

LA RELACION DE EMPLEO, EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y LA CONCESION DE SERVICIO PUBLICO

GUSTAVO R. VELASCO

Los párrafos que siguen formaron una sección del estudio "Sobre la División del Derecho en Público y Privado", que la Revista Trimestrale di Diritto Pubblico que se edita en Roma, ha ofrecido publicar en uno de sus próximos fascículos. Como dicho trabajo sobrepasaba la extensión de un artículo en la Revista, sugerí que se suprimiera la sección a que me refiero, tanto más cuanto que su contenido no era esencial para la argumentación que se desarrolla. Lo anterior explica que las tres instituciones que se mencionan en el título no se examinen en sí mismas, sino únicamente en lo necesario para opinar si deben clasificarse dentro del derecho público o dentro del derecho privado, naturalmente que conforme al criterio que propongo a fin de distinguir las dos grandes ramas del derecho.

De propósito he querido analizar por delante los tres casos de la obligación tributaria, la obligación militar y la expropiación forzosa, debido a que casi unánimemente se reputan de derecho público, siendo así que las normas relativas a la primera son de derecho privado o derecho público según puntualicé, las referencias a la segunda son de derecho público o de derecho público y de derecho privado, y las que regulan la tercera, otra vez derecho privado. Resultado de lo anterior es que el derecho financiero no es puramente derecho público o, dicho con más exactitud, que entre las normas que engloba, también las hay de derecho privado; y por cuanto a la expropiación, a pesar de estudiarse en el derecho administrativo, que se clasifica como rama del derecho público, creo haber demostrado que las reglas correspondientes son de derecho privado.

Mas la verdad es que las conclusiones a que he llegado en los repetidos tres ejemplos, pueden extenderse a varias otras instituciones que forman parte del derecho administrativo y que, por ello, no se vacila en adscribir al derecho público. Obvio es que no podríamos pasar en revista todo el contenido de este derecho, pero a mi modo de ver será suficiente asomarnos a otros tres institutos administrativos para que quede probada la afirmación que hago al principio de este párrafo. Al efecto estudiaré brevemente, es decir, en la medida indispensable para el objeto que se

persigue, la llamada relación de empleo, el contrato administrativo o de derecho público, y las concesiones de servicios públicos.

En cuanto al primero, es sabido que si bien algunos autores han encontrado que entre el gobierno y el empleado se celebra un contrato, la mayoría sostiene que en el caso estamos frente a un acto administrativo, bilateral para unos, unilateral para otros, siendo este último parecer el que predomina actualmente.¹ Por cuanto al derecho mexicano, desde la reforma constitucional de 31 de octubre de 1960, las bases de las leyes sobre el trabajo en general y de la ley o leyes que deben regir entre los Poderes de la Unión y el Distrito Federal, y sus trabajadores, son sustancialmente iguales. En efecto, tanto el Apartado B del artículo 123 de la Constitución como la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado de 27 de diciembre de 1963, reconocen a los empleados públicos "el derecho de asociarse para la defensa de sus intereses comunes", aunque con la limitación de que en cada dependencia habrá un sólo Sindicato (fracción X del Artículo 123 y Artículos 67 y 68 de la Ley); y el derecho de huelga, "cuando se violen de manera general y sistemática los derechos que este Artículo les consagra" (idem y Capítulo III, Título Cuarto de la Ley). Las principales diferencias se encuentran en la determinación o enumeración de los trabajadores de confianza (entre ellos los miembros de los servicios policiacos y de tránsito), los cuales están excluidos del régimen de la Ley, como también lo están los miembros del Ejército y Armada Nacionales, el personal militarizado o que se militarice legalmente; los miembros del Servicio Exterior Mexicano; el personal de vigilancia de los establecimientos penitenciarios, cárceles o galeras; y aquellos que presten sus servicios mediante contrato civil o estén sujetos a pago de honorarios (artículos 5o. y 8o.). También en la cuantía del salario, la cual no podrá ser disminuida durante la vigencia del Presupuesto de Egresos a que corresponda, lo que implícitamente autoriza la disminución para un Presupuesto posterior (artículo 34). No está claro en la Ley si la supresión de un empleo por el Presupuesto de Egresos o a virtud de la desaparición de la dependencia de que forme parte, es causa de cese sin responsabilidad, debido a que el artículo 46, fracción II únicamente menciona "la conclusión del término o de la obra determinante de la designación". Un grave defecto jurídico consiste en que "la relación jurídica de trabajo se entiende establecida entre los titulares de las dependencias e instituciones... y los trabajadores de base a su servicio" (artículo 2o.), ya que dichos titulares son órganos y por lo tanto, no se obligan en lo personal.

