



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE AGUASCALIENTES

CENTRO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES

DEPARTAMENTO DE DERECHO

COORDINACIÓN DE POSGRADOS EN DERECHO

TESIS:

**“DISTINCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS GUBERNAMENTALES
Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PARA DETERMINAR
EL RÉGIMEN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES AL QUE ESTÁN SUJETOS”.**

Para obtener el grado de:

MAESTRA EN DERECHO

Presenta:

ERIKA RUBÍ ORTIZ MEDINA.

ASESOR

M. EN D. JORGE MEDINA ÁVILA

Aguascalientes, Ags., diciembre de 2008.

Agradezco, al que no me abandona y guía mi vida.

A ti, Padre Celestial.

Agradezco, a mis primeros amores, que me dieron la vida y me han protegido con gran amor.

A ustedes, Sara y Delfino

Agradezco, a esas estrellitas que iluminan mi camino, y que son mi vida y mi motivación.

A mis hermosas hijas, Bárbara y Johana.

Agradezco, a quien cambio mi vida, que es y será por siempre el amor de mi vida.

A ti, Marco.

Agradezco, a quien se engendró con gran amor, y me hizo sentir por primera vez, la ilusión de ser madre.

** A ti, mi angelito (a)*

DR. DANIEL GUTIÉRREZ CASTORENA
DECANO DEL CENTRO DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANIDADES
P R E S E N T E


Por este medio hago de su conocimiento que **ERIKA RUBÍ ORTIZ MEDINA**, egresada de la MAESTRÍA EN DERECHO, ha presentado la integración final de su Tesis “**DISTINCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS GUBERNAMENTALES Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PARA DETERMINAR EL RÉGIMEN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES AL QUE ESTÁN SUJETOS.**”

La tesis incorpora los elementos teóricos y metodológicos requeridos para su construcción y su aplicación práctica, así como las observaciones señaladas para la presentación de un documento formal que cumple con los criterios que le permiten ser defendido en el examen de grado reglamentario, dando paso al procedimiento de los trámites correspondientes.

ATENTAMENTE

“SE LUMEN PROFERRE”

Aguascalientes, Ags., a 26 de noviembre de 2008.



M. D. JORGE MEDINA ÁVILA

C.c.p. Archivo de Maestría en Derecho.

RESUMEN

El desarrollo de esta tesis se hizo a manera de cuatro capítulos, dentro de los cuales se realizó un marco conceptual en el que se estudió al Estado a partir de las características primordiales de las primeras culturas y asentamientos humanos originarios de algunos pueblos con características semejantes al Estado, analizándose éste a partir de sus antecedentes históricos hasta llegar al concepto que actualmente conocemos; igualmente con el propósito de tener una visión más amplia en cuanto al tema que tratamos en esta tesis, y con la finalidad de distinguir la personalidad con la que este actúa, se separó al Estado para su estudio, primeramente, como ente jurídico, en segundo lugar, como órgano de gobierno y, finalmente como sujeto del derecho privado.

Así mismo, viajamos en la historia para el efecto de conocer lo relativo a las licitaciones públicas partiendo de sus antecedentes; esto, para poder entender el presente jurídico de las licitaciones y mejorar el futuro legal de dicha figura en el ámbito público gubernamental

También, se desarrolló el marco conceptual de los contratos civiles, para estar en posibilidad de hacer un comparativo con los contratos administrativos, adentrándonos principalmente a los contratos que toman parte del motivo de estudio de esta tesis, dígase la compra-venta, el arrendamiento y las prestaciones de servicios profesionales.

En el capítulo segundo nos dedicamos a hablar del origen constitucional de la contratación pública en México, misma que se encuentra contenida en el artículo 134 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues señala que los recursos económicos de los que dispone el Estado, debe ser atento a los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez. En el mismo capítulo tratamos lo relativo a los tratados internacionales y el procedimiento constitucional para la adjudicación de contratos.

En el capítulo Tercero, hablamos de los procedimientos de contratación denominados de excepción, en los cuales el Estado no puede realizar procesos de licitación. Se analizó el alcance jurídico de la Ley de Adquisiciones federal, para el efecto de deducir el tema motivo de esta tesis.

Finalmente, en los capítulos Cuarto y Quinto, al tener relación los mismos, conocimos la naturaleza de los contratos públicos, lo anterior para estar en posibilidad de realizar un análisis a la propuesta planteada en esta tesis, que como se verá más adelante, es una propuesta novedosa, que al parecer a simple vista sencilla, es de suma importancia para las partes que intervienen en los procedimientos de adjudicación de contratos, además, no está demás comentar que esto llevaría a realizar procesos justos para los participantes y evitar con ello, que la equidad se vea mermada.

ÍNDICE

Introducción

Capítulo 1 Marco Teórico Conceptual

1. El Estado	2
1.1 Primeros antecedentes del estado.....	2
1.2 Conceptos previos de Estado.....	4
1.3 Estados Antiguos.....	6
1.4 ¿Cómo llegamos al concepto de Estado?	7
1.5 Elementos del Estado.....	8
1.5.1 Población.....	9
1.5.2 El gobierno o poder.	9
1.5.3 El territorio.	10
1.6 El origen del Estado Moderno.	10
1.7 Características del Estado Moderno.	11
1.8 El Estado Constitucional Mexicano.	13
1.8.1 La Soberanía en el Régimen Constitucional Mexicana.....	13
1.8.2 El pueblo desde la perspectiva constitucional mexicana.....	14
1.8.3 El Poder Público reconocido en la Constitución Mexicana.....	14
1.8.4 El Gobierno previsto en la Constitución Mexicana.....	14
2. El Estado como ente jurídico.	15
2.1 Persona Jurídica.	15
2.2 Naturaleza Jurídica del Estado.	17
2.2.1 Teoría de la Ficción.	17

2.2.2 Teorías Negatorias.	18
2.2.3 Teoría de Kelsen.	19
2.2.4 Teorías de la Realidad.	20
2.2.5 Teoría Organicista.	20
2.2.6 Teoría de la Institución.....	21
2.2.7 Teorías propiamente Jurídicas.	22
2.3 Nacimiento de la Personalidad Jurídica.	22
2.4 Organismos rectores.	23
2.5 Responsabilidad de la Persona Jurídica.	23
2.6 Algunos Tipos de Personas Jurídicas.	24
2.6.1. Personas jurídicas de derecho privado.....	24
2.6.2. Personas jurídicas de derecho público.....	25
3. El Estado como órgano de gobierno.....	27
4. El Estado como ente sujeto al derecho privado.....	28
5. Licitación pública.....	29
5.1 Noción y denominaciones.	29
5.2 Reseña histórica.	30
5.3 Análisis del concepto jurídico de la licitación pública.....	31
5.4 Los actos separables en la licitación pública.....	32
5.5 Contratos susceptibles de formarse por licitación.....	33
5.6 Principios jurídicos de la licitación.	35
5.7 Ventajas dentro de la licitación.	37
5.8 Inconvenientes de la licitación pública.	38

6. Régimen civil de derechos y obligaciones.	40
6.1 Aspectos generales de los contratos.	40
6.2 Elementos y requisitos de un contrato.	44
6.2.1 Sujetos.....	44
6.2.2 Objeto.	45
6.2.3 Capacidad	45
6.2.4 Consentimiento o voluntad.	45
6.2.4.1 El error.	46
6.2.4.2 La violencia.	47
6.2.4.3 El dolo	47
6.2.4.4 El objeto.	48
6.2.4.5 Causa	48
6.2.4.6 Forma	49
6.2.4.7 Elementos accidentales	49
6.3 Formación del contrato.....	50
6.3.1 Manifestación inequívoca de la voluntad.	50
6.3.2 Oferta del contrato.	51
6.3.3 Contratos preparatorios.	51
6.3.4 Fuerza obligatoria del contrato.	52
6.3.5 Garantía.	52
6.3.6. Interpretación de los contratos	53
6.4 Inejecucion y responsabilidad contractual.	55
6.5 Clasificación de los contratos	56

6.5.1 Contratos unilaterales y bilaterales.	56
6.5.2 Contratos onerosos y gratuitos.....	57
6.5.3 Contratos conmutativos y aleatorios.	58
6.5.4 Contratos principales y accesorios.	59
6.5.5 Contratos instantáneos y de tracto sucesivo	59
6.5.6 Contrato consensual y real.	60
6.5.7 Contrato formal, solemne o no solemne, y no formal.	61
6.5.8 Contrato privado y público.....	61
6.5.9 Contrato nominado o típico e innominado o atípico.....	62
6.6 Principales contratos.	62
6.6.1 Contrato de compraventa.	63
6.6.2 Contrato de arrendamiento.	65
6.6.3 Contrato de prestación de servicios profesionales.....	69
7. Contratos administrativos.	70
7.1 Concepto de contrato administrativo.	71
7.2 Contrato público.	73

Capítulo 2

Origen Constitucional de la Contratación Pública en México

2.1 Base constitucional para el ejercicio de los recursos públicos.....	76
2.2 Tratados Internacionales.	83
2.3 Procedimiento constitucional para la adjudicación de contratos.....	89

Capítulo 3
Marco legal que regula la contratación pública en México

3.1 Análisis de los procedimientos de excepción. 98

3.2 El alcance jurídico de la ley de adquisiciones federal.100

Capítulo 4
Análisis de la hipótesis y propuesta

4.1. Naturaleza jurídica de los contratos públicos..... 110

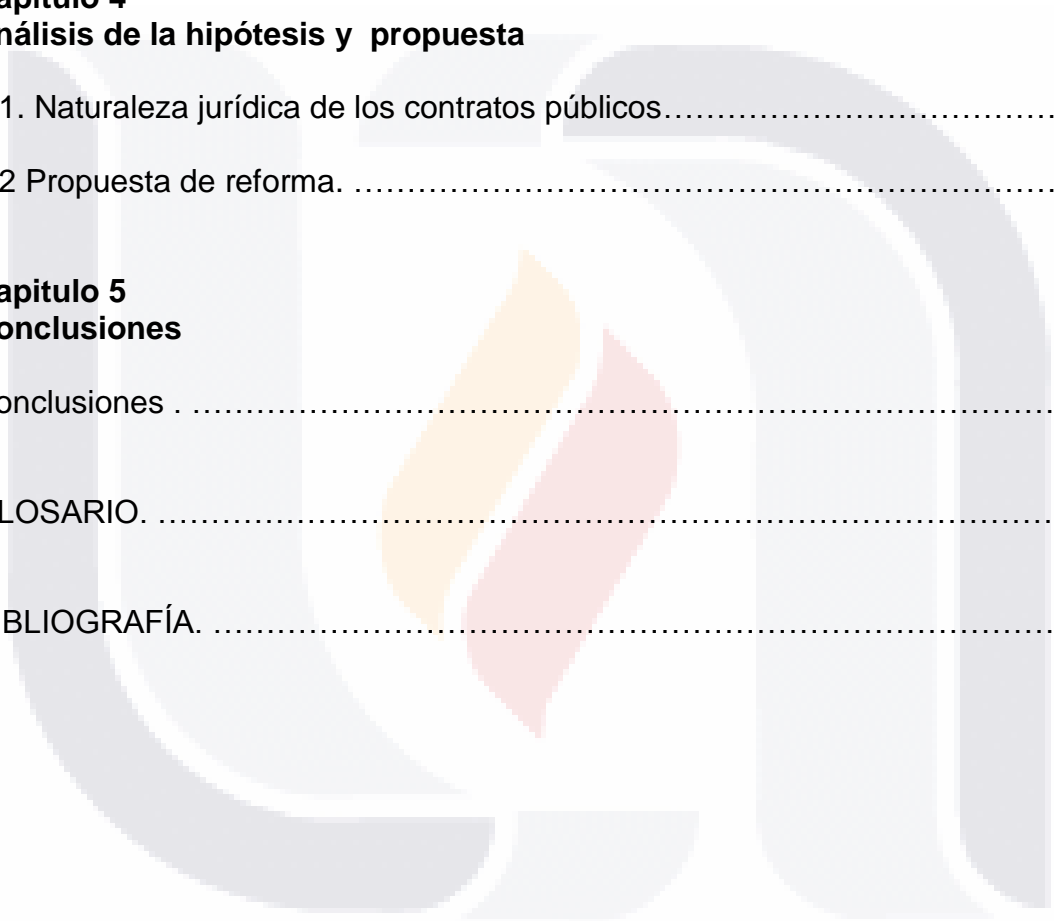
4.2 Propuesta de reforma.116

Capítulo 5
Conclusiones

Conclusiones118

GLOSARIO.123

BIBLIOGRAFÍA.126



INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia jurídica, desde el momento en que el hombre palpó su derecho a exigir lo suyo, se le ha presentado un problema que hasta tiempos actuales se sigue presentando, y este es, el trato inequitativo de las partes, pues generalmente una de ellas, el mas fuerte, es quien se lleva la mejor parte, claro ejemplo lo encontramos al momento de celebrar un contrato en el que el Estado es parte, ya que siempre las normas le benefician en virtud de la inexistencia de normas reguladoras de sus actos, o bien, por la existencia de lagunas en las leyes que el Estado utiliza a su favor.

De ahí deriva la inquietud que en esta tesis se plantea, la imperiosa necesidad de hacer una distinción entre los contratos públicos gubernamentales y los contratos administrativos, lo anterior con el objetivo de determinar el régimen de derechos y obligaciones al que están sujetas las partes para lograr un trato equitativo, en donde el Estado al momento de celebrar contratos tenga bien delimitado el régimen jurídico al que habrá de someterse, determinándose plenamente cuáles son los derechos que la ley le otorga, así como las obligaciones a los que se hará sujeto; ello sin contravenir las disposiciones propias de los contratos en cuanto a la libertad de determinar de manera bilateral el objeto de los mismos.

El tema de investigación de esta tesis indagará respecto de un tema que poco se ha tratado por la doctrina mexicana en comparación con otras materias, esto debido a que si bien se encuentra doctrina suficiente que atienda la parte administrativa de la adjudicación de los contratos, también es cierto que existe poco estudio en cuanto al régimen de derechos y obligaciones a que están sujetos éstos, los cuales están relacionados íntimamente y no han sido analizados en su conjunto, pues, desde el punto de vista administrativo los estudios que existen a la fecha únicamente versan en cuanto al alcance administrativo de los procedimientos de adjudicación concretándose su estudio hasta el momento de formalización del contrato, pero no se ha analizado en conjunto la forma en la cual deben ser tratados los contratos en cuanto a su régimen de derechos y obligaciones. Para lo cual se manejan diversos conceptos que en materia administrativa son utilizados dentro de los procedimientos de contratación que realiza el sector público, y los cuales en el derecho civil regularmente no son utilizados, por lo que, dichos conceptos al ser la base por la que se generan los contratos que suscribe el sector público, es importante analizarlos detenidamente en un capítulo respectivo, pues la diversidad de éstos, involucrará una serie de alcances y limitaciones que incidirán necesariamente en el análisis profundo que se haga al respecto.

Así mismo, se incluye en esta tesis una propuesta novedosa mediante la cual se busca nominar a los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios bajo el

concepto de contratos públicos gubernamentales para determinar a su vez una reforma que proponga incluir en el texto de la ley el régimen jurídico al que estarán sujetos éstos, y en el que se incluya el régimen de derechos y obligaciones a que estarán sujetos, ello en atención a la carencia de un régimen propio. La anterior propuesta parte del concepto de que los contratos públicos se adjudican a través de un procedimiento de orden público que se encuentra regulado por la ley, y el carácter de gubernamental deriva de la facultad del Estado de satisfacer las necesidades propias del sector público por medio de un procedimiento especial, lo cual nos llevará a establecer un régimen jurídico de derechos y obligaciones apropiado. Esta necesidad surge, ya que en la actualidad los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios son considerados contratos administrativos por el hecho de que en ellos interviene el Estado como parte; tal situación ha dado pie a que la autoridad pierda de vista el régimen de derechos y obligaciones al que están sujetos, provocando que en muchos casos el Estado incluya cláusulas que expresamente contravienen el régimen de derechos y obligaciones al que están sujetos, o también, en muchas ocasiones dentro del procedimiento de adjudicación, incluyen cláusulas que expresamente contravienen disposiciones de orden público y observancia general que vician con nulidades absolutas o relativas a los contratos, de lo cual si se diferencia entre el contrato público y el contrato público gubernamental, quedará claro el régimen de derechos y obligaciones para los casos de adjudicación de contratos en los que interviene el Estado como parte.

Para llegar a tal objetivo, en el desarrollo de esta tesis se analizó la naturaleza jurídica de los contratos, desde su inicio como un contrato civil y posteriormente analizando algunos contratos que existen en la ley como contratos nominados, que se encuentran dentro de la clasificación de los contratos nominados como el la compraventa, arrendamiento, entre otros. Se determinaron semejanzas y diferencias entre los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público para con los contratos civiles, así como los elementos generales de los contratos en mención, con el propósito de implementar elementos del derecho civil en los contratos de adquisiciones arrendamientos servicios del sector público y estar en posibilidad de redactar de manera acertada una propuesta que contenga un régimen especial al que deben estar sujetos dichos contratos, que es el objetivo de la presente tesis.

CAPÍTULO 1

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL



CAPÍTULO 1

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

1. EL ESTADO.

El Estado ha sido materia de un sin número de estudios, tratados, ensayos y demás obras literarias o académicas en las que se ha analizado de forma general o particular su estructura, funcionamiento o facultades, de ahí que, para los efectos de la presente tesis, es necesario conocer y entender la evolución de éste ente jurídico dotado de personalidad y patrimonio propio, que a lo largo de su historia ha tenido.

1.1 PRIMEROS ANTECEDENTES DEL ESTADO.

Antes de iniciar el estudio de las características primordiales de las primeras culturas y asentamientos humanos originarios de algunos pueblos con características semejantes al Estado, debemos referirnos como base a algunas manifestaciones del hombre en la antigüedad, pues es ahí donde se encuentran las raíces con las primeras organizaciones humanas de centros de población que constituyeron la primera concepción de Estado.

En primer lugar encontramos el sedentarismo, el cual fue la primera manifestación de agrupación del hombre, este primer fenómeno de establecimiento del hombre

obedeció a las bondades que la naturaleza brindaban tales como agua, refugio y comida, que eran propicias para los primeros asentamientos humanos, pues al contrarrestar las condiciones extremadamente precarias en las que se vivía, el ser humano, se vio en la necesidad de organizarse en pequeños grupos y asentarse en un lugar, aprendiendo de esta forma a convivir con más seres de su misma especie y repartiendo deberes y obligaciones tales como el cultivo y la caza. Después, el mismo hombre primitivo, aprendiendo a vivir en conjunto con otros seres, logrando así forma la primera institución social: La familia, cuya evolución es importante por ser la primera unión con otros seres biológicamente necesarios.

Nadie sabe en sí cuándo surge la familia como tal, por que no existen modos, ni formas, ni medios con los cuales pueda estructurarse el conocimiento de la familia primitiva, desde que un hombre empezó a vivir con una mujer, hasta el nacimiento del primer hijo y su convivencia. Lo cierto es que marcó la pauta para la primera estructura social. Con el tiempo, y con la ayuda del medio ambiente y la familia, se desarrollan ciertas formas preestatales como la banda, la tribu, la horda, la gens, el clan, el tótem, el tabú, el carisma, cada uno de estos en con su forma de organización distinta, por lo que citaré solo un ejemplo de éstas y será a las Bandas. Éstas fueron los grupos locales, integrados por un número de personas más o menos estable, poco numerosos y compuestos por familias de bajo nivel cultural.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Para efectos de ejemplificación nos referiremos únicamente a la integración de una banda, las cuales se asentaban en territorios que ofrecían buenas perspectivas para asentarse de entre 350 a 400 personas, pero se va reduciendo este máximo según las condiciones hasta llegar a ser limitados a 10 o 15, pero en realidad la cifra normal entre ese máximo y mínimo es de aproximadamente 100 o 150 miembros; a la banda se le considera como un grupo local primario, con su organización y población pobre, pero no es la única forma preestatal que se conoce, como ya antes había mencionado.

1.2 CONCEPTOS PREVIOS DE ESTADO.

La palabra Estado en términos jurídico – político se le debe a Maquiavelo, cuando introdujo esta palabra en su obra "El Príncipe" al decir: "Los Estados y soberanías que han tenido y tiene autoridad sobre los hombres, fueron y son, o repúblicas o principados. Los principados son, o hereditarios con larga dinastía de príncipes, o nuevos; o completamente nuevos, cual lo fue Milán para Francisco Sforza o miembros reunidos al Estado hereditario del príncipe que los adquiere, como el reino de Nápoles respecto a la revolución de España. Los Estados así adquiridos, o los gobernaba antes un príncipe, o gozaban de libertad, y se adquieren, o con ajenas armas, o con las propias, por caso afortunado o por valor y genio".

Sin embargo, en términos generales se entiende por Estado a organización política y jurídica de un pueblo en un determinado territorio y bajo un poder de mando según la razón. Platón estima que la estructura del Estado y del individuo son iguales, y con ello, analiza las partes y funciones del Estado y posteriormente, las del ser humano, con lo cual establece el principio de Estado anterior al hombre, porque, además, la estructura de aquél, aún siendo igual a la de éste, es más objetiva o evidente, por su parte, Aristóteles, de forma mas enfática declara que el Estado existe por naturaleza, y por tanto, es anterior al hombre, no por ser éste autosuficiente y solo podrá serlo respecto al todo, en cuando a su relación con las demás partes, complementando su expresión al decir, en base a su Zoon Politikón, que quien no convive con los demás en una comunidad, "o es una bestia, o es un dios".

Por su parte, Luis XIV rey de Francia, en la época del absolutismo se atreve a decir la ya conocida frase "El Estado soy yo", que esto no implica más que la falta de raciocinio en la que se vivía en ese tiempo, indica solo la más pura esencia del absolutismo en sí, se tomaba al Estado como un régimen político en el que una sola persona, el soberano, ejercía el poder con carácter absoluto, sin límites jurídicos ni de ninguna otra manera. El Estado no era sino una prolongación de las características absolutas del rey en ese tiempo. Por otro lado, a la revolución francesa se le considera como la pauta principal del cambio de la evolución del significado de la palabra Estado, pero eso lo veremos en otro apartado de este escrito. Por el momento, daré un breve recorrido por los Estados Antiguos.

