinales de diversos autores podemos acercarnos a una definición de contrato administrativo.

Así pues, Luis Humberto Delgadillo define a los contratos administrativos diciendo que:

Son aquellos que celebra a administración pública de acuerdo a las normas de Derecho Público que establecen las bases y efectos de su realización, con formas predeterminadas y con características particulares en cuanto a su celebración, interpretación, ejecución y extinción.²⁹

Por su parte, Andrés Serra Rojas, dice que el contrato administrativo se define como:

Un acuerdo de voluntades celebrado por una parte la Administración Pública y por la otra personas privadas o públicas, con la finalidad de crear, modificar y extinguir una situación jurídica de interés general, o en particular relacionada con los servicios públicos, que unen a las partes en una relación de estricto derecho público, sobre las bases de un régimen exorbitante de derecho.³⁰

²⁸ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo. Contratos. Editorial Porrúa. México: 2002. p. 81.

²⁹ DELGADILLO Gutiérrez, Luis Humberto. Elementos de Derecho Administrativo. Editorial Limusa. México: 1999. p. 195.

³⁰ SERRA Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. Segundo Curso. Editorial Porrúa. México: 2001. p. 637.

Jorge Fernández Ruiz, define al contrato administrativo de la siguiente manera: Contrato administrativo es el celebrado entre un particular, o varios, y la administración pública, en ejercicio de función administrativa, para satisfacer el interés público, con sujeción a un régimen exorbitante del derecho privado.³¹

Nosotros proponemos la siguiente definición: *Contrato Administrativo es la declaración bilateral entre particulares, de forma individual o colectiva y la Administración Pública, en ejercicio de la función administrativa; en virtud de la cual se da satisfacción a un interés de naturaleza pública, con constreñimiento a un régimen exorbitante de derecho.*

Así pues, se trata de una *declaración bilateral* en función de que se requiere la voluntad común o concurrente del Estado, que se manifiesta a través de un ente en ejercicio de *función administrativa* por una parte, y por la otra de un particular. Está *constreñido a un régimen exorbitante de derecho* en virtud de que su régimen escapa al régimen general de los contratos, precisamente porque se busca el cumplimiento de intereses de naturaleza pública.

c. Caracteres esenciales de los contratos administrativos

Existen ciertos rasgos distintivos básicos, sin los cuales, el contrato administrativo no se configura como tal, entre ellos podemos destacar los relativos a su juridicidad, su bilateralidad, la desigualdad de las partes, su formalidad, su régimen jurídico exorbitante, y sobre todo, su finalidad.

³¹ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo. Contratos. Editorial Porrúa. México: 2000. p. 106.

I) Juridicidad

El contrato es un acto jurídico pues se trata de un acto de voluntad que se realiza con la intención de que se produzca una modificación en el ordenamiento jurídico. Al respecto debemos recordar que los actos administrativos pueden dividirse en dos categorías: los que producen efectos jurídicos y los que no los producen, es decir, actos jurídicos y actos no jurídicos, que aún cuando lleguen a producir efectos jurídicos, éstos no serán directos. Puede considerarse que el contrato es, entonces, un acto administrativo, pero de una especie diferente al acto administrativo unilateral, porque precisamente, el contrato deberá ser bilateral, pero igualmente produce consecuencias jurídicas.

II) Bilateralidad

Considerar la bilateralidad del contrato administrativo como un rasgo específico del mismo, puede resultar innecesario, pero debemos recordar que dentro de la corriente negativa del contrato administrativo, algunos autores consideraron al contrato administrativo como un acto administrativo unilateral como Otto Mayer; o bien aquellos que lo consideraron como la yuxtaposición de dos actos unilaterales: uno de la administración pública y otro de su contratista.

Así pues, en la actualidad, una vez superada la corriente negativa del contrato administrativo, podemos afirmar que es característica esencial de éste la bilateralidad entendiéndola de acuerdo a Recaredo Fernández de Velasco, no como multiplicidad de

personas, sino como expresión de reciprocidad, es decir, que de un acto, formalmente único, deriven dos diversos grupos de derechos³².

III) Desigualdad de las partes.

