

## § 19. HACIA UNA NUEVA NOCION DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Rubén AGUIRRE PANGBURN

*Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*

### SUMARIO

*INTRODUCCION.* 1. La influencia francesa: un injerto doctrinal exorbitante. I. *DE LA INADECUACION DE LA NOCION CLASICA.* 2. A) La noción clásica. 3. B) Su inexistencia e inutilidad. II. *DE LA POSIBLE CONSTRUCCION DE UNA NOCION NUEVA.* 4. A) Creciente declinación de las normas de Derecho Privado. 5. B) Creciente ligazón a la ciencia administrativa. 6. C) Hacia la negación de los contratos civiles de la administración

### INTRODUCCIÓN

1. *La influencia francesa: Un injerto doctrinal exorbitante.* El Derecho Administrativo Mexicano ha recibido múltiples influencias del Derecho Francés. No es raro leer en las publicaciones de autores mexicanos el concepto de contrato administrativo trasplantado directamente de la doctrina francesa clásica o contemporánea. Esta técnica del injerto de instituciones y conceptos de derecho público de un país a otro es cosa corriente hoy en día: después de la adopción del Ombudsman sueco en Nueva Zelandia, ya nadie se sorprende de tales trasplantes; sin embargo, es necesario distinguir, por una parte, la teoría del trasplante de instituciones administrativas o inclusive de prácticas administrativas con los problemas de rechazo o adaptación que todo trasplante trae aparejado; y por otra parte, el uso abusivo que maestros, investigadores e inclusive jueces efectúan de los conceptos de doctrina extranjera. Resulta absurdo ver sentencias que se

fundan en tal doctrina; alegar en tribunales que un contrato no es de obra pública en virtud de que no reúne los requisitos que señala Gastón Jèze; enseñar, en la universidad, la teoría de los contratos administrativos mezclando derecho francés y nacional con el mismo acierto con que García Márquez junta ficción y realidad en *Cien años de soledad*.

A mi manera de ver la doctrina tiene por función sistematizar el derecho positivo y servir de motor hacia el perfeccionamiento del mismo conforme a la ideología política que sustente el autor, ya que el derecho es instrumento de política, lo que en el campo del derecho público es singularmente notorio, aunque juristas de derecha se declaren supuestamente apolíticos y partidarios de teorías llamadas puras, adjetivo que en sí muestra una clara orientación política.

La mayoría de la doctrina mexicana concuerda en conceder a los contratos celebrados por la administración pública el *status* de contrato administrativo, concediéndoles características similares por no decir idénticas, a las que la doctrina francesa otorga a tales contratos. Este artículo tiene por objeto el análisis previo sobre la existencia o inexistencia del contrato administrativo en su sentido clásico, para después apuntar algunas ideas sobre la nueva noción de contrato administrativo que en los Estados Unidos Mexicanos deberá al cabo de algún tiempo resultar conforme a una evolución lenta pero clara a este respecto.

## I

### DE LA INADECUACIÓN DE LA NOCIÓN CLÁSICA

2.A) *La noción clásica.* En esta primera parte se analizará la noción clásica del contrato administrativo y se comparará con el régimen de los contratos de la administración en los Estados Unidos Mexicanos, con el objeto de precisar si éstos se adecuan a la noción antes citada o si por el contrario, en los Estados Unidos Mexicanos no existen los contratos administrativos.

El concepto de contrato administrativo es obra de la jurisprudencia del Consejo del Estado francés. En Francia, los contratos que celebra la administración en su cotidiano actuar pueden ser de diversa índole según sea el juez del contrato y el régimen jurídico que les sea aplicable. La jurisprudencia distingue entre contratos administrativos y contratos civiles de

la administración pública. Los primeros son regidos en forma exclusiva por normas de derecho público y su contencioso es dirimido por el juez administrativo; los segundos son del resorte del juez civil quien aplica normas de derecho privado, a fin de solucionar los conflictos resultantes de la interpretación y cumplimiento de dichos contratos.

Puede afirmarse que la noción clásica de contrato administrativo responde a la necesidad funcional de separar, dentro de la enorme masa de contratos celebrados por la administración, aquellos que son sometidos a una jurisdicción y a un régimen puramente administrativo, de aquellos en los que la administración pretende actuar equiparándose a los particulares, y en consecuencia sometiéndose a la misma jurisdicción y derechos que los de los particulares cuando contratan entre sí.