1.3 ESTADOS ANTIGUOS.

Tenemos en primer lugar al Estado egipcio y trataré de conceptualizar a Egipto, como una primera formación estatal. Más o menos hace más de 5 mil años, aparece la autoridad centralizada en el antiguo Egipto. Se carece de los datos exactos para reconstruir aquél proceso de centralización, sin embargo sabemos que era necesaria la presencia de un gobierno de esta índole, pues podemos referir sin temor a equivocarnos que tenían un Estado personalizado, en el sentido de que la concepción de la autoridad se identifica plenamente con su depositario. La teoría del Estado egipcio puede ser resumida en que el Estado es el faraón, afirmación que no solo es reconocida por el faraón mismo, si no por todos los subordinados a éste.

Después en Grecia, su unidad política básica fue la polis. Su geografía determina el aislamiento territorial, tenían una tecnología poco desarrollada en lo agrario y una población en expansión; los griegos tenían costumbres organizacionales, en las cuales se permitía la participación en los asuntos públicos por medio de asambleas y no presentan un alto sentido de centralización y personalización de la autoridad, ya que su autoridad no estaba basada en una sola persona, sino que se dividía en varios jefes y aún se reconocía el "consejo de ancianos". Los teóricos políticos de esa época consideraban al Estado como la ciudad o el sitio donde debe desarrollarse la plenitud de la vida humana.

Una de las más grandes civilizaciones de todos los tiempos fue la romana, pues fue capaz de que a lo largo de su historia tuvo dos regímenes de Estado, el primero como Imperio, y el segundo como república, en Roma es Estado que aparece condicionado por las fuertes interacciones de distintos grupos humanos, y aun y cuando surge por la necesidad de imponer la autoridad central al pueblo. La formación de Roma como Ciudad – Estado, parece determinada por la existencia de un Estado anterior, el etrusco, cuyos orígenes se han perdido, pero que es posible conjeturar como similar al desarrollo que se dio en Grecia.

1.4 ¿CÓMO LLEGAMOS AL CONCEPTO DE ESTADO?

Aún no conocemos con exactitud el origen de la palabra Estado, desde el punto de vista jurídico – político, pero si podemos afirmar que equivale a la Polis o ciudad – Estado de los griegos. No es sino hasta la Edad Media, cuando por primera vez surge el nombre *statí*, estado, término tomado y sostenido por Maquiavelo, anteriormente citado; los elementos del Estado son desde sus inicios el Pueblo, Territorio y Gobierno conocido en ese tiempo como Poder.

Ahora podemos decir que el Estado es una sociedad humana, asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico que estructura la sociedad estatal para obtener el bien público temporal de sus componentes.

Muchos autores aseguran que el poder y el gobierno son sinónimos, sin embargo nos damos cuenta que no es así, para muchos, el poder significa ser ley, ser total, y el gobierno no lo es así, el gobierno es regido por el pueblo y para el pueblo, pero tomaremos al poder como un elemento del Estado en equiparación al gobierno, pues para que un gobierno subsista necesariamente debe mantener un medio de cohesión, control y coacción que le permita hacer respetar las determinaciones gubernamentales; de ahí que, el gobierno como responsable de regula el orden jurídico interno de un Estado, debe contar con elementos poder que le permitan legitimarse. El poder no debe ser entendido como poder opresor únicamente, pues podría darse un retroceso al absolutismo, sino que debe concebirse bajo diversos tipos dentro de un Estado, así, encontramos el poder moral, mediante el cual el Estado emite normas tendientes a regular la sana convivencia de la población en busca del bien de la colectividad y no de unos cuantos; de igual forma, encontramos el poder coercitivo, el cual tiene como finalidad dar cumplimiento a las decisiones de Estado aun y por la vía de la imposición a efecto de evitar caer en la ingobernabilidad o anarquía.

1.5 ELEMENTOS DEL ESTADO.

Los abogados desde el inicio de nuestra formación profesional se nos enseñó los elementos que integran el Estado, por lo que a continuación abordaremos de forma concreta estos elementos a fin de recordados y tenerlos presentes.

1.5.1 POBLACIÓN.

En sentido estricto, el significado mas elemental del concepto de población obedece al conjunto de individuos de la misma especie que ocupan una misma área geográfica, pero como elemento del Estado lo entendemos al compuesto social de los procesos de asociación en el emplazamiento cultural y superficial, o el factor básico de la sociedad, o una constante universal en el mundo que se caracteriza por las variables históricas. El principal valor del pueblo está en su universalidad. No habrá Estado si no existe el pueblo y viceversa.

1.5.2 EL GOBIERNO O PODER.

El gobierno es el conjunto de elementos que requiere el Estado para efecto de poder atender las necesidades de su población mediante la regulación de las relaciones humanas dentro de su territorio y la organización de las tareas que beneficien a esa colectividad. Otra de las formas de entenderlo, es como la capacidad o autoridad de dominio, freno y control a los seres humanos, con objeto de limitar su libertad y reglamentar sus relaciones dentro de una colectividad. Este elemento del Estado puede ejercerse por uso de la fuerza, la coerción, voluntaria, o por diversas causas, pero en toda relación social, el poder presupone la existencia de una subordinación de orden jerárquico, de competencias o cooperación reglamentadas, toda sociedad, no puede existir sin un poder, absolutamente necesario para alcanzar todos su fines propuestos, por lo que un Estado sin poder, no sería Estado.

1.5.3 EL TERRITORIO.

Es el último elemento constitutivo del Estado. Francisco Pérez Porrúa lo considera como el elemento físico de primer orden para que surja y se conserve el Estado, pero agrega "La formación estatal misma supone un territorio. Sin la existencia de éste no podrá haber Estado".

Por otro lado, Ignacio Burgoa afirma "Como elemento del Estado, el territorio es el espacio dentro del cual se ejerce el poder estatal o 'imperium'. Como esfera de competencia el Estado delimita espacialmente la independencia de éste frente a otros Estados, es el suelo dentro del que los gobernantes ejercen sus funciones."¹

1.6 EL ORIGEN DEL ESTADO MODERNO.

Desde el atropello del "El estado soy yo" manifestado como el más nocivo absolutismo, el pueblo sintió la negación total de sus derechos y rotos todos sus principios e ideales, es ahí donde empieza a crecer el resentimiento y surge poco a poco la semilla de la rebelión, y ésta había de manifestarse con toda su violencia y hacer explosión, para culminar el 14 de Julio de 1789. La revolución dio paso a nuevas formas, con todas sus naturales e impropias acciones excesivas cometidas. La mayor aportación que este levantamiento dio, fue la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, que se fundamentó en la teoría de J. Jacob Rosseau, que escribió en su obra "El Contrato Social."

¹ Burgoa O. Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1990, Pág. 547

El año de 1789 es de primordial importancia en sus manifestaciones, por qué los rumbos señalados cambiaran al mando en sus procedimientos y formas gubernamentales, y también en la nueva concepción del hombre, que se convirtió en ciudadano para ayudar a los fines del Estado, los fines de un nuevo Estado nacido de la sangre de muchas personas, de un Estado que surge de las cenizas del despotismo y la crueldad: El Estado Moderno de Derecho.

1.7 CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO MODERNO.

El Estado ha mantenido a lo largo de su historia diversas características que le han permitido mantenerse como la organización dominante en la humanidad, si bien ha pasado por diversos regímenes desde su inicio, esto lo ha venido nutriendo de forma considerable hasta evolucionar en lo que hoy conocemos como el Estado moderno, pues considerando que el elemento Población ha modificado históricamente los regímenes internos de las diversas formas de organización adoptadas por el Estado, mediante los diversos procesos emancipadores², actualmente han marcado con características peculiares al Estado Moderno, características podemos describir como las siguientes:

- a) Una cierta entidad territorial. Ésta se refiere al medio físico que es necesaria para la sustentación del Estado, ya que el elemento población requiere de

² Emancipar.- (Del latín emancipáre) prlm. Liberarse de cualquier clase de subordinación o dependencia.- Referirse a movimientos emancipadores tiene como finalidad incluir a todos aquellos movimientos, sociales tendientes a sustituir el régimen de gobierno, tales como revoluciones, guerras civiles, movimientos de independencia, etc.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

servicios que el Estado debe proporcionar como satisfactores de su propia colectividad, así encontramos que la entidad territorio, en el Estado Moderno, puede considerarse desde la ranchería, comunidad, pueblo, delegación, ciudad hasta las grandes metrópolis, a fin de satisfacer de forma mejor organizada las tareas que el Estado debe afrontar.

b) *Establecimiento de un poder central suficientemente fuerte.* Se logra suprimir o reducir drásticamente a los antiguos poderes feudales, entre ellos el propio poder de la iglesia, que se vincula a lo que actualmente llamaríamos al proyecto de Estado Nacional.

c) *Creación de una infraestructura administrativa, financiera, militar y diplomática.* Se desarrolla una burocracia administrativa que trabaja impersonalmente para el Estado. Burocracia y capacidad financiera se retroalimentan. La obtención y administración de recursos exige personal dedicado por completo a estas tareas. La diplomacia se convierte en un instrumento indispensable para las relaciones con las demás entidades estatales que constituyen un sistema en su conjunto.

d) *Consolidación de la unidad económica.* El Estado debe ser capaz de regular y dirigir la economía en su propio seno, y con respecto al exterior, implantar un sistema aduanal y normas precisas que controlen la entrada y salida de bienes.

1.8 EL ESTADO CONSTITUCIONAL MEXICANO.

En el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos podemos ver los elementos del Estado Mexicano, el artículo dice: "La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno." De ahí desprendemos los elementos que son:

1.8.1 LA SOBERANÍA EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL MEXICANO.

En el Estado mexicano la soberanía reside en el pueblo y se ejerce por medio de sus órganos constitucionales (*Poderes*), la calidad de soberano que se atribuye al Estado como órgano supremo e independiente de autoridad, y de acuerdo con la cual es reconocido como institución que dentro de la esfera de su competencia no tiene jerarquía superior.³ El artículo 39 de la Constitución afirma que la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo, que la ejerce por medio de los poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados por lo que sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir.

³ De Pina Rafael.- Diccionario de Derecho. Ed.Porrúa . P. 446

1.8.2 EL PUEBLO DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL MEXICANA.

En el orden constitucional mexicano reconoce al pueblo, como uno de los elementos mas importantes del Estado, pues juega un papel sumamente importante, ya que el orden jurídico nacional lo reconoce como el legitimador de los poderes públicos, al considerar que éstos dimanen de la voluntad originaria del pueblo, de ahí que el Estado mexicano reconoce desde su Constitución la gran importancia todos aquellos considerados como nacionales pues tienen el legítimo derecho de alterar o modificar libremente nuestra forma de gobierno.

1.8.3 EL PODER PÚBLICO RECONOCIDO EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA.

El poder público en el Estado mexicano no se encuentra depositado en una sola persona física, sino que para su ejercicio se divide y deposita en tres entes públicos encargados de gobernar, así encontramos a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, los cuales forman un equilibrio de fuerzas al mantener un control que interactúa entre si, por la naturaleza de sus funciones.

1.8.4 EL GOBIERNO PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA.

Mexico no siempre ha tenido una forma de gobierno como actualmente la conocemos, pues en la época de la colonia la forma de gobierno era Monárquica,

posteriormente se pretendió hacer imperio, pero la forma de gobierno actual obedece a los movimientos emancipadores que ha sufrido nuestro país, claro sin olvidar que el pueblo es quien en México decide constituirse una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos, que cuenta con un sistema con un parlamento, un poder ejecutivo y un poder judicial, para atender todo lo relativo a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2. EL ESTADO COMO ENTE JURÍDICO.

2.1 PERSONA JURÍDICA

Se entiende por persona jurídica (o persona moral) a los entes que, para la realización de determinados fines colectivos, las normas jurídicas les reconocen capacidad para ser titulares de derechos y contraer obligaciones. Desde el punto de vista biológico, la persona es el ser animal dotado de razón, conciencia y libertad, y, en cuanto tal, poseedor de una dignidad excepcional entre los demás seres (animales y cosas), que le hace capaz de un papel excepcional, en su orden, y le hace naturalmente apto para poseer personalidad jurídica.

Una de las características primordiales de las persona, es que tienen como particularidad el valor por la conciencia jurídica, de ahí que podemos encontrar junto a las personas físicas, a las *personas jurídicas*, las cuales son entidades a

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

las que el Derecho atribuye y reconoce una personalidad jurídica propia y, en consecuencia, capacidad para actuar como sujetos de derecho, esto es, capacidad para adquirir y poseer bienes, derechos y obligaciones de todas clases, pudiendo ejercitar toda clase de acciones ante los particulares, o bien, ante el Estado mismo.

Ferrare indica que el origen de la palabra "persona" no está muy claro aún, que el jurista romano Aulo Gelio la hace derivar del vocablo latino "personare", y que entre los latinos su "sentido originario" fue el de máscara, que no era otra cosa que la careta que cubría la cara de los actores cuando recitaban en escena, con el objeto de que su voz vibrara y resonara. Más tarde pasó a designar al actor mismo, al enmascarado. También la expresión "persona gerere, agere, sustinere", se usó para designar al actor que en el drama presentaba la parte de alguno. Agrega Ferrare que el término pasó del lenguaje teatral a la vía real, para designar a aquel que en la vida real representaba alguna función (gerit personam), por lo cual el término pasó a significar posición, función, calidad. Finalmente, el término empezó a usarse para la indicación de género, cuyo significado era genéricamente, la de la especie, el hombre, siendo de este modo que "persona" termina por indicar individualmente humano.

Ante el reconocimiento de personas jurídicas como sujetos de derechos y obligaciones, el Estado surge como la referencia primaria y más remota de la que se tiene conocimiento hasta nuestros días; así, el Estado es reconocido como

persona por el sistema jurídico mexicano dentro del Título Segundo del Código Civil Federal⁴, en el cual se prevé un apartado que regula plenamente a las personas morales, donde en el artículo 25, fracción I, se establece que la Nación, los Estados y Los Municipios son personas morales que pueden ejercitar todos los derechos para la consecución de sus fines institucionales.

2.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL ESTADO.

2.2.1 TEORÍA DE LA FICCIÓN.

La idea de que el único sujeto natural de derechos y obligaciones es el ser humano, por ser éste capaz de expresar su voluntad y por consiguiente solo el puede ser naturalmente sujeto de derechos, se recoge como la base central sobre la cual, asociado en una organización constituye un nuevo ente jurídico de derecho, pues a través de su órgano representante puede expresar y someter su voluntad al régimen de derecho. La persona jurídica es una ficción legal, pues es un sujeto intangible del derecho, pero en si mismo, nace, se regula y se extingue generalmente por el mismo derecho; tratándose del Estado, se parte de la idea de que no puede extinguirse de forma natural por el derecho, pues se entiende que es la base de la organización social de una colectividad, la cual la única forma de

⁴ Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

extinguirse es a través de un movimiento emancipador, es decir, a través de un movimiento que regularmente es violento o forzoso mediante el cual se sustituyen las instituciones del Estado, pero propiamente dicho, el Estado no se extingue, pues simplemente cambia de régimen, aun que algunos autores consideran lo contrario al señalar que tras un cambio de gobierno por la fuerza el Estado deja de existir, lo cual desde nuestra concepción no es correcto, pues como lo mencionamos con anterioridad, lo único que cambia es el régimen de gobierno, pero en sí el Estado subsiste pues sigue manteniendo sus elementos esenciales que los constituyen.

2.2.2 TEORÍAS NEGATORIAS.

Como las teorías de la ficción también sostienen que la única persona real es el ser humano, consideran, sin embargo que la doctrina tradicional es superficial y no ahonda la investigación de la realidad que se esconde detrás de la persona jurídica; la tarea del jurista consiste en desentrañar la realidad. Para algunos (como Brinz, Bekker) las personas jurídicas no son otra cosa que patrimonios afectados al cumplimiento de ciertos fines. Ihering, por su parte, pensaba que los verdaderos sujetos de derechos de una persona jurídica son sus miembros, puesto que ellos son los beneficiarios y destinatarios de la utilidad que el patrimonio puede rendir. La persona jurídica sería un sujeto aparente que oculta a los verdaderos.

2.2.3 TEORÍA DE KELSEN.

Kelsen niega la dualidad derecho objetivo-derecho subjetivo. Utilizando los estudios de Duguit, pero planteando su doctrina en un terreno puramente lógico, sostiene que los derechos subjetivos no existen sino en cuanto a la expresión del derecho objetivo. Si no existen derechos subjetivos con valor propio, autónomo, tampoco debe existir el sujeto de derecho. Los derechos subjetivos y el sujeto de derecho, o sea la persona, son conceptos auxiliares, que facilitan el conocimiento del derecho. Persona, sea física o jurídica, es sólo la expresión unitaria personificadora de un haz de deberes y facultades jurídicas, un complejo de normas. El hecho de ser un centro de imputación de normas, convierte a ese centro en persona. La teoría de Kelsen hace una crítica sobre la diferencia que hacen los civilistas (persona moral y física). Todas las personas son jurídicas. La única diferencia entre una y otra es que las "morales" como los civilistas las llaman) o de existencia ideal actúan como órganos, en el que su acto se le atribuye a la colectividad tal que ella lo hubiera hecho. Así la persona física es individual y la de existencia ideal colectiva. La persona está constituida por una norma de capacidad, la cual la faculta para llenar el ámbito de validez personal de una norma de imputación periférica, así una persona, sólo es el núcleo al cual se le imputa un actuar.

2.2.4 TEORÍAS DE LA REALIDAD.

La teoría de la realidad parte de la idea de que una persona jurídica es una realidad concreta preexistente a la voluntad de las personas físicas. Se basa en el sustrato material que conforma a una persona jurídica, es de carácter objetivo. La figura legal de "Persona Jurídica" existe con anterioridad a la idea de la "Persona Física", estas últimas toman o dejan esta figura. Son un medio jurídico para facilitar y regular las tareas entre asociaciones o sociedades y existen por si mismas, por ende son sujeto de derecho y adquieren una capacidad independiente a la de las personas físicas que la componen. En esta se ven 2 subclases:

2.2.5 TEORÍA ORGANICISTA.

Para esta teoría, las personas jurídicas no son entes artificiales creados por el Estado, sino, por el contrario, realidades vivas. Los entes colectivos son organismos sociales dotados tanto como el ser humano de una potestad propia de querer y por ello, capaces naturalmente de ser sujetos de derecho. A diferencia de la teoría de la ficción, que sostenía que la autorización estatal es creativa de la personalidad jurídica, en ésta se sostiene que sólo tiene valor declarativo. Las personas físicas que componen a la persona jurídica funcionan como organismos de la voluntad colectiva de la persona jurídica. Es necesario que quede claro que

para esta teoría lo más importante que debe ser amparado por la ley, es esa voluntad colectiva que surge de la asociación de las personas físicas.

2.2.6 TEORÍA DE LA INSTITUCIÓN.

Esta teoría tiene su punto de partida en la observación de la realidad social, que demostraría que una de las tendencias más firmes en las sociedades contemporáneas es el desarrollo de la vida colectiva, de la vida social, pues el ser humano abandona todo aislamiento, porque comprende que para realizar sus fines y para satisfacer sus necesidades de todo orden precisa unirse a otros hombres, asociarse a ellos.

Esta teoría entra voluntariamente en muchas asociaciones, ya que en el fondo subyace siempre el ser humano, porque él es el fin de todo derecho, pero la vida de las entidades bajo la teoría en estudio está por encima de la de cada uno de sus miembros, considerados aisladamente. La institución se define como un organismo que tiene fines de vida y medios superiores en poder y en duración a los individuos que la componen, la concepción natural de la institución es perdurar aun y con posterioridad a la vida misma de aquellos que la crearon originalmente. Comprender a la persona jurídica bajo la idea de "empresa" en cuanto lo que importa no son en sí sus órganos, sino si se cumple la finalidad planteada o no. La persona jurídica encuentra su justificación en el cumplimiento de ese fin planteado.

La teoría de la institución tiene un claro fundamento iusnaturalista, puesto que el derecho de asociación es considerado uno de los derechos naturales del hombre, como ha proclamado León XIII en su encíclica *Rerum Novarum*.

2.2.7 TEORÍAS PROPIAMENTE JURÍDICAS.

Todas estas teorías tienen un mismo punto de partida: si bien es verdad que desde el ángulo biológico y aun metafísico la única persona es el ser humano, desde lo jurídico se llama persona a todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Desde este punto de vista tan persona es el hombre como los entes de existencia ideal, puesto que ambos tienen esa capacidad. No haber advertido el significado jurídico de la palabra sería el error inicial del planteamiento de la teoría de la ficción. La diferencia que existe entre las dos personas (natural y jurídica) es de varias formas, por ejemplo: desde el punto de vista material, la física es tangible, en tanto que la jurídica es intangible.

2.3 NACIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

Las personas jurídicas nacen como consecuencia de un acto jurídico (acto de constitución), según un sistema de mera existencia, o bien por el reconocimiento que de ellas hace una autoridad u órgano administrativo o por concesión.

2.4 ORGANISMOS RECTORES.

La persona jurídica necesita de órganos rectores de su actividad, pues al tratarse de un conjunto de bienes y derechos, es necesaria la existencia de personas físicas que decidan el destino que se da a esos bienes y las acciones que se vayan a tomar, de ahí que, los órganos rectores se les conoce también como el Órgano de Gobierno, Consejo de Administración, Junta de Socios o Accionistas, etc., que son los encargados de la toma de decisiones que afecten o involucren la voluntad de la persona jurídica e incluso la voluntad de los que la integran.

2.5 RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA.

Es muy diversa la responsabilidad que puede atribuirse a las personas jurídicas, pues involucra todas y cada una de las áreas del derecho, pero es preciso señalar que, la persona jurídica al ser una ficción intangible del derecho, no puede ser responsable penalmente, pues tradicionalmente se ha rechazado la posibilidad de que una persona jurídica tenga responsabilidad penal por un delito bajo el argumento de que el dolo o la culpa no puede recaer en ella, sino en las personas físicas que están detrás de una persona jurídica toman las decisiones. Según esta concepción doctrinal, la persona jurídica sería sólo **responsable civilmente**, es decir, tendría que resarcir daños y perjuicios pero sería imposible su confinamiento o reclusión a efecto de castigar el ilícito cometido.