Así como ha quedado claro que el contrato administrativo constituye una categoría contractual distinta del contrato de derecho civil, debemos aceptar que para el contrato administrativo no tiene el mismo privilegio la igualdad de las partes, pues en la doctrina actual, precisamente constituye una característica de los contratos administrativos la desigualdad de las partes.

Esto sucede aún cuando se contrate entre dos personas de derecho público, pues de cualquier manera una de ellas estaría en situación de privilegio, de lo contrario estaríamos ante un convenio de colaboración o coordinación, entre los dos entes, o lo que Berçaitz llama “acto complejo o colectivo”.

IV) Restricción de la libertad de las partes.

El contrato administrativo presenta una serie de restricciones para la administración pública, desde la selección del particular con el que ha de contratar, hasta la estructura del contrato, además de la necesidad de cumplir con proceso de contratación complejo en el que están señalados los requisitos de preparación, convocatoria, selección de contratistas,

³² FERNÁNDEZ de Velasco, Recaredo. Los contratos administrativos. Cárdenas Editores Distribuidor. Madrid: 2000. p. 36.

adjudicación y elaboración del documento. Además de que la administración puede verse restringida por no tener la autorización presupuestal necesaria.³³

Igualmente restringido es para los contratistas quienes, prácticamente, no participan en la elaboración del clausulado y su participación se limita a participar o no en el contrato.

V) Interés público prevaleciente.

Esta nota de preponderancia es consecuencia de que la administración pública debe velar por el interés público, por tanto, al celebrar contratos, está realizando una manifestación de tal función. Invariablemente, en un contrato administrativo, debe prevalecer el interés público. Al respecto Gabino Fraga se ha expresado de la siguiente manera:

Cuando el objeto o finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se entrará en el dominio del contrato administrativo.³⁴

VI) Régimen jurídico exorbitante.

Es característico de los contratos administrativos el régimen jurídico exorbitante del derecho privado al que debe someterse. Es un régimen que rebasa los límites de derecho privado y genera derechos y obligaciones que en aquél serían inadmisibles, por ejemplo la posibilidad de modificación, la ejecución directa, e incluso la rescisión por parte de la administración pública. Estos últimos son posibilidades que permiten al Estado el debido cumplimiento de sus atribuciones, pero debe aclararse que el ejercicio de las facultades de

³³ DELGADILLO Gutiérrez, Luis Humberto. Elementos de Derecho Administrativo. 1er. Curso. Limusa. México: 1999. p. 198.

³⁴ FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Editorial Porrúa. México: 1999. p. 400.

modificación y conclusión de los contratos no debe ser arbitraria, ni absolutamente discrecional.

d. Principios Rectores del Contrato Administrativo

De acuerdo a lo que establece Jorge Fernández Ruiz, los contratos administrativos deben cumplir, entre otros con los siguientes principios.³⁵

I) El Principio de legalidad

En virtud de este principio los órganos o autoridades del Estado, y por ende de la administración pública, sólo pueden hacer aquello que la ley expresamente les permite, en la forma y términos en que la misma determina, derivado de lo anterior, la autoridad deberá actuar fundando y motivando sus actos.

II) El principio de continuidad.

Este principio hace referencia al derecho que tiene la autoridad para exigir al contratista la continuidad o no interrupción en la ejecución del negocio contractual, y de producirse alguna interrupción, la administración podrá ejecutar por su cuenta. La autoridad debe tener la posibilidad de exigir el cumplimiento del contrato completa y oportunamente, para no atentar contra su finalidad que tiene como base el interés público.

III) El principio de mutabilidad.

³⁵ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo. Contratos. Editorial Porrúa. México: 2000. p. 87.

Los contratos administrativos deben ser mutables en la medida en que la realidad lo exige para que se asegure el cumplimiento del interés público. Este principio va en contra del principio de *pacta sunt servanda* de los contratos civiles, que proviene del derecho romano. Esta contraposición es precisamente la que da a este principio cierto privilegio respecto de los contratos administrativos. Sin embargo, no debe olvidarse el derecho de los contratistas a ser resarcidos en los daños que puedan sufrir por la modificación unilateral realizada por la administración pública a los contratos.

IV) El principio del equilibrio financiero.