De ahí que para que en un país, cualquiera sea, existan contratos administrativos, conforme a la concepción apuntada, será necesario la constatación de dos presupuestos: en primer término, la existencia de distintas jurisdicciones relativamente independientes entre sí, pues ante todo el concepto de contrato administrativo es una noción procesal que tiene por función determinar el orden jurisdiccional competente; en segundo lugar, es necesario que a ambos tipos de contratos corresponda una reglamentación distinta, una de derecho público, la otra de derecho privado.

3.B) *Su inexistencia e inutilidad.* En los Estados Unidos Mexicanos contamos con un Tribunal Fiscal, el que aparte de su competencia estrictamente fiscal es competente para conocer de algunas materias administrativas, entre ellas el contencioso derivado de la interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por las dependencias del Poder Ejecutivo Federal. A primera vista, pudiera pensarse que tales contratos son administrativos por determinación de la ley; sin embargo, el análisis de la jurisprudencia de dicho Tribunal nos lleva a concluir lo contrario. En efecto, dentro de la competencia estrictamente fiscal de dicho Tribunal existe un caso en donde la naturaleza del contrato forma parte del contenido normativo de una exención impositiva, y a este respecto, el citado Tribunal se ve obligado a recurrir al *Código Civil*, ley supletoria de nuestro derecho administrativo, para determinar si el contrato es o no de obra pública. Esta circunstancia, sumada al análisis más detenido del régimen jurídico del contrato indicado, obliga a concluir que los contratos de obra pública no son administrativos, pues no se rigen exclusivamente, ni siquiera primordialmente, por normas de derecho público.

En mi país, los contratos celebrados por la administración son regidos simultáneamente por normas de derecho privado y de derecho público. Por otra parte, si la noción de contrato administrativo en su acepción clásica tiene por objeto distinguir unos contratos de otros, al no haber necesidad de tal distinción, ya que todos los contratos son de tipo mixto, la noción carece de efectividad y, en consecuencia, si se está de acuerdo con una concepción teleológica de la interpretación del derecho, la noción de contrato administrativo tomada en su acepción clásica no existe en los Estados Unidos Mexicanos, por la simple razón de ser inútil.

## II

### DE LA POSIBLE CONSTRUCCIÓN DE UNA NOCIÓN NUEVA

4.A) *Creciente declinación de las normas de derecho privado.* Los últimos desarrollos del derecho administrativo positivo mexicano muestran una clara tendencia hacia la creación de normas de derecho público que poco a poco se sustituyen a las de derecho privado en la reglamentación de los contratos de nuestra administración pública. Circunstancia que obliga a reflexionar sobre la posible construcción de una noción nueva de contrato administrativo, en virtud de la cual, dichos contratos se asimilarían cada vez más a los que en el derecho extranjero responden a la noción, antes indicada, de contrato administrativo. Es decir, que por un camino distinto se llegaría al mismo resultado.

Actualmente los contratos de la administración se encuentran en un estadio tal, en el cual las normas de derecho público que han sustituido a las privadas, tienden fundamentalmente a proteger el interés del Estado, principalmente su interés financiero, sin que a la fecha la contrapartida o sean las normas que tienen a establecer el equilibrio financiero del contrato y que son la salvaguarda de los intereses económicos del particular hayan sufrido una evolución comparable, evolución que nos llevaría a la conclusión de que tales contratos son primordialmente regidos por normas de derecho público. A la fecha el particular contratante se encuentra desprotegido, pues sus derechos se fundan en *el Código Civil*, instrumento poco eficaz frente a las prerrogativas exorbitantes que han sido otorgadas a la administración.

5.B) *Creciente ligazón a la ciencia administrativa.* Afortunadamente esta situación de injusticia normativa recibe un paliativo en la práctica

administrativa que concede indemnizaciones graciosas en ciertos casos en los que se rompe el equilibrio financiero del contrato. Este tipo de prácticas administrativas son normalmente precursoras de reformas legislativas y su importancia se destaca por un derecho administrativo moderno que se liga cada vez más a la ciencia administrativa, considerando que la administración no sólo es organización normativizada, sino también acción al servicio de la política de los gobernantes.

6.C) *Hacia la negación de los contratos civiles de la administración.* Ahora bien, en la hipótesis de que el régimen jurídico de los contratos de la administración se publiquen, nos encontraríamos frente a un concepto de contrato administrativo distinto del clásico, útil desde el punto de vista del derecho comparado, ya que a un régimen jurídico similar debe corresponder una misma categoría. Por otra parte esta nueva concepción de contrato administrativo tendría la virtud de negar los contratos civiles de la administración, figura jurídica que pretendiendo equiparar el Estado a los particulares, en realidad desprotege profundamente al ciudadano frente a la administración, que jamás ha podido ni podrá despojarse verdaderamente de sus prerrogativas de derecho público.