En la actualidad, sin embargo, existen ordenamientos donde es posible sancionar penalmente a una persona jurídica por un delito. Si bien no pueden imponérsele todo los tipos de penas, existen algunas, como las pecuniarias o las inhabilitaciones, que pueden ser adecuadas para los delitos económicos o tributarios. No obstante, parte de la doctrina considera estas situaciones como propias del derecho sancionador y no del derecho penal; de todos modos, por lo general, en el Common Law se acepta la posibilidad de exigir responsabilidad penal a una persona jurídica, mientras que en el derecho continental, solo algunos países, como Italia o Alemania, lo admiten.

2.6 ALGUNOS TIPOS DE PERSONAS JURÍDICAS.

2.6.1. PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO.

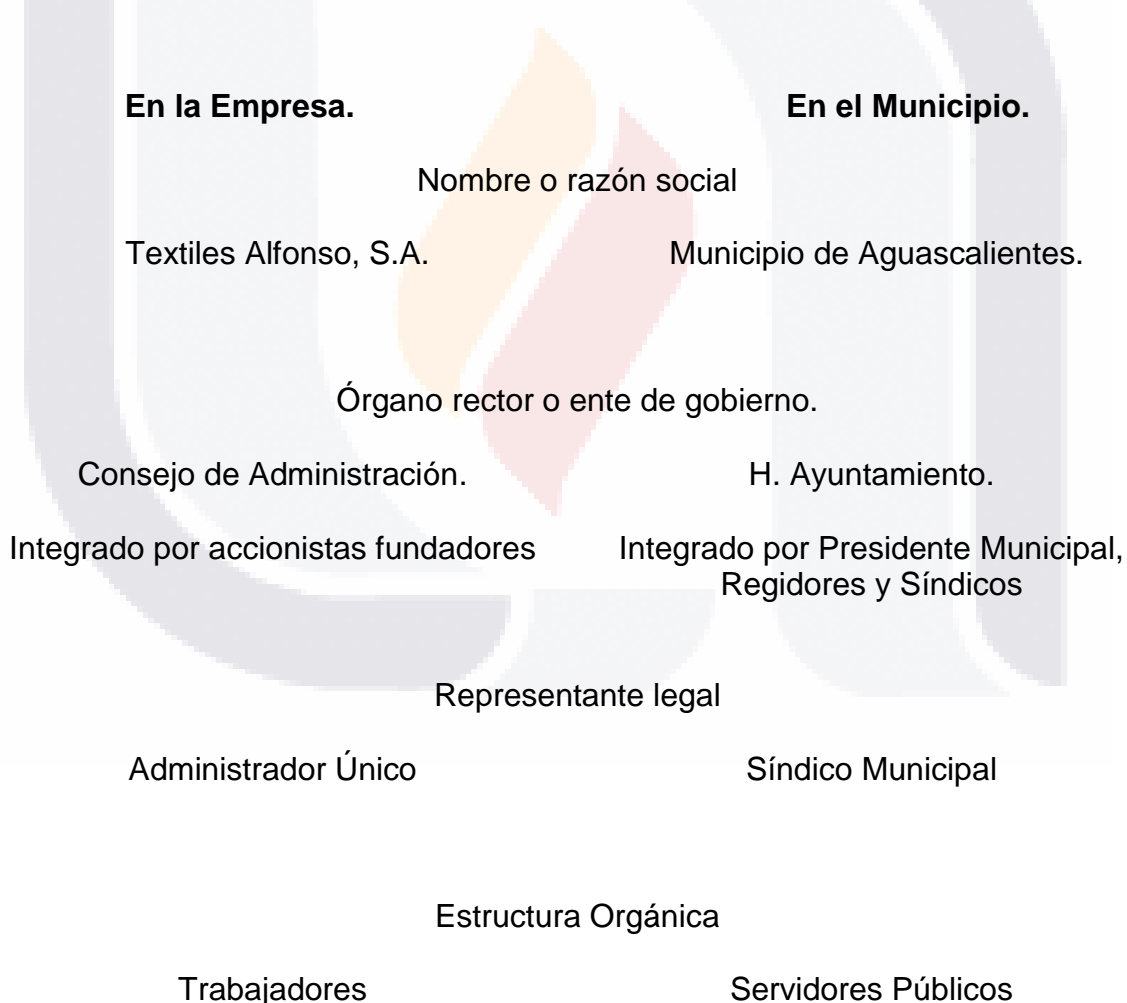
Dentro de las personas jurídicas de Derecho Privado, y de las cuales únicamente haré mención, por ser menos importantes, sino por que por su gran importancia serían el tema principal de otro trabajo de investigación, encontramos a las sociedades colectivas, sociedades comanditarias, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas, sociedades cooperativas, asociaciones civiles y fundaciones, fideicomisos, etc. Actualmente las personas jurídicas constituidas bajo el régimen del derecho privado llegan a ser tan complejas que se ve afectadas por el régimen del derecho público, como resulta el caso de los fideicomisos públicos, los cuales son un híbrido del derecho privado y público.

2.6.2. PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO.

Las personas jurídicas de derecho público son aquellas reconocidas por el régimen constitucional y legal de un país, pues son las encargadas de velar por los intereses de la colectividad, en este rubro, encontramos que dentro del sistema jurídico mexicano se reconoce a la nación instituida mediante un sistema republicano federal integrado por treinta y un entidades y un distrito federal tal y como se contempla en el Pacto Federal, el cual, en su artículo 43 sostiene como partes integrantes de ésta federación a los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas y el Distrito Federal; la particularidad de las personas de derecho público radica en que todas estas nacen desde el contrato social.

La segunda persona jurídica de derecho público que se reconoce, es el Estados o entidades federativas, ya que, aun que propiamente dicho el Estado local fue el primer ente constituido en México, éste fue quien constituyó originalmente el Estado nación, pues al ser personas jurídicas de derecho publico a las que se refrie el articulo 43 del Pacto Federal las que integran el Estado nación, es claro concluir que el Estado o entidad federativa, es la base originaria del Estado nación.

Por último, como persona de derecho público se reconoce al Municipio, pues al ser definido constitucionalmente como la base de la división territorial de un Estado local o entidad federativa, le dota de los elementos que comparte con el Estado nación y el Estado local del que forma parte, esta persona jurídica de derecho público puede equipararse con las personas jurídicas de derecho de privado, pues cuentan con una estructura muy parecida en cuanto a su organización y funcionamiento, mas se debe tener presente que, no así en cuanto a sus alcances y funciones como continuación lo veremos.



3. EL ESTADO COMO ÓRGANO DE GOBIERNO

El Estado como órgano de gobierno se divide tradicionalmente para su ejercicio en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, aun que en la actualidad han surgido entes dotados de autonomía, los cuales son creados bajo el régimen constitucional a fin de que su existencia no sea cuestionada, esto lo referimos como punto interesante pues, al momento que analicemos el tema central de la presente tesis, encontraremos que en el artículo 134, se impone una obligación genérica en la administración de los recursos públicos federales, sin hacer distinción o exclusión de algún poder u organismo público autónomo, por lo que, para efectos de la presente investigación, es importante destacar que el Estado, como órgano de Gobierno, tiene a su cargo la representación y regulación de los derechos colectivos de los mexicanos, mediante la ejecución de acciones de gobierno, que se materializan en actos administrativos, legislativos o jurisdiccionales

4. EL ESTADO COMO ENTE SUJETO AL DERECHO PRIVADO

El Estado al ser considerado por el derecho privado como persona jurídica, puede actuar en la consecución de sus fines como persona de derecho privado, es decir, el Estado puede participar en la celebración de actos regulados por el derecho privado; claro ejemplo de esto lo encontramos en la contratación de arrendamientos de inmuebles para las dependencias del sector público, donde mediante un contrato privado de arrendamiento, el Estado queda sujeto al régimen

de derechos y obligaciones del derecho privado, pues, en esta relación es considerado únicamente como persona jurídica y no como órgano de Gobierno, obedeciendo propiamente a la naturaleza del acto que esta materializando, pues, en sí mismo, no obedece a un acto de gobierno, sino a la satisfacción de una necesidad como persona jurídica de derecho privado.

Algunos autores no comparten esta posición, pues, consideran que todos los actos del Estado, incluyendo aquellos emanados del régimen del derecho privado, son actos de gobierno, sosteniendo esta teoría en el argumento de que si son bienes o servicios que contrata para satisfacer la necesidades de sus funciones, son actos de gobierno, ya que sin ellos el Estado no podría cumplir con su función pública. Esta teoría no la compartimos, pero consideramos importante mencionarla pues con ella se da pare de la confusión que existe en el supuesto régimen especial de derechos y obligaciones de los contratos administrativos.

El Estado es un ente que, al contratar con base en el régimen del derecho privado actúa sin ius imperium, es decir, no contrata como autoridad, sino como persona de derecho privado, tan es así que, se requiere la voluntad de los contratantes para efecto de perfeccionar la contratación; en otras palabras, la teoría estatista⁵ a nuestros ojos, pierde sustento al analizar que los contratos que celebra el estado bajo el régimen del derecho privado, no son actos unilaterales, coercitivos e imperativos donde únicamente subsista la voluntad del Estado.

⁵ Estatismo.- Tendencia que exalta el poder y la preeminencia del Estado sobre los demás órdenes y entidades.

5. LICITACIÓN PÚBLICA

5.1 NOCIÓN Y DENOMINACIONES

La oferta pública es uno de los procedimientos observados para las contrataciones del Estado y otros entes públicos, es un procedimiento de selección del contratante, que sobre la base de una previa justificación de la idoneidad ética, técnica, financiera y legal de los interesados, tiende a determinar la mejor oferta, en cuanto al precio más conveniente, para la adquisición o enajenación de bienes o servicios o ejecución de obras.

Variadas son las denominaciones que la doctrina y la legislación le han conferido a esta forma procesal de contratación. En Italia, se llama “pubblico incato” o “asta publica”, en España "subasta publica", "subasta" y "concurso subasta", en Portugal concurso público; en Francia, adjudication ouverte o adjudication publique.

Licitación pública es un procedimiento administrativo, por el cual los entes del sector público realizan una convocatoria a los interesados, para que, sujetándose a las bases consideradas como el pliego de condiciones, formulen propuestas técnicas y económicas de donde se seleccionará y aceptará la que reúna las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento y demás circunstancia pertinentes, para adjudicarle el contrato por ser la más ventajosa, o conveniente para el Estado.

5.2 RESEÑA HISTÓRICA

La puja u oposición competitiva de ofertas, como técnica público-contractual, es conocida y usada desde antiguo. Ya en el derecho romano se utilizaba, por regla general, el procedimiento de la licitación pública en las contrataciones del Estado. Desde las primeras épocas el botín obtenido en la guerra era vendido públicamente a los mejores oferentes, y en el lugar donde iba a verificarse la venta se plantaba en "asta", arma de guerrera y a la vez la insignia real. De ahí deriva el término subasta con el que muchos países designan al procedimiento de licitación; en otros, como el nuestro, tiene uso solamente en el derecho privado.

Posteriormente, con el código de Justiniano, se generalizó la venta en "asta pública", debiendo efectuarse así todas las ventas de bienes fiscales. Después el procedimiento se hizo también aplicable a los contratos de obras públicas; el censor, que era el encargado de dirigir la contratación de las obras públicas, era quien preparaba la "formula del contrato" (lex censoria), o sea el equivalente a nuestros pliegos de condiciones, a tenor de la cual se verificaba la subasta pública (licitatio), la cual se adjudicaba a quien pedía la suma menor. El censor realizaba discrecionalmente la adjudicación, pudiendo excluir a las personas que no juzgase idóneas, que hubieran dejado incumplidos contratos anteriores. En cuanto a la garantía que debían constituir los oferentes, podía consistir en fianzas personales o hipotecas sobre los propios fundos.

En la edad media se empleo el sistema de subasta "a mata candela", el que consistía en recibir ofertas para alguna construcción de importancia durante el tiempo que ardía una vela, para después adjudicar la obra a quien había ofrecido ejecutarla por el menor precio.

5.3 ANÁLISIS DEL CONCEPTO JURÍDICO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA

Técnicamente, la licitación publica es "un procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionara la mas conveniente.

Se considera un procedimiento administrativo, ya que la licitación es uno de los procedimientos de formación del contrato, una de las formas de contratación o procedimientos de selección de contratistas. Juntamente, la licitación pública no es un acto, como erróneamente lo entiende parte de la doctrina, sino un conjunto de actos; un procedimiento integrado por actos y hechos del sector público vinculados a los actos y hechos expuestos por los oferentes dentro de sus propuestas, todos ellos concurrentes a formar la voluntad contractual. Al igual que los contratos preparatorios reconocidos en el derecho privado, la licitación es un proceso preparatorio de la voluntad contractual, destinado a fijar quien es el contratante y los alcances de los derechos y obligaciones.

5.4 LOS ACTOS SEPARABLES EN LA LICITACIÓN PÚBLICA.

Como consecuencia de lo expuesto, podemos afirmar que la licitación no es un contrato o el contrato, ni tampoco un acto, sino "un conjunto de actos"; en suma, "un procedimiento administrativo" relacionado con la formación del vínculo jurídico, con la forma de celebrar los contratos.

Como todo procedimiento administrativo, lo integran una serie de actos interligados, conexos y destinados a producir un único resultado, la elección del co-contratante; pero sus sucesivas fases son autónomas, anteceden al acto jurídico final, esta teoría tiene plena validez, partiendo del reconocimiento de la susceptibilidad de impugnación de los actos que integran una licitación, esto es así, ya que los interesados pueden impugnar desde la convocatoria, contenido de las bases de licitación e incluso violaciones o irregularidades hechas en el acto de presentación de propuestas técnicas y económicas o fallos de la licitación, lo que acredita la independencia de sus etapas. Así, los actos que integran el procedimiento licitatorio son separables, pero no son autónomos ni independientes entre sí y que se encuentren incorporados al contrato de manera unitaria, se restringe en grado sumo la protección jurídica de los oferentes, pues, es impugnable los aspectos preparatorios o preliminares para la celebración del contrato y no así el contrato en sí mismo; por tanto, solo las partes contratantes, o sea el ente público y el adjudicado estarán legitimados sustancial y procesalmente para impugnar el contrato adjudicado.

5.5 CONTRATOS SUSCEPTIBLES DE FORMARSE POR LICITACIÓN.

En México los contratos susceptibles a formarse por licitación pública son los contratos de adquisiciones, arrendamientos, contratación de servicios y obras públicas, por disposición expresa de la ley, ya que el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone que dichos rubros serán siempre adjudicados mediante licitación pública.

Los demás contratos que el sector público celebre con los particulares, tales como: donaciones, comodatos, hipotecas, apertura de créditos, etc., no son considerados sujetos de licitación pública y se regulan en todo momento conforme al régimen de derechos y obligaciones del derecho privado. Las consecuencias de suscribir un contrato llevado a cabo sin licitación, cuando esté requerido de modo obligatorio o imperativo, derivan que el contrato es nulo por vicio de forma, pues las formalidades o requisitos que se han omitido, son actos nulos de pleno derecho, ya que la licitación es precisamente una formalidad anterior o previa a los contratos de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas que celebra el Estado.

Así que, las formalidades con que se revista a cada una de las etapas de la licitación constituyen una garantía para el interés público, pues se advierte que los recursos públicos de los que dispone el Estado están siendo administrados atendiendo a los principios de honradez, transparencia eficiencia y eficacia.

En ese sentido, las formas, en cuanto importan requisitos necesarios para la existencia y eficacia del acto licitatorio, constituyen una cualidad del mismo Estado y también una garantía automática, para asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos a cargo de éste, de ahí que, las trasgresión u omisión completa o parcial de estas formalidades, repercuten en la nulidad del contrato adjudicado por existir un vicio de la voluntad que afecta su validez. Por lo tanto, el incumplimiento u omisión del procedimiento de la licitación pública, cuando ella es requerida por mandato legal tiene por consecuencia:

- a) El contrato es absolutamente nulo. El vicio no es subsanable.
- b) La autoridad administrativa, puede así declararlo y dejar sin valor alguno el vínculo jurídico formado irregularmente.
- c) El co-contratante afectado nada puede alegar contra la decisión administrativa que lo declara nulo o que se limita a reconocer la existencia de una nulidad cierta e insubsanable.
- e) Los funcionarios que omitan la licitación incurrir en responsabilidad

5.6 PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA LICITACIÓN.

La finalidad del procedimiento licitatorio es la determinación del proponente que formula la oferta mas ventajosa para el Estado. De ahí que, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, hayan establecido algunos "requisitos", "principios" o "propios" que hacen a la esencia y la existencia de la licitación y a los cuales deben recurrirse para resolver los problemas concretos de interpretación que la practica administrativa promueve. Los principios jurídicos esenciales, que hacen la ratio iuris de la licitación y de los demás procedimientos de adjudicación son:

- a) Libre concurrencia.- La cual tiende a afianzar la posibilidad de oposición entre todos los ofertantes, como contrapartida de la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso. Como afirmación complementaria de este principio, la legislación impone al sector público el deber de adjudicar imparcialmente la mejor oferta, sobre la base de una decisión discrecional, además, en función de esa concurrencia o posibilidad de oposición, el sector público no puede elegir individualmente a sus ofertantes.

- b) Igualdad entre los oferentes.- Este principio, determina que los sujetos concurrentes a una licitación tienen igualdad de posibilidades en resultar adjudicado del contrato con relación a los demás ofertantes.

La igualdad en el trato de los ofertantes, tiene como propósito que no exista ningún motivo de preferencia hacia algún participante, fuera de las ventajas competitivas propias de la capacidad de cada uno de los postores, de quien deba elegirse la mejor oferta.

El trato igualitario se traduce en una serie de derechos a favor de los oferentes, en cuanto a la consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes, la igualdad que debe existir respecto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento, así como el cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de adjudicación, garantizando la inalterabilidad de los pliegos de condiciones y el respeto de los secretos de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres, pues ello impide otorgar condiciones más ventajosas con relación a los demás participantes, etc.

Como vemos, la referida igualdad exige que, desde el principio del procedimiento de la licitación hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los participantes u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas, por las razones expuestas, y la tutela del principio de igualdad, quedando configuradas como nulas las cláusulas que impliquen monopolio, salvo excepciones previstas por la ley y aquellas cláusulas que fijen determinadas circunstancias que sólo un fabricante o proveedor pueda cumplir por ser el titular de los derechos.

La significación jurídica de los principios rectores del procedimiento de contratación administrativa es obvia. Su incumplimiento, quebrantamiento, violación o no aplicación, vicia de nulidad el contrato que en su consecuencia fuere celebrado. Así lo entiende, con criterio unánime, la doctrina y la jurisprudencia.

5.7 VENTAJAS DENTRO DE LA LICITACIÓN.

El procedimiento de la licitación pública ofrece una serie de ventajas de orden técnico, económico, ético y político, en un todo, de acuerdo con el principio de legalidad que debe imperar en el obrar de Estado; así, el procedimiento materializa una acción ética en lo que a contrataciones estatales se refiere, por cuanto en principio evita connivencias dolosas y promueve la acción de control y la fiscalización que sobre la actividad administrativa ejercen los mismos particulares durante el desahogo de la licitación o mediante los medios de impugnación reconocidos por el derecho contra el ilegítimo proceder del Estado.

Además, por este procedimiento, la Administración tiene mayor posibilidades de acierto en cuanto al cumplimiento y ejecución del contrato, calidad de la prestación, mayor capacidad técnica y financiera de los co-contratantes, etc.

Por otro lado, el procedimiento licitatorio ofrece conveniencias económicas, dada la concurrencia y oposición entre los oferentes, que fijan por obtener la adjudicación y en ofrecer el precio más ventajoso para el Estado; en este sentido, señalan algunos tratadistas que las finalidades de la licitación, desde un enfoque sistemático, comprenden tres aspectos: el de orden moral, el económico y el selectivo.

Con relación a los administrados, el procedimiento constituye una garantía para los interesados en contratar con el Estado, que sobre la base del principio de concurrencia e igualdad, evitan tratos preferenciales, y puede hacer real y efectiva la colaboración de los particulares.

5.8 INCONVENIENTES DE LA LICITACIÓN PÚBLICA.

La licitación pública no es un procedimiento que sea bondadoso al cien por ciento, ya que este procedimiento no únicamente involucra ventajas para el Estado, sino que también presenta inconvenientes, pues al ser considerado como el procedimiento que por regla general debe de aplicarse en la adquisiciones de bienes, arrendamientos, servicios y obras públicas, es forzoso para los entes del sector público llevarlo a cabo; claro ejemplo de esto lo encontramos en los casos de desastres naturales donde el Estado requiere de inmediato para satisfacer la

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

contingencia del fenómeno bienes y servicios de forma inmediata que no pueden sujetarse a los tiempos del desahogo de la licitación.

Asimismo, otra de las desventajas que conlleva este tipo de procedimientos de adjudicación de contratos, implica el riesgo de que no siempre se consigue el precio mas bajo, ya que puede producirse un alza de las cotizaciones al conocerse las urgencias necesidades del Estado, o bien, conforme a la experiencia de los participantes se pueden incrementar los costos, con referencia a los precios del mercado, de forma tal que los participantes impacten o incluyan en su propuesta el consto por financiamiento que implica la tardanza en el pago de los bienes o servicios adquiridos, es decir, se incrementan los costos debido a la tardanza entre la fecha de la firma del contrato, la entrega de los bienes o prestación de servicios y la fecha de pago por parte del Estado, lo cual casi siempre es considerado por los participantes con experiencia.

Otro de los factores que incide como inconveniente en los procesos licitatorios es la eventual lentitud en los tramites que resulta perjudicial para el interés público, todo vez que la administración se pierde "ofertas de ocasiones" sumamente ventajosas, que no se pueden aceptar en razón de que no es posible satisfacer la prontitud que el proponente suele requerir, debido a la burocrática ejecución del procedimiento, pues, aún y cuando el procedimiento de las licitación este bien reglamentado, pueden efectuarse adjudicaciones indebidas, ya que la inmoralidad

puede doblegar las formulas técnicas de rectitud impuestas por el ordenamiento jurídico al proceder administrativo; así por ejemplo, una licitación aparentemente correcta puede encubrir y simular una flagrante desviación de poder a favor de uno de los participantes, sin ser notado por tratarse de cuestiones procesales.

