

## ***Cesión parcial de derechos en el derecho privado y en el derecho público (El caso de las concesiones portuarias)***

OLGA SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA Y VILLEGAS\*

El presente estudio tiene por objeto hacer una distinción de la figura jurídica de la cesión parcial de derechos en el derecho privado y en el derecho público; este último mediante la concesión portuaria.

Es de gran interés el tema, sobre todo en el aspecto financiero, ya que nuestro país obtiene grandes ingresos mediante el comercio y el turismo que se desarrolla a través de sus puertos.

En la Ley de Puertos y su Reglamento, que son relativamente de nueva creación, se regula lo concerniente a las concesiones otorgadas respecto de los puertos y bahías considerados bienes de propiedad nacional, en donde se realizan importantes actividades económicas, desde el tránsito de mercancías, pasando por las tiendas de recuerdos, hasta la construcción de grandes hoteles.

El derecho público, mediante la concesión, otorga a personas privadas que cumplan con los requisitos establecidos en la ley, la explotación de los puertos y permite, a su vez, que los particulares celebren contratos con otros particulares, cediendo parte de la explotación de los bienes nacionales, a través del contrato denominado *cesión parcial de derechos*.

Estos contratos, como veremos más adelante, aunque se hayan celebrado entre particulares y su finalidad sea la prestación de servicios de carácter mercantil, por la naturaleza propia de la concesión son contratos estrictamente administrativos.

La connotación de cesión de derechos tiene una diferencia radical en el derecho privado respecto del público, como expondremos en este trabajo.

Para Enneccerus, la cesión es un contrato por el cual el acreedor anterior transmite un crédito a un nuevo acreedor.

Según este autor, el contenido de este contrato es la transmisión del derecho de crédito, el cual no debe confundirse con el contrato por el cual se asume una obligación de ceder, por ejemplo la venta de crédito. La cesión es un contrato abstracto; el convenio sobre el fin no forma parte, en modo alguno, del contrato de cesión.<sup>1</sup>

\*Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y notaria 182 del Distrito Federal.

<sup>1</sup> Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado de derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1954, p. 382.

El Derecho Español, siguiendo al Francés, establece en su Código Civil, en el apígrafe del capítulo VII, título IV, del libro IV, la denominación de transmisión de créditos y demás derechos incorporales al contrato, que en la doctrina se conoce más bien con el nombre de “contrato de derechos y acciones”.

Sánchez Román, citado por Castán Tobeñas, define el contrato de cesión de derechos y acciones como “un contrato consensual, bilateral o unilateral, oneroso o lucrativo, conmutativo o aleatorio por el que una persona transmite a otra los derechos y acciones que le competen contra un tercero, recibiendo o no del cesionario una equivalente”.<sup>2</sup>

En el Derecho Español, lo señala el citado tratadista, la cesión reviste caracteres un tanto contradictorios. Por un lado, da a la cesión extraordinaria amplitud, ya que englobando la cesión de créditos y de derechos y acciones, incluye en ella no solamente los derechos de crédito, sino también los derechos reales, salvo el de propiedad. Por otro lado, restringe con exceso el concepto de la cesión al contemplar sólo una de sus causas (la venta) que, aun siendo la más frecuente, no es ciertamente la única; regula así el código la transmisión de créditos del título de la compraventa (4o. del libro IV) y emplea frecuentemente (en los artículos 1.528 y siguientes) la palabra venta como sinónimo de cesión y las de vendedor y comprador como equivalente a las de cedente y cesionario.

En el Derecho Positivo Mexicano hay cesión de derechos cuando el acreedor transfiere a otro lo que tenga contra su deudor (artículo 2 029 del Código Civil.)

En el artículo 2 031 del Código Civil, se establece también la cesión de créditos. El acreedor puede ceder su derecho a un tercero, sin el consentimiento del deudor, a menos que la cesión esté prohibida por la ley, se haya convenido no hacerla o no lo permita la naturaleza del derecho (artículo 2 030). Para que haya sustitución de deudor es necesario que el acreedor la consienta expresa o tácitamente.

Se presume que el acreedor consiente en la sustitución de deudor, cuando permite que el sustituto ejecute actos que debía ejecutar el deudor, como pago de réditos, pagos parciales o periódicos, siempre que lo haga en nombre propio y no por cuenta del deudor primitivo (artículo 2 052.)

La cesión de derechos puede ser universal o particular. Es universal en la cesión hereditaria (donde se aplican las reglas específicas para este tipo de sucesión) y en la fusión de sociedades mercantiles.

<sup>2</sup> José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español*, Común y Foral Reus, Madrid 1981, tomo cuarto, p. 204.