En vista de la equiparación entre los trabajadores en general y los empleados públicos, podría pensarse que la relación de empleo o de

¹ En vez de enumerar autores que presentan cada uno de los tres puntos de vista, me referiré al artículo Impiego Pubblico, en el vol. VIII, págs. 264 a 278 del Novissimo Digesto, Italiano México, 1977, especialmente al número 4.

servicio se ha tornado en contractual en el Derecho Mexicano. Sin embargo, los artículos 3o. y 12o. hacen depender la calidad de trabajador y la prestación de los servicios de un "nombramiento expedido por el funcionario facultado para extenderlo" o del hecho de "figurar en las listas de raya de los trabajadores temporales". Aunque el profesor Fraga opina que "el acto de nombramiento no es ni un acto unilateral porque no se puede imponer unilateralmente, ni un contrato porque él no origina situaciones jurídicas individuales", sino un acto-uniión, yo me adhiero a la doctrina italiana, que en el caso encuentra dos actos unilaterales distintos que no pueden fundirse en uno solo, debiendo la aceptación del candidato considerarse como una condición de eficiencia del acto administrativo del nombramiento.²

Pero lleguemos al aspecto que nos concierne en este estudio: ¿las normas que se aplican a virtud del nombramiento o del acto-uniión y que constituyen el régimen de los empleados de base, son de derecho público o de derecho privado? De primera intención parece que debemos contestar que de este último derecho, siempre dentro del criterio distintivo expuesto y defendido en este trabajo, porque el incumplimiento de las obligaciones establecidas por las normas de referencia, ya sea por la administración o por el empleado público, únicamente da lugar a la ejecución forzosa (artículos 150 y 151 de la Ley), en forma semejante a lo que ocurre dentro de la Ley Federal del Trabajo. Sin embargo, en el Código Penal Federal, aplicable a delitos federales y a delitos del orden común en el Distrito Federal, encontramos los delitos de ejercicio indebido y de abandono de funciones públicas (artículo 212), que cometen los que ejercen las funciones de un empleo, cargo o comisión, sin haber tomado posesión legítima o sin llenar todos los requisitos legales; los que continúen ejerciendo las funciones de un empleo, cargo o comisión después de saber que se ha revocado su nombramiento o que se le ha suspendido o destituido legalmente; y los que sin haberseles admitido la renuncia de una comisión, empleo o cargo, o antes de que se presente la persona que haya de reemplazarlos, lo abandonen sin causa justificada.³ Notoriamente, en los supuestos de estos ilícitos, las sanciones procedentes no funcionan en beneficio del gobierno como patrón o empleador, sino en interés general. De lo cual debemos concluir que las normas relativas son de derecho público, como también lo son las que tienen por objeto hacer que se presten los servicios públicos obligatorios,

² Derecho Administrativo México, 1977, número 98; Serra Rojas, Derecho Administrativo, México, 1977, tomo primero, págs. 371 a 374; artículo Impiego Pubblico citado en la nota anterior, artículo con el mismo nombre de Giannini, en Enciclopedia del Diritto, tomo XX, número 3, y artículo Teoria Generale del Contratto di Diritto Pubblico, en el tomo IX, pág. 983.

³ Estos delitos se repiten en las fracciones I a VI del artículo 18 de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación.

que en México se limitan a los servicios de las armas y de jurados, los cargos concejiles, los de elección popular, las funciones electorales y censales, y los servicios profesionales de índole social.⁴

Tampoco por lo que se refiere al contrato administrativo o de derecho público ha existido una solución pacífica. En un tiempo se sostuvo con diversas razones que la figura del contrato era inadmisibles en el derecho administrativo.⁵ Hoy, en cambio, ha encontrado acogida, con soluciones parecidas en los distintos países pero con diferencias que sería muy interesante subrayar en un estudio completo. En México no ha llegado a elaborarse el concepto del contrato administrativo y los que celebra la administración se rigen por el derecho civil o el mercantil, aunque con modalidades y con sujeción o reglas especiales que no es el caso de detallar.⁶ Los autores españoles contemporáneos aceptan la posibilidad de actos contractuales de la administración, a los que caracterizan por referirse a un servicio público, en el sentido más amplio de la palabra, y por contener cláusulas exorbitantes del derecho común.⁷ En Italia el problema se ha analizado con hondura y perspicacia por la doctrina, la cual había llegado a conclusiones que la jurisprudencia ha hecho suyas.⁸ Sin embargo, posteriormente se ha vuelto a negar la posibilidad de un contrato de derecho público, por Virga y otros autores, con razones diversas de las que se esgrimían interiormente.⁹ Pero ha sido probablemente en Francia en donde se ha meditado sobre el particular en forma más completa, a la vez que con gran sentido de la realidad. Más que del legislador, el derecho de los contratos administrativos es creación de la jurisprudencia, en tanto que la doctrina ha recogido y sistematizado sus