6. RÉGIMEN CIVIL DE DERECHOS Y OBLIGACIONES.

6.1 ASPECTOS GENERALES DE LOS CONTRATOS.

Un contrato desde la perspectiva doctrinal, en términos generales, es definido como un acuerdo oral o escrito entre partes, por el que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser exigidos. En sentido estricto, la ley civil mexicana sostiene que un contrato es un convenio que produce o transfieren obligaciones y derechos. Por ello se señala que habrá contrato cuando varias partes se ponen de acuerdo sobre una manifestación de voluntad destinada a reglar sus derechos.

Doctrinariamente, ha sido definido como un negocio jurídico bilateral o multilateral, porque intervienen dos o más personas (a diferencia de los actos jurídicos unilaterales en que interviene una sola persona), y que tiene por finalidad crear derechos y obligaciones (a diferencia de otros actos jurídicos que están destinados a modificar o extinguir derechos y obligaciones, como las

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

convenciones). También se denomina contrato el documento que recoge las condiciones de dicho acto jurídico.

En el Derecho romano clásico, el contrato se refiere a la concreta situación de estar ligadas las partes por un vínculo jurídico que crea derechos y obligaciones. No se refiere al acto jurídico mediante el cual las partes contraen dichos derechos, sino a lo contratado (*contractus*, lo contraído), la relación jurídica que ha quedado indisolublemente constituida mediante la convención generadora. Las partes en un contrato son personas físicas o jurídicas. En un contrato hay dos polos o extremos de la relación jurídica obligacional, cada polo puede estar constituido por más de una persona revistiendo la calidad de parte. El contrato, en general, tiene una connotación patrimonial, y forma parte de la categoría más amplia de los negocios jurídicos. La función del contrato es originar efectos jurídicos.

En cada país puede existir un concepto de contrato diferente, y esa divergencia tiene que ver con la realidad socio-cultural y jurídica de cada país (existen ordenamientos en que el contrato no se limita al campo de los derechos patrimoniales únicamente, sino que abarca también derechos de familia, como por ejemplo, los países en los que el matrimonio es considerado un contrato).

La mayoría de los Códigos civiles contienen una definición de "contrato". Muchos de ellos, siguen los lineamientos del Código civil francés, cuyo artículo 1101 expresa que "El contrato es la convención por la cual una o más personas se obligan, con otra u otras, a dar, hacer, o no hacer alguna cosa".

El Código civil alemán prescribe que "para la formación de un negocio obligacional por actos jurídicos, como para toda modificación del contenido de un negocio obligacional se exige un contrato celebrado entre las partes, salvo que la ley disponga de otro modo". Mientras el Código civil suizo señala que "hay contrato si las partes manifiestan de una manera concordante su voluntad recíproca; esta manifestación puede ser expresa o tácita". En tanto que el Código Civil soviético solo expresaba que "Los actos jurídicos, esto es, los actos que tienden a establecer, modificar o extinguir relaciones de Derecho Civil, pueden ser unilaterales o bilaterales (contratos)".

En el Derecho romano el contrato aparece como una forma de acuerdo (*conventio*). La convención es el consentimiento de dos a más personas que se avienen sobre una cosa que deben dar o prestar.

La convención se divide en pacto (*pactum*) y contrato (*contractus*), siendo el pacto aquel que no tiene nombre ni causa y el contrato aquel que los tiene. En este contexto se entiende por nombre la palabra que produce la acción (el pacto se refiere solo a relaciones que solo engendran una excepción). La causa es alguna cosa presente de la cual se deriva la obligación. El pacto fue paulatinamente asimilándose al contrato al considerar acciones para exigir su cumplimiento.

El contrato se aplica a todo acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles. Estaba siempre protegido por una acción que le atribuía plena eficacia jurídica.

Los contratos se dividen en verdaderos y cuasicontratos. Eran verdaderos los que se basaban en consentimiento expreso de las partes y los cuasicontratos los basados en el consentimiento presunto, a su vez, los contratos verdaderos se dividen en nominados e innominados. Los nominados tenían nombre específico y particular confirmado por el derecho (ej. compraventa) y los innominados no tenían nombre definido.

En el derecho romano existían contratos unilaterales y bilaterales. Los contratos unilaterales obligaban solo a una de las partes (por ejemplo, el mutuo) y los bilaterales obligaban a ambas partes (como en el caso de la compraventa). Algunos tipos de contratos en el derecho romano eran el *Aestimatum*. Contrato en

virtud del cual una parte recibe objetos tasados con la obligación de venderlos o devolverlos después de cierto tiempo. Otro *Chirographum*. Forma de obligarse de los peregrinos, en virtud de la cual el deudor entregaba al acreedor un recibo. El *Syngraphae mediante el cual* los peregrinos quedaban obligados mediante la firma de un documento que consistía de dos copias, una en poder del acreedor y la otra en poder del deudor.

6.2 ELEMENTOS Y REQUISITOS DE UN CONTRATO.

6.2.1 SUJETOS

Quien concluye un contrato debe ser capaz. Todo sujeto, como parte de su personalidad, tiene la capacidad jurídica. Sin embargo, la capacidad de actuar es el poder que tiene un sujeto de derecho para crear, con una manifestación de voluntad, efectos de derechos. Así, la persona que constituya un contrato debe tener la capacidad de actuar para obligarse según las condiciones estipuladas en el contrato.

La capacidad es una aptitud de derecho para poder ser sujeto de derechos y obligaciones, esta se adquiere con la mayoría de edad y el pleno goce y ejercicio de los derechos civiles, políticos y militares de una persona.

6.2.2 OBJETO

El objeto del contrato no es otro que la finalidad por la que se vaya a celebrar el acto contractual, siendo este, que para el caso del contrato de prestación de servicios profesionales el objeto, no es otro que la prestación de forma voluntaria y retribuida de un trabajo por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra persona que llamamos empresario.

6.2.3 CAPACIDAD

La capacidad se subdivide en *capacidad de goce* (la aptitud jurídica para ser titular de derechos subjetivos, comúnmente denominada también como *capacidad jurídica*) y *capacidad de ejercicio* (aptitud jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones sin representación de terceros, denominada también como *capacidad de actuar*).

6.2.4 CONSENTIMIENTO O VOLUNTAD.

La voluntad es el querer interno que, manifestado bajo el consentimiento, produce efectos de derecho. Todo contrato exige el libre consentimiento entre las partes que lo forman, así el consentimiento se manifiesta por la concurrencia de la oferta

y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato y éste será nulo cuando es prestado por error, violencia, intimidación o dolo, que son considerados vicios del consentimiento, pues para la validez del contrato se requiere que la voluntad no esté presionada por factores externos que modifiquen la verdadera intención, de ahí que, un vicio de la voluntad implica una nulidad absoluta cuando el vicio del consentimiento es, en sí mismo, una afectación que trasciende al fondo de los derechos y obligaciones, o bien, genera una nulidad relativa, cuando el vicio del consentimiento puede ser subsanado durante la vigencia o ejecución del contrato o incluso por la aceptación tácita que se hagan de los derechos y obligaciones afectado de la nulidad relativa.

6.2.4.1 EL ERROR.

Cuando versa el error, existe una equivocación sobre el objeto del contrato, o sobre alguno de sus aspectos esenciales; el error es motivo de nulidad del contrato cuando recae sobre la naturaleza del contrato, la identidad del objeto o las cualidades específicas de la cosa, el error no debe de ser de mala fe, porque de lo contrario, se convierte en dolo, el error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

6.2.4.2 LA VIOLENCIA.

Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado, resultando nulo el contrato celebrado en esos términos, ya que el vicio provenga de alguno de los contratantes o de un tercero, interesado o no en el contrato; la violencia es en sí, una fuerza irresistible que causa un grave temor a una de las partes del contrato, o que una de las partes haya abusado de la debilidad de la otra.

6.2.4.3 EL DOLO

Todo medio artificioso, contrario a la buena fe, empleado con el propósito de engañar, para hacer a una persona consentir un contrato es considerado dolo. La víctima del dolo puede mantener el contrato y reclamar daños y perjuicios. El dolo no es propio o exclusivo de la materia penal, pues, en materia contractual, es la voluntad maliciosa de engañar a alguien o de incumplir una voluntad contraída, por lo que las consideraciones generales que los contratantes expusieren sobre los provechos y perjuicios que naturalmente pueden resultar de la celebración o no

celebración del contrato, y que importen engaño o amenaza alguna de las partes, serán tomadas en cuenta al calificar el dolo en la instancia jurisdiccional.

6.2.4.4 EL OBJETO.

Pueden ser objeto de contratos todas las cosas que no están fuera del comercio humano, aun las futuras, pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres. El objeto para poder ser materia contractual debe de reunir condiciones indispensables exigidas por la ley para que puedan ser consideradas como objeto; la primera consiste en que el objeto previo a la contratación debe de existir en la naturaleza; la segunda condición implica que el objeto debe ser determinado o determinable en cuanto a su especie y la tercer condición implica que debe estar en el comercio; de no cumplir con alguna de estas exigencias, el objeto es ilegal.

6.2.4.5 CAUSA

Normalmente, la normativa civil exige que haya una causa justa para el nacimiento de los actos jurídicos, ésta es el motivo determinante que lleva a las partes a celebrar el contrato, por lo que cuando un contrato no tiene causa, las manifestaciones de voluntad no corresponden con la función social que debe

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

cumplir, ni tampoco cuando se simula o se finge una causa. El contrato debe tener causa y ésta ha de ser existente, verdadera y lícita.

6.2.4.6 FORMA

La forma es el conjunto de signos mediante los cuales se manifiesta el consentimiento de las partes en la celebración de un contrato, en algunos contratos es posible que se exija una forma específica de celebración, para que sean considerados válidos los derechos u obligaciones en él contenidos, ya que cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal, claro ejemplo de éste podemos referir la compraventa de un inmueble, donde la ley exige una formalidad forzosa para que se tenga por perfeccionado este contrato, pues se requiere ser otorgado en escritura pública.

6.2.4.7 ELEMENTOS ACCIDENTALES

Los elementos accidentales son aquellos que las partes establecen por cláusulas especiales, que no sean contrarias a la ley, la moral, las buenas costumbres o el orden público. Por ejemplo: el plazo, la condición, el modo, la solidaridad, la

indivisibilidad, la representación, etc. En consonancia con la autonomía de la voluntad, los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a la ley, la moral, las buenas costumbres o el orden público.

6.3 FORMACIÓN DEL CONTRATO

Los contratos pueden ser orales o escritos. Algunos tipos de contrato pueden requerir formularse por escrito e incluso su inscripción registral de acuerdo a la Ley.

"El contrato es ley entre las partes" es una expresión común, sin embargo, esto no significa que los contratos tienen un poder equivalente al de las leyes; lo que indica son los preceptos fundamentales de los contratos, pues las partes deben ajustarse y dirigirse a las condiciones estipuladas en el contrato, toda vez que en principio, las condiciones y los efectos del contrato solo tienen afección a las partes que formulan el contrato.

6.3.1 MANIFESTACIÓN INEQUÍVOCA DE LA VOLUNTAD.

El contrato necesita de la manifestación inequívoca de la voluntad de las partes que conformarán el acto jurídico. Así, cuando las partes contratantes expresan su voluntad en el momento que se forma el contrato, se denomina entre presentes, pero cuando la manifestación de la voluntad se da en momentos diferentes, se

denomina entre ausentes. La distinción es importante para poder determinar con exactitud el momento en que el contrato entra en la vida jurídica de los contratantes, ya que el contrato entre presentes entrará en vigencia en el momento de la manifestación simultánea de la voluntad, mientras que el contrato entre ausentes solamente hasta que el último contratante haya dado su manifestación.

6.3.2 OFERTA DEL CONTRATO.

La oferta es una manifestación unilateral de voluntad, dirigida a otro. El ejemplo clásico es el del comercio que ofrece sus productos a cualquiera, a un precio determinado. La oferta es obligatoria, es decir, una vez emitida, el proponente no puede modificarla a su antojo. Para la aceptación de la oferta, el otro contratante debe dar su consentimiento expreso o tácito, que indique su inequívoca intención de aceptar la oferta y apegarse a las condiciones del oferente; la vigencia obligatoria de la oferta varía en los distintos ordenamientos. Para algunos, el oferente puede variar la oferta siempre que esta no haya sido aceptada, mientras que en otros, la oferta debe mantenerse intacta por el periodo de tiempo que normalmente tomaría un contratante en analizar la oferta.

6.3.3 CONTRATOS PREPARATORIOS.

Los contratos preparatorios tiene como finalidad la preparación de un contrato futuro, en este tipo de contratos las personas se obligan entre sí para llevar a cabo negociaciones que den como resultado un contrato futuro, pero no pueden romper

las negociaciones arbitrariamente sin incurrir en responsabilidad contractual, pues la promesa unilateral aceptada obliga al perfeccionamiento del contrato definitivo, es usual que, antes de la celebración de un contrato, exista un periodo donde se lleven a cabo conversaciones y negociaciones entre las partes, Estas acciones, no producen efectos jurídicos, salvo que se trate de un contrato preparatorio

6.3.4 FUERZA OBLIGATORIA DEL CONTRATO.

La ley reconoce al contrato como fuente de obligaciones y por lo tanto las obligaciones contractuales son obligaciones civiles, por lo que el acreedor puede exigir del deudor la satisfacción de la deuda según lo pactado. En caso que el cumplimiento del objeto de la obligación no sea posible, por equivalencia, el acreedor puede demandar la indemnización de daños y perjuicios. Una vez que un contrato de nacimiento a una obligación, no hay posibilidad de modificarla unilateralmente. Los derechos adquiridos en los contratos son transmisibles por cualquier título, salvo que el contrato estipule lo contrario, lo impida la ley o la naturaleza misma del derecho.

6.3.5 GARANTÍA.

La garantía es una consecuencia de los contratos traslativos onerosos. Es la facultad que tiene el adquirente de un derecho real o personal, de exigir a la persona que se lo ha transmitido, que cesen las persecuciones al objeto por parte

de un tercero, y que pueda ejercer así su derecho adquirido en paz, por lo que, en caso de que el adquirente sea despojado del objeto por acción reivindicatoria de un sujeto con mejor título de derecho, entre en juego la garantía por evicción: el enajenante debe devolverle no solamente el valor de la cosa, sino también los gastos legales del contrato y de la demanda.

6.3.6. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

La interpretación es fundamental, porque de ella depende la posterior calificación jurídica y los efectos que el ordenamiento asigna a la manifestación de la voluntad, ya que consiste en la atribución de significado a un texto del clausulado. Tratándose de los contratos, su interpretación tendrá por objeto una manifestación de voluntad, dado que el contrato es una expresión de voluntad en un texto, que luego de ser realizado puede ser interpretado de forma diferente por las partes.

Esta responsabilidad se traslada al juez quien tendrá la última palabra, toda vez que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, por lo que, la interpretación de un contrato, lógicamente incidirá forzosamente en la validez o el cumplimiento de un contrato y por lo tanto, esta actividad se deja a la salvaguarda de un órgano jurisdiccional; esta tarea no es fácil, pues existen varios métodos de interpretación que pueden variar según el Código Civil que rija, pues recordemos que en el Estado mexicano existen 32

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

legislaciones civiles diferentes, por lo cual, podemos observar básicamente dos corrientes o métodos de interpretación: el que propone analizar el texto literalmente del contrato y, el que propone encontrar la intención común de las partes, o sea, qué fue lo que los autores quisieron decir.

Existen varias pautas para la interpretación de expresiones ambiguas, pues las cláusulas susceptibles de dos sentidos, de uno de los cuales resulta la validez y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero; asimismo, las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, también se pueden interpretar mediante los hechos posteriores al contrato, que tengan relación con lo que se discute, en cuanto servirán para explicar la intención de las partes, al tiempo de celebrar el contrato; de igual forma, las cláusulas ambiguas se interpretan, por lo que es de uso y costumbre en el lugar del contrato. Como se puede observar la interpretación de un contrato no puede dejarse al arbitrio de una de las partes dado el evidente conflicto de intereses que existiría.

En cuanto a la interpretación de los contrato existen varias teorías, pero para efecto de la presente tesis consideramos importante destacar solo dos, la teoría subjetivista y la objetivista, pues de acuerdo con la primera, el juez debe buscar la solución basado en las intenciones que hayan tenido las partes al momento de contratar, debiendo consistir la labor del juez en investigar esas intenciones; en tanto que en la segunda, se establece como objetivo del juez, la determinación del

valor de voluntad de las partes en el contrato, debiendo el juez evaluar todos los datos objetivos que emanan del acuerdo, para precisar cual fue la intención común de las partes. Ahora bien, no por ambigüedades en el texto de los contratos es susceptible someterse a interpretación, sino que también puede aplicarse la interpretación atentos a la teoría de la imprevisión, la cual aplica para los contratos, en caso de que, por cambios radicales en las condiciones económicas generales, la satisfacción del contrato se le haga en exceso gravosa, y deban ajustarse las condiciones del contrato para que se asemejen a lo que las partes tuvieron en mente originalmente.

6.4 INEJECUCION Y RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

El contrato puede ser mal ejecutado o no ser ejecutado del todo, en estos casos, el acreedor tiene el derecho de acudir a las instancias judiciales para obligar al deudor a satisfacer forzosamente el contrato o a ser indemnizado por daños y perjuicios, por lo que tratándose de obligaciones de hacer, el cumplimiento forzoso no es posible.

La falta contractual es una conducta antijurídica imputable a la parte que dejo de cumplir el contrato, pues su incumplimiento debe ser culposo o doloso. Algunos ordenamientos, que siguen la teoría subjetivista de la valoración de la responsabilidad, toman en cuenta el dolo para agravar la responsabilidad del

deudor y se debe considerar que en ciertas obligaciones, ni siquiera la fuerza mayor exime del cumplimiento de las obligaciones, como por ejemplo, en las obligaciones de entregar una suma de dinero.

La inejecución del contrato, implica que la obligación pueda exigirse mediante la ejecución forzosa ante un juez, el cual ordena al deudor a dar cumplimiento de la obligación exigible que no ha satisfecho. En obligaciones de dar, la prestación consiste en la constitución del título traslativo de dominio o en la entrega, una vez sostenida la negativa del deudor, por lo tanto, el juez puede actuar a nombre de éste y otorgar el título de dominio, mientras que en las obligaciones de hacer, consiste en el cumplimiento de la conducta prometida.

6.5 CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

La clasificación de los contratos es de suma importancia, ya que con base en ella, se puede entender más el alcance y naturaleza de los contratos, para efectos de la teoría o problemas de los riesgos y la excepción de contrato no cumplidos.

6.5.1 CONTRATOS UNILATERALES Y BILATERALES.

Los contratos unilaterales son un acuerdo de voluntades que engendra sólo obligaciones para una parte; en tanto que los contratos bilaterales son aquellos en los que el acuerdo de voluntades da nacimiento a obligaciones para ambas partes.

Cuando en un contrato unilateral existen obligaciones que impliquen la transferencia de una cosa, si ésta se destruye por caso fortuito o fuerza mayor, es necesario poder establecer quién debe de sufrir la pérdida. La cosa siempre perece para el acreedor.

La excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*). En todos los contratos bilaterales, que generan obligaciones recíprocas, cuando una parte no cumple o se allana a cumplir, carece de derecho para exigir a la otra el cumplimiento de su obligación, y si a pesar de ello pretendiera exigir judicialmente el cumplimiento por una demanda, el demandado le opondrá la excepción de contrato no cumplido.

La *exceptio non adimpleti* no puede presentarse en los contratos unilaterales, por una sencilla razón de que en ellos solo una de las partes está obligada, y si no cumple, la otra podrá judicialmente exigir ese cumplimiento, sin que pueda oponerse dicha excepción, ya que no tiene por su parte ninguna obligación que realizar.

6.5.2 CONTRATOS ONEROSOS Y GRATUITOS

Contrato oneroso, es aquél en el que existen beneficios y gravámenes recíprocos, en éste hay un sacrificio equivalente que realizan las partes; por ejemplo, en la

compraventa, el vendedor recibe el provecho del precio y a la vez entrega la cosa, y viceversa, el comprador recibe el provecho de recibir la cosa y el gravamen de pagar, en tanto que el contrato gratuito, sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen. Es gratuito, por tanto, aquel contrato en el que el provecho es para una sola de las partes, como por ejemplo el comodato.

6.5.3 CONTRATOS CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS.

Un contrato conmutativo es aquel en el cual las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde el momento que se celebra el acto jurídico, un ejemplo muy claro es el contrato de compraventa de una casa.

Por su parte, los contratos aleatorios son aquellos que surgen cuando la prestación depende de un acontecimiento futuro e incierto y, al momento de contratar, no se saben las ganancias o pérdidas hasta el momento que se realice ese acontecimiento futuro. Ejemplos son el contrato de compraventa de cosecha llamado de "esperanza", apuestas, juegos, etc., sus principales características son la incertidumbre sobre la existencia de un hecho, como en la apuesta, o bien sobre el tiempo de la realización de ese hecho, la oposición y no sólo la interdependencia de las prestaciones, por que cuando la incertidumbre cesa, forzosamente una de las partes gana y la otra pierde, y, además, la medida de la ganancia de una de las partes es la medida de la pérdida de la otra.

6.5.4 CONTRATOS PRINCIPALES Y ACCESORIOS.

Se dice que un contrato es principal cuando existe por sí mismo, en tanto que los accesorios son los que dependen de un contrato principal. Los accesorios siguen la suerte de lo principal porque la nulidad o la inexistencia de los primeros origina a su vez, la nulidad o la inexistencia del contrato accesorio. De ahí que los contratos accesorios o también llamados "de garantía", debido a que generalmente se constituyen para garantizar el cumplimiento de una obligación que se reputa principal, y esta forma de garantía puede ser personal, como la fianza, en que una persona se obliga a pagar por el deudor, si éste no lo hace; o real, como el de hipoteca, el de prenda, en que se constituye un derecho real sobre un bien enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

6.5.5 CONTRATOS INSTANTÁNEOS Y DE TRACTO SUCESIVO

Los contratos instantáneo, son aquellos que se cumplen en el mismo momento en que se celebran, es decir, su cumplimiento se lleva a cabo en un sólo acto, en tanto que los contrato de tracto sucesivo, como su nombre lo indica, son aquellos que en que el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado, y que, por deseo de las partes se puede extender para satisfacer sus necesidades primordiales.

6.5.6 CONTRATO CONSENSUAL Y REAL.

Contrato consensual es aquel en el que el consentimiento de las partes basta para formar el contrato; las obligaciones nacen tan pronto como las partes se han puesto de acuerdo. El consentimiento de las partes puede manifestarse de cualquier manera, no obstante, es necesario que la voluntad de contratar revista una forma particular que permita por medio de ella conocer su existencia. No es la simple coexistencia de dos voluntades internas lo que constituye el contrato; es necesario que éstas se manifiesten al exterior, que sean cambiadas. Ejemplos: mutuo, comodato y depósito.

Por su parte, el contrato real queda concluido desde el momento en que una de las partes haya hecho a la otra la transacción o entrega de la cosa sobre la que versare el contrato. En este tipo de contratos existen también las llamadas formalidades ad probationem, que son las realizadas a fin de poder demostrar la celebración de un acto; por lo general, consiste en realizar el acto ante notario y también, son llamadas solemnes que son cuando la voluntad de las partes, expresada sin formas exteriores determinadas, no basta para su celebración, porque la ley exige una formalidad particular en la ausencia de la cual el consentimiento no tiene eficacia jurídica. La distinción entre contratos formales y

solemnes estriba en lo referente a la sanción. La falta de forma origina la nulidad relativa; la falta de solemnidad ocasiona la inexistencia.

6.5.7 CONTRATO FORMAL, SOLEMNE O NO SOLEMNE, Y NO FORMAL.

El contrato formal o solemne es aquel en que la ley ordena que el consentimiento se manifieste por determinado medio para que el contrato sea válido. En la legislación se acepta un sistema ecléctico o mixto respecto a las formalidades, porque en principio, se considera que el contrato es consensual, y sólo cuando el legislador imponga determinada formalidad debe cumplirse con ella, porque de lo contrario el acto estará afectado de nulidad.

6.5.8 CONTRATO PRIVADO Y PÚBLICO

Contrato privado es el realizado por las personas intervinientes en un contrato con o sin asesoramiento profesional. Tendrá el mismo valor que la escritura pública entre las personas que los suscriben y sus causahabientes, en tanto que el contrato público, es aquel autorizados por los funcionarios o empleados públicos, siempre dentro del ámbito de sus competencias, tiene una mejor condición probatoria. En este tipo de contratos los documentos notariales son los que tienen una mayor importancia y dentro de ellos principalmente las escrituras públicas.

6.5.9 CONTRATO NOMINADO O TÍPICO E INNOMINADO O ATÍPICO

Los contratos nominados o típicos son aquellos que se encuentra previstos y regulado en la ley. Por ello, en ausencia de acuerdo entre las partes, existen normas dispositivas a las que acudir (Compraventa, Arrendamientos...). Es así como podemos entender que los contrato innominado o atípico, son aquellos en que la ley no tiene previsto un nombre específico, debido a que sus características no se encuentran reguladas por ella, puede ser un híbrido entre varios contratos o incluso uno completamente nuevo.

Como pudimos observar no existe una clasificación de los contratos administrativos, pues, si bien se habla de contratos públicos, esto atañe a aquellos celebrados bajo la exigencia de la formalidad pública, como exige la hipoteca, la cual requiere registrarse en el Registro Público para que surta efectos.

6.6 PRINCIPALES CONTRATOS.

En principio la cantidad de contratos que puede existir es casi infinita, como casi infinitos son los derechos y obligaciones que pueden crear las partes, incluyendo el hacerlo de manera pura y simple, o sometida a alguna modalidad; sin embargo, la legislación civil de la mayoría de los países ha regulado los más importantes de éstos, bien sea en sus respectivos Códigos Civiles, o bien en leyes especiales de los cuales podemos destacar los siguientes:

Los acuerdos prenupciales (Capitulaciones matrimoniales), Agencia, Arras, Arrendamiento, Comisión, Comodato, Compraventa, Concesión, Depósito, Distribución, Donación, Edición, Factoraje, Fianza, Franquicia, Mandato, Matrimonio, Mutuo, Permuta, Prenda, Promesa, Prestación de servicios, Representación, Seguro, Sociedad, Suministro, Transferencia de tecnología (Know-how), Transporte, Trabajo individual, Trabajo colectivo, etc.

Para efectos de la presente tesis solo analizaremos desde el régimen civil los contratos de compraventa, arrendamiento y prestación de servicios, para contar con elementos suficientes que nos permitan, llegado el momento de estudio, discernir respecto de sus semejanzas y diferencias que existen respectote los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios previstos en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público

6.6.1 CONTRATO DE COMPRAVENTA.

El contrato de compra-venta es aquel contrato bilateral en el que una de las partes (vendedora) se obliga a la entrega de una cosa determinada y la otra (compradora) a pagar por ella un cierto precio, en dinero o signo que lo represente; las características de este tipo de contrato las podemos destacar por que es un *contrato nominado o típico*, puesto que se encuentra reglamentado en la ley; *bilateral*, ya que obliga tanto al vendedor como al comprador de la cosa; *oneroso*, requisito esencial porque si no, no existiría compraventa sino que

derivaría en uno de donación; *contrato consensual*, se perfecciona por el mero consentimiento de las partes.

Los elementos de este contrato los podemos referir como cosa, al objeto material, en oposición a los derechos creados sobre él y a las prestaciones personales; precio, que corresponde al valor pecuniario en que se estima algo, valor que se pide por una cosa o servicio; personas o partes, al vendedor, que es la persona física o jurídica que transfiere la propiedad, y el comprador, que es quien la adquiere; formalidades, regularmente los contratos de compraventa se otorgan por escrito aun y cuando no lo requiere la ley, hecha excepción tratándose de inmuebles; consentimiento, el cual se plasma en un documento privado o publico que sirva de prueba; de validez, como la capacidad, en donde el principio general dice que, toda persona capaz de disponer de sus bienes puede vender y toda persona capaz de obligarse puede comprar; así como el consentimiento, que implica que haya un acuerdo de las partes que recaiga sobre el precio y la cosa.

Los efectos del contrato de compraventa respecto del vendedor son regularmente: el transmitir la propiedad o título de derecho, conservar el bien objeto de la compraventa hasta su entrega, entregar la cosa, garantizar al adquirente una posesión útil, garantizar al comprador una posesión pacífica y responder a la evicción por vicios ocultos, en tanto que las obligaciones del comprador, se concretan en pagar el precio, pagar intereses en caso de demora o de compraventa con precio diferido y recibir la cosa comprada.

La compraventa se puede presentar en diversas modalidades, de ahí que encontramos compraventa con reserva de dominio, mediante la cual la transferencia del dominio queda sujeta a una condición suspensiva que puede consistir en el pago del precio; la compraventa a plazos (en abonos), en la cual el vendedor, por un lado, realiza la transferencia de la propiedad, y por otro el comprador, se obliga a realizar el pago fraccionado en un determinado número de cuotas periódicas; asimismo, existe la compraventa con pacto de preferencia, en la que se establece, para el comprador, la obligación de permitir, en caso de futura venta, que una determinada persona adquiera la cosa, con prioridad sobre el resto de eventuales compradores. Igualmente, el comprador estará además obligado a informar al beneficiario del pacto de preferencia sobre la puesta en venta del bien; otra de las modalidades de la compraventa con pacto de retroventa, es aquella en que se atribuye al vendedor un derecho subjetivo, por el que puede recuperar la cosa vendida.

6.6.2 CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.

El contrato de arrendamiento (o *locatio-conductio* por su denominación originaria en latín) es un contrato por el cual una de las partes, llamada arrendador, se obliga a transferir temporalmente el uso y goce de una cosa mueble o inmueble a otra parte denominada arrendatario, quien a su vez se obliga a pagar por ese uso o goce un precio cierto y determinado. El precio puede consistir en una suma de dinero pagada de una sola vez, o bien en una cantidad periódica, que en este

caso recibe el nombre de renta. También puede pagarse la renta en cualquier otra cosa equivalente, con tal de que sea cierta y determinada, por ejemplo, con los frutos que produce la cosa arrendada (renta en especie); que a la vez puede ser una cantidad fijada previamente o un porcentaje de la cosecha (aparcería). Estos tipos de renta de la tierra no deben confundirse con los términos renta fija y renta variable aplicados a los activos financieros.

La naturaleza jurídica del arrendamiento confiere un *título de mera tenencia*, porque el arrendatario no tiene el título de ánimo de señor y dueño, sino que reconoce dominio ajeno (del arrendador, en este caso), sean casas, autos, o distintos inmuebles.

Existen diferentes clases de arrendamiento, el Arrendamiento de cosas (locación de cosas o locatio conductio rei): éste crea un vínculo personal, por virtud del cual puede exigir el arrendatario, el uso y disfrute de aquellas, en tanto pesa sobre él la obligación de pagar la pensión rentística convenida, por otra parte, existe el Arrendamiento de servicios (locación de servicios o locatio conductio operarum): en éste el arrendador se obliga a trabajar o a prestar determinados servicios al arrendatario en forma, lugar y tiempo convenidos mediante un pago. El arrendatario está obligado a retribuir los servicios. Este tipo de contrato concluye por incumplimiento de obligaciones, por terminación de contrato o por la muerte.

Locación de obras (locatio conductio operis): en este contrato una persona se compromete con otra a realizar una obra o un trabajo determinado mediante el pago de un precio. Esto recae sobre el resultado de un trabajo, sobre el producto del mismo, ya acabado. Ejemplo: la confección de un traje o la construcción de una casa.

Los derechos y obligaciones que genera el arrendamiento son respecto del arrendador; el entregar al arrendatario el apartamento arrendado con todas sus pertenencias y además de estar en buen estado para su uso convenido, así como las condiciones óptimas de higiene y seguridad del inmueble, asimismo, otra de las obligaciones del arrendador consiste en conservar el apartamento arrendado en buen estado, salvo los deterioros normales por el uso que sufra el inmueble, pero haciendo todas las reparaciones necesarias tales como obras de mantenimiento, funcionalidad y seguridad del inmueble, también, otra obligación del arrendador consiste en no estorbar el uso del apartamento, salvo en reparaciones urgentes e indispensables, debiendo garantizar el uso o goce pacífico del apartamento por todo el tiempo del contrato, así como la entrega del apartamento se hará en el tiempo convenido.

Por su parte el arrendador durante la vigencia del contrato no puede modificar la forma del apartamento arrendado, intervenir en el uso legítimo del apartamento arrendado, salvo en casos urgentes e indispensables, en los casos de que el arrendador no cumpliera con hacer las reparaciones necesarias para el uso a que

esté destinada el apartamento, el arrendatario tiene la opción de recurrir ante un juez para que resuelva lo que en derecho corresponda o rescindir el arrendamiento.

Por su parte, en cuanto a los derechos y obligaciones del arrendatario los podríamos clasificar como a continuación se indican: debe satisfacer la renta en la forma y tiempo convenidos y responder de los perjuicios que el apartamento sufra por su culpa o negligencia, que ocurra mientras se sirve del apartamento, solamente puede darle el uso convenido o conforme a su naturaleza, pagar la renta desde el día en que reciba apartamento arrendado, aún cuando el contrato se hubiese celebrado con anterioridad, deberá pagar la renta en el lugar convenido; si no se hubiese pactado, en la casa o despacho del arrendatario, solo cuando por caso fortuito o fuerza mayor se impida totalmente al arrendatario el uso del apartamento arrendado, generalmente tendrá el derecho a no pagar la renta mientras dure el impedimento (total o parcialmente) y debe restituir el apartamento arrendado al terminar el contrato.

El arrendamiento puede darse por terminado cuando muere el arrendador o el arrendatario, siempre y cuando se hubiere pactado, o por haberse cumplido el plazo fijado en el contrato o, en su caso, por la ley, también puede terminarse el arrendamiento cuando existe el mutuo acuerdo de las partes, o cuando se advierte un vicio de la voluntad que genera una nulidad, por pérdida o destrucción total del

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

bien arrendado, por expropiación del apartamento arrendado hecha por causa de utilidad pública o por venta judicial.

Ambas partes pueden exigir el término del contrato, pero, el arrendador puede cuando existe falta de pago de la renta o cuando ésta no se paga en las fechas convenidas, asimismo, cuando el bien arrendado sea utilizado para fines distintos a los originalmente contratados, también el arrendador puede exigir el término del contrato cuando el arrendatario provoque daños graves al apartamento arrendado o por variar la forma del apartamento arrendado sin contar con el consentimiento del arrendador.

Por su parte el arrendatario puede exigir el término del contrato, cuando el arrendador no entregue el inmueble arrendado o lo entregue en condiciones inferiores a las pactadas, así como cuando se genere la pérdida total o parcial del apartamento arrendado (impedimento total o parcial del uso de lo arrendado), esto puede llegar a suceder en casos de incendio o remate de los derechos de propiedad del inmueble, en los casos de divorcio del régimen de sociedad conyugal y por la existencia de defectos o vicios ocultos de lo arrendado.

6.6.3 CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES.

Un contrato de prestación de servicios es un contrato mediante el cual una persona, normalmente un profesional en algún área, se obliga con respecto a otra a realizar una serie de servicios a cambio de un precio.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

Se trata de un contrato oneroso, y su diferencia con el contrato de compraventa consiste en que la contraprestación al pago del precio no es un bien tangible, sino la realización de una actividad.

En este tipo de contratos, cuando no hubiere habido convenio por escrito, los honorarios se regularán atendiendo justamente a las costumbre del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaron, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por arancel, éste servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados.

Una particularidad de este tipo de contratos es el hecho de que el que preste servicios profesionales, sólo es responsable hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito.

7. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

En México la concepción de los contratos administrativos, parte de la concepción de que los actos que realice el Estado adquieren el carácter de administrativos, lo cual, desde nuestra perspectiva consideramos incorrecto, ya que si bien han sido materia de estudio los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios del

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

sector público, también es cierto que, éstos han sido analizados de forma separada con relación a sus procesos de adjudicación, por lo que resulta necesario analizar de forma integral forma en la cual están regulados los contratos administrativos en la ley y el régimen de derechos y obligaciones al que están sujetos una vez que han sido formalizados, para poder estar en condiciones de determinar si su regulación es civil o administrativa.

7.1 CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Actualmente gran parte de la doctrina administrativa considera que los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios son contratos administrativos, esto bajo la concepción de que por ser el Estado uno de los contratantes, dichos contratos se encuentran sujetos a un régimen especial de derechos y obligaciones de carácter administrativo.

En estricto sentido el concepto de contrato administrativo es muy cuestionable, partiendo del simple hecho de que una de las partes sea el Estado, pues no puede presuponerse la naturaleza de un contrato por ese sólo hecho.

No se debe perder de vista que los contratos administrativos existen, pero no son aquellos por virtud de los cuales se adquieren, arrendan o contratan servicio, sino que son aquellos que regulan cuestiones eminentemente de derecho público, tal es el caso del contrato de concesión, mediante el cual regula la prestación de un servicio originalmente a cargo del Estado.

La concesión⁶ tiene por objeto la administración de los bienes públicos; mediante el uso, aprovechamiento, explotación, uso de las instalaciones, la construcción de obras, de nuevas terminales de cualquier índole sea marítima, terrestre o aérea de los bienes del dominio público del Gobierno, los objetivos de estos negocios radican en proporcionar servicios esenciales para el público, por ejemplo, la electricidad, el gas, el suministro de agua, la depuración de aguas residuales y las telecomunicaciones. Las concesiones públicas afectan a casi toda la infraestructura de los países desarrollados, ya que requieren grandes redes de distribución integradas, o la coordinación de muchos servicios esenciales como la red nacional del tendido eléctrico. Muchas concesiones públicas tienen una estructura de costos que se beneficia de la gran escala, puesto que los costos unitarios caen a medida que la red aumenta. Sin embargo, la existencia de estas redes suele provocar que las concesiones públicas se beneficien de un monopolio natural para dar ese servicio en el área donde operan.

Los contratos administrativos, sostiene la doctrina, son aquéllos celebrados por una Administración Pública, con alguna especialidad, pues hay contratos celebrados por una Administración Pública que deben considerarse privados. Se

⁶ Concesión. Autorización dada por la Administración Pública para que un particular a cambio del pago de un canon pueda explotar o hacer uso de un bien o un servicio público. Concesión de permiso de un individuo a otro para obtener la posesión de algo perteneciente al primero un depósito, un activo, caja, un servicio, etc. - sin pagar en el momento de recibirlo. Cualquier transferencia de bienes, Concesión En economía, una concesión es el otorgamiento del derecho de explotación por un lapso de tiempo determinado de bienes y servicios por parte de una empresa a otra, generalmente privada.

entiende que se rigen completamente por la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Una de las particularidades de todo contrato administrativo es que tiene que participar por lo menos un órgano estatal en ejercicio de función administrativa. Ahora bien, es la Ley la que define que se entiende propiamente por órgano estatal, que en determinadas circunstancias puede incluir entes no estatales de Derecho público interno.

7.2 CONTRATO PÚBLICO.

El contrato público es un tipo de contrato en el que al menos una de las partes es una Administración pública, cuando actúa como tal, y en el que está sometida a un régimen jurídico exorbitante del Derecho privado⁷ que coloca al contratante en una situación de subordinación jurídica frente a la Administración.

El concepto de contrato público⁸, a primera vista, no difiere del concepto de contrato en el Derecho privado, pero al ser el Estado (o una de sus

⁷ Derecho privado.- es la rama del Derecho que se ocupa preferentemente de las relaciones entre particulares. También se rigen por el Derecho privado las relaciones entre particulares y el Estado cuando éste actúa como un particular, sin ejercer potestad pública alguna (es, por ejemplo, el caso de las sociedades o empresas con personalidad jurídica propia creadas según las normas de Derecho mercantil y en las que el Estado o sus organismos autónomos ostenten un poder decisorio). El Derecho privado se suele contraponer al Derecho Público, que es la parte del ordenamiento jurídico que regula las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos y de los poderes públicos entre sí

⁸ Diferencias entre Derecho privado y Derecho público. Mientras que en el Derecho Público predomina la heteronomía y las normas de corte imperativo u obligatorio, en el Derecho Privado se hace prevalecer la autocomposición de los intereses en conflicto y las normas de corte dispositivo (normas que actúan en el caso de no haber acuerdo o disposición contractual previa entre las

Administraciones) una de las partes del mismo, tiene características propias. Puede definirse el contrato administrativo como aquel en que la Administración ejerce determinadas prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo.

Se podría decir que no todos los contratos administrativos son públicos, ni tampoco todos los contratos públicos son administrativos, ya que desde el punto de vista del derecho privado, la hipoteca es un contrato público pues se necesita forzosamente que para que surta efectos contra terceros se le de publicidad, mediante registro en el Registro Público de la Propiedad.

partes implicadas). Los sujetos en el Derecho Privado se suponen relacionados en posiciones de igualdad, al menos teórica. La típica relación de Derecho Público, en cambio, suele venir marcada por una desigualdad derivada de la posición soberana o imperium con que aparece revestido el o los organismos públicos (poderes públicos) que en ella interviene.



CAPÍTULO 2

ORIGEN CONSTITUCIONAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO

CAPÍTULO 2

ORIGEN CONSTITUCIONAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO

2.1 Base constitucional para el ejercicio de los recursos públicos.

El origen constitucional de la contratación pública en México se encuentra contenido en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al señalar que los recursos económicos de que dispongan cualquier ente del Estado para la satisfacción de sus objetivos debe ser administrado atento a los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, a fin de que el Estado adquiera bienes, arrendamientos o contrate servicios obteniendo las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

La disposición constitucional en estudio esta llena de una gran diversidad de aspectos jurídicos que deben considerarse para efecto de poder entender los alcances de la presente tesis, pues la interacción de disciplinas jurídicas reguladoras del Estado inciden propiamente en cuando a la administración de los recursos públicos, pues en sentido estricto, la administración de los recursos públicos con los que dispone el Estado se conoce como administración financiera, la cual se encarga primordialmente de recaudar los impuestos y pagar las deudas un Estado, deudas contraídas no solamente mediante empréstitos o endeudamientos, sino que involucra a todas aquellas obligaciones de pago que se

desprenden de los contratos de adquisiciones, arrendamiento y servicios que celebra el sector público necesarios para la consecución de sus objetivos. A esto se le deben sumar normas de aplicación, de regulación programáticas y presupuestarias que rigen la actividad del gasto público en un Estado.

Así que la administración de los recursos públicos, según se desprende del texto constitucional, debe ser atento a los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, pero no se debe atender a estos conceptos de forma ordinaria, pues al tratarse de recursos públicos a cargo del Estado, se busca que los procedimientos tendientes a realizar la contratación cumplan con dichos principios en beneficio del interés público⁹. Por lo tanto, al hablar de eficiencia en nuestra norma suprema, se refiere al uso racional de los recursos públicos con que una entidad del sector público cuenta presupuestados para alcanzar un objetivo predeterminado; esto atendiendo a los programas, estrategias y líneas de acción que lograr los objetivos trazados en el Plan Nacional de Desarrollo¹⁰, es decir, la eficiencia a la que se refiere el texto constitucional en estudio es el requisito para evitar o cancelar dispendios y errores en los procesos y procedimientos por los que se ejerce el gasto público con la finalidad de alcanzar

⁹ En el Diccionario Jurídico mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas, es posible encontrar una propuesta de definición que señala que se entiende por "Interés Público"; como "el conjunto de pretensiones relacionadas con la colectividad de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la protección directa y permanente del Estado".- Diccionario Jurídico Mexicano, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 1996, t. III, pag. 1779.

¹⁰ El Plan Nacional de Desarrollo se elabora durante los primeros seis meses de cada sexenio, siguiendo el mandato establecido en el artículo 26 de la Constitución y la reglamentación de la Ley de Planeación y es el documento en el que se fijan los objetivos, estrategias y prioridades para el desarrollo integral y sustentable del país.

los objetivos y metas programadas con el mínimo de recursos disponibles y tiempo, logrando su optimización.

Por su parte, la norma suprema al determinar que los recursos públicos con los que disponga el Estado deben administrarse de forma eficiente¹¹, impone la obligación a las entidades del sector público para que con base en el presupuesto programado y autorizado del que dispongan, logren el cumplimiento de los objetivos que se desean, a fin de dar cumplimiento a los compromisos marcados en el plan nacional de desarrollo, por lo que, hablar de eficacia en la administración de los recursos del Estado implica necesariamente el hecho de que el sector público deben lograr en el ejercicio fiscal los objetivos y las metas programadas.

Economía es la disciplina que estudia las relaciones sociales de producción, intercambio, distribución y consumo de bienes y servicios; pero el principio de economía establecido en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, atañe primordialmente a término barato, pues busca comprar al precio mas bajo¹², situación que genera una severa disminución en la calidad de

¹¹ La palabra **eficacia proviene** Del latín *efficacia* y consiste en la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.