Cuando la cesión de derechos surge de prestaciones recíprocas recibe el nombre de cesión de contrato; la cesión de contrato es frecuente en la práctica, especialmente en los contratos de compraventa y arrendamiento, en función de que implican tanto una cesión de deudas, por lo que necesariamente requerirán la voluntad expresa del otro contratante.

En derecho privado se puede decir que hay actos esencialmente civiles, pero también hay actos absolutamente mercantiles.

Hay buen número de actos que no son esencialmente civiles ni mercantiles, sino que pueden revestir uno u otro carácter, según las circunstancias en que se realicen, y de las cuales dependerá que sean regidos por el derecho civil o el mercantil. A esta clase de actos el Maestro Mantilla Molina los denomina actos de libertad condicionada.

La clase de actos de libertad condicionada puede subdividirse en dos grupos, si se piensa que la mercantilidad de un acto puede estar condicionada por alguno de sus propios elementos o, bien, resultar de su conexión con otro acto, que por sí mismo haya adquirido el carácter de mercantil.

El carácter de mercantilidad condicionada puede provenir de alguno de los elementos integrantes del acto: *a)* sujeto que lo realice; *b)* voluntad que persiga la realización de un fin concreto; y *c)* objeto. En la segunda categoría, que resulta la más importante, entran las adquisiciones con el propósito de lucrar con la enajenación o alquiler de la cosa adquirida, así como las enajenaciones o alquileres celebrados para cumplir tal propósito; las operaciones bancarias y los actos encaminados a la creación, realización, desarrollo o liquidación de una empresa (artículo 75 del Código de Comercio).

Respectos de los actos mercantiles por alguna de las personas que en ellos intervienen encontrar la enajenación que el propietario haga de los productos de su finca o cultivo; depósitos en los almacenes generales; los depósitos bancarios de títulos; y los contratos de fianzas realizados por una institución afianzadora.

Los actos mercantiles, por su objeto, pueden ser las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles.

Por último, tenemos a los actos mercantiles accesorios o conexos que no pueden existir si no es en virtud de otros a los cuales preceden, acompañen o sigan.<sup>3</sup>

La cesión de derechos transmitida a la materia mercantil es una figura en que se aplican las mismas reglas, dependiendo del tipo de acto de comercio que se celebre.

<sup>3</sup> Roberto Mantilla Molina, *Derecho Mercantil*, Porrúa, México, 1979, pp. 51 y siguientes.

La cesión en nuestro derecho privado mexicano no es un contrato abstracto, está condicionado a un fin, como es la transmisión del crédito o de la deuda; si surgen prestaciones recíprocas recibe el nombre de cesión de contrato y si está condicionado por un acto de comercio, el contrato será mercantil.

Cuando la cesión de derechos o de deuda es particular, podemos hablar de una cesión parcial, al contrario de la cesión universal, que es la sucesión hereditaria.

La característica esencial de la cesión de derechos es la voluntad de partes como elemento existencial del contrato, debe tener un objeto lícito y estará condicionado a las formalidades que la cesión contenga.

En el derecho público en cambio, la cesión de derechos presenta otras características.

Antes de abordar el tema considero conveniente apuntar que diversos doctrinarios han expresado que actualmente la teoría de los contratos en materia de derecho privado aparece conmovida por la influencia de una nueva orientación, aparecida años atrás, cuyas características principales son las siguientes:

- a) Debilitamiento del principio de la autonomía de la voluntad;
- b) Implantación de fórmulas contractuales redactadas con carácter general y de antemano; y
- c) Aparición de los contratos reglamentarios, que contemplan las regulaciones de carácter general, como ocurre en los contratos colectivos.

En lo particular pienso que en materia de derecho público, y sobre todo en derecho administrativo, no se presenta esa supuesta crisis.

Los contratos administrativos tienen por objeto directo, por finalidad específica, la satisfacción del interés público, de las necesidades colectivas.<sup>4</sup>

El elemento característico de los contratos administrativos, según Bercaitz, es el establecimiento de una relación jurídica de subordinación con respecto de la administración pública, mediante un acto de propia voluntad de quien se obliga con ella.<sup>5</sup>

Existen diversos tipos de contratos administrativos, por ejemplo el de concesión de servicios públicos, de obra pública, suministro, etcétera.

Uno de los contratos más importantes en materia administrativa es sin duda, el de la concesión.

<sup>4</sup> Jorge Escola Héctor. *Compendio de Derecho Administrativo*, volumen II, Ediciones de Palma, Argentina, 1984, p. 612.

<sup>5</sup> Miguel Angel Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Ediciones de Palma, Argentina, 1980, p. 227.

Para el citado autor Jorge Escola, la concesión de servicios públicos es:

Un acto de la administración pública por el cual ésta encomienda a un tercero la organización y el funcionamiento de un servicio público, en forma temporal, otorgándole determinados poderes y atribuciones a ese fin, asumiendo dicha persona la prestación del servicio a su propia costa y riesgo, percibiendo por ello una retribución que puede consistir en el precio pagado por los usuarios, o en subvenciones o garantías que le fueron reconocidas, o ambas cosas a la vez, cumpliéndose el servicio público bajo la vigilancia y control de la autoridad administrativa.<sup>6</sup>

Gabino Fraga define concesión como “el acto jurídico por el cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado”.<sup>7</sup>

Este mismo autor considera que la concesión es un acto mixto compuesto de tres elementos: un acto reglamentario, un acto condición y un contrato.

El acto reglamentario fija las normas a que ha de sujetarse la organización y funcionamiento del servicio de él, quedan comprendidas las disposiciones referentes a los horarios, tarifas y modalidades de prestación del servicio, derecho de los usuarios. El segundo elemento de la concesión, el acto condición, es el que, como su nombre lo indica, condiciona la atribución al concesionario de la facultad que la ley establece para expropiar, para gozar de ciertas franquicias fiscales, para ocupar tierras nacionales, etcétera. Finalmente, existe en la concesión un tercer elemento cuya finalidad es proteger los intereses legítimos del particular concesionario, creando a su favor una situación jurídica individual que no puede ser modificada unilateralmente por la administración.

La concesión ha sido considerada por la doctrina como un acto mixto, mitad reglamentario y mitad contractual.

La naturaleza mixta del acto concesión surge porque ciertas cláusulas de ese acto tienen una naturaleza reglamentaria y otras una naturaleza contractual de derecho administrativo.

Es evidente que toda concesión comporta la existencia de un elemento contractual, ya que el concesionario es un particular interesado, que no aceptaría la gestión del servicio si sus intereses financieros no fueran salvaguardados y su seguridad garantizada contractualmente para el porvenir.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 723.

<sup>7</sup> *Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 1980. pp. 242 a 245.

En cuanto a las cláusulas reglamentarias, la concesión constituirá para el concesionario un acto-condición por el cual acepta hacer funcionar el servicio según las normas objetivas, que la administración podrá modificar unilateralmente.

Así en nuestro derecho la concesión es contractual, pero su naturaleza es de derecho público.

Los artículos 27 y 28 constitucionales conforman la base jurídica de la concesión. De su interpretación sistemática se desprende la facultad potestativa de la Nación para imponer a la propiedad las modalidades que dicte el interés público y para concesionar el uso, explotación y aprovechamiento de los bienes y recursos del dominio público, así como la prestación de servicios de este carácter.

Ello, como un derecho que en principio le compete al Estado de manera exclusiva, unilateral y, como ya se indicó, discrecional, para ejercer por sí la función pública, que no es otra sino la forma de ejercicio de sus atribuciones soberanas o, bien, mediante la intervención de los sectores social y privado, pero en tal caso, con arreglo a las disposiciones legales que expida el propio Estado y a las cuales queda sometido, a fin de que el ejercicio de tales atribuciones o función de que se desarrolle con plena certeza jurídica y no dentro de un marco que propicie la arbitrariedad.

Considero que una de las concesiones más importantes es la que regula la novedosa Ley de Puertos expedida por decreto legislativo publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el diecinueve de julio de mil novecientos y tres, y que entró en vigor al día siguiente.

El objeto de esta ley es la regulación de puertos, terminales marinas e instalaciones portuarias, la construcción de éstos, su uso, aprovechamiento, explotación, operación, administración y prestación de servicios portuarios.

La autoridad en materia de puertos radica en el Ejecutivo Federal, quien la ejercerá por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (artículo 16).

Dicha dependencia se encargará de otorgar las concesiones, permisos y autorizaciones a que se refiere esa Ley, así como verificar su cumplimiento y resolver sobre su modificación, renovación o revocación.

El artículo 20 de la Ley de Puertos establece en qué casos se requiere concesión o permiso para la explotación, uso y aprovechamiento de bienes del dominio público en los puertos, terminales marinas y para la construcción de obras en los mismos:

**ARTÍCULO 20.** Para la explotación, uso y aprovechamiento de bienes del dominio público en los puertos, terminales y marinas, así como para la cons-

## 212 DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

trucción de obras en los mismos y para la prestación de servicios portuarios, sólo se requerirá de concesión o permiso que otorgue la Secretaría conforme a lo siguiente:

- I. Concesiones para la administración portuaria integral;
  - II. Fuera de las áreas concesionadas a una administración portuaria integral;
- a) Concesiones sobre bienes de dominio público que, además, incluirán la construcción, operación y explotación de terminales, marinas e instalaciones portuarias, y
  - b) Permisos para prestar servicios portuarios.

Para construir y usar embarcaderos, atracaderos, botaderos y demás similares en las vías generales de comunicación por agua, fuera de puertos, terminales y marinas, se requerirán de permiso de la Secretaría, sin perjuicio de que los interesados obtengan, en su caso, la concesión de la zona federal marítimo terrestre que otorgue la Secretaría de Desarrollo Social.

Los interesados en ocupar áreas, construir y operar terminales, marinas e instalaciones o prestar servicios portuarios dentro de las áreas concesionadas a una administración portuaria integral, celebrarán contratos de cesión parcial de derechos o de prestación de servicios, según el caso, en los términos previstos en esta Ley y demás disposiciones aplicables.

Las concesiones se aplicarán mediante concurso público.

La Secretaría de Comunicaciones y Transportes podrá autorizar la cesión total de las obligaciones y derechos, siempre que la concesión hubiere estado vigente por un lapso no menor de cinco años.

Las cesiones parciales de derechos derivadas de la concesión para la administración portuaria integral se podrán realizar en cualquier tiempo, en los términos establecidos en la ley y en el título de concesión respectivo.

Los actos y contratos relativos a los servicios portuarios serán de carácter mercantil.

Las concesiones a que se refiere la fracción I del artículo antes transcrito y que es la más importante, sólo se otorgarán a sociedades mercantiles mexicanas.

El artículo 1o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles establece diversas especies de este tipo de sociedades entre las que destaca la sociedad anónima, que resulta la más común.

Se repuntan como sociedades mercantiles todas las sociedades que se constituyen en alguna de las formas reconocidas por el citado artículo 1o. (artículo 4o. de la misma ley).

Son sociedades mexicanas la que preceptúa el artículo 27 constitucional, párrafo sexto:

El dominio de la nación es inalienable e imprescriptible y la explotación o el aprovechamiento de los recursos de que se trata por los particulares o por sociedades constituidas conforma a las leyes mexicanas.

Se puede establecer que las administraciones portuarias integrales, deben ser sociedades mercantiles mexicanas (con un porcentaje no mayor a 49% de capital extranjero de acuerdo con la fracción III, inciso T), del artículo 7o., de la Ley de Inversión Extranjera), de conformidad con la Ley General de Sociedades Mercantiles y para que puedan operar, deberán contar con la resolución administrativa de adjudicación de la concesión y obtener el título respectivo, el cual deberá publicarse en el *Diario Oficial de la Federación*.

Conforme al artículo 21 de la Ley de Puertos, la participación de la inversión extranjera en las actividades portuarias se regulará por lo dispuesto en la ley de la materia (Ley de Inversión Extranjera).

Existirá administración portuaria integral cuando la planeación, programación, desarrollo y demás actos relativos a los bienes y servicios de un puerto, se encomienden en su totalidad a una sociedad mercantil, mediante la concesión para el uso, aprovechamiento y explotación de los bienes y la prestación de los servicios respectivos (artículo 38).

Este mismo artículo 38 de la Ley de Puertos, preceptúa que asimismo se podrá encomendar, mediante la concesión, la administración portuaria integral de un conjunto de terminales, instalaciones y puertos de influencia preponderantemente estatal, dentro de una entidad federativa, a una sociedad mercantil constituida por el Gobierno Federal o Estatal correspondiente.

Resulta paradójico que el gobierno constituya una sociedad mercantil que va a tener como fin el control de determinados bienes federales, y no una especulación mercantil.

El director general de la administración portuaria integral, o su equivalente, deberá acreditar ante la capitanía su personalidad, debiendo contar con los poderes suficientes (a mi juicio para pleitos y cobranzas y actos de administración), que garanticen su eficaz desempeño, como responsable de dicha administración.



## 214 DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

Los contratos de cesión parcial de derechos y los de prestación de servicios que celebren los administradores portuarios integrales deberán reunir los siguientes requisitos:

- I. Fijar los compromisos e instrumentos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el título de concesión del administrador portuario;
- II. Contener la mención o transcripción de las obligaciones consignadas en el título de concesión que se relacionen con el objeto de los respectivos contratos;
- III. Sujetarse al programa maestro de desarrollo portuario;
- IV. Fijar el plazo de los contratos por un tiempo no mayor a la vigencia de la concesión, y
- V. Registrarse ante la Secretaría en un plazo de cinco días; La Secretaría podrá señalar a un administrador portuario, en un plazo no mayor de sesenta días a partir del depósito del contrato para su registro, que dicho contrato no reúne los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso, dicho contrato no surtirá efectos.

Porsu parte, la Ley General de Bienes Nacionales establece cuáles son los bienes de dominio público a que se refiere la Ley de Puertos en sus artículos 29 y 49, entre los que se incluyen las playas marítimas, la zona federal marítimo terrestre, los puertos, bahías, radas y ensenadas, etcétera.

Como puede advertirse, la cesión parcial de derechos tiene disposiciones de carácter legislativo o reglamentario y disposiciones de carácter contractual.

El artículo 51 de la Ley de Puertos, de naturaleza legislativa, obliga a las partes a celebrar el contrato de acuerdo con los requisitos que la propia ley establece en concordancia con la Ley General de Bienes Nacionales (artículo 25).

Se trata de un elemento esencial del contrato administrativo; la forma esencial da existencia al acto en cuanto con ella se expresa la voluntad de la administración que se concreta en el contrato.

Otra de las características de la cesión parcial de derechos es la obligación que tienen los particulares interesados de participar en el concurso que ordena el artículo 24 de la Ley de Puertos y que tiene su apoyo en el artículo 134 constitucional, que preceptúa que los recursos económicos de que disponga el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a que están destinados.

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes se adjudicarán a través de licitaciones públicas y cuando éstas no

sean idóneas para asegurar las mejores condiciones posibles, la leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

En los contratos administrativos y en el caso de la cesión parcial de derechos, el particular tiene en el contrato únicamente un interés económico, la Administración Pública, la representación del interés público que el contrato compromete o pueda comprender.

El último no puede subordinarse al primero, el primero debe subordinarse al segundo.

La cesión parcial de derechos como se apuntó al principio de este trabajo, tiene en el derecho público una connotación diferente al derecho privado.

Para el derecho público es de un contrato en el que un concesionario transmite por tiempo determinado el derecho parcial sobre la explotación de bienes federales a un particular, para que éste, a su vez, realice actos de comercio, en el que lógicamente busca una utilidad, pero siempre limitado al interés y vigilancia de la autoridad administrativa.

Como corolario de este ensayo, pueden destacarse las diferencias sustanciales que la cesión parcial de derechos tienen en uno y otro ámbito (público y privado).

Si bien en ambos casos se trata de una relación contractual, cada uno tiene finalidades diferentes. La cesión parcial de derechos en materia civil y mercantil atiende preponderantemente a la voluntad de los particulares.

En las cesión parcial de derechos que se realiza en materia administrativa, la voluntad de las partes está condicionada a la voluntad de la ley.

En el derecho privado el cedente y el cesionario son personas ciertas. En el derecho público, el cesionario es una persona incierta, pues sólo se podrá determinar hasta el momento en que gane el concurso de licitación pública.

En el derecho privado se pueden ceder todo tipo de derechos, deudas, bienes muebles e inmuebles; no existe una limitación y el contrato puede revestir varias formas, desde una donación, una compraventa, una herencia, un legado, etcétera.

En materia administrativa la cesión parcial de derechos derivada de una concesión sólo puede tener por objeto la cesión de determinados bienes de naturaleza federal.

Otra característica peculiar de la cesión parcial de derechos en materia portuaria es que el cesionario debe dedicarse necesariamente a prestar servicios en materia mercantil, por ejemplo, si se piensa establecer

## 216 DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

una tienda o un hotel en la zona portuaria, sólo podrá hacerse con un fin de explotación comercial.

En el derecho privado la cesión puede ser civil o mercantil.

Los requisitos que exige la Ley de Puertos para la celebración del contrato, tienen características completamente diferentes a los de derechos privado y el incumplimiento de ellos puede llevar a la inexistencia del contrato, por ejemplo la falta de registro.

En derecho privado, la falta de algún requisito puede ser subsanada por las partes.

Los derechos y obligaciones que se ceden en materia privada pueden ser de cualquier naturaleza. Los que corresponden al derecho administrativo son materia de concesión de bienes federales, por determinado tiempo.

Los conflictos que puedan surgir de la cesión parcial de derechos deben ser resueltos por los tribunales federales. En el caso de prestación de servicios de dicha cesión, los conflictos que se susciten se ventilarán ante los tribunales del fuero común.

Todo esto pone de relieve lo delicado de la celebración de un contrato de cesión parcial de derechos derivados de una concesión y la obligación que tienen los profesionales del derecho al aconsejar a sus clientes, ponderando las ventajas y desventajas derivadas de la naturaleza de este tipo de contrato.