⁴ Artículo 50. de la Constitución.

⁵ Pueden verse enumerados en el artículo *Contratto de Diritto Pubblico* de Gallo, en el *Novissimo Digesto*, volumen IV, número 2.

⁶ Fraga, obra citada, núms. 324, 327 y 330; Serra Rojas, obra citada, tomo segundo, págs. 434 a 457; Velasco, *Derecho Administrativo*, apuntes de clase, México, 1932, págs. 427 a 436.

⁷ Aunque con diferencia entre ellos, en este sentido, Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1962, volumen II, págs. 40 a 43; García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1974, tomo I, págs. 504-505; Alvarez Gendín, *Tratado General del Derecho Administrativo*, Barcelona, 1958, págs. 380 a 382. Ya Fernández de Velasco, en su obra *Los Contratos Administrativos*, Madrid, 1927, y Alvarez Gendín, *Los Contratos Públicos*, Madrid, 1934, habían puesto de relieve el fin y la situación privilegiada de la administración como característica de estos contratos.

⁸ Para un resumen de la situación actual, el ilustrativo artículo citado en la nota 2. Pero sería injusto no mencionar las monografías de Gallo, *I Rapporti Contrattuali nel Diritto Amministrativo*, Padua, 1936, y Cammeo, *I Contratti della Pubblica Amministrazione*, Florencia, 1937, así como las referencias posteriores a esta cuestión en Giannini, *Lezioni di Diritto Amministrativo*. Milán, 1950, págs. 350-353, y Sandulli, *Manuale* págs. 199-201.

⁹ Artículo *Teoría General del Contratto di Diritto Pubblico*, en *Enciclopedia del Diritto*, IX, especialmente las págs. 981 a 985.

conclusiones.¹⁰ Por lo que se refiere a los criterios que ha establecido a fin de definir los contratos administrativos, estos son, además de que una de las partes cuando menos sea una persona pública, que el contrato sea relativo a la organización o al funcionamiento de un servicio público y que contenga una o varias cláusulas exorbitantes del derecho común.¹¹

Antes de preguntarnos si los llamados contratos administrativos son de derecho privado o de derecho público como también hemos visto que se les llama, inquiramos en qué consisten las cláusulas peculiares que contribuyen a caracterizarlo. Más aquí, encontramos una notoria vaguedad, no solamente en la doctrina española, sino en la italiana, en que Giannini llega a afirmar que en el estado del derecho positivo, no es posible una teoría general del contrato administrativo.¹² La francesa es algo más clara al señalar como cláusulas exorbitantes las que se fundan en prerrogativas tales como el procedimiento de decisión de oficio en relación con la ejecución del contrato; el derecho de imponer medidas unilaterales al cocontratante, como sanciones en el caso de incumplimiento; así como la rescisión, el retiro o el rescate del contrato; el derecho de intervenir unilateralmente en sus asuntos propios; y las estipulaciones referentes a control, dirección y vigilancia, en las que se admite que es menos segura la noción de la cláusula exorbitante y que no siempre están presentes. La cláusula exorbitante no es la imposible o ilícita en los contratos civiles, sino simplemente la inhabitual en ellos. Pero después de advertirnos que la repetida cláusula no se limita a las que ponen en acción prerrogativas de potestad pública, lo cierto que no se llega a proporcionar criterios precisos sino que se habla de que las cláusulas lleven "la marca administrativa", sean específicas del derecho público, etc.¹³

Es obvio que la investigación que antecede no nos ha proporcionado nuevos elementos de importancia. Por eso, repito, el planteamiento de los casos que hemos examinado con anterioridad: en caso de inejecución, ¿la sanción corresponde, aprovecha, a un sujeto determinado o es de carácter y para bien generales? Como la respuesta es innegablemente en el primer sentido, la conclusión que se impone es que en el estado actual del derecho los contratos administrativos se encuadran dentro del derecho privado, por lo que es de rechazarse la denominación que se presenta como sinónima, de contratos de derecho público por inexacta y tendenciosa.