¹² **barato, ta.** (De *baratar*). **1.** adj. Dicho de una cosa: Vendida, comprada u ofrecida a bajo precio.- Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, t. 2, Madrid, 2001, pag. 193.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

los bienes o servicios que contrata el Estado, pues no siempre el precio mas bajo es la mejor propuesta.

Otro de los conceptos manejados por el artículo 134 de la Constitución Federal es el de transparencia, el cual implica la obligación de que los entes del sector público realicen los procedimientos de adjudicación de forma clara y sin direccionamientos de ninguna clase a favor de algún determinado proveedor.

Por su parte el principio de honradez consagrado en el texto del artículo 134 constitucional tiene como propósito para que la administración y ejecución de los recursos públicos se realice con la rectitud de ánimo e integridad en el obrar de los servidores públicos encargados de llevar a cabo los procedimientos de adjudicación.

Asimismo, el artículo 134 de la Constitución federal no solo impone la obligación a los entes del sector público de administrar los recursos públicos bajo los principios antes mencionados, sino que también impone la obligación de que las contrataciones que realicen los entes del sector público, deban garantizar las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, pero dichas condiciones no pueden entenderse de forma aislada, pues guardan una íntima relación con los principios antes analizados.

Desde el punto de vista económico se denomina “precio” al valor monetario asignado a un bien o servicio; pero conceptualmente, se define como la expresión del valor que se le asigna a un producto o servicio en términos monetarios y de otros parámetros como esfuerzo, atención o tiempo; el precio ha sido mal entendido por el sistema jurídico mexicano, toda vez, que para efectos del artículo 134 no debe considerarse únicamente como sólo dinero, sino que el precio debe ser entendido como “valor”, el cual propiamente dicho, no únicamente versa en cuanto al costo financiero un producto tangible o servicio (intangibles), sino que debe ser entendido como un conjunto de percepciones y voluntades a cambios de ciertos beneficios reales o percibidos como tales, es decir, el precio debe ser entendido como el valor del bien o servicio, que es aquel que no solo se mide monetariamente sino que puede ser ponderado conforme a su proceso de manufactura, disposición en el mercado, garantía, tiempo de entrega, atención del proveedor, etc., lo que implica que muchas veces que los beneficios pueden cambiar o dejar de serlo, pues un bien puede ser monetariamente muy barato, por su bajo nivel de calidad en las materias primas empleadas para su elaboración, o bien, muy caro por el costo de las materias primas utilizadas en su elaboración, así, encontramos que adquirir un toner para impresora nuevo directo del fabricante, tendrá un mayor costo que adquirir un toner reciclado de un remanufacturero, pues el primero implica la inversión en materias primas nuevas que garantizan la óptima funcionalidad del toner requerido, en tanto que el remanufacturero lo único que invierte es en la refacción que sustituye para que el bien vuelva a funcionar, pero su proceso no involucra un proceso de producción

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

que obviamente abate costos, en tanto que el fabricante siempre esta sujeto a efectuar el proceso de producción para obtener bienes nuevos, por lo que es necesario entender el precio como el valor de un producto o servicio.

Ahora bien, con anterioridad comentamos que los conceptos y principios visibles en el texto constitucional analizado se encuentran íntimamente vinculados entre sí, y esto lo podemos observar, partiendo del ejemplo expuesto en líneas anteriores, donde el remanufacturero ofrece un bien que no es nuevo que puede llegar a cumplir con los estándares de calidad de los bienes ofertados, pero entendiendo a la condición de calidad exigida por el texto constitucional, podemos entender que los bienes o servicios que contraten los entes del sector público deben cumplir con los requisitos, ya sea que estos sean explícitos o implícitos, para la satisfacción de la necesidad del Estado. Diferentes clientes pueden tener diferentes conjuntos y niveles de requisitos respecto de una misma categoría de productos o servicios. Es por ello que la definición de requisitos, debe realizarse por el cliente en los contratos que celebran los entes del sector público. Y para ello, antes de definir los requisitos de un producto, debe necesariamente definirse la necesidad que el Estado habrá de satisfacer. En sí, la calidad se define también como el conjunto de las características de un producto o servicio que cumplen con las expectativas del Estado para el cual fueron diseñados, satisfaciendo sus necesidades y expectativas.

En razón de lo anterior, es preciso señalar que en cuanto el precepto constitucional en estudio dispone que el estado debe garantizar las mejores condiciones financieras, se refiere propiamente a la necesidad de ampliar el plazo para cumplir con sus obligaciones de pago, esto quizás pueda sonar absurdo al tratarse de un ente del sector público, que por el simple hecho de pertenecer al Estado se entiende que goza de solvencia garantizada, pero el concepto de financiamiento no debe entenderse desde su finalidad que es dotar a alguien de dinero, pues el financiamiento al que se refiere el artículo 134, es aquél que se refiere a la posibilidad de cumplir por parte del ente del sector público con las normas presupuestarias y de control del ejercicio del gasto público, así como de las políticas y lineamientos diversos que existen en materia de ejecución del gasto público. Por lo tanto, las condiciones financieras no deben ser entendidas como el hecho de financiar al Estado, sino en el sentido presupuestario del control del gasto público en busca de obtener las mejores condiciones de pago (crédito), ofertadas por los interesados.

Las condiciones de oportunidad obedecen a la rentabilidad que tendría una inversión, considerando el riesgo aceptado por parte de los interesados en vender un bien o prestar un servicio, pues la posibilidad de que en un procedimiento de adjudicación se permita a los interesados ofertar libremente los bienes, garantiza abatir costos a favor del Estado.

2.2 Tratados Internacionales.

El régimen de contratación de los entes del sector público no solo se encuentra regulado en el ámbito nacional en nuestra Constitución federal, sino que también está regulado por las disposiciones internacionales que el titular del ejecutivo federal ha suscrito con la aprobación del Senado. Disposiciones que en el Estado Mexicano se les denomina tratados internacionales¹³, y los cuales son considerados por nuestro sistema jurídico mexicano como norma suprema de la unión, pues el reconocimiento que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hace en el artículo 133¹⁴ respecto de que dichas disposiciones deben ser consideradas como la Ley Suprema de la Unión, hace que resulten obligatorias y exigibles todas aquellas convenciones celebradas por el Estado Mexicano.

Aun y cuando la supremacía constitucional¹⁵ no es en si mismo el tema central de la presente tesis, es importante entender éste punto para poder conocer la

¹³ Un **tratado internacional** es un acuerdo escrito entre ciertos sujetos de Derecho internacional y que se encuentra regido por éste, que puede constar de uno o varios instrumentos jurídicos conexos, y siendo indiferente su denominación. Como acuerdo implica siempre que sean, como mínimo, dos personas jurídicas internacionales quienes concluyan un tratado internacional.

¹⁴ **Artículo 133.-** Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, **serán la Ley Suprema de toda la Unión**. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

¹⁵ La Supremacía Constitucional es un principio teórico del derecho constitucional que postula, originalmente, ubicar a la Constitución de un país jerárquicamente por encima de todas las demás normas jurídicas, internas y externas, que puedan llegar a regir sobre ese país. Esto incluye a los

repercusión que tiene el hecho de identificar claramente el régimen de derechos y obligaciones al que están sujetos los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios celebrados por los entes del sector público, pues es entendible que si un contrato se adjudica con base en las disposiciones internas de un país, éste queda sujeto al régimen nacional del país, pero tratándose de las contrataciones adjudicadas mediante disposiciones de orden internacional es claro que están supeditadas a un régimen internacional de derechos y obligaciones.

Los cambios que el sistema jurídico mexicano sufrió en la década de los noventa fueron de gran trascendencia para entender el moderno sistema globalizado, pues a partir de 1990 México presentó diversas modificaciones a su régimen interno que le permitieron incorporarse al actual mundo globalizado; uno de los hechos más significativos que incorporó a México en el mundo Globalizado fue la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en el año de 1994, con el cual se dio la apertura de los mercados de Canadá, Estados Unidos de Norte América y México. Si bien el conocido T.L.C. no fue el primer tratado de libre comercio suscrito por el Estado mexicano, es el que más ha impactado en la economía nacional por haber sido celebrado con la primera potencia económica del mundo, como lo es Estados Unidos, pues en dicho tratado internacional existe un rubro particular que regula las contrataciones públicas internacionales, amén de que es

tratados internacionales ratificados por el país y cuyo ámbito de aplicación pueda ser también sobre las relaciones jurídicas internas.

importante considerar si los tratados internacionales se sujetan al régimen interior del país que los celebra o quedan supeditados a un régimen internacional.

Como consecuencia natural de la celebración de tratados internacionales, en México el Estado, en sus tres niveles y ámbitos de Gobierno es el primer obligado en cumplir con lo dispuesto en dichas convenciones internacionales, pero en la realidad práctica encontramos un evidente desconocimiento de parte de los servidores públicos encargados de realizar los procedimientos de adjudicación en los entes del sector público, pues en un ejercicio de sondeo practicado para la complementación de la presente tesis, se descubrió que el cien por ciento de los encuestados desconocen los tratados internacionales que en materia de libre comercio tiene firmados México y peor aun, mucho menos saben cuales contemplan un apartado que regula las compras del sector público y cuales no, por lo que a continuación enlistamos los tratados internacionales en que México forma parte y destacamos los que contemplan un apartado específico que regula los procedimientos de contratación pública internacional que resultan obligatorios, en términos de lo dispuesto por el artículo 133 de nuestra Carta Magna y que deben ser aplicados por los encargados de llevar a cabo los procedimientos de adjudicación de contratos, pues es importante entender si dichos contratos están sujetos a un régimen de derechos y obligaciones nacional o supranacional¹⁶.

¹⁶ supranacional.1. adj. Dicho de una entidad: Que está por encima del ámbito de los gobiernos e instituciones nacionales y que actúa con independencia de ellos.

De lo antes señalado es que considero importante mencionar los tratados internacionales que existen y que en su contenido prevé un capítulo que regula las compras del sector público los cuales se enuncian como a continuación se refiere.

1. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte en su Cuarta Parte prevé tres procedimientos de adjudicación de Contratos

- A) Licitación Pública Abierta.
- B) Licitación Selectiva.
- C) Licitación Restringida.

2. El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Bolivia, en su Quinta Parte señala tres procedimientos de adjudicación de contratos.

- A) Licitación Pública Abierta.
- B) Licitación Selectiva.
- C) Licitación Restringida.

3. El Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos, no prevé compras del sector público en su texto, por lo que, al no quedar regulado este apartado en dicha convención, no es

aplicable a la materia que nos ocupa, pero es importante conocer que existe en materia de libre comercio.

4. El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica, en su Quinta Parte dispone tres procedimientos para la adjudicaciones de contratos de compras del Sector Público que son:

- A) Licitación Pública Abierta.
- B) Licitación Selectiva.
- C) Licitación Restringida.

5. El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Estado de Israel, en su Capítulo VI, establece tres procedimientos internacionales de contratación del sector público.

- A) Licitación Pública Abierta.
- B) Licitación Selectiva.
- C) Licitación Restringida.

6. El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Nicaragua, en su Quina Parte prevé los procedimientos de adjudicación de contratos siguientes:

- A) Licitación Pública Abierta.
- B) Licitación Selectiva.
- C) Licitación Restringida.

7. El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela, en su Capítulo XV, regula las compras del Sector Público conforme a los siguientes procedimientos:

- A) Licitación Pública Abierta.
- B) Licitación Selectiva.
- C) Licitación Restringida.

8. El Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y La Comunidad Europea y sus Estados Miembros, en su Título V, no prevé directamente un procedimiento de licitación pública, pues dicha facultad la confiere en un Consejo Conjunto, por lo que, se debe de considerar que existe la regulación de compras del sector publico de los estados contrastes sujetos a un régimen supranacional.

9. El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de el Salvador, Guatemala y Honduras, no prevé Compras del

Sector Público, por lo que no existe la obligación de sujetarse a dicho Tratado para efectos de las contrataciones del Sector Público.

10. Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados de la Asociación Europea de libre Comercio, establece en su Capítulo V, artículo 56 que los procedimientos se rigen conforme a las disposiciones del anexo XVIII, por lo tanto, al estar contenido en dicho anexo este tipo de contrataciones del Sector Público es necesario que el Estado Mexicano cumpla con estas disposiciones.

Por último es importante señalar que en materia internacional los procedimientos para contratación con el sector público siempre son a través de licitación contemplando tres diferentes matices, las licitaciones abiertas¹⁷, las selectivas¹⁸ y las restringidas¹⁹.

2.3 Procedimiento constitucional para la adjudicación de contratación.

El artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las adquisiciones, arrendamientos, contratación de servicio y obras

¹⁷ Procedimientos de licitación abierta: Los procedimientos en los que todos los proveedores interesados pueden presentar ofertas.

¹⁸ Procedimientos de licitación selectiva: Los procedimientos en que pueden presentar ofertas los proveedores a quienes la entidad invite a hacerlo.

¹⁹ **Procedimientos de licitación restringida:** Los procedimientos mediante los cuales una entidad de una de las partes, se comunica individualmente con proveedores, sólo en las circunstancias previstas en los propios Tratados.

públicas se adjudicaran por regla general a través de licitación pública, pero no se debe perder de vista que el citado artículo únicamente dispone lo referente al procedo de adjudicación, mas nunca hace mención al régimen de derechos y obligaciones al que estarán sujetos dichos contratos; de ahí que, resulta sumamente importante conocer y entender el alcance del procedimiento de licitación pública previsto en el artículo 134 constitucional, para determinar si dicho procedimiento rige los derechos y obligaciones del contrato adjudicado, para lo cual, es necesario conocer cuales son las etapas de los procedimientos de licitación pública.

Como ya hemos analizado, la licitación es por regla general el procedimiento reconocido por la Constitución para la adjudicación de contratos de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas; pero debemos tener presente que este procedimiento está regulado por un nutrido número de disposiciones que inciden de forma directa o indirecta en las contrataciones que el sector público realiza.

Por lo tanto, a continuación analizaremos el trámite de la licitación pública, pero no únicamente desde la publicación de la convocatoria y hasta la firma del contrato, sino que analizaremos los pasos previos y posteriores a éstos.

La licitación involucran tres momentos o fases, el primero de ellos, conocido como preparatorio o de planeación, consiste en la preparación del expediente técnico que realizan las áreas responsables de efectuar la licitación; el segundo momento,

conocido como procesal, consiste en llevar a cabo el procedimiento administrativo marcado en la ley para adjudicar un contrato y, el tercer momento, conocido como ejecución de contrato, consiste en el cumplimiento de los derechos y obligaciones a cargo de las partes contratantes, lo cual es propiamente el objeto de la presente tesis, por lo que a continuación abordaremos de forma cronológica cada uno de éstos, para contar con los elementos necesarios de convicción que nos permitan conocer el régimen jurídico del los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público.

En la primer fase, los entes del sector público previo a publicar una convocatoria para llevar a cabo alguna licitación deben integrar un expediente técnico en el que se incorpore la solicitud de contratación²⁰ del área solicitante con la finalidad de que se pueda conocer, si cuenta con autorización presupuestal para realizarla, por lo que, una vez que se conoce que la partida presupuestal cuenta con recursos suficientes para convocar una licitación, el área responsable de realizar los procedimientos de adjudicación debe proceder a elaborar un estudio de mercado, a efecto de que el área responsable de la contratación pueda saber cual es el costo por unidad de los bienes requeridos, esto es de suma importancia para las áreas encargadas de la contratación, pues con dicha información se le permite, por una parte, determinar cual será el monto del presupuesto que se requiere para satisfacer la contratación solicitada y, por otro lado, las condiciones de precio que

²⁰ La palabra requisición, aun que obedece básicamente al régimen militar, comúnmente es utilizado por las áreas encargadas de efectuar los procesos de adjudicación como sinónimo de solicitud de contratación.

prevalecen en el mercado respecto de los bienes o servicios solicitados, esto es de suma importancia en el segundo momento, pues en caso de que los bienes o servicios ofertados estén por encima del precio en el mercado el procedimiento puede ser decretado como desierto, por no ser satisfactorias las propuestas ofertadas; así que, una vez que se cuenta con el estudio de mercado el área responsable de realizar la contratación, solicite al área de finanzas de la entidad, se aparte el techo presupuestal suficiente que soporte la licitación y se procede a la elaboración de las bases y convocatoria.

La elaboración de las bases de licitación o pliego de condiciones, es una de las etapas mas importantes de la primer fase, pues son la fuente principal de los derechos y obligaciones de la administración pública y sus contratantes²¹, en ellas se establecen los requisitos administrativos, económicos, legales y técnicos que habrán de cumplir los interesados; asimismo, se establece el calendario de actividades y las formalidades legales a las que estará sujeta la licitación tales como días, horas y forma en la que se desarrollaran los eventos, por lo que una vez que el área responsable de efectuar el procedimiento tiene debidamente integradas las bases, procederá a publicar la convocatoria, con lo cual se dará inicio al segundo momento o fase de la licitación, que a continuación analizaremos.

²¹ López Elías, José Pedro.- Aspectos jurídicos de la licitación pública en México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, primera edición, México, 1999. p. 45.

La segunda fase consiste en el desarrollo del proceso de licitación, el cual inicia con la publicación de la convocatoria y concluye con la firma del contrato²². A partir de la publicación de la convocatoria inicia el procedimiento administrativo de adjudicación de contrato y es donde se hace del conocimiento de los particulares los bienes, arrendamientos o servicios que habrá de contratar la entidad pública, así como la fecha, hora y lugar donde tendrán verificativo los actos de la licitación, cabe destacar que a partir de la fecha de publicación de la convocatoria se ponen a disposición de los interesados las bases de licitación, con la finalidad de que las puedan consultarlas para determinar si se encuentran en posibilidades de cumplir con los requisitos administrativos, económicos, legales y técnicos contenidos en ellas.

Dentro de la convocatoria se establece un periodo para venta o adquisición de las bases, es decir, se establece un período en el cual los interesados pueden pagar el derecho a participar en la licitación, dicho período de compra de bases, debe comprender incluso fechas posteriores a la junta de aclaraciones, pues en muchas de las ocasiones las bases de licitación que se ponen a disposición de los interesados cuentan con errores técnicos en las especificaciones, o necesidades del servicio erróneas o que no son susceptibles de poder cumplir, ya que las áreas encargadas de llevar a cabo la elaboración de las bases no es experta en ellos.

²² El artículo 26 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público establece en su tercer párrafo que: “La licitación pública inicia con la publicación de la convocatoria y, en el caso de invitación a cuando menos tres personas, con la entrega de la primera invitación; ambos procedimientos concluyen con la firma del contrato”, D.O.F., 4 de enero del 2000.

Una vez llegado el momento y según la fecha establecida en la convocatoria, se efectúa la junta de aclaraciones a las bases de la licitación, donde la convocante²³ inicia regularmente con la lectura de las aclaraciones que tiene a las bases de licitación para corregir los posibles errores administrativos, económicos, legales o técnicos de las bases de licitación, ésta etapa es una de las mas importantes para los interesados, pues es el único momento donde el Estado concede a los interesados la garantía de audiencia dentro del procedimiento de adjudicación, toda vez que, es la única etapa del procedimiento, donde los interesados o participantes pueden hacer uso de la voz y del derecho de replica mediante la formulación de preguntas de las bases de licitación y de repreguntas hechas a las respuestas dadas por la convocante. Esta etapa se caracteriza por que las repuestas dadas por el ente convocante modifican, en su caso, el contenido original de las bases de licitación publicadas, por lo que una vez concluida la junta de aclaraciones, las modificaciones en ella efectuadas son obligatorias para los interesados.

Habiendo concluido la celebración de la junta de aclaraciones, el procedimiento continúa con el acto de presentación y apertura de proposiciones, donde la convocante procede a recibir los sobres de los participantes y abrirlos con la finalidad de realizar una revisión cuantitativa²⁴ de los requisitos administrativos,

²³ Convocante: término con el que se define regularmente en las bases de licitación a la entidad del sector público que publicó la convocatoria.

²⁴ Cuantitativo. del latín “quantitas, -ātis”.- adj. Perteneciente o relativo a cantidad; En el procedimiento licitatorio el análisis cuantitativo, tiene como finalidad determinar si la propuesta

económicos, legales y técnicos establecidos en las bases de licitación, esta revisión tiene como propósito que la entidad convocante conozca si el participante cumplió o no con el número de requisitos solicitados, ya que si cumplió, la convocante procede al análisis cualitativo de las propuestas presentadas, pero si no cumplió procede a su descalificación conforme a los criterios establecidos en las bases de licitación.

De las propuestas que no hubieren sido desechadas en la etapa de inscripción y apertura de sobres, la entidad convocante procede a efectuar el análisis cualitativo²⁵ desechando las propuestas que no cumplen en su contenido con los requisitos administrativos, económicos, legales y técnicos solicitados en las bases de licitación, claro ejemplo de este tipo de revisión o análisis lo podemos encontrar cuando en las bases de licitación quedó establecido que se requería una garantía de dos años y, el participante en su propuesta oferta un año de garantía, lo cual, si bien cumple con el requisito de forma cuantitativa, el caso es que, no cumple de forma cualitativa, pues la cualidad que se requería para considerar la propuesta solvente, era que el participante ofertara dos años de garantía y no uno.

Una vez analizadas cuantitativa y cualitativamente las propuestas técnicas y económicas presentadas por los participantes, la convocante procede a dictar el

presentada por el participante cumple con el número de requisitos solicitados en las bases de la licitación sin entrar al estudio de su contenido o cualidad de cada uno de estos.

²⁵ Cualitativo, va. (Del lat. *qualitativus*). 1. adj. Que denota cualidad.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

fallo de la adjudicación atendiendo a los criterios establecidos en los bases, citando a los participantes para que en junta pública se de les dé a conocer.

Por último, el participante adjudicado deberá suscribir dentro del término de 20 días el contrato respectivo, en caso de que por razones no imputables al adjudicado no se firme el contrato dentro de dicho plazo, el plazo se prorrogará, hasta en tanto el ente convocante tenga listo el contrato respectivo, pero en caso de que por razones imputables al participante adjudicado, no se presente a formalizar el contrato dentro de los veinte días siguientes a la fecha del fallo de la adjudicación, la convocante podrá adjudicar el contrato a la propuesta solvente mas baja que le siga, siempre y cuando no rebase el 10% del precio originalmente contratado, pues en caso contrario deberá declarar desierta la licitación y convocar a una nueva licitación, de lo contrario, y si no surge contratiempo y se formaliza el contrato, el procedimiento de licitación termina y con ello se dá por terminado el segundo momento o fase de este procedimiento.