Este principio también es conocido como “principio de la ecuación financiera”, establece que en el contrato administrativo debe conservarse el equilibrio financiero establecido en el momento de la celebración del mismo, a fin de que las partes no resulten perjudicadas, o en todo caso, que los perjuicios sean los mínimos posibles cuando la relación entre las partes se vuelve inequitativa, ya sea por causas imputables al Estado o a la administración pública, bien por causas no imputables al Estado, para lo que se emplean diversos mecanismos, como aquellos a que se refieren el llamado “hecho del príncipe”, y la “teoría de la imprevisión” o “teoría de la lesión sobreviniente”.

A) El “hecho del príncipe”.

Se refiere a la alteración en las condiciones del contrato, imprevisible para el contratista 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. Rafael I. Martínez Morales dice que:

(...) el hecho del príncipe no sólo debe tomarse con un criterio nuevamente orgánico, que establece como contrato administrativo aquel en el que una de las partes es la administración pública, sino que consistiría en que la persona pública que ha contratado utiliza sus poderes extracontractuales; por ejemplo, un impuesto que grave con nuevas cargas a un concesionario, o la suspensión de una obra pública por motivo de interés general.³⁶

El mismo autor cuestiona el derecho del contratista de recibir una indemnización, pero afirma que, es necesario estudiar el caso concreto.

Por su parte Roberto Dromi, se ha expresado en relación con el hecho del príncipe de la siguiente manera: “Cuando la ecuación económico-financiera del contrato administrativo se altera por un acto imputable al Estado, da lugar al denominado hecho del príncipe”.³⁷

Pero el propio autor señala que es importante atender a la diferencia entre la responsabilidad por hechos o actos del Estado y responsabilidad contractual del Estado. En cuanto a la primera, supone una norma general emanada de la autoridad pública, en tanto que la segunda, supone una disposición o resolución específica o relacionada con el contrato administrativo.

B) Teoría de la Imprevisión.

³⁶ MARTÍNEZ Morales, Rafael I. Derecho Administrativo. 3er. y 4o. cursos. Oxford University Press, Harla. México: 2002. p.106.

³⁷ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina: 1997. p. 386. ⁶.

Esta teoría implica la aplicación de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, que es resumen de la cláusula “*contractus qui habent tractum successivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”, que se traduce 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”. A decir de Roberto Dromi, esta teoría deriva de la existencia de un acto lesivo ajeno o extraño a la autoridad estatal que celebró el contrato.³⁸

Esta teoría ha tenido una gran aceptación en la teoría de los contratos administrativos en Hispanoamérica, en específico en lo relativo a la concesión de servicios público y la obra pública, con respecto a esta última la teoría de la imprevisión puede dar lugar a modificaciones en cuanto a precios y plazos de ejecución, entre otras modificaciones, pero en todo caso, dichas modificaciones se realizan a través de los denominados convenios modificatorios y siguiendo su regulación.

e. Elementos y Requisitos del Contrato Administrativo

En los contratos administrativos se ha propuesto una clasificación bipartita de los elementos de los contratos administrativos para diferenciar a los esenciales de los no esenciales; si alguno de los primeros falta el contrato no puede existir, sin embargo si hay ausencia de un requisito no esencial, es posible que el contrato exista.

De acuerdo a Jorge Fernández Ruiz en la doctrina, insistentemente se mencionan como elementos esenciales del contrato administrativos los siguientes: sujetos, consentimiento, objeto y causa; aunque de manera esporádica se consideran como tales

³⁸ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina.: 1997 ⁶. p. 386.

también a la forma, la competencia y la capacidad, la finalidad, el régimen jurídico especial y la licitación. Mientras que como elementos no esenciales tenemos: el plazo de duración, las garantías y las sanciones.³⁹ Y continúa diciendo que a su vez, los elementos esenciales del contrato pueden clasificarse en elementos básicos y presupuestos, es decir, en elementos esenciales en sentido estricto y otros elementos y también esenciales, pero que se encuentran implícitos en los básicos. Así, los sujetos son un elemento esencial presupuesto en el consentimiento, así como en el objeto está presupuesta la causa.

El Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, en su artículo 1794, exige solamente dos elementos en los contratos, a saber:

Artículo 1794. Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento.
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Así pues, el ordenamiento mencionado, reconoce de forma implícita la existencia de dos elementos previos, es decir, los sujetos y la causa, pues no puede haber consentimiento sin los sujetos que han de otorgarlo; ni es posible la existencia del objeto si no existe una causa que le dé origen.

En su artículo 1795 el código citado señala las causas por las que puede ser invalidado el contrato:

Artículo 1795. El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Por su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;

³⁹ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo. Contratos. Editorial Porrúa. México: 2000. p. 93.

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma en que la ley establece.⁴⁰

Derivado de lo anterior y haciendo una interpretación a *contrario sensu*, podemos decir que son elementos de validez del contrato la capacidad; el consentimiento libre de vicios; objeto, motivo y fin lícito.

Ahora bien, a continuación estudiaremos de forma breve las características de los que a nuestro parecer constituyen los elementos del contrato administrativo.

I) Sujetos

Como quedó establecido en líneas anteriores, los sujetos o partes que celebran el contrato constituyen un elementos presupuesto del elemento básico consentimiento. Los sujetos son, por una parte la administración, y por otra el particular, ya sea persona física o moral.

En cuanto a la administración pública debemos entender un órgano del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o Judicial; o un órgano constitucional autónomo, o bien una entidad de la administración pública paraestatal, pero en ejercicio de una función administrativa y dotado de competencia para la celebración del contrato en cuestión, la competencia estará dada por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, o local, y en su caso, en los reglamentos internos y demás disposiciones aplicables.

En el caso de los particulares, no basta con que cuenten con capacidad como lo marca la legislación civil, sino que, en el caso de las personas morales, sus representantes deben acreditar su personalidad para obligar a la representada, y en algunas ocasiones,

⁴⁰ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo. Contratos. Editorial Porrúa. México: 2000. p. 93.

pueden quedar obligados a satisfacer requisitos adicionales como estar inscritos en el padrón de proveedores del gobierno, requisito no operante actualmente.

II) Consentimiento.

Se trata del acuerdo de voluntades en torno a un fin común a que hacen referencia la doctrina, la legislación y la jurisprudencia.

La manifestación del consentimiento varía según el sujeto que lo exterioriza, por ejemplo, el particular lo hace de forma lisa y llana, tal como lo haría en el derecho civil, en tanto que la administración pública lo hace después del proceso de contratación, cuando se han cumplido requisitos como la convocatoria, la licitación, la autorización de la partida correspondiente, etcétera.

Como en el derecho civil el consentimiento debe estar libre de violencia, intimidación, dolo, error y en cuanto a la manifestación de la voluntad, la simulación.

III) Forma

Invariablemente el contrato administrativo debe realizarse por escrito, incluso, en algunas ocasiones, los contratos se hacen en formatos preestablecidos, impuestos generalmente por la administración pública o por organismos internacionales como el Banco Internacional de Desarrollo (BID) y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF); que los emiten a fin de asegurar el destino de los préstamos otorgados a los entes de la

administración.⁴¹ Para Héctor Jorge Escola, la forma no es un elemento del contrato, sino un requisito que debe satisfacerse respecto del consentimiento y en particular a la manifestación de la voluntad, como a la implementación del contrato.⁴²

IV) Objeto

El objeto del contrato administrativo debe ser cierto, posible, lícito y determinado o determinable en cuanto a su especie, tal como lo establece el derecho privado, pero a diferencia de lo que establece este último, el objeto del contrato administrativo puede no estar en el comercio.

V) Causa

Se trata del móvil o principio impulsor de la voluntad de las partes para su celebración, y por tanto es diversa, en función de que se trate del ente de la administración pública o se trate del contratista. En realidad, la causa de verdadera importancia es la de la administración pública pues es de tal magnitud que si desaparece, el contrato se extingue.

VI) Finalidad

⁴¹ MARTÍNEZ Morales, Rafael I. Derecho Administrativo 3er. y 4o. cursos. Oxford University Press, Harla. México: 2000. p. 109.

⁴² Tomado de FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge. Derecho Administrativo. Contratos. Editorial Porrúa. México: 2000. p. 97.

Este elemento está implícito en la naturaleza del contrato administrativo, pues constituye la razón de ser del mismo. La finalidad va estrechamente de la mano con el objeto del contrato, y por supuesto se trata de cumplir con el interés público.