

UNA REFLEXIÓN ACERCA DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Jorge VARGAS MORGADO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los contratos*. III. *El objeto*. IV. *La voluntad*. V. *Los contratos administrativos*. VI. *Una nueva reflexión*.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho administrativo nació en Francia, en una fecha precisa en virtud de una decisión legislativa revolucionaria, ley de la Asamblea Constituyente de 16-24 de agosto de 1790 dispuso que

Las funciones judiciales son y permanecerán separadas de las funciones administrativas. Los jueces (civiles) no podrán, bajo pena de prevaricación, interferir, de cualquier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones.¹

* Universidad La Salle.

1 García de Enterría, Eduardo, *La justicia administrativa en el cambio de siglo*, Querétaro, FUNDAP, 2003, pp.31-32.

JORGE VARGAS MORGADO

Es decir, con esa decisión de la asamblea se segregó del derecho ordinario la temática relativa a la organización, actividad y funcionamiento de la administración pública, creándose un campo normativo nuevo, el relativo a esa novedosa estructura administrativa, a su funcionamiento y a la relación de dicha estructura con los particulares.

El referido establecimiento de una nueva estructura administrativa, que, por una parte, ya no obedecería a la voluntad del Rey sino de nuevos órganos administrativos y, desde luego, a la ley, y que por otra parte, asumía nuevas responsabilidades en función de que el propósito revolucionario era, en buena medida, la redención social, de modo que dicha administración novedosa se ubica dentro del contexto revolucionario que pretendía, como sucede en toda revolución, generar una suerte de dictadura que hiciera posible los propósitos y objetivos revolucionarios, pues para eso son las revoluciones, para cambiar el *estatus quo* implantando un nuevo régimen, acorde con los ideales y principios de la revolución respectiva.

Desde luego, los cambios que genera una revolución no son necesariamente transitorios en tanto se alcanzan las metas propuestas, pueden ser permanentes en la forma instituciones y normas jurídicas bisoñas que el tiempo y la experiencia van afinando.

Ahora bien, la ley que segregó la materia administrativa del conocimiento de la judicatura civil ordinaria sólo fue el origen de una rama del derecho que ha tenido y tiene que desarrollarse poco a poco y si bien de manera individual en cada país, atendiendo a sus necesidades y a sus tradiciones particulares, se dejan ver tendencias y corrientes universales, pero que ineludiblemente se construye con una personalidad y con caracteres propios.

UNA REFLEXIÓN ACERCA DE LOS CONTRATOS...

A México llegó el derecho administrativo a mediados del siglo XIX, teniendo la intención muy clara de dotar a lo que hoy llamamos administración pública de las normas e instrumentos que permitieran el ejercicio de sus funciones, Teodosio Lares señalaba el peligro de enervar la acción del gobierno² si no se respetaba la independencia del derecho administrativo respecto de la ley y de los tribunales civiles, iniciándose entonces el crecimiento y maduración del derecho administrativo.

Qué joven e inexperto parece el derecho administrativo, con tan sólo un poco más de doscientos años de existencia, frente al derecho civil que cuenta en miles de años su edad.

II. LOS CONTRATOS

Uno de los campos que mayor reto ha representado al derecho público es el de los contratos administrativos, por ello resulta conveniente hacer una alusión breve a la teoría general de los contratos civiles, pues de ella se ha alimentado la teoría contractual administrativa, y alusión también a determinados aspectos de esos contratos.

Según la doctrina y la legislación civil el convenio “es un acto jurídico bilateral, es decir, un acuerdo de voluntades cuyo objeto es crear, modificar, transmitir o extinguir un derecho” y el “contrato es una variedad de convenio, cuya característica es la

2 Lares, Teodosio, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Impresión facsimilar de la original de la Imprenta de Ignacio Cumplido de 1852, México, 1979, p. 7.

JORGE VARGAS MORGADO

de ser creador de obligaciones”,³ siguiendo la exposición que acerca del tema hace Julien Bonnecase, ambos conceptos, de convenio y contrato, coinciden con lo establecido en los artículos 1792 y 1793 del Código Civil Federal, que son del tenor siguiente:

Artículo 1792. Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Los anteriores preceptos coinciden con lo establecido también en las legislaciones civiles de todas las entidades federadas mexicanas.

Ahora bien, la anterior conceptualización describe a las distintas convenciones según el efecto genérico que en el campo obligacional producen, pero valdría la pena recordar que la esencia tanto del convenio y del contrato es el concurso de voluntades, así se ha definido desde el derecho romano, Ulpiano expuso que *conventio* o *pactum* se definen como “*et est pactio, duorum pluriumve in dem placitum consensus*”,⁴ noción que, con los matices que se puedan citar, continúa vigente.