Ahora bien, el inicio de la tercera fase o momento al que nos hemos referido, inicia con la firma del contrato y termina con el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y obligaciones en él contenidos, la particularidad de esta fase y que constituye el tema central de la presente tesis, parte de este tercer momento, por lo que para efecto de cumplir con el presente apartado, únicamente haremos referencia a donde inicia y donde termina esta fase, reservándonos su análisis para el capítulo respectivo.



CAPITULO 3

MARCO LEGAL QUE REGULA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO

CAPITULO 3

MARCO LEGAL QUE REGULA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO

3.1 ANÁLISIS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EXCEPCIÓN.

Para poder entender cual es el alcance de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, es importante entender el significado de “adjudicar”, pues desde el texto constitucional previsto en el artículo 134, se establece que las adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas se **adjudicarán** por regla general, mediante licitación pública, por lo tanto, es importante comprender el término adjudicar, pues, en sí mismo es el que delimita el alcance de una de las leyes reglamentarias del artículo 134, pues en su concepto elemental consiste en declarar que una cosa corresponde a una persona, o conferírsele en satisfacción de algún derecho²⁶, por lo que, para efecto de nuestro tesis, la adjudicación la debemos entender como el acto por el cual la autoridad convocante declara el derecho de celebrar un contrato con el participante que haya cumplido con todos y cada uno de los requisitos exigidos en las bases de licitación, pues la única finalidad de la Ley es regular las condiciones, mediante las cuales se realizará el procedimiento que permita garantizar al Estado las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad financiamiento y oportunidad.

²⁶ Idem, p. 32, t.I

Tal y como dispone la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 134, en esta Ley se establecen los casos de excepción a la licitación pública, de donde destaca el procedimiento de invitación a cuando menos tres personas, el cual es un procedimiento que celebra los entes del sector público, mediante oposición de proposiciones para determinar la mayor capacidad técnica, económica y financiera de cuando menos tres propuestas, por lo tanto, la invitación a cuando menos tres personas puede llegar a ser totalmente distinto a la licitación pública, pues éste, puede ser reglamentado de forma distinta en cada entidad; en este procedimiento se rompe con el común denominador de las licitaciones públicas, pues aquí no se da la libre concurrencia, sino que la intervención de los interesados es selectiva y discrecional, pues queda al arbitrio de la entidad convocante el invitar o no a determinado proveedor.

Este tipo de procedimientos de contratación denominados de excepción, tiene que ver propiamente con aquellos casos en donde por la naturaleza de determinadas circunstancias o por la urgencia o necesidad de contar con los bienes o servicios, el Estado no puede realizar un proceso de licitación, por razones de tiempo, claro ejemplo de ello lo encontramos en las contrataciones que se efectúan en caso de desastres naturales donde el número de damnificados es muy elevado y se les tiene que dotar de agua, cobijas, alimento, hospedaje, medicamento, etc., para hacer frente a dicha contingencia, es cuando este tipo de procedimientos es viable y resulta plenamente aplicable para satisfacer las necesidades del Estado.

Asimismo, el marco legal que regula las adquisiciones, arrendamientos y contratación de servicios del sector público prevé también como caso de excepción a la celebración de licitación pública, el procedimiento de adjudicación directa, el cual constituye el modo mas simple de celebrar contratos, precisamente porque en si mismo este procedimiento requiere menos requisitos a los entes del sector público para realizar la contratación, pues, queda bajo la estricta responsabilidad del titular de la dependencia contratante; en este procedimiento de adjudicación los entes del sector público gestionan directamente con los particulares la posibilidad de llegar a un acuerdo conveniente para las partes sin necesidad de convocar a la libre concurrencia a que se refiere a licitación pública, este procedimiento de adjudicación de contratos no debe confundirse con el principio de libre elección, pues este último refiere a la libertad de la entidad convocante para decidir respecto de distintas ofertas aun y cuando los precios sean desproporcionales entre sí, pues la libre elección obedece a la ponderación de las ofertas en relación al costo beneficio, tan es así que, una oferta puede ser muy económica desde el punto de vista monetario, pero ello puede ser a consecuencia de que el periodo de entrega es superior al ofertado por un participante que oferte un periodo de entrega inmediata. El procedimiento de adjudicación directa se encuentra contenido como un procedimiento de excepción a la licitación pública y este es factible realizarlo, cuando se encuentran con derechos exclusivos de patentes, marcas registradas, licencias de explotación u

obras de arte, por solo mencionar algunos de los supuestos, pero aun y cuando puede sonar atractivo en Mexico existe un tope presupuestal para realizarlo.

La aplicación de los procedimientos de excepción previstos en la Ley de Adquisiciones, queda sujeta a un catálogo de casos previsto en el artículo 41, al que deben sujetarse las dependencias y entidades, bajo su estricta responsabilidad, para poder contratar adquisiciones, arrendamientos y servicios, sin sujetarse al procedimiento de licitación pública, este catálogo señala los siguientes supuestos:

- I. Por tratarse de obras de arte, o de bienes y servicios para los cuales no existan alternativos o sustitutos técnicamente razonables, el contrato sólo pueda celebrarse con una determinada persona porque posee la titularidad o el licenciamiento exclusivo de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos;
- II. Peligro o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país como consecuencia de caso fortuito o de fuerza mayor;
- III. Existan circunstancias que puedan provocar pérdidas o costos adicionales importantes, debidamente justificados;

- IV. Se realicen con fines exclusivamente militares o para la armada, o sean necesarias para garantizar la seguridad nacional, de acuerdo con lo que establece la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental;
- V. Derivado de caso fortuito o fuerza mayor, no sea posible obtener bienes o servicios mediante el procedimiento de licitación pública en el tiempo requerido para atender la eventualidad de que se trate, en este supuesto las cantidades o conceptos deberán limitarse a lo estrictamente necesario para afrontarla;
- VI. Se hubiere rescindido el contrato respectivo por causas imputables al proveedor que hubiere resultado ganador en una licitación. En estos casos la dependencia o entidad podrá adjudicar el contrato al licitante que haya presentado la siguiente proposición solvente más baja, siempre que la diferencia en precio con respecto a la propuesta que inicialmente hubiere resultado ganadora no sea superior al diez por ciento. Tratándose de procedimientos de contratación en los que se hayan considerado puntos y porcentajes como método para la evaluación de las proposiciones, se podrá adjudicar a la propuesta que siga en calificación a la del ganador.

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- VII.** Se realicen dos licitaciones públicas que hayan sido declaradas desiertas, siempre que no se modifiquen los requisitos esenciales señalados en las bases de licitación;

 - VIII.** Existan razones justificadas para la adquisición o arrendamiento de bienes de marca determinada;

 - IX.** Se trate de adquisiciones de bienes perecederos, granos y productos alimenticios básicos o semiprocesados, semovientes y bienes usados. Tratándose de estos últimos, el precio de adquisición no podrá ser mayor al que se determine mediante avalúo que practicarán las instituciones de crédito o terceros habilitados para ello conforme a las disposiciones aplicables;

 - X.** Se trate de servicios de consultorías, asesorías, estudios, investigaciones o capacitación, debiendo aplicar el procedimiento de invitación a cuando menos tres personas, entre las que se incluirán instituciones de educación superior y centros de investigación. Si la materia de los servicios se refiriese a información reservada, en los términos establecidos en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, podrá autorizarse la contratación mediante adjudicación directa;

- TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS
- XI.** Se trate de adquisiciones, arrendamientos o servicios cuya contratación se realice con campesinos o grupos urbanos marginados y que la dependencia o entidad contrate directamente con los mismos, como personas físicas o morales;
 - XII.** Se trate de adquisiciones de bienes que realicen las dependencias y entidades para su comercialización o para someterlos a procesos productivos en cumplimiento de su objeto o fines propios expresamente establecidos en el acto jurídico de su constitución;
 - XIII.** Se trate de adquisiciones de bienes provenientes de personas que, sin ser proveedores habituales, ofrezcan bienes en condiciones favorables, en razón de encontrarse en estado de liquidación o disolución, o bien, bajo intervención judicial;
 - XIV.** Se trate de servicios profesionales prestados por una persona física, siempre que éstos sean realizados por ella misma sin requerir de la utilización de más de un especialista o técnico;
 - XV.** Se trate de servicios de mantenimiento de bienes en los que no sea posible precisar su alcance, establecer las cantidades de trabajo o determinar las especificaciones correspondientes;

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

XVI. El objeto del contrato sea el diseño y fabricación de un bien que sirva como prototipo para efectuar las pruebas que demuestren su funcionamiento. En estos casos la dependencia o entidad deberá pactar que los derechos sobre el diseño, uso o cualquier otro derecho exclusivo, se constituyan a favor de la Federación o de las entidades según corresponda. De ser satisfactorias las pruebas, se formalizará el contrato para la producción de mayor número de bienes por al menos el veinte por ciento de las necesidades de la dependencia o entidad, con un plazo de tres años;

XVII. Se trate de equipos especializados, sustancias y materiales de origen químico, físico químico o bioquímico para ser utilizadas en actividades experimentales requeridas en proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico, siempre que dichos proyectos se encuentren autorizados por quien determine el titular de la dependencia o el órgano de gobierno de la entidad;

XVIII. Se acepte la adquisición de bienes o la prestación de servicios a título de dación en pago, en los términos de la Ley del Servicio de Tesorería de la Federación, y

XIX. Las adquisiciones de bienes y servicios relativos a la operación de instalaciones nucleares.

Así, podemos establecer que los procedimientos de invitación a cuando menos tres personas y adjudicación directa, por ser procedimientos de excepción a la licitación pública no significa que estos puedan ser aplicados indiscriminadamente por los entes del sector público, sino que deben estar encuadrados forzosamente en una de las hipótesis antes mencionada.

3.2 EL ALCANCE JURÍDICO DE LA LEY DE ADQUISICIONES FEDERAL.

En este apartado analizaremos de forma general el contenido de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público con la finalidad de conocer si en su texto se encuentra regulado el régimen de derechos y obligaciones al que están sujetos los contratos que son adjudicados con base en dicha norma.

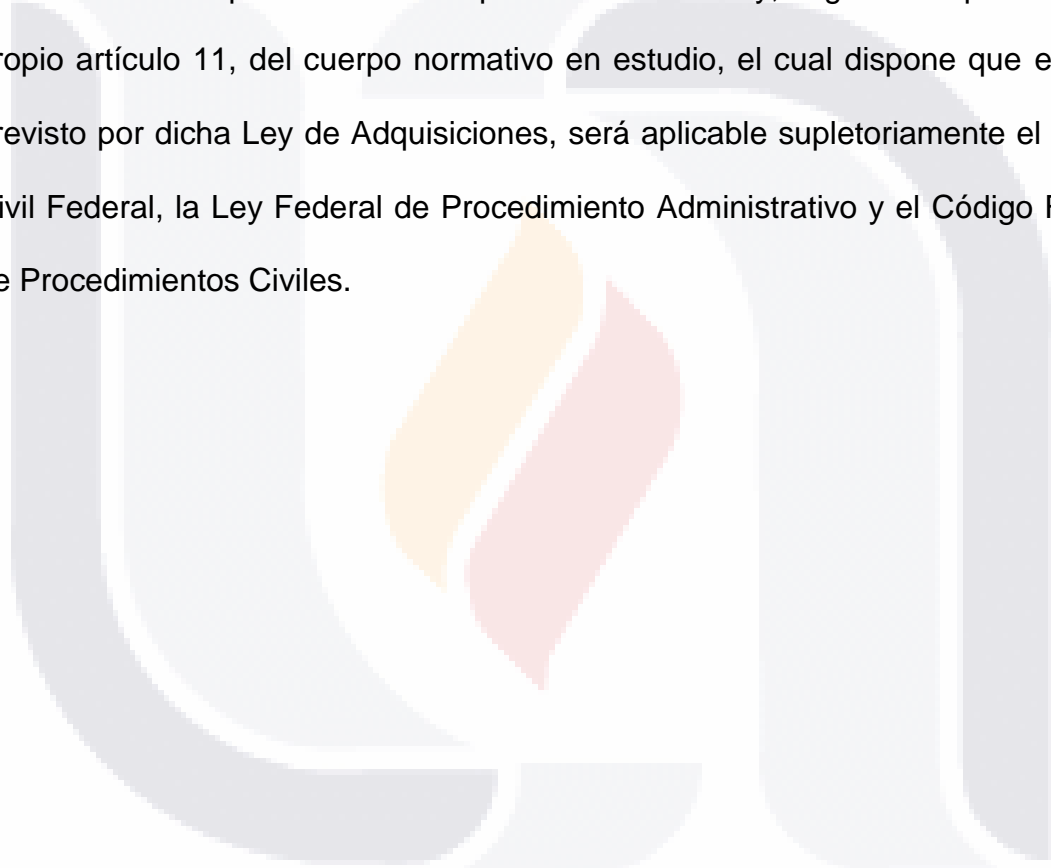
Partiendo de la concepción de que los contratos que celebra el Estado con base en los procedimientos de adjudicación previstos en la ley en estudio son contratos administrativos, se deben considerar que éstos deben estar sujetos a un régimen especial de derechos y obligaciones contenido en la norma administrativa, pues para estar en condiciones de clasificar a los contratos de adquisiciones, arrendamientos o servicios como contratos administrativos, es porque existe un

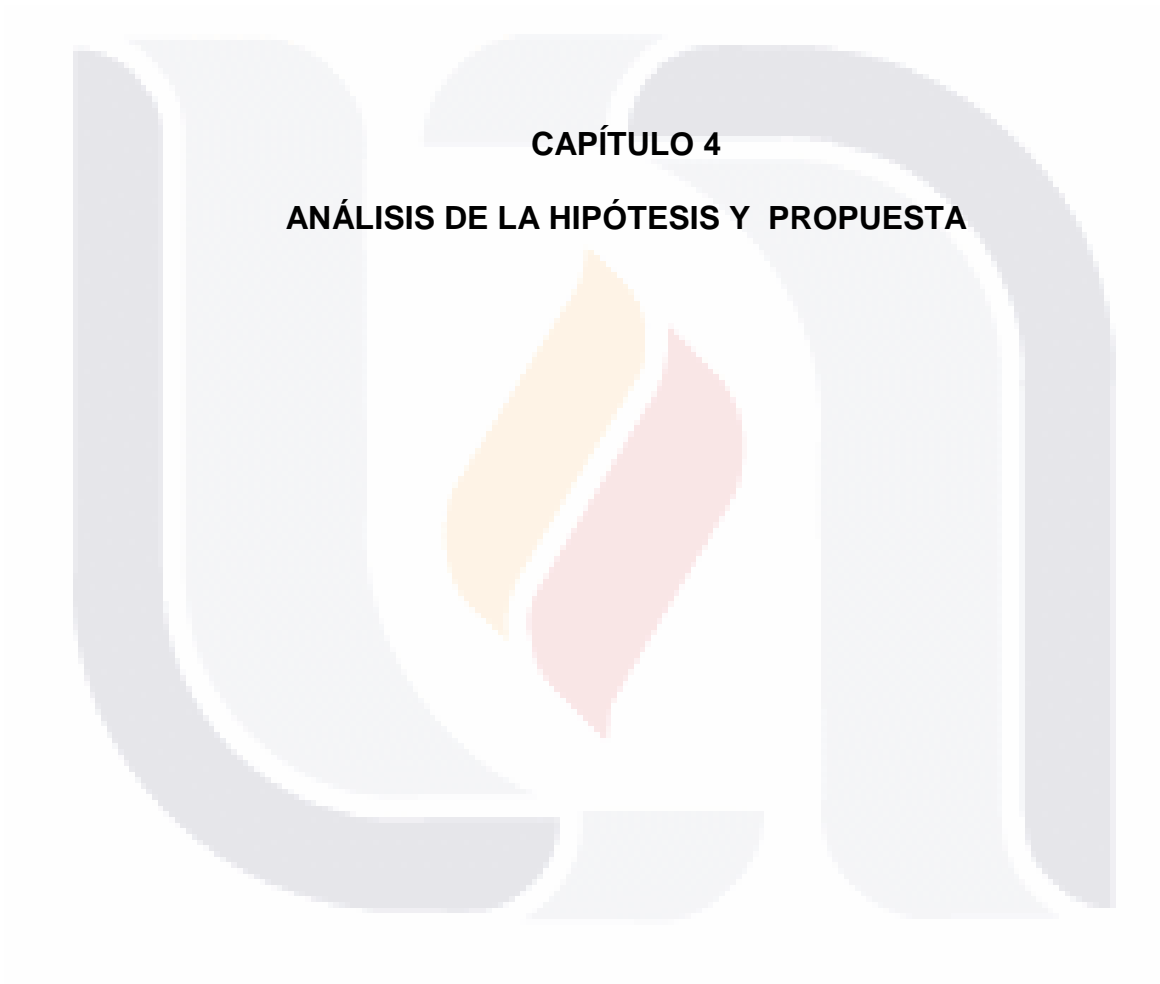
TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

régimen especial en la norma administrativa que regula los derechos y obligaciones que derivan de esos contratos y no únicamente regulan el procedimiento mediante el cual se determina quien es la persona apta, a juicio del Estado, para celebrar el contrato, lo cual, no es suficiente para nominar a éstos como contratos administrativos, pues, en esencia en ningún apartado o artículo de la ley se hace referencia al régimen de derechos y obligaciones al que están sujetos.

Si se hace un análisis del contenido general de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público es evidente que no establece dentro de su estructura ningún elemento tendente a regular el régimen de derechos y obligaciones de estos contratos, pues únicamente refiere cuestiones administrativas en cuanto a la planeación, programación, presupuestación, procedimientos de contratación y sus excepciones, condiciones generales que se deben de observar en la adjudicación de contratos, información y verificación de la información y de los actos regulados por dicha ley, sus infracciones y sanciones, medios de impugnación y procedimientos de resolución de conflictos, pero en ningún momento se establece un capítulo que regule el régimen de derechos y obligaciones de este tipo de contratos.

Lo anterior es de suma importancia para entender el alcance de la presente tesis, pues, ninguna disposición contenida en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público prevé lo relativo a la capacidad, representación, consentimiento, vicios del consentimiento, objeto, forma, interpretación o declaración de la voluntad, lo cual queda sometido en su totalidad al régimen civil, de acuerdo a la aplicación de la supletoriedad de la ley, según lo dispuesto por el propio artículo 11, del cuerpo normativo en estudio, el cual dispone que en lo no previsto por dicha Ley de Adquisiciones, será aplicable supletoriamente el Código Civil Federal, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos Civiles.





CAPÍTULO 4

ANÁLISIS DE LA HIPÓTESIS Y PROPUESTA

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS DE LA HIPÓTESIS Y PROPUESTA

4.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Como hemos visto en capítulos anteriores, el origen de los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, se encuentra en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, se adjudicaran a través de licitación pública. La disposición administrativa en cuestión únicamente versa en cuanto a la segunda fase del proceso licitatorio y sus casos de excepción, los cuales corresponden única y exclusivamente a las formalidades que deben ser observadas por los entes del sector público respecto a la adjudicación de un contrato, pero, en ningún momento se advierte que la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, prevea un capítulo respectivo donde queden comprendidos como tal, los contratos administrativos.

En efecto, haciendo un estudio minucioso al texto que contiene la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, pudimos observar claramente que no existe ninguna disposición que regule en sí mismo los derechos y obligaciones contenidos en el contrato, pues, si bien la disposición en

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

mención prevé cuestiones netamente de carácter procesal, éstas únicamente obedecen al control programático y presupuestal que requiere el ejercicio del gasto público, pero, como hemos advertido en líneas anteriores, no existe dentro de la legislación mexicana, un capítulo específico por el cual se nominen los contratos administrativos y regulen en este mismo el régimen de derechos y obligaciones al que están sujetos, y las instituciones jurídicas que quedan encuadradas dentro de dicho concepto, pues la única relación por la cual se concluye la existencia de los contratos administrativos dentro del Derecho Positivo Mexicano, es la referencia doctrinal, la cual consideramos que es incorrecta, pues, ésta se basa únicamente en el hecho de nombrar como contratos administrativos a los contratos de adquisiciones, arrendamientos y contratación de servicios, bajo la premisa de que son administrativos dichos contratos, en virtud de que una de las partes contratantes es el Estado. Esta concepción no debe pasar inadvertida para los efectos de la presente tesis, pues, consideramos que dicha clasificación de estos contratos es incorrecta, dado que no pueden considerarse únicamente contratos administrativos aquellos en los que participe el Estado como parte contratante, toda vez que, los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios no son los únicos que suscribe el Estado, ya que dentro del ejercicio de sus funciones y ámbitos de competencia, el Estado firma contratos de apertura de crédito, en aquellos casos en los que las instituciones de banca de segundo piso o banca de desarrollo, autoriza un crédito de interés social en beneficio de los particulares, pero dicho contrato, aún y cuando es formalizado por el Estado como parte, no se le da la consideración ni tratamiento de contrato administrativo;

asimismo, otro ejemplo que podemos enmarcar como contrato en el que el Estado interviene como parte y no se le da la consideración de contrato administrativo, es el contrato de comodato donde el Estado otorga en comodato bienes muebles o inmuebles a favor de alguna persona jurídica de derecho privado, por razones que atienden a carácter político mas que jurídico como son las asociaciones civiles donde observamos que muchas de éstas cuentan con propiedades o vehículos dadas en comodato por el Estado para la consecución de sus fines, sin embargo, dichos contratos no son considerado como contratos administrativos, aún y cuando la intervención del Estado es evidente.

Ahora bien, para efecto de poder determinar la naturaleza jurídica de los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios que celebre el sector publico, es preciso hacer una análisis de la naturaleza original de cada uno de estos contratos en relación con su fuente regulada por el derecho civil, así encontramos que el contrato de adquisición, eminentemente guarda una íntima relación con el contrato de compra-venta, con la particularidad el primero de que requiere un procedimiento preparatorio para la adjudicación del contrato, pero en sí la naturaleza del contrato de adquisiciones, es eminentemente civil, pues no se encuentra con un régimen jurídico de derechos y obligaciones especial, como lo advierte la doctrina y, por el contrario, está regulado plenamente por el régimen del derecho civil como se desprende claramente de lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, pues en dicho precepto se establece claramente que en lo no previsto por la Ley de

Adquisiciones, se estará en orden de aparición a lo dispuesto por el Código Civil federal, disposición donde sí se contienen los aspectos generales, elementales y fundamentales del régimen de derechos y obligaciones, por lo tanto, los contratos de adquisición son equiparados y regulados en lo no previsto por la Ley de Adquisiciones por el régimen civil.