En la concesión para servicio público se reproduce en buena parte lo

¹⁰ Jèze, *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, París, 1926, págs. 297 a 325, y *Cours de Droit Public, Théorie Générale des Contrats de l'Administration*, París, 1932; Péquignot, *Théorie Générale du Contrat Administratif*, París, 1945, y Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, París, 1956.

¹¹ Laubadère, obra citada, tomo I, números 33 a 35.

¹² Lezioni, pág. 352 y *Diritto Amministrativo*, Milán, 1970, tomo I, especialmente 740-742.

¹³ Laubadère, obra citada, tomo primero, números 67 a 77.

acontecido con los contratos administrativos. Como en estos, inicialmente prevaleció la tesis contractualista. Con posteridad, se debe sobre todo a Duguit, Jèze, Hauriou y Bonnard, que, sin abandonar por completo esa explicación, se haya puesto de relieve que ella no basta porque más allá de una situación jurídica individual encontramos otra legal y reglamentaria, susceptible de modificarse por la administración-concedente en el momento en que las necesidades del servicio público lo requieran.¹⁴ Es esta concepción la que impera en la actualidad, aunque debe advertirse que únicamente en la doctrina jurídica, porque en los hechos y como consecuencia de las nacionalizaciones y del intervencionismo económico, el régimen de concesión de los servicios públicos se ha visto sustituido por la gestión por el Gobierno a través de organismos que revisten una variedad de formas de organización, pues se prestan por dependencias directas de la administración, por organismos descentralizados o establecimientos públicos, o por empresas en formas de derecho privado, aunque con modalidades especiales, en unas de las cuales el capital pertenece totalmente al Gobierno, en tanto que en otras llamadas en algunas partes, en economía mixta.¹⁵ En Italia la doctrina ha hecho hincapié en que la concesión de servicio público es una especie del género concesión, que comprendería, además, de la concesión para utilizar bienes públicos, varios otros actos, entre lo que Vitta, resumido por Casetta en el *Novissimo Digesto Italiano*, cita los que confieren en status como la naturalización, los que atribuyen un derecho subjetivo singular, por ejemplo para desarrollar una actividad en un campo limitado a cierto número como el notariado, las concesiones de uso de bienes sustraídos a la propiedad privada, y la atribución de una función pública.¹⁶ Por cuanto a la naturaleza jurídica de las concesiones sobre bienes del dominio público y de servicio público, la doctrina más reciente encuentra dos actos, "uno unilateral de la administración pública y un convenio entre esta y un particular", negocio que "aún poseyendo autonomía de estructura, cumple una función instrumental, porque sirve para actuar la determinación unilateral de la administración pública", en que "determina que es con-

¹⁴ Fraga, obra citada, núms. 201, 202 y 203; Serra Rojas, obra citada, tomo segundo, págs. 233 a 234 y 237 a 240; Velasco, obra citada, *La Concesión de Servicio Público*, número 3; García Oviedo, obra citada, tomo I, Título Primero, Capítulo IV, número 50.

¹⁵ Aunque el Tratado contemporáneo de Laubadère se ocupa de la concesión para obras públicas en el tomo II, números 530 a 535, y de la concesión de servicio público en el tomo I, números 1021 a 1054, es significativo que mucha mayor extensión e importancia revista la exposición del Sector Económico. Las Actividades Públicas Industriales y Comerciales, que constituye el libro VII del tomo II y abarca los números 904 a 1015. Todavía más: en la tercera edición del *Traité* que aún no conozco, el tomo 4 está íntegramente consagrado a *L'Administration de l'Economie*, según el aviso circulado por la *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*.

¹⁶ Voz *Concessioni* (*Diritto Amministrativo*) en el volumen III, número 2.

forme al servicio público que funcione una concesión y provee lo necesario" al efecto.¹⁷

En España, difiriendo de García Oviedo ya citado, los escritores contemporáneos, hacen hincapié en el carácter de contrato de la concesión, si bien reconocen que en ella concurren dos situaciones jurídicas, como la reglamentaria y la contractual.¹⁸ Y en México, con el que terminaremos este recorrido, como se desprende de la nota 14, hemos seguido la solución del acto mixto, no solamente debido a la gran influencia que ejerció la escuela realista francesa entre nosotros, especialmente en los años de 1925 a 1940, sino porque encuentra base en nuestra legislación positiva. Me refiero a la Ley de la Industria Eléctrica de 31 de diciembre de 1938, que regulaba las concesiones de servicio público de energía eléctrica, y a la Ley sobre Vías Generales de Comunicación de 30 de marzo de 1939, que se ocupa de las concesiones para ferrocarriles, tranvías, caminos, puentes, astilleros, diques y varaderos, servicios aéreos, teléfonos y radiodifusoras comerciales. Los servicios de correos, telégrafos y radiotelegrafía constituyen monopolios del Gobierno Federal (únicamente la correspondencia de primera clase según el artículo 443 en relación con el 423, fracciones I y II de la Ley de Vías Generales de Comunicación) y están en manos de dependencias de la administración centralizada. Pero el régimen de concesión ha perdido importancia en la práctica como consecuencia de la nacionalización de las principales actividades económicas, mediante su expropiación o compra. Con raras excepciones los servicios públicos se prestan por la llamada administración paraestatal, que comprende tanto organismos públicos descentralizados como las empresas de participación estatal mayoritaria y minoritaria, y las sociedades y asociaciones civiles en que la mayoría de los asociados sean el Gobierno Federal, el Gobierno del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal o fideicomisos en los casos que se especifican.¹⁹

En caso de falta de cumplimiento por el concesionario de las obligaciones que contrae, los dos ordenamientos legales que he citado estatuyen la caducidad de las concesiones (la palabra caducidad se emplea en varias leyes administrativas mexicanas como sinónimo de revocación y no con el sentido de pérdida de un derecho por no ejercitar determinados actos

¹⁷ Silvestri, artículo *Concessione Amministrativa*, *Enciclopedia del Diritto*, vol. VIII, número 6.

¹⁸ En este sentido Alvarez Gendín, tomo I, págs. 508 a 512; Garrido Falla, tomo II, págs. 327 a 329.

¹⁹ Artículo 28 de la Constitución, y artículos 30., 45, 46, 47, 48 y 49 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de 24 de diciembre de 1976. Es inexplicable que esta flamante ley considere a los fideicomisos como "entidades", ya que con arreglo al derecho mexicano, concretamente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dicho acto no da lugar a la creación de una persona jurídica.

dentro de un término). Concretamente la caducidad tiene lugar en los casos especificados en los artículos 43 de la Ley de la Industria Eléctrica y 29 de la Ley de Vías Generales de Comunicación, previo el procedimiento y con las consecuencias que prescriben dichos cuerpos legales. El primero de ellos establece, además, sanciones pecuniarias para varios de los actos u omisiones que pueden motivar la caducidad.

Expuesto lo anterior, ¿las concesiones para servicios públicos deben clasificarse dentro del derecho privado o dentro del público? Como he manifestado con anterioridad, el que una ley o una institución se encasille en uno u otro derecho depende de las normas jurídicas que la integran. Son estas normas y no las leyes o las instituciones completas, en conjunto, las que pueden calificarse de públicas o de privadas. En el caso últimamente mencionado de las disposiciones de la Ley de Energía Eléctrica que establecen la pena de multa, se trata de normas de derecho público. Por cuanto a la sanción consistente en la caducidad, la respuesta exigirá que nos retrotraigamos al derecho común a fin de situar dicho acto en el terreno firme de la teoría general.

Como bien se sabe, en el derecho civil el incumplimiento de sus obligaciones por una de las partes en los contratos bilaterales o sinalagmáticos, origina las consecuencias que Dalmartello llama menor y mayor²⁰ y que Trabucchi menciona entre las varias formas de impedimento a la eficacia de un negocio jurídico, junto a la nulidad, la anulabilidad, la ineficacia relativa y la rescindibilidad.²¹ Más claramente, "cuando el sujeto que no ha cumplido y que no está listo para hacerlo, reclama la prestación de la contraparte, esta última... puede asumir una actitud pasiva, defendiéndose con la excepción de incumplimiento (exceptio inadimpleti contractus, o, en el caso de cumplimiento parcial o tardío, exceptio non rite adimpleti contractus)",²² o bien pasar al ataque y sobre la base de que "la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe", escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos, "en el concepto de que "podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el incumplimiento, cuando este resultare imposible".²³ Parecería entonces que si la concesión es un contrato o si, aún no siéndolo, es un acto mixto que produce obligaciones y derechos correspectivos, tanto para el concedente como para el concesionario, parecería, repito, que podrá resolverse, o por aplicación directa del precepto citado o por extensión, toda vez que el Código Civil previene que "las disposiciones le-

²⁰ Dalmartello, artículo Risoluzione del Contrato, Novissimo Digesto, tomo XVI, núm. 1.

²¹ Instituzioni di Diritto Civile, Padua, 1971, número 294.

²² Trabucchi, número 295.

²³ Artículo 1949 del Código Civil del Distrito Federal.

gales sobre contrato serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos".²⁴ Pero aquí precisamente encontramos uno de los casos de exclusión que el ordenamiento civil ha tenido el acierto de prever en forma general. En la concesión el concesionario no goza de la facultad de suspender el servicio, o más en general, de no cumplir sus obligaciones, a pesar de que la otra parte esté en falta o en mora. Dicho en otras palabras, la excepción nec adimpleti contractus no funciona en favor de dicha parte. A mi juicio, podrá promover la resolución de la concesión en aplicación de los principios generales, pero con la importante salvedad de que mientras se pronuncia deberá continuar prestando el servicio.²⁵ En contraste, el concedente puede declarar la caducidad de la concesión, incluso por sí mismo y sin necesidad de acudir a la autoridad judicial en el derecho mexicano.²⁶ La razón fundamental de esta diferencia se encuentra en el principio de la continuidad del servicio, esto es, en la necesidad de que no se interrumpa ni deje de prestarse en ningún momento.²⁷

Antes de volver a la pregunta que formulé, de la naturaleza pública o privada de la concesión y con el objeto de ampliar los términos en que se plantea, me parece la utilidad mencionar que en Francia, país donde ya señalé que más se ha elaborado un derecho especial a los contratos administrativos, y entre ellos, a la concesión de servicio público, además de las sanciones resolutorias y penales, la administración puede aplicar otras, que Laubadère llama pecuniarias, consistentes en daños y perjuicios, y coercitivas, como el secuestro del contrato o concesión y la ejecución directa por el concedente.²⁸ Pues bien, a excepción de las disposiciones penales, de índole pública debido a que obran para bien general, las normas relativas a las otras sanciones deben reputarse privadas porque tienden a la realización de los derechos del concedente y, por tanto, funcionan en su provecho.²⁹

La resolución de la concesión, llamada rescisión en Francia (o más exactamente, resiliación, con palabra que no poseemos en castellano), la

²⁴ Artículo 1859.

²⁵ Vitta, artículo citado del Novissimo Digesto, número 3, al final; Laubadère, Traité... des Contrats Administratifs, tomo II, números 562-650 bis, especialmente este último número tomo III, números 1015-1036.

²⁶ Artículos 43 de la Ley de la Industria Eléctrica y 34 de la Ley de Vías Generales de Comunicación. En cambio, el incumplimiento en los casos señalados como causas de caducidad en el artículo 29, da lugar a la rescisión judicial de la concesión según el artículo 37 de la misma.

²⁷ En este sentido Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, 1959, tomo II, número 522; Bondeau, La Concession de Service Public, Paris, 1933, págs. 255 a 258.

²⁸ Contratos Administrativos, Libro Cuarto, Título II.

²⁹ Laubadère, lugar citado, números 1051 a 1055.

cual tiene lugar a petición del concesionario o por faltas de este que no justifican la caducidad, así como esta especie de revocación motivada por faltas graves del mismo y que tanto Laubadère como Giannini califican expresamente de resolución,³⁰ merece una mayor consideración. En efecto, ella presenta semejanzas con los otros impedimentos a la eficacia de los negocios jurídicos como la nulidad y la anulabilidad e incluso se ha clasificado dentro de una clase de derechos llamados de agresión o impugnación, que se caracterizan por su efecto extintivo de las obligaciones producto de tales negocios.³¹

Ante la semejanza con las otras formas de impugnación, yo me he propuesto la cuestión de si la resolución (así como la caducidad o revocación por incumplimiento) constituye una sanción o no la constituye como ocurre con la nulidad,³² cuestión que, por cierto, no he encontrado que traten los autores. A mi modo de ver, existen razones decisivas para concluir que la resolución es una verdadera sanción y, por consiguiente que forma parte de una norma de conducta o comportamiento y no de una norma creadora de derecho, como es el caso de la nulidad. La principal consiste en que la resolución presupone un ilícito esto es, una infracción de una norma primaria (en mi terminología, secundaria en la de Kelsen), a diferencia de la nulidad que representa una ilegalidad, como transgresión que es a la norma superior sobre creación de una norma inferior de derecho, en el sentido de nueva o posterior a la que rige su creación. En seguida, el derecho de resolver las obligaciones se equipara al de exigir su cumplimiento, en cuanto que ya vimos que el contratante que ha cumplido tiene una opción o alternativa ante sí, cuyos términos deben poseer la misma naturaleza. Y como la facultad de exigir el cumplimiento constituye una sanción, la de demandar la resolución tiene que revestir el mismo carácter, tanto más cuanto que en uno y otro caso se goza del derecho de percibir daños y perjuicios.

Por si el lector se pregunta si me he ido por los Cerros de Ubeda, aclararé desde luego que no, que lo anterior no es más que el antecedente necesario para plantearme otra interrogación, a saber: dentro de la teoría desarrollada en este trabajo las normas conducentes a hacer efectivas las obligaciones, más específicamente, las sanciones que funcionan en beneficio del individuo protegido por la norma, son de derecho privado; ¿lo son igualmente las disposiciones que en vez de dicho cumplimiento, permiten la resolución del negocio jurídico y determinan, consiguientemente, la extinción de las obligaciones de la parte cumplida o inocente? Otra vez me parece que la contestación debe ser firmemente afirmativa. Al igual del cumplimiento de la dación o prestación omitidas, la desapa-

³⁰ Laubadère, lugar citado, y Giannini, *Diritto Amministrativo*, vol. I, pág. 747.

³¹ Mosco, *La Risoluzione del Contratto per Inadempimento*, Nápoles, 1950, Capítulo I; Von Tuhr, *Derecho Civil, Parte General*, México, 1945 págs. 35 y 109-110.

³² Ver antes, página.

rición de la situación o relación que existía puede proporcionar o representar una ventaja. Incluso según los casos, puede significar un mayor bien para el otro sujeto de la relación. La esposa con quien no vive su cónyuge o que no recibe alimentos puede tener interés en recibir estos o en reanudar la vida en común, pero es posible que le convenga más el divorcio, la disolución del vínculo matrimonial, por ejemplo porque se haya convencido de que el esposo es incorregible o por el mal ejemplo que esté dando a los hijos. Por estas razones insisto en que la resolución de los contratos debe considerarse sin lugar a dudas como una sanción, tanto en los casos en que haga pareja con la otra posibilidad o sea con el cumplimiento, o en los casos en que constituye la única solución, por ejemplo, en los de faltas graves de un concesionario, en que la ley prescriba la caducidad como sanción obligada o única.

En lo anterior he hablado de la revocación de la concesión del servicio público, que hemos visto que tanto en las leyes como en la doctrina lleva el nombre de caducidad. Sin embargo, la revocación es figura de carácter general y por ello aplicable en principio a toda suerte de actos administrativos.³³ Naturalmente que cuando un acto se limita a establecer obligaciones, como las órdenes (de hacer o de dar) o las prohibiciones (de no hacer), el retiro del acto no guarda semejanza con el cumplimiento de la obligación, sino por el contrario se parece a la liberación o remisión. Pero cuando el acto entraña una ventaja, como es el caso de otras concesiones, v. gr., la naturalización, de las autorizaciones, admisiones y dispensas, la revocación priva al interesado del status, derecho, facultad o exención de que gozaba. La administración puede exigir el cumplimiento de las obligaciones impuestas por un acto, tanto tratándose de órdenes, en que el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos prevé que si el propietario de un edificio no ejecuta las obras que se le indican, la administración podrá realizarlas y cobrarle su importe mediante la facultad económica-coactiva, como en el caso de autorizaciones, por ejemplo tratándose de instituciones de crédito, en que la ley mexicana faculta a la Comisión Nacional Bancaria para exigir que se regularicen

³³ Fraga, obra citada, números 256 a 258; Velasco, obra citada, págs. 340 a 348; Laubadère, obra citada, tomo I, núms., 509 y 510. Con la renuencia que puede suponerse pero también con la sinceridad que es requisito primordial de todo escrito científico no encuentro que en este tema haya mostrado la doctrina italiana las cualidades de claridad y seguridad que, juntas con otras, la han llevado al encumbrado lugar que ocupa, en mi opinión el primero, con la salvedad de que no puedo opinar sobre la doctrina alemana porque no conozco este idioma. Ver Sandulli, obra citada, número 147; Zanobini, obra citada, vol. I, cap. VI, números 4, 5 y 6; Giannini, *Diritto Amministrativo*, vol. II, números 316 y 317; Resta *La revoca degli atti amministrativi*, Milán, 1942; Alessi, *La Revocabilità dell'Atto Amministrativo*, Milán, 1936; y artículo en *Novissimo Digesto*, vol. XV. Por ello resultan de máximo interés las observaciones y opiniones de Giannini en los números 316 y 317 de su *Diritto Amministrativo*, que considero que corroboran mi crítica del principio de esta nota.

las operaciones que no estén permitidas o que se ajusten a los límites legales las que excedan de ellos, para lo cual incluso puede nombrar un interventor.³⁴ Pero tanto en el caso de irregularidades reiteradas como en otros enumerados en la Ley, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público está facultada para declarar la caducidad de la autorización.³⁵

Refiriéndome a la concesión de servicio público sostuve que la resolución o caducidad de la misma, equivale a la acción de cumplimiento de una obligación como sanción alternativa de la inobservancia de esta por el obligado, cuando la otra parte encuentre que es más conveniente para sus intereses y opte por poner fin al negocio que le dio origen. Agregué que, como consecuencia, las normas referentes a la repetida resolución y, por tanto, a la revocación, han de considerarse como de derecho privado porque obran o redundan en beneficio del sujeto protegido por dichas normas. Ahora cabe que nos preguntemos, ¿la conclusión enunciada es aplicable a la revocación de los actos administrativos que atribuyen una ventaja cuando el beneficiado incumpla obligaciones especificadas por las leyes, por consiguiente a la revocación de una concesión de nacionalidad, a la caducidad de una autorización bancaria, a la revocación del permiso para ingresar a México de un extranjero, pongamos por caso porque un turista ha desarrollado actividades remuneradas o lucrativas en contra de la prohibición legal, a la cancelación del registro de títulos profesionales en los casos que especifica el artículo 448 del Código Sanitario, o finalmente, de revocación de la autorización para establecer escuelas primarias, secundarias o normales, prevista por el artículo 36 de la Ley Federal de Educación para el caso de que se falte al cumplimiento de las obligaciones que establece el 35?

La respuesta afirmativa no solamente aparecerá como novedosa, sino que sorprendente y tal vez hasta escandalosa, porque va en contra de las soluciones aceptadas y de hábitos mentales en que participamos sin reflexionar. Pero el pensamiento hay que seguirlo hasta donde nos lleve, no ciertamente en forma ciega y porque creamos que es infalible, sino precisamente a fin de ponerlo a prueba al contrastarlo con la realidad y al oponerle casos dudosos o que aparentemente lo contradigan. Por de contado que la conclusión a que todo indica que debemos llegar, nos obligará a repensar muchos aspectos y a abandonar posiciones que

³⁴ Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 3 de mayo de 1941, artículo 170 y 171.

³⁵ Artículo 100 que habla de revocación o caducidad. La Ley vigente erróneamente llama concesión a la autorización, con tanta menos justificación cuanto que una reforma anterior, de 11 de febrero de 1949, reconoció explícitamente que el término correcto era el de autorización. Al respecto ver Velasco, *Sobre la Naturaleza Jurídica de la Concesión Bancaia*, Revista de la Facultad de Derecho de México, abril-junio 1969, págs. 303-314; Salinas Martínez, *La concesión, la autorización y las instituciones de crédito*, El Foro, enero-marzo 1968, págs. 47-69.

teníamos por seguras y definitivas. En concreto vemos que en el acto administrativo, en ese centro cardinal del derecho administrativo, que hemos considerado axiomáticamente como de derecho público, no solamente se reúnen y funcionan normas de derecho público, como las penales que sancionan el quebrantamiento de una orden o el ejercer una actividad sin la autorización respectiva cuando la ley exige esta, sino también normas de derecho privado como las que permiten exigir el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, y las que facultan para revocar el acto que originó esa obligación, especialmente cuando esta fue condición para emitirlo o lo es para su subsistencia, y hasta, finalmente, normas que no son de derecho público ni de derecho privado, como las concernientes a la nulidad, anulabilidad o ineficacia, las cuales deben reputarse consecuencia y complemento de normas creadoras de derecho y, por ello, no normas de conducta, que son las únicas que dan lugar a la existencia y aplicación de una sanción.