El referido concurso de voluntades tiene el propósito de generar efectos en el campo del derecho, puede citarse a Colin y Capitant que apuntan que

3 Bonnecase, Julien, *Tratado elemental de derecho civil*, México, Harla, 1993, p. 764.

4 Citado por Ortolán, Joseph L., *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Edición facsimilar de la edición de española de 1847, p. 166.

UNA REFLEXIÓN ACERCA DE LOS CONTRATOS...

contrato es “un acuerdo de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos”.⁵

De esta manera los concursos de voluntades que llamamos convenio y contrato, en tanto producen normas vigentes entre las partes, son fuente de obligaciones, las cuales se entienden como el “vínculo de derecho” que “nos obliga a pagar una cosa”,⁶ es decir, como se nos enseña desde los primeros cursos de la licenciatura en derecho, los convenios y los contratos son ley entre las partes otorgantes, sin que puedan ser modificadas su partes y elementos sino precisamente por la misma voluntad de las partes originalmente contratantes.

Julien Bonnecase cita la sentencia Focauld et Colombe, dictada por la corte de casación, el 15 de abril de 1872, en la que se determinó

Que los jueces no pueden, cuando estos convenios son claros y precisos, desnaturalizar las obligaciones derivadas de ellos, y modificar las estipulaciones que comprenden.⁷

Es decir, los convenios y los contratos, son, efectivamente, ley entre las partes.

Para el desarrollo del tema propuesto en este artículo quisiera referirme a dos aspectos de los contratos en particular, el objeto y la voluntad.

III. EL OBJETO

5 Citados por Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, México, Porrúa, 2000, p. 111.

6 Ortolán, Joseph L. Op. Cit. p. 154.

7 Bonnecase, Julien, *ob. cit.*, pp. 771-772.

JORGE VARGAS MORGADO

El Diccionario de la Lengua Española define el vocablo objeto en cuarta acepción como el “fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación”⁸, en materia contractual es eso mismo pero se puede distinguir entre lo que Ernesto Gutiérrez y González refiere como objeto directo, objeto indirecto y objeto o cosa material, el primero refiere los derechos y obligaciones que se crean o transmiten, el segundo es la conducta de dar, hacer o no hacer que el deudor debe cumplir, y el tercero la cosa materia que se deba entregar,⁹ conceptualización que se desprende de lo preceptuado por el artículo 1824 del Código Civil Federal.

Ahora bien, el objeto de los contratos no es homogéneo entre las partes en cuanto a que difícilmente pueden observarse casos en que todas las partes contratantes se propongan el mismo objeto directo, indirecto y material, como sería el caso del contrato para constituir una sociedad en la que, efectivamente, todos los contratantes son uniformes en cuanto al objeto, lo más común es que las partes busquen propósitos distintos y por ello asuman obligaciones diferentes en un mismo contrato.

Hans Kelsen, hace una clara y típicamente germana explicación de esta circunstancia diciendo:

Es posible que una norma convencionalmente establecida no obligue sino a una de las dos o de las diversas partes contratantes, y que la otra sólo tenga derechos. Las dos partes deben

8 *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Real Academia Española – ESPASA, 22ª edición, 2001, Tomo h/z. p. 1602.

9 Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, México, Cajica, 1978, pp. 228-229.

UNA REFLEXIÓN ACERCA DE LOS CONTRATOS...

querer esto igualmente. Otras veces, el orden contractual creado por la manifestación de voluntad concordante de los sujetos A, B, C, D, fija las obligaciones r, s, t, u, y los derechos w, x, y, z. Pero solamente A tiene las obligaciones r, s, t, u y los derechos w, x, y, z, es decir, todas las obligaciones y todos los derechos; B tiene solamente las obligaciones s, t, u, y los derechos x, y, z; C las obligaciones t, u, y los derechos y, z; D solamente la obligación u y el derecho z; sin embargo, A, B, C y D, deben manifestar cada uno su consentimiento en relación con todas las cláusulas, inclusive si estas no valen para todas las partes o sólo valen para algunas.¹⁰

El propio Kelsen afirma que

En lo que toca a la norma contractual creada por este acto (el contrato), hay que advertir que puede tener como contenido prestaciones paralelas o cruzadas¹¹.

Por lo que si aceptamos su idea, resultaría incontrovertible que las obligaciones generadas contractualmente son y suelen ser distintas para las partes, sin que el contrato pierda su naturaleza sino por el contrario, más bien es propio de ese instrumento la creación de derechos y obligaciones dispares.

Este punto adquirirá especial relevancia cuando se exponga, más adelante el contrato administrativo.

10 Kelsen, Hans, *El contrato y el tratado*, México, Editora Nacional, 1979, pp.43-44

11 Kelsen, Hans, *ob. cit.*, p.23

JORGE VARGAS MORGADO

IV. LA VOLUNTAD

Voluntad es la facultad de decidir y ordenar la propia conducta,¹² en expresión de Fichte la voluntad pura o voluntad de razón consiste en *hacer*,¹³ así pues el acto de volición es la expresión de la decisión de actuar.

La capacidad de decidir y hacer implica la libertad de decisión del sujeto que expresa su voluntad, sin libertad no hay voluntad, porque la expresión del querer hacer es una manifestación de la libertad, sin ésta última no hay expresión propia de cosa alguna.

En Roma la libertad era el orden natural¹⁴ y era el derecho el que limitaba la libertad según la época y según distintas condiciones de la persona.

En nuestra época la persona humanamente considerada es libre e igual en dignidad y derechos, dotada de razón y conciencia, tal como se lee en el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, luego entonces es capaz de contratar con plena libertad, en este contexto ya no resulta admisible la expresión de que todo “lo que no está prohibido está permitido” porque ello significa que a la persona sólo le queda libre el campo no vedado por el Estado, cuando la construcción jurídica es al revés, los órganos públicos hacen lo que la ley le ordena o le permite, en cambio los humanos hacemos lo que queremos.

El Estado, como toda persona moral, sólo puede actuar en derecho en los campos y en las formas

12 *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, *ob. cit.*, p. 2316.

13 Citado por Hirschberger, Johannes, *Historia de la filosofía*, Barcelona, Herder, 1986, t. II., p. 231.

14 Ortolán, Joseph L., *ob. cit.*, p. 22.

UNA REFLEXIÓN ACERCA DE LOS CONTRATOS...

que en sus instrumentos de creación y regulación esté prevista de manera clara, al igual que cualquier otra persona jurídica de derecho privado.

Así tenemos a las personas físicas con un amplísimo abanico de libertades crecientes y, a la vez, tenemos personas jurídicas o morales con un compás de libertades limitado en función de su objeto y normatividad.

No es poco frecuente que a las personas físicas la ley les imponga modalidades reguladoras de sus libertades, Manuel Borja Soriano lo escribió de la siguiente manera:

Actualmente el principio de la autonomía de la voluntad no ha desaparecido sino que sigue siendo base del derecho moderno en materia de contratos, pero esa autonomía está ya considerablemente debilitada, pues cada vez la ley impone mayor número de limitaciones a la libertad contractual bajo una doble influencia: la dependencia material, cada día más estrecha del individuo con relación al medio en que vive, el sentimiento más claro de que ninguna sociedad puede quedar indiferente a los fines perseguidos por los contratantes y que debe velar por el mantenimiento de cierto grado de justicia, distributiva o conmutativa.¹⁵

Es decir, la ley, efectivamente, interpone condiciones o matices a las libertades de las personas mediante la expedición de algunas reglas, a efecto de conseguir determinados fines, deseablemente de

15 Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, México, Porrúa, 2000, p. 123.

JORGE VARGAS MORGADO

interés general, aunque, quizá, no siempre sea ese el caso.

Kelsen, para explicar la libre creación de las normas jurídicas por medio convencional refiere la presencia de una suerte de “autonomía privada”,¹⁶ a diferencia de la creación de normas jurídicas por cauces públicos, y dice:

De este modo se destacan (considerados desde el ángulo visual de la libertad, que es el punto decisivo para la creación de vínculos normativos) dos tipos ideales dos posibles métodos de creación de normas: heteronomía y autonomía, según que el individuo o sujeto a la norma participe o no participe en su formulación.¹⁷

Así vemos que la libertad, aunque se module o matice, es un elemento sustantivo en la creación del derecho y de las normas convencionales.

V. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Pasemos ahora a analizar someramente la caracterización doctrinaria de los contratos administrativos.

Sabemos que los órganos públicos, que las autoridades, tienen como actuación ordinaria el ejercicio de atribuciones en el marco del desarrollo de una función, ambos previamente dispuestos en la ley o en una norma administrativa, así hemos entendido el Estado de derecho, que es aquel en el que la ac-

16 Kelsen, Hans, *ob. cit.*, p.114.

17 *Ibidem*.

UNA REFLEXIÓN ACERCA DE LOS CONTRATOS...

tuación pública obedece a la ley y no a la voluntad baladí del funcionario público.

También se dice que en ese contexto la actuación y los actos administrativos son unilateralmente emitidos desde una posición de superioridad del órgano público, una suerte de manifestación de la soberanía, no es poco frecuente en México escuchar, por ejemplo, que el cobro de impuestos es un acto soberano. No obstante, en un régimen de garantías constitucionales y de derechos humanos, con un sistema económico preponderantemente de libre concurrencia es imposible suponer que el Estado pudiera realizarlo todo por medio de órdenes emitidas en ejercicio de potestades públicas.

Lo cierto es que los órganos públicos celebran contratos sometidos al derecho privado y al derecho público, en cuanto a los primeros no hay mayor dificultad para encontrarlos en la legislación civil y mercantil, mayor reto es caracterizar los contratos de *derecho público*.

La calificación subjetiva de los contratos administrativos en función de que sea una institución de la administración pública la que lo celebre es injustificada, primero porque no sólo la administración pública celebra este tipo de contratos, también los poderes legislativo y judicial otorgan estas convenciones. En segundo lugar, también nos encontramos con el problema de que la administración pública está compuesta por un tronco centralizado, que, en México, es propiamente la estructura orgánica del Poder Ejecutivo, y por otro tronco, el paraestatal, compuesto por las distintas clases de empresa pública, que es tanto o más activo que el centralizado en el otorgamiento de contratos, ambas áreas de la administración pública tienen naturaleza y características institucionales diferentes y finalidades dis-

JORGE VARGAS MORGADO

pares, de manera que no es sencillo –además, quizá, no deseable– otorgar características de actuación similares entre unos y otros.

Por ello diré con Gabino Fraga: “no basta que el Estado intervenga para que se califique la naturaleza del contrato”.¹⁸

No siendo el criterio subjetivo el que determine la condición de los contratos administrativos, tenemos que buscar un criterio objetivo para lograr la claridad en el tema.

Sería imposible no iniciar la reflexión con el concepto de contrato administrativo propuesto por Gabino Fraga, el cual consiste en lo siguiente:

El contrato administrativo, es el contrato que celebra la administración pública con los particulares con el objeto directo de satisfacer el interés general, cuya gestación y ejecución se rigen por procedimientos de derecho público”.¹⁹

De acuerdo con el texto citado, el contrato administrativo se observa cuando encontramos una finalidad u objeto de interés general y reglas de derecho público relativas a su policitación y a su otorgamiento.

Continúa diciendo el maestro Fraga que:

La existencia de una categoría especial de contratos, los administrativos, sólo puede justificarse por la circunstancia de que ellos están

18 Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1992, p. 397.

19 *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, tomo A-H., p. 693.

UNA REFLEXIÓN ACERCA DE LOS CONTRATOS...

sujetos a un régimen jurídico exorbitante del
constituido por el derecho civil.²⁰

Es decir, los contratos administrativos, desde luego, están fuera del derecho civil –o mercantil-, pero la expresión *exorbitante* en su acepción estricta de diccionario significa *excesivo* o *exagerado* que aparece en el Diccionario de la Lengua Española,²¹ de manera que tiene el sentido de cierta preponderancia por parte de uno de los contratantes sobre el otro, del contratante público frente al privado.

Bandeira de Mello, explicando lo expuesto por Waline, refiere que:

Restaría saber qué es una cláusula exorbitante. Los mismos franceses, después de estudiar concienzudamente las decisiones del Consejo de Estado de su país, concluyen que de acuerdo con ellas la cláusula exorbitante se caracteriza por su carácter extraordinario en un contrato de derecho privado, ya sea porque en él sería nula o porque aunque no fuese nula no se adaptaría a él.²²

O sea, revela una forma de preferencia moderada –espero-, en razón del carácter público del contratante oficial.

Pero ¿qué justifica la preponderancia del otorgante público en los contratos administrativos?, bien, se insiste en la doctrina que esa forma de superioridad

20 Fraga, Gabino, *ob. cit.*, p. 397.

21 *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, *ob. cit.*, tomo a/g., p. 1019.

22 Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Curso de derecho administrativo*, México, Porrúa – UNAM, 2006, p. 546.

JORGE VARGAS MORGADO

se justifica en virtud de la finalidad que persiguen los contratos, la cual siempre es de interés público o general.

Gabino Fraga lo explica así:

Se ha considerado por una buena parte de la doctrina que el carácter administrativo y consecuentemente el régimen excepcional relativo, corresponde a los contratos en razón de la finalidad que persiguen, que es una finalidad pública, o según otras expresiones, de utilidad pública, de utilidad social.²³

La jurisprudencia se ha desarrollado adoptando los principios doctrinales y el vocabulario citados en párrafos anteriores, como vemos en el siguiente texto:

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. SE DISTINGUEN POR SU FINALIDAD DE ORDEN PÚBLICO Y POR EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL DERECHO CIVIL A QUE ESTÁN SUJETOS.

La naturaleza administrativa de un contrato celebrado entre un órgano estatal y un particular puede válidamente deducirse de la finalidad de orden público que persigue, identificada también como utilidad pública o utilidad social, así como del régimen exorbitante del derecho civil a que está sujeto. De ello se infiere que los contratos celebrados por un órgano estatal con los particulares están regidos por el derecho privado cuando su objeto no esté vin-

23 Fraga, Gabino, *ob. cit.*, p. 399.
444

UNA REFLEXIÓN ACERCA DE LOS CONTRATOS...

culado estrecha y necesariamente con el cumplimiento de las atribuciones públicas del Estado y, por lo mismo, la satisfacción de las necesidades colectivas no se perjudique porque en aquellos actos el Estado no haga uso de los medios que le autoriza su régimen especial. Por el contrario, cuando el objeto o la finalidad del contrato estén íntimamente vinculados al cumplimiento de las atribuciones estatales, de tal manera que la satisfacción de las necesidades colectivas no sea indiferente a la forma de ejecución de las obligaciones contractuales, entonces se estará en presencia de un contrato administrativo, siendo válido estipular cláusulas exorbitantes que, desde la óptica del derecho privado, pudieran resultar nulas, pero que en el campo administrativo no lo son, en atención a la necesidad de asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público. Juicio ordinario civil federal 1/2000. Jesús Guillermo Puente Cutiño. 20 de febrero de 2001. Unanimidad de diez votos. Ausente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Silverio Rodríguez Carrillo.

Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XIII, Abril de 2001. Página: 324. Tesis: P. IX/2001. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa, Civil

No obstante la reiteración en la doctrina y, como vemos, en la jurisprudencia, de tildar de administrativo a todo aquel que tenga una la finalidad de interés público o interés general, es necesario hacer una observación crítica acerca de dicha postura.

JORGE VARGAS MORGADO

Debe objetarse que la finalidad de interés público o general sea la que pinte los contratos administrativos dado que puede haber y de hecho hay una gran cantidad de contratos civiles y mercantiles que se otorgan a la luz del derecho privado y persiguen una finalidad evidentísima de interés general, como sería la adquisición en el extranjero de determinadas medicinas o vacunas, o la compraventa de un terreno para la construcción de hospital regional de servicios públicos de salud, el primero sería un contrato mercantil y el segundo sería un contrato civil, ambos con un evidente propósito de interés general.

Es decir, si podemos encontrar la finalidad superior del interés general tanto en contratos de derecho público como de derecho privado, entonces esa finalidad no es útil para arribar a una conceptualización clara de la publicidad de los contratos administrativos.

En otro aspecto, la finalidad de interés general tampoco parece atendible como característica definitoria de los contratos administrativos porque, en sentido inverso a la anterior argumentación, tenemos contratos administrativos en los que simplemente no es posible encontrar una finalidad de interés general o público.

Veamos, en México, a nivel federal, son dos los grupos de contratos que indudablemente son de derecho administrativo, los previstos en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y los contemplados en la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas. Ambas legislaciones son aplicables a la presidencia de la República, las secretarías de Estado y la consejería jurídica del Ejecutivo Federal, a la procuraduría general de la República, a los organismos descentralizados, a las empresas de participación esta-

UNA REFLEXIÓN ACERCA DE LOS CONTRATOS...

tal mayoritaria y los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el gobierno federal o una entidad paraestatal, a las entidades federativas, a los municipios y a los entes públicos de unas y otros, con cargo total o parcial a recursos federales.

Los órganos constitucionales autónomos, también están obligados a utilizar y aplicar los criterios y procedimientos previstos en las leyes mencionadas.

Como se observa la anterior lista de instituciones obligadas al acatamiento de las leyes que son las principales creadoras de contratos administrativos es colosal, tanto que genera una justificada sospecha el suponer que su cuantiosa actividad contractual satisfaga siempre una finalidad de interés general o público, es imposible.

Podemos citar una multitud de ejemplos, pero referiré uno que espero sea ilustrativo, la lámpara que me imagino debe estar en el escritorio del presidente de la República fue adquirida al amparo de la ley de adquisiciones, mediante la suscripción y operación de un contrato administrativo, pues bien, con todo lo importante y deseable que sea que el titular del Poder Ejecutivo de la Nación cuente con el debido alumbrado de la documentación que lee en las obscuras tardes de invierno, y francamente es un despropósito considerar que en ello va una finalidad de interés general.

Buena parte de la doctrina señala también como característica de los contratos administrativos el que, en razón de la regulación de derecho público, el contratante institucional tiene derechos especiales acerca de la vigencia misma del instrumento y acerca temas tan sustantivos como la rescisión administrativa del propio contrato.

JORGE VARGAS MORGADO

Respecto de esta condición de preponderancia del contratante público sobre el privado, Bandeira de Mello dice que:

En atención a las consideraciones precedentemente hechas, se puede definir el contrato administrativo de la siguiente manera: es un tipo de acuerdo celebrado entre la administración y terceros en el cual, en virtud de la ley, de cláusulas pactadas o del tipo de objeto, la permanencia del vínculo y las condiciones preestablecidas se someten a imposiciones de interés público susceptibles de variación, salvo los intereses patrimoniales del contratante privado.²⁴

Es decir, de acuerdo con lo opinado por el autor citado, el particular que decide otorgar un contrato administrativo con el contratante público, se ve en la situación de que su contrato puede ser, por ejemplo, suspendido, terminado o rescindido por decisión unilateral de la contratante, emitida en función de sus necesidades o situación presupuestal.

En vía de ejemplo quisiera citar que, efectivamente, en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, las dependencias y entidades de la administración pública federal pueden, mediante procedimientos administrativos, rescindir, suspender o terminar el contrato administrativo de que se trate.

No obstante lo desplegado en líneas anteriores, las condiciones legales de beneficio para el contratante institucional anotadas no significan que la autoridad administrativa pueda desconocer la vigencia y fuerza

24 Bandeira de Mello, Celso Antonio, *ob. cit.*, p. 549.

UNA REFLEXIÓN ACERCA DE LOS CONTRATOS...

normativa de los contratos, por el contrario, prueba del valor legal de un contrato público es que la contratante pública debe acudir a procedimientos administrativos puntuales, legal y previamente establecidos, en los que el contratista es oído, para terminar, rescindir o modificar un contrato.

León Duguit al analizar las posiciones de Jellinek, de Michoud y de Ihering a este respecto objeta y afirma:

Basta enunciar estas teorías para mostrar que no son más que vanos juegos del espíritu. El carácter obligatorio de los contratos del Estado no es discutible, y esta afirmación constante y unánime del lazo que imponen al Estado, demuestra una vez más la eliminación del concepto de poder.

Ningún órgano del Estado puede atentar contra un contrato, ni aún el Parlamento mismo.²⁵

El propio autor agrega que en realidad no existe diferencia en el valor y alcance de los contratos, sean de derecho público o de derecho privado, y que el Estado se encuentra por igual constreñido a su cumplimiento:

La vieja concepción de los contratos de Derecho Público que autorizaba al Estado para sustraerse de las obligaciones contractuales, ha pasado. El contrato es un acto jurídico que tiene el mismo carácter en Derecho público que en Derecho privado; o más bien, no hay

25 Duguit, León, *Las transformaciones del derecho. público y privado*, Buenos Aires, Heliasta, 2001, p.100.

JORGE VARGAS MORGADO

distinción entre el Derecho público y el Derecho privado y el Estado está obligado por los contratos que ha celebrado como un simple particular.²⁶

Para Luciano Parejo las características definitivas de la contratación pública son:

- I) La presencia de una administración pública (criterio subjetivo de delimitación).
- II) La conexión del objeto del contrato un interés público cuya gestión esté legalmente encomendada a la administración pública contratante y la consecuente sujeción a un régimen jurídico-administrativo específico no solo de su preparación y adjudicación, sino del contrato mismo (criterio objetivo de delimitación)²⁷.

Si bien la posición es concordante con las generalizadas en la doctrina y en la legislación, plantea una diferencia básica, él habla de la *contratación pública* y no de los *contratos administrativos* en particular, se refiere a la contratación institucional pero en ambos regímenes, el público y el privado, el autor encuentra que los dos elementos que anota:

Explican y justifican la regulación jurídico-administrativa de la contratación pública y las

26 *Ibidem*, p.100

27 Parejo Alfonso, Luciano, "El Régimen Jurídico General de la Contratación Pública en España" en Fernández Ruíz Jorge y Santiago Sánchez, Javier (coords.), *Contratos administrativos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2007, p.265

UNA REFLEXIÓN ACERCA DE LOS CONTRATOS...

peculiaridades de esta respecto a la contratación en general.

La contratación pública se traduce en la conclusión no sólo de los denominados contratos administrativos, sino también de contratos privados sujetos al derecho civil.

Se está ante una mera modulación jurídico-administrativa de la institución contractual.²⁸

Lo dicho, para el autor citado la regulación administrativa de la contratación pública cuenta igual para lo relativo a los contratos públicos como a los contratos de derecho privado.

Si esto fuera así, y seduce pensar que así sea, la doctrina de la doble personalidad del Estado como ente soberano y como particular o la doctrina del doble carácter con que contrata el mismo Estado, en una relación de supra subordinación o de coordinación con los particulares tendría muy serios problemas para subsistir.

La jurisprudencia mexicana ha adoptado consistentemente la idea de la supra subordinación, como en el siguiente caso vemos:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXX, Noviembre de 2009. Pág. 875. Tesis Aislada.

ADQUISICIONES, ARRENDAMIENTOS Y SERVICIOS DEL SECTOR PÚBLICO. LA RESCISIÓN DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO DECRETADA CON FUNDAMENTO EN EL ARTÍCULO 54 DE LA

²⁸ Ídem.

JORGE VARGAS MORGADO

LEY RELATIVA, CONSTITUYE UN ACTO DE AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO, CON INDEPENDENCIA DE QUE ESA CONTRATACIÓN HAYA TENIDO SU ORIGEN EN UNA LICITACIÓN PÚBLICA, INVITACIÓN A CUANDO MENOS TRES PERSONAS O ADJUDICACIÓN DIRECTA.

El artículo 26 de la citada legislación faculta a las dependencias y entidades de la administración pública federal, para que bajo su responsabilidad, contraten adquisiciones, arrendamientos y servicios, mediante tres diversos procedimientos, a saber: la licitación pública, la invitación a cuando menos tres personas o, la adjudicación directa. El primero de estos procedimientos constituye la regla general y los otros dos son la excepción, en tanto sólo pueden llevarse a cabo en los casos expresamente previstos en el artículo 41 del mencionado ordenamiento legal; sin embargo, los tres tienen como denominador común que son de interés público y concluyen con la adjudicación y firma del contrato correspondiente; evento este último en el que se establece una relación de coordinación e igualdad entre la entidad y el particular con motivo de la expresión de sus voluntades para obligarse mutuamente; relación que cesa cuando la primera se ve constreñida a ejercitar la atribución legal de rescindir administrativamente el contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 de la mencionada ley, ante el incumplimiento del proveedor en relación con sus obligaciones. Tal cambio obedece a que esa rescisión implica el ejercicio de una potestad administrativa de interés público edificada en la necesidad colecti-

UNA REFLEXIÓN ACERCA DE LOS CONTRATOS...

va de que el Estado cumpla cabal y oportunamente sus funciones y fines; lo que actualiza la expresión de una relación de supra a subordinación que tiene su origen en una disposición integrada al orden jurídico nacional y que implica un acto unilateral que vuelve innecesario e impropio acudir a los tribunales ordinarios para que surtan efectos las consecuencias jurídicas impuestas por el órgano que la decretó, y que, además, no requiere el consenso de la voluntad del afectado; todo lo cual revela que esa rescisión, independientemente del procedimiento seguido para lograr la contratación, es un acto de autoridad susceptible de reclamarse a través del juicio de amparo.

DÉCIMO QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

I.15o.A.140 A

Amparo en revisión (improcedencia) 354/2009. Distribuidora y Comercializadora Ricimex, S.A. de C.V. 23 de septiembre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Gabriel Regis López.

Pero si como León Duguít ha ilustrado, los contratos son obligatorios para el Estado por igual, así sean de derecho público o de derecho privado, y atendiendo a lo expuesto por Luciano Parejo, el Estado contrata con reglas especiales, provenientes del derecho administrativo, igual si lo hace dentro del derecho privado como del público, la literatura de la superioridad del contratante institucional se debe abandonar para construir otra idea sobre terreno más firme.

JORGE VARGAS MORGADO

V. UNA NUEVA REFLEXIÓN

Probablemente la debida explicación de la naturaleza de la contratación del Estado se encuentre en otro terreno distinto al de su supuesta finalidad de interés general.

Permitaseme un dato histórico constitucional, en el proyecto de Constitución enviado por Don Venustiano Carranza al Congreso Constituyente de 1916-1917 no se incluía disposición alguna acerca de la contratación pública –en las Constituciones anteriores tampoco de estipuló cosa alguna al respecto–.

Fue en el ámbito del Congreso Constituyente en que la Comisión de Constitución propuso a la Asamblea la inclusión de un novedoso artículo 134 que regulara la contratación del Estado, justificándolo de la siguiente forma en el Dictamen correspondiente:

La Comisión ha creído conveniente agregar un artículo que tiene por objeto asegurar los concursos de todos los trabajos públicos, para obtener así, para el servicio a la nación, las mejores utilidades posibles, evitando los fraudes y los favoritismos, bien conocidos del antiguo régimen.²⁹

Como se observa del texto citado, el propósito de regular los contratos públicos fue el de que los contratos objetivamente aportaran las mejores condi-

²⁹ *Los derechos del pueblo mexicano*, México, Manuel Porrúa, 1978, tomo VIII, p. 952.

UNA REFLEXIÓN ACERCA DE LOS CONTRATOS...

ciones para el contratante público y que en su creación se preservara la honradez.

El artículo 134 propuesto tenía la siguiente redacción:

Todos los contratos que el Gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria, para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública.³⁰

El texto propuesto fue aprobado en la 64ª Sesión Ordinaria del Congreso Constituyente, celebrada el 27 de enero de 1917.³¹

El texto del artículo 134 Constitucional citado ha sido adicionado mediante reformas expedidas en los años de 1982, 2007 y 2008, ocasiones en que se le han agregado párrafos que no han aportado novedad alguna al esquema básico ya expuesto.

Ahora bien, la disposición constitucional citada no hace diferencia alguna entre los contratos administrativos de derecho público y los contratos civiles y mercantiles de derecho privado, la orden de que los contratos que celebre el Estado representen la mejor opción posible y se verifiquen con honestidad se debe aplicar a todos los contratos, de derecho público y de derecho privado.

Como ejemplo de un contrato civil con clara finalidad de interés público es la adquisición, por parte del estado, de un edificio para instalar en él una Secretaría de Estado, para ese caso la ley adminis-

30 *Ibidem*, p. 951.

31 *Ibidem*, p. 952.

JORGE VARGAS MORGADO

trativa ordena que la institución pública emisora de avalúos formule el que servirá de base para la operación y el monto que arroje será el máximo posible para verificar la adquisición. Como vemos la contratación no pierde su carácter civil, sin embargo por ser el Estado el adquirente debe obedecer a reglas de derecho público en razón de su naturaleza.

Es decir, el Estado siempre contrata como Estado y nunca como particular ni con dos o más personalidades, siempre actúa como lo que es y siempre debe contratar en los términos dispuestos por la orden constitucional aludida.

No tiene relevancia alguna la finalidad inmediata o mediata del posible contrato, sea de interés general o no, sea de interés social o particular, el Estado contratará bajo reglas especiales, propias de su naturaleza.

La voluntad del Estado, que la tiene, no tiene márgenes amplios de libertad, que también tiene, el Estado contrata por medio de la expresión de una voluntad acotada, por su carácter de persona moral, y restringida también por las condiciones de ventaja y honestidad ordenadas por la Constitución.

Por qué se han creado los contratos administrativos, no cabe duda que el legislador ha encontrado más cómodo para salvaguardar las condiciones constitucionales de ventaja y honestidad, establecer modos de contratar de derecho público, que sin duda le facilitan algunos aspectos contractuales, pero eso ha sido una decisión de política legislativa, bien pudo haber agregado reglas para la contratación del Estado en los códigos civil y mercantil, sin embargo su decisión fue la que conocemos.

Ahora bien, tampoco es sencillo crear contratos administrativos que el Estado y sus instituciones ha de celebrar con particulares que o están sometidos

UNA REFLEXIÓN ACERCA DE LOS CONTRATOS...

al derecho público en sus contrataciones, veamos los siguientes casos a modo de ilustración:

- Imaginemos un contrato federal de obra pública en que el contratista privado ha incumplido durante la operación del contrato y que la institución contratante no le ha adelantado un anticipo o no le ha pagado, en dicho caso el contratista moroso está en manos de la autoridad pues ésta le podrá rescindir el contrato y el contratista pasara muchas amarguras para lograr conseguir el pago de lo parcialmente hubiere hecho.

Pero si se trata de un caso inverso en el contratista ya recibió uno o más anticipos del precio o el precio mismo de la obra contratada, entonces será la institución pública la que lleve los padecimientos pues no existe vía administrativa para condenar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, de modo que tendrá que acudir a una vía ordinaria para lograrlo, lo cual reduce y afloja cualquier argumentación jurídica acerca de las potestades del Estado y de los fines de interés general.³²

- En sentido contrario, si fuera el contratista privado el que tenga algo que reclamar a la institución pública con quien haya contratado bajo la ley administrativa, sólo puede acudir a la vía ordinaria, pues

32 En materia federal la jurisprudencia inventó para los casos mencionados el *juicio ordinario federal*, que como no existe en la ley la propia jurisprudencia determinó que se tramitaría como juicio ordinario civil federal, que para el caso no tiene ventaja si la tramitación es la referida. Por otra parte, en la competencia local, de las entidades federativas y los municipios, como tampoco existe una vía administrativa para obtener condenas sobre los contratistas ni corte local que jurisprudencialmente pudiera crear un juicio ordinario administrativo, el caso es que el Estado o el Municipio debe acudir a las vías civil o mercantil para hacer valer frente a los contratistas sus contratos administrativos.

JORGE VARGAS MORGADO

como sabemos el juicio de nulidad ante el contencioso administrativo se limita a la posibilidad de obtener una declaración de nulidad y con ello no se puede obtener el pago de un adeudo contractual, por ese medio no se puede cobrar dicho coloquialmente.

Lo hasta aquí expuesto me lleva a resumir que lo que caracteriza a la contratación pública, sea de derecho público o sea de derecho privado, es la voluntad limitada de las instituciones públicas al obediencia de las reglas de mejor opción y honestidad ya planteadas. Y los contratos administrativos serán definidos no por su finalidad sino porque sean creados como figura jurídica y operados en lo particular en virtud y en función de leyes y normas de derecho administrativo.

A partir de esta idea continuará en vigor el planteamiento de Gabino Fraga consistente en que:

La distinción entre contratos civiles y contratos administrativos tiene importancia para nosotros para señalar doctrinalmente el régimen que a cada uno conviene.³³

Es decir, continuará teniendo importancia sustantiva la distinción y conocimiento de los contratos civiles y administrativos para entender, estudiar y utilizar el régimen jurídico que a cada uno de ellos corresponde.

33 Fraga, Gabino, ob. cit., p. 397.
458