En ese sentido, es claro también observar que, respecto al contrato de arrendamiento a que se refiere la Ley de Adquisiciones federal, no presenta ningún régimen especial exorbitante del derecho administrativo, como aduce la doctrina, mas que en el proceso preparatorio para efecto de su adjudicación, pero en sí, el contrato de arrendamiento es una figura eminentemente de naturaleza civil, por lo que nominarla como contrato administrativo es innecesario, ya que la naturaleza de dicho contrato nominado, se encuentra plenamente regulada en cuanto a todos sus elementos por la norma sustantiva civil, quedando únicamente reguladas por las disposiciones administrativas las cuestiones de carácter procesal que infieren al proceso de adjudicación.

Igual suerte corre el contrato de prestación de servicios previsto en el código civil y al que aduce la ley de adquisiciones, pues, como ya se ha hecho mención, no existe disposición administrativa que regule cuestiones substanciales de los contratos como lo son la capacidad, la voluntad, el objeto, el consentimiento, y demás elementos y requisitos indispensables de esta clase de contratos para poder sostener plenamente que los mismos son contratos administrativos, lo que

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

nos puede llevar a concluir que el régimen jurídico de derechos y obligaciones de los contratos que derivan de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios es eminentemente civil y no administrativo, como señala la doctrina, por lo que atentos a la función que nutre la estructuración del pliego de condiciones que preparan la formalización del contrato denominado licitación, es necesario identificar esta clase de contratos de los civiles y de los que en sí realmente son administrativos como lo es el contrato de concesión o de seguro, por señalar algunos.

Dicho lo anterior, es importante dar una nominación acorde a la naturaleza del proceso preparatorio que atraviesan los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, por lo que en dicho contexto, consideramos que la forma adecuado de nominarlos para que no haya duda alguna en cuanto al régimen de derechos y obligaciones es la de Contratos Públicos Gubernamentales, toda vez que se define contrato, porque subsiste de una relación jurídico contractual donde el Estado en ejercicio del imperio de la ley del que está dotado, realiza un procedimiento preparatorio de carácter administrativo tendente a formalizar la adjudicación del contrato, pero dicho procedimiento, en sí mismo, es la fuente de derechos y obligaciones, pero no el contrato en sí mismo, pues los eventos que se materializan y que han quedado expuestos a lo largo del presente estudio de esta tesis han podido darnos luz para soportar con los elementos suficientes técnico legales que existen diferentes momentos procesales con la autonomía entre sí, es decir, existen diferentes fases

antes, durante y posterior al proceso de adjudicación que si bien, guardan una íntima relación, también, son independientes entre sí, de ahí que, la preparación a las bases de licitación es independiente una vez que la convocatoria ha sido publicada y por tanto, el contrato es independiente al proceso licitatorio sin que con ello se pretenda decir o sostener que no existe relación, pues como lo advertimos, es el proceso de un todo, pero con autonomía entre sí de los actos que lo componen. Así, la institución jurídica que deriva del procedimiento administrativo denominado contrato es independiente del proceso licitatorio, aunque éste sea la fuente de su creación, por lo tanto, se debe considerar que atento al procedimiento de orden público del que está emanando la relación contractual en materia de adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector público es que se concibe la publicidad de éstos instrumentos jurídicos, pues están debidamente legitimados por la fe pública que en sí mismos incumbe al Estado en el desarrollo de este proceso de adjudicación, así que, al tratarse de un contrato que trasciende a las necesidades propias del Estado, para satisfacer la consecución de los objetivos que como gobierno este tiene, es que podemos proponer como nominación de estos contratos o clasificación a los contratos públicos gubernamentales, los cuales están sujetos en su etapa preparatoria a un régimen exorbitante del derecho administrativo, pero una vez formalizados, estos obedecen primigénicamente al régimen de derechos y obligaciones del orden civil.

4.2 PROPUESTA DE REFORMA.

Con la finalidad de que el Estado respete la equidad contractual que se desprende del régimen de derechos y obligaciones de los contratos civiles y deje de adoptar conductas de autoridad en la contratación con los particulares, se propone adicionar un quinto párrafo y recorrer los siguientes para quedar como sigue:

Artículo 134. ...

...

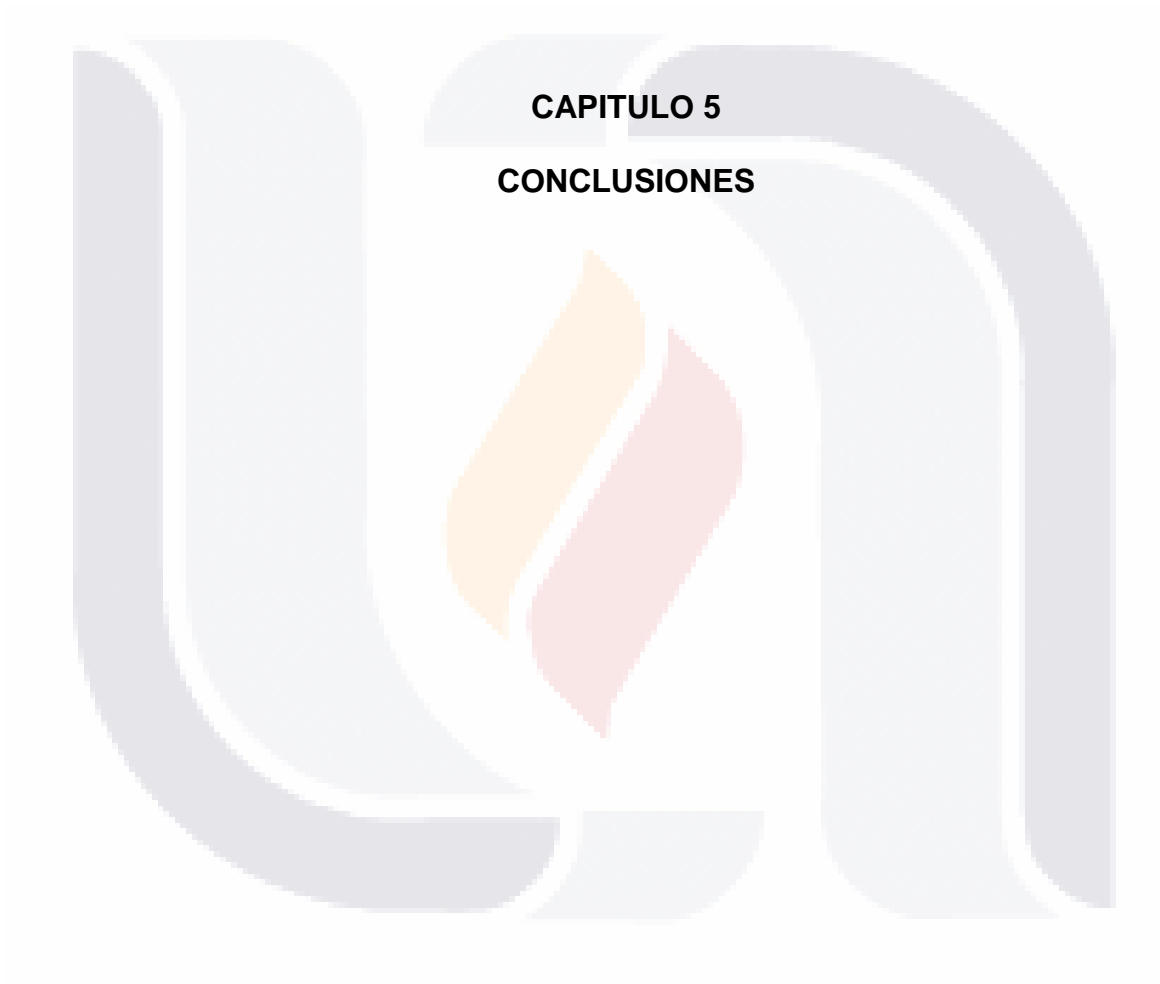
...

...

Los contratos que se adjudiquen conforme a las bases establecidas en este artículo quedaran sujetos a partir de su suscripción al régimen de derechos y obligaciones del derecho privado.

...

...



CAPITULO 5
CONCLUSIONES

CAPITULO 5

CONCLUSIONES

Como se vio en el desarrollo de esta tesis, se desprende que el artículo 134, se establece que las adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas se adjudicaran por regla general mediante licitación pública, o sea, que se adjudicarán a través de declaración que se haga de que, una cosa le corresponde a una persona; o bien, que dicha “cosa”, habrá de conferírsele en satisfacción de algún derecho; por lo que, la adjudicación se entiende como el acto por el cual la autoridad convocante declara el derecho de celebrar un contrato con el participante que haya cumplido con todos y cada uno de los requisitos exigidos en las bases de licitación. Con la única finalidad de la ley que es el regular las condiciones mediante las cuales se realizará el procedimiento que permita garantizar al Estado las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad financiamiento y oportunidad.

La disposición administrativa en cuestión únicamente versa en cuanto a la segunda fase del proceso licitatorio y sus casos de excepción, que como vimos, corresponden única y exclusivamente a las formalidades que deben ser observadas por los entes del sector público respecto a la adjudicación de un contrato, sin embargo, no se advierte que la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, prevea un capítulo en donde

queden comprendidos los contratos administrativos, ni tampoco, una vez que fue analizado el texto de la ley en cita, se encontró disposición alguna que regule los derechos y obligaciones contenidos en el contrato, pues únicamente regula cuestiones de carácter procesal, en cuanto al control programático y presupuestal del gasto público, sin que, como ya se mencionó, exista, no nadamás dentro de dicha ley, sino en la legislación mexicana, un capítulo específico por el cual se nominen a los contratos administrativos que regulen en este mismo, el régimen de derechos y obligaciones al que estarán sujetos, y las instituciones jurídicas que quedan encuadradas dentro de dicho concepto, lo anterior, en virtud de que, no puede considerarse únicamente como “contratos administrativos” a aquellos en los que participe el Estado como parte contratante, toda vez que, los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios no son los únicos que suscribe el Estado, ya que dentro del ejercicio de sus funciones y ámbitos de competencia, el Estado firma otro tipo de contratos.

Una vez analizada la naturaleza jurídica de los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios que celebra el sector público, se determinó que el contrato de adquisición, eminentemente guarda una íntima relación con el contrato de compra-venta, pues como se demostró, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, no cuenta con un régimen jurídico de derechos y obligaciones especial, pero sí está regulado plenamente por el derecho civil, como lo establece el artículo 11 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, ya que señala que es el código civil

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

federal en que se aplicará supletoriamente ante lo no previsto por la Ley de Adquisiciones, en donde sí se contienen los aspectos generales, elementales y fundamentales del régimen de derechos y obligaciones, y que por lo tanto, los contratos de adquisición se equiparan y regulan por el régimen civil.. Igual suerte corren el contrato de arrendamiento y el contrato de prestación de servicios, ya que no cuentan con ningún régimen especial del derecho administrativo, por lo que del análisis realizado en esta tesis se concluyó que, éstas son figuras eminentemente de naturaleza civil.

En conclusión, como ya lo analizamos, la importancia de dar una nominación acorde a la naturaleza del proceso preparatorio que atraviesan los contratos de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público, se determinó que lo conveniente era nominarlos, para que no haya duda alguna, en cuanto al régimen de derechos y obligaciones, quedando entonces como “Contratos Públicos Gubernamentales”, lo anterior porque, se define contrato, en virtud de que subsiste de una relación jurídico contractual donde el Estado en ejercicio del imperio de la ley del que está dotado, realiza un procedimiento preparatorio de carácter administrativo tendente a formalizar la adjudicación del contrato, y atento al procedimiento de orden público del que emana, la relación contractual en materia de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector público, que concibe la publicidad de éstos instrumentos jurídicos por estar legitimados por la fe pública que en sí mismos incumbe al Estado en el desarrollo de este proceso de adjudicación, y al tratarse de un contrato que trasciende a las necesidades propias

del Estado, los cuales están sujetos en su etapa preparatoria a un régimen exorbitante del derecho administrativo, una vez formalizados, éstos están supeditados al régimen de derechos y obligaciones del orden civil.

Por lo tanto, y una vez hecho el análisis en el capítulo respectivo y tomando en cuenta que los contratos (de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público) al formalizarse, estando bajo el imperio de la ley civil y dotados del aspecto público, por ser el Gobierno parte, es que deben nominarse como “Contratos Públicos Gubernamentales”, debiendo establecerse específicamente su régimen propio de derechos y obligaciones, siguiendo los principios de igualdad y equidad que establece la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.



GLOSARIO

GLOSARIO

Contratación: f. Acción y efecto de contratar.

Contratar: (Del lat. Contratáre) tr. Pactar, convenir, comerciar, hacer contratos o contratas.

Ente: (Del ñat. Ens, entes, ser). Lo que es, existe o puede existir

Estado: Es una sociedad humana, asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico que estructura la sociedad estatal para obtener el bien público temporal de sus componentes.

Innominado: (Del lat. Innominotus) adj. Que no tiene nombre especial.

Licitación: (Del latín licitafíño) Acción y efecto de licitar.

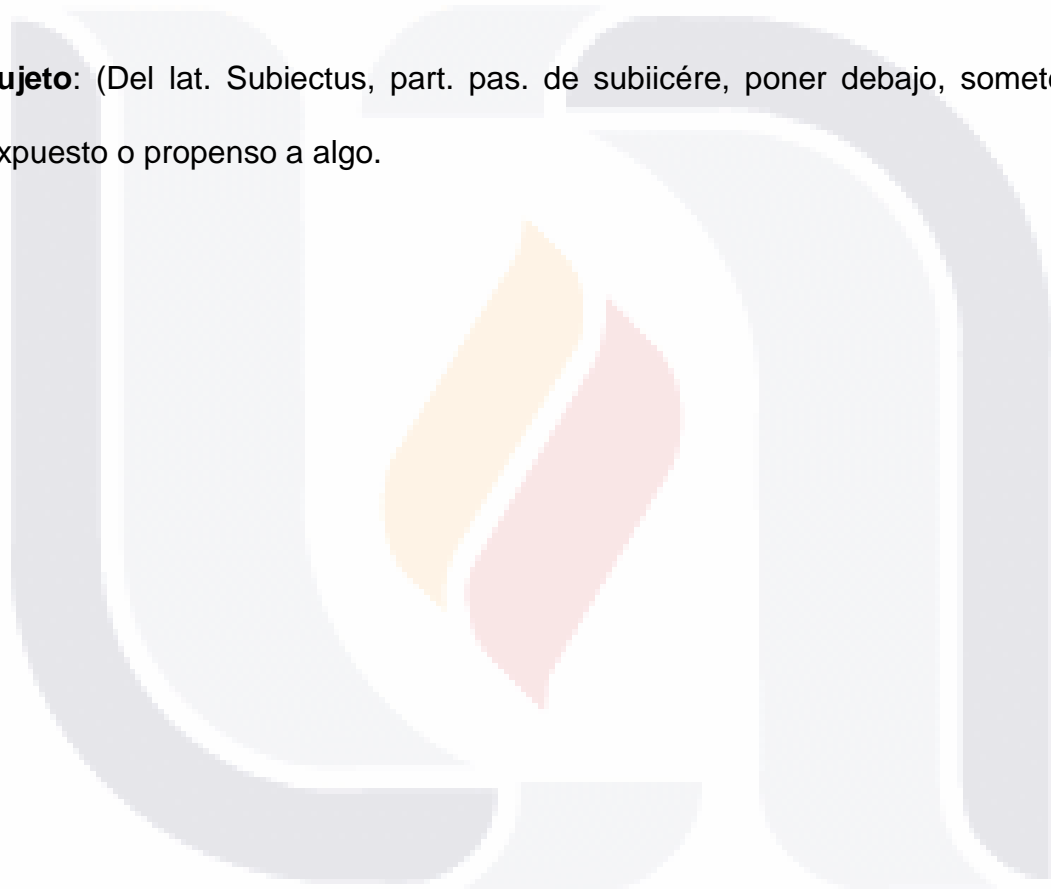
Licitar: (Del latín licitari) Ofrecer precio por algo en una subasta o almoneda.

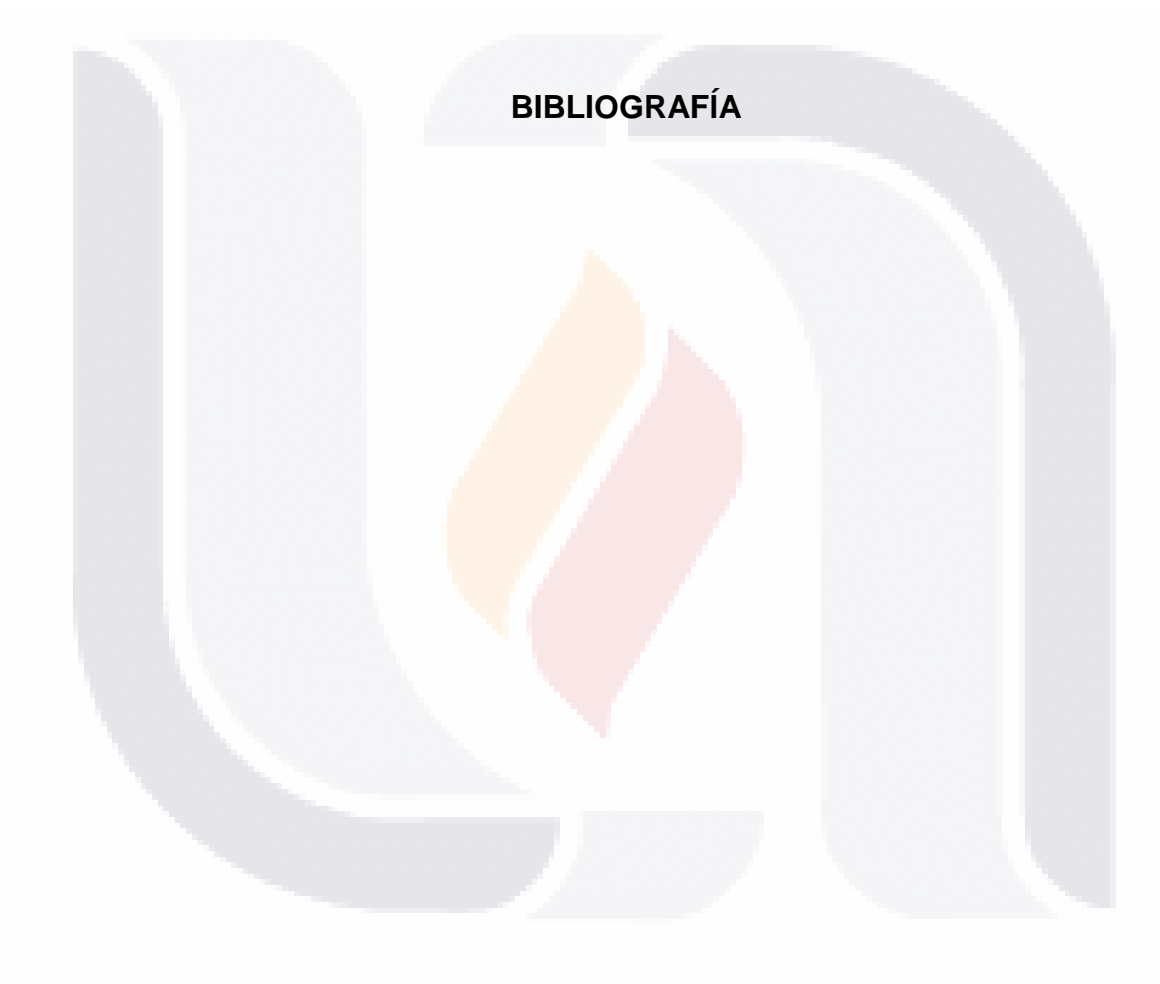
Nominar: (Del lat. Nominare) Dar nombre a alguien o algo.

Órgano: Persona o conjunto de personas que actúa en representación de una organización o persona jurídica en un ámbito de competencia determinado..

Régimen: (Del latín regimen) m. Conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad. //2. sistema político por el que se rige una nación.

Sujeto: (Del lat. Subiectus, part. pas. de subiicere, poner debajo, someter) adj. Expuesto o propenso a algo.





BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ANDRADE Sánchez, Eduardo, Teoría General del Estado. Editorial Colección Textos Jurídicos Universitarios. México, D.F. año 1987.

LÓPEZ Elías, José Pedro. Aspectos Jurídicos de la licitación pública en México, Instituto de Investigacione Jurídicas, Primera Edición, México, 1999.

HIDALGA, Luis de la. Teoría General del Estado. Editorial: Colección. Universidad Americana de Acapulco. Acapulco, Gro. Año 1994.

PORRÚA Pérez, Francisco. Teoría del Estado. Ed. Porrúa. México, D.F. Año 1997.

SALDAÑA H. Adalberto. El Estado en la Sociedad Mexicana. Ed. Porrúa. México, D.F. 1981.

GÓMEZ, Fröde Karina. Teoría Política. Ed. Oxford. México, D.F.

BORJA Soriano, Manuel. Teoría de las Obligaciones. Ed. Porrúa. México, D.F.

TESIS TESIS TESIS TESIS TESIS

ROJINA Villegas Rafael.- Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa. México, D.F.

BEJARANO Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. Ed. Harla. México, D.F.

ACOSTA Romero, Miguel. Derecho Administrativo Especial. Ed. Porrúa. México, 1999.

FRAGA Gabino. Derecho Administrativo. 31ª. Edición, Ed. Porrúa. México, 1992

BURGOA O. Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano, Ed. Porrúa. México 1990

Fuentes Legislativas:

Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos.

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Diario Oficial de la Federación.

Fuentes doctrinales:

Espasa Calpe, S.A. Diccionario Jurídico Espasa, Madrid, 1999

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Madrid. 2001.

DE PINA Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa.

Diccionario Jurídico Mexicano, del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Fuentes electrónicas:

www.scjn.gob.mx

ius 2007. Suprema Corte de Justicia de la Nación

www.wikipedia.org.