

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO N° 3213-09 CON FECHA 16-X-1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

LA CARTA DE CRÉDITO IRREVOCABLE COMO UNA FORMA DE GARANTIZAR CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

JULIÁN HOMERO ROBLES FLORES

ASESOR DE TESIS:
LIC. JOSE LUIS CARDENAS FERNÁNDEZ
CÉDULA PROFESIONAL No. 2736671

MEXICO, D.F.

2008



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, al amor, a la existencia, a la energía, al cosmos:

Por darme la gran oportunidad de experimentar lo que es la vida, por darme una familia extraordinaria pero sobre todo por permitirme explotar todo mi potencial energético.

A mi mamá:

Por ser la mujer más maravillosa que existe en mi vida, la cual me ha enseñado la perseverancia, la bondad, el sacrificio y sobre todo la honestidad; por ser ejemplo cotidiano en mí y porque la amo con todas mis fuerzas.

A mi abuelita:

Por mostrarme que las cosas en la vida requieren carácter, por enseñarme la fortaleza en el espíritu y la lucha constante.

A mis tíos:

Xochitl y Salvador, ya que han sido mis compañeros de vida, porque me han orientado en diferentes etapas de mi crecimiento y por tratar de darme siempre su atención y cariño.

A Gonzalo:

Por ser un ejemplo sólido de formación y crecimiento, por darme su confianza y paciencia y sobre todo por tener la gran visión de formar una familia con mi madre y conmigo.

A mis amigos.

Por darme su cariño y amor, pero sobre todo por haber sembrado en mí una semilla de crecimiento personal, de eficiencia, eficacia y tolerancia.

RESUMEN

La Carta de Crédito irrevocable es una operación de crédito que se utiliza en el ámbito del Derecho Internacional, y la cual encuentra su regulación en México en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Es de mencionar que a la luz de lo establecido en la ley en cita, dicha operación de crédito carece de fuerza jurídica al no sedimentar con claridad las bases de su manejo y el adecuado uso de la terminología.

No obstante lo anterior, en la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y su Reglamento, entre otras cosas, se estableció el uso de la carta de crédito irrevocable como una forma de garantizar contratos administrativos.

En ese orden de ideas, la pregunta inicial a responder del presente trabajo es ¿qué impacto genera el uso de la carta de crédito irrevocable como una forma de garantía en los contratos administrativos?, ya que se debe plantear su regulación para poder determinar la certeza jurídica que proporciona, y no solo eso, sino también dilucidar los beneficios que ofrece su utilización.

Es necesario aclarar que durante la elaboración del presente trabajo, el artículo 71 de la Ley de Instituciones de Crédito sufrió una modificación tendiente a mejorar, de forma contundente, la conceptualización no solo de la carta de crédito en general, sino también en cuanto a su irrevocabilidad; situación que ayudó a entender con mayor claridad el uso y los beneficios aportados por esta forma novedosa de garantía.

El procedimiento utilizado en la realización del presente trabajo es de carácter documental, ya que se analizaron diversos documentos que contienen la información tocante a la efectividad y uso de la carta de crédito irrevocable.

Los resultados obtenidos del presente trabajo son varios, ya que en primer lugar se determinó el esquema normativo de la carta de crédito irrevocable, arrojando una mejor idea en cuanto a su manejo, y en segundo lugar, se concluye que es uno de los medios de garantía que asegura de manera indubitable las mejores condiciones de contratación en los términos que prevé nuestra Constitución Política y las leyes aplicables en la materia para el Estado Mexicano, por estar provista de una certeza jurídica en cuanto a que el respaldo es siempre otorgado por una institución bancaria.

ÍNDICE

	Páginas
INTRODUCCIÓN	ii
CAPÍTULO 1 DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL DEL ESTADO	
1.1 Personalidad Jurídica del Estado	2
1.2 La Administración Pública Federal	4
1.3 Composición de la Administración Pública Federal	6
1.3.1 De la Administración Pública Centralizada	7
1.3.1.1 Presidencia de la República	9
1.3.1.2 Secretarías de Estado	12
1.3.1.3 Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal	15
1.3.2 Administración Pública Paraestatal	15
1.3.2.1 Organismos Públicos Descentralizados	18
1.3.2.2 Empresas de Participación Estatal Mayoritaria	19
1.3.2.3 Fideicomisos Públicos	21
CAPÍTULO 2 DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	
2.1 Los Fines del Estado	25
2.2 Aparición del Contrato Administrativo	26
2.2.1 La Corriente Negativa del Contrato Administrativo	27

2.2.2	La Corriente Positiva del Contrato Administrativo	30
2.3	El Carácter Administrativo en el Contrato	31
2.3.1	La Teoría Subjetiva	32
2.3.2	La Teoría de la Formalidad	33
2.3.3	La Teoría de la Naturaleza del Contrato	33
2.3.4	Teoría de la Cláusula Exorbitante	34
2.3.5	Teoría Teológica	35
2.3.6	Teoría Mixta	35
2.4	Convenios y Contratos Administrativos	36
2.5	Principios Rectores del Contrato Administrativo	39
2.6	Elementos del Contrato Administrativo	41
2.7	Fundamento Constitucional del Contrato Administrativo	48
2.8	Los Modos de Celebración de los Contratos Públicos	50
2.9	Forma y Pliego de Condiciones de los Contratos Administrativos	51
2.10	Interpretación y Ejecución de los Contratos Administrativos	52
2.11	Derechos del Cocontratante	53
2.12	Obligaciones del Cocontratante	56
2.13	Hechos supervenientes en la ejecución del Contrato Administrativo	58
2.13.1	Teoría de la Fuerza Mayor	58
2.13.2	Teoría del Hecho del Príncipe	59
2.13.3	La Teoría de la Imprevisión	60
2.14	Extinción del Contrato Administrativo	61

CAPÍTULO 3 LA CARTA DE CRÉDITO

3.1 Del Crédito Documentario	63
3.1.1 Definición del Crédito Documentario	64
3.1.2 Responsabilidad de los Bancos en un Crédito Documentario	65
3.1.3 Partes	66
3.1.4 Reglamentación Internacional	66
3.2 Relación de la Carta de Crédito con los Créditos Documentarios	67
3.3 Definición de la Carta de Crédito	68
3.3.1 Reglamentación en la Ley Vigente	69
3.3.2 Reformas a la Ley de Institución de Crédito	71
3.3.3 Naturaleza Jurídica de la Carta de Crédito	72
3.3.4 Clasificación de las Cartas de Crédito	73
3.4 Composición de la Carta de Crédito	78
3.4.1 Partes que Intervienen en la Carta de Crédito	78
3.4.2 Derechos y Obligaciones asumidos por las partes	80
3.5 Del Término	81

CAPÍTULO 4 LA CARTA DE CRÉDITO IRREVOCABLE COMO UNA FORMA DE GARANTIZAR CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

4.1 La Carta de Crédito Irrevocable	83
4.1.1 Definición de la Carta de Crédito Irrevocable	83
4.1.2 Marco Jurídico de la Carta de Crédito Irrevocable en México	85

4.1.3 Partes de la Carta de Crédito Irrevocable	87
4.1.4 Formalidad y Requisitos Aplicables a la Carta de Crédito Irrevocable	87
4.2 De las Cartas de Crédito Irrevocable no Confirmadas por el Banco Avisador	89
4.2.1 De las Cartas de Crédito Irrevocables Confirmadas	90
4.2.2 Obligaciones del Banco avisador a Confirmar una Carta de Crédito Irrevocable	90
4.3 Formas de Garantizar Contratos Administrativos en el Ámbito Federal	92
4.3.1 Depósito de Dinero Constituido a través de Certificado o Billeto de Depósito, Expedido por Institución de Crédito autorizada	96
4.3.2 Depósito de Dinero Constituido Ante la Tesorería de la Federación	96
4.3.3 Cheque Certificado o de Caja Expedido a Favor de la Tesorería de la Federación	97
4.4 Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y su Reglamento	98
4.5 La Fianza como Instrumento de Confianza para garantizar Contratos Administrativos	102
4.5.1 Generalidades del Contrato de Fianza	102
4.5.2 Elementos de la Fianza	105
4.5.3 Obligación de la Institución Fiadora	106
4.5.4 Obligación del Fiado	106

4.5.5 Procedimientos para hacer Exigible una Fianza	107
4.6 Algunas Consideraciones sobre los Beneficios Aportados por la Carta de Crédito Irrevocable como una nueva forma Reglamentada de Garantizar Contratos Administrativos	110
CONCLUSIONES	114
BIBLIOGRAFÍA	117

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es analizar el impacto que genera el uso de la Carta de Crédito Irrevocable como una forma novedosa de garantizar contratos administrativos celebrados con el Gobierno Federal. Asimismo, establecer la regulación vigente de dicho instrumento jurídico, los beneficios que aporta en cuanto a certeza jurídica, confiabilidad, eficiencia y ejecución.

La naturaleza del presente trabajo es documental, ya que se analizaron diversos instrumentos que contienen la información concerniente a la efectividad y manejo de la carta de crédito irrevocable.

Es de mencionar, que en México la carta de crédito encuentra sustento a su regulación en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sustento, que carece de fuerza jurídica, ya que por una parte, los artículos que enuncian la reglamentación de la carta de crédito no son suficientes para dejar con claridad las bases de su manejo, y por otra parte, no establece de manera contundente lo que debe entenderse por carta de crédito irrevocable. Autores como el maestro Cervantes Ahumada comenta al respecto que lo reglamentado por la Ley en cita, más que ilustrar crea profundas confusiones no solo de contenido, sino más aún de terminología al utilizar el concepto de crédito confirmado como crédito irrevocable.

No obstante lo anterior, se resalta que durante la realización del presente trabajo, el artículo 71 de la Ley de Instituciones de Crédito sufrió una modificación contundente, puesto que el legislador por primera vez deja en claro la naturaleza de la carta de crédito, y no solo eso, sino también se

establece lo que debe entenderse por carta de crédito irrevocable. En ese tenor de ideas, fue de gran ayuda la aportación legislativa, ya que da mayor certeza jurídica para el manejo de la citada institución objeto del presente y contribuye a esclarecer los objetivos principales del mismo.

Ahora bien, existen diversas formas jurídicas establecidas en ley que otorgan garantía y certidumbre al Gobierno Federal en la celebración de los contratos administrativos, tal es el caso de cheque, el depósito en dinero, la fianza etcétera; esta última, constituye el vehículo jurídico empleado por excelencia en la realización de los contratos administrativos, y ello se debe principalmente al grado de certeza jurídica que proporciona en su manejo.

En la reciente publicación de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y su Reglamento, entre otras cosas, se establece que la carta de crédito irrevocable puede ser utilizada como una forma más de garantizar la celebración de los contratos administrativos que celebren las dependencias del Gobierno Federal; tal situación, originó el análisis del presente trabajo, puesto que es necesario establecer el panorama y las ventajas que ofrece el manejo de un instrumento jurídico que por excelencia es utilizado en el ámbito comercial internacional, y ampliar el conocimiento del uso del mismo para la actividad interna de nuestro país.

La pregunta eje del presente trabajo es ¿Qué impacto tiene el uso de la Carta de Crédito Irrevocable como una forma novedosa de garantizar contratos administrativos celebrados con las dependencias del Gobierno Federal? En tal razón, se determinó que el uso de la carta de crédito irrevocable por parte de los contratantes con el Gobierno Federal, es un medio seguro y eficaz que ofrece un alto nivel de certeza jurídica ante el

incumplimiento de las obligaciones contractuales y sobre todo ante la efectividad de pago de la misma; ya que es una Institución Bancaria reconocida quien otorga los beneficios del crédito al beneficiario de la misma, y quien en última instancia procederá al pago ante cualquier incumplimiento del solicitante o emisor.

Se destaca que los contratos administrativos conllevan o entrañan en sí, el servicio público y el interés general de los gobernados; la Administración Pública entonces, veladora de dichos intereses, debe de analizar cuidadosamente las formas jurídicas bajo las cuales deban de garantizarse los que ella celebre con los particulares, para poder lograr una eficacia en el cometido. Tal situación, justifica el estudio del presente trabajo ya que contribuye al análisis objetivo de la carta de crédito irrevocable por ser una institución jurídica de reciente regulación para permitir garantizar dichos contratos administrativos.

El propósito que se pretendió cumplir con esta investigación fue el de recabar todos aquellos elementos que permitieran establecer un panorama claro y eficiente en cuanto al manejo de la carta de crédito irrevocable como una forma de garantía, así como de esclarecer la regulación jurídica imperante en la actualidad. Asimismo, es importante resaltar que ya se llevaron a cabo las reformas necesarias, aunque no del todo suficientes, para estipular la certeza y naturaleza de dicho instrumento jurídico.

El procedimiento utilizado para el análisis de la carta de crédito irrevocable como una forma para garantizar contratos administrativos, fue el de consultar a reconocidos autores en materia de derecho mercantil, tal es el caso de Cervantes Ahumada, Barrera Graf, por mencionar algunos, en

materia administrativa a Miguel Acosta Romero, Miguel Ángel Bercaitz, Jorge Fernández Ruiz; también se analizó la reglamentación que utiliza la Cámara de Comercio Internacional referente a la carta de crédito y sus modalidades, misma que denomina técnicamente como crédito documentario. Atendiendo a la legislación nacional, se estudiaron, entre otras, la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley del Servicio de Tesorería de la Federación y su Reglamento, así como la Ley Federal de Responsabilidad Hacendaria y su Reglamento.

Así pues, en el primer capítulo se analizó de manera general la personalidad jurídica del Estado Mexicano y la composición de la Administración Pública Federal en su esfera centralizada y paraestatal, ya que es pieza fundamental en los contratos administrativos.

Posteriormente, el segundo capítulo nos brinda los aspectos más trascendentales del contrato administrativo como lo son su fundamento constitucional, sus elementos, los derechos de las partes que intervienen en él y las formas de extinción del mismo.

Seguidamente se realizó un breve análisis de la figura de la carta de crédito, la relación que guarda con el crédito documentario, su naturaleza jurídica y elementos, la reglamentación tanto nacional como internacional de esta figura y las más recientes reformas que se han llevado en nuestro país, dando como resultado una mejora notable en la regulación de la misma y que además ha determinado con mayor certeza lo que debe entenderse por carta de crédito.

Por último, en el cuarto capítulo del presente trabajo, se procedió al análisis de la carta de crédito irrevocable como una forma de garantizar contratos administrativos, puntualizando las bondades que ofrece el uso de la misma frente a los otros tipos de garantías contemplados en la ley, en especial de la fianza.

CAPÍTULO 1
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
FEDERAL DEL ESTADO

1.1 Personalidad Jurídica del Estado

Es de vital importancia para el presente análisis partir de lo que es la Administración Pública, ya que es el medio por el cual el Estado satisface los intereses colectivos de sus gobernados; pero primero se debe dejar en claro la participación del Estado dentro de la vida jurídica.

Existen varias teorías acerca de la personalidad del Estado:

- 1) La doble personalidad del Estado, la cual considera la existencia de una personalidad de derecho público y otra de derecho privado; la primera actuando como titular del derecho subjetivo que engloba la soberanía; la segunda como ente titular de todos aquellos derechos y obligaciones que entrañen un carácter patrimonial.
- 2) La personalidad única del Estado con doble voluntad, es la que prevé que el Estado normalmente desarrolla una actividad imponiendo sus determinaciones, dado que de éstas surge la voluntad superior respecto a todos los individuos, es decir la voluntad soberana; pero no en todas las circunstancias es necesario que el Estado actúe imponiendo su voluntad con imperium, sino también puede, inclusive, someterse al principio que domina las relaciones entre particulares, o sea el principio de la voluntad de las partes.
- 3) La que estipula que sólo existe una personalidad privada del Estado, como titular de un patrimonio, y no para el ejercicio del poder público.

Por su parte, la doctrina del derecho público basada en el método realista establece claramente que no es necesario descifrar el concepto de personalidad del Estado para reconocer las actividades de éste; ya que los derechos y el patrimonio pueden tratarse de forma individual fuera de la idea de un titular. De igual forma, la doctrina del derecho público afirma también que los derechos son objetivos por su origen y naturaleza, puesto que ellos emanan de las relaciones sociales que imponen ciertas reglas de conducta, y su valor y su eficacia siempre dependerá de la regla social y no atenderá únicamente a la voluntad de una persona, que el patrimonio puede ser identificado o concebido en una forma objetiva ya que es un conjunto de bienes afectados a un fin determinado.

Las teorías antes señaladas han quedado ya claramente superadas, por lo que en la actualidad, se considera que el Estado solo goza de una personalidad y de una sola voluntad, al respecto, Acosta (2000, p.111), señala: “Consideramos que la personalidad jurídica del Estado es una, así como su voluntad, aunque ésta se exprese a través de diversos órganos de representación del ente colectivo”. No obstante lo anterior, cabe señalar que la teoría de la doble personalidad llegó a ser considerada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en nuestro país.

Por otra parte y respecto de las teorías que expresan la personalidad del Estado, Fraga (1998.p.121) señala: “...consiste en considerarlas como simples construcciones de técnica jurídica cuyo valor depende de la utilidad que pueden prestar para explicar los fenómenos”.

1.2 La Administración Pública Federal

Una vez expuesta la personalidad jurídica del Estado, es importante entrar de lleno al concepto de Administración Pública, ya que como dijimos, es el vehículo por medio del cual el Estado administra, es decir, realizar una serie de actos, actividades y acciones tendientes a conseguir una finalidad determinada; satisfacer los intereses de la población.

Para entrar a dicho análisis, se debe señalar que, históricamente, la Administración Pública, ha existido desde los tiempos más remotos; un ejemplo de ello lo encontramos en el antiguo Egipto, en la época de Rámses, en el cual se preveía un manual de jerarquía; en China, 500 a.C., existió un manual de organización y gobierno. En la Edad Media y en el Renacimiento se fueron creando y agrandando los sistemas de conformidad a las exigencias operantes en esos tiempos.

En la era moderna, la Administración Pública ha tenido que cambiar estructuras, condiciones, implementar nuevos mecanismos de desarrollo, aceptar las corrientes filosóficas que entrañan una composición más compleja, pero a la vez más eficaz. Así, podemos decir que es a través de la Administración Pública, en donde queda expresada la cultura, tradiciones, historia, e indudablemente la forma de hacer política de un país.

Ahora bien, una vez expuesto lo anterior, es conveniente comenzar por analizar el significado de Administración Pública, para tal efecto, Fraga (1988.p.219) señala lo siguiente: “Desde el punto de vista formal la Administración Pública es parte, quizá la más importante, de los poderes en los que se haya depositada la soberanía del Estado, es decir del poder ejecutivo”.

Por su parte, Acosta (2000, p.263) menciona que Administración Pública:

“Es la parte de los órganos del Estado que dependen directa, o indirectamente, del Poder Ejecutivo, tiene a su cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los otros poderes (Legislativo y Judicial), su acción es continua y permanente, siempre persigue el interés público...”

Atento a lo anterior y con el objeto de nutrir los conceptos vertidos, es importante señalar las funciones del Estado y su clasificación, siguiendo lo expuesto por Báez (1990.p.28):

- A) Desde el punto de vista del órgano que las realiza, es decir, al adoptar un criterio formal subjetivo u orgánico, que prescinde de la naturaleza intrínseca de la actividad, en cuyo caso las funciones son formalmente legislativas, administrativas, o judiciales según se atribuyan al poder ejecutivo o judicial.

- B) Desde la perspectiva de la naturaleza intrínseca de la función, esto es a partir del criterio objetivo o material, que prescinde del órgano al cual están atribuidas, en cuyo caso las funciones son materialmente legislativas, administrativas o judiciales, según las características que la teoría jurídica atribuya a cada uno de esos grupos.

Así, se observa que las funciones del Estado coinciden en cuanto su carácter formal y material, ya que las funciones que materialmente tiene naturaleza legislativa, administrativa y judicial corresponden respectivamente a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

En consecuencia, la Administración Pública desde el punto de vista formal es la que goza, a través del Ejecutivo, del poder político, la competencia y todos los medios necesarios para alcanzar la satisfacción integral de los intereses colectivos, mientras que desde el punto de vista material, la Administración Pública es la actividad del órgano público que considera todas aquellas relaciones tanto con otros organismos similares como con los particulares, a fin de asegurar el logro de sus propósitos.

En ese sentido, Acosta (2000, p.265) señala que a la Administración Pública desde el punto de vista orgánico, se le identifica con el Poder Ejecutivo y todos los órganos o unidades administrativas que, directa o indirectamente, dependen de él; y desde el punto de vista funcional, se entiende como la realización de la actividad que le corresponde a los órganos que forman ese sector, es decir cumplir con los fines que tiene encomendados el Estado.

1.3 Composición de la Administración Pública Federal

La Administración Pública, para realizar su actividad de manera eficaz, rápida y conveniente, necesita estructurarse, organizarse, ordenarse adecuada y técnicamente; todo ello, con el objeto de responder lo mejor posible a las necesidades del país en un momento determinado.

Ahora bien, según Acosta (2000, p.268), la organización administrativa, es la forma o modo en que se estructuran y ordenan las diversas unidades administrativas que dependen del Poder Ejecutivo, directa o indirectamente, a través de relaciones de jerarquía y dependencia, para lograr una unidad de acción, de dirección y de ejecución. Cabe destacar, que en nuestro país y de

conformidad con lo establecido en el artículo 80 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el ejercicio del poder Ejecutivo se deposita en un solo individuo denominado Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.

Derivado de lo anterior, en cuanto a la formación de la Administración Pública, el artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que:

“La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación”.

1.3.1 De la Administración Pública Centralizada

Para la comprensión de la Administración Pública es necesario estudiar las formas de su composición, entendiendo así, a la Administración Pública Centralizada como aquella forma de organización administrativa mediante la cual, las dependencias del poder ejecutivo se estructuran bajo el mando unificado y directo de su titular.

En ese orden de ideas, Fraga (1998.p.165) señala lo siguiente: “La centralización administrativa existe cuando los órganos se encuentran colocados en diversos niveles pero todos en una situación de dependencia en cada nivel hasta llegar a la cúspide en que se encuentra el jefe supremo de la administración pública”.

Al mismo tenor, Acosta (2000, p.271) conceptualiza a la centralización administrativa como:

“...el orden y grado que guardan entre sí los distintos Órganos de la Administración Pública, establecida a través de un vínculo jurídico entre ellos para determinar órganos superiores coordinados e inferiores, mediante el ejercicio de los poderes que implica la propia relación y que se ejercen por los titulares de los mismos”.

De lo anterior se colige que, ante la función que desempeña la Administración Pública Centralizada, es de esencial condición, contar con diferentes niveles jerárquicos de poder y de colaboración que permitan un desarrollo integral, pero siempre bajo el mando de un titular último que responderá en todo momento ante el fiel desempeño de los objetivos encomendados

Cabe señalar, que el titular de la administración pública centralizada actuará siempre a través de las facultades que como superior posee frente al subordinado, todo con el objeto de permitir una unidad de acción administrativa; dichas facultades se dan a través del poder de decisión, de nombramiento, de mando, de revisión y de vigilancia.

En otras palabras, se denomina centralización administrativa al régimen cuya operación supone una subordinación unitaria, coordinada y directa de los órganos administrativos del poder central, bajo los diferentes puntos de vista del nombramiento, ejercicio específico de sus funciones y tutela jurídica para satisfacer todas las necesidades preponderantes que el Estado y la vida pública demandan.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la cual es reglamentaria del artículo 90 Constitucional y encargada de determinar las bases de organización de la Administración Pública Federal Centralizada, reconoce como partes integrantes de ésta: a la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, las cuales se describen a continuación:

1.3.1.1 Presidencia de la República

Esta institución, como ya se mencionó con anterioridad, se encuentra al mando del titular del Poder Ejecutivo, el cual recibe el nombre de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos según el artículo 80 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; es electo en forma directa y dura en su cargo seis años, para el desarrollo de sus actividades oficiales, cuenta con una serie de oficinas de despacho o unidades de apoyo y asesoría, las cuales varían frecuentemente en número de importancia y su naturaleza jurídica escapa a las formas de organización administrativa, ya que no realizan actos de autoridad y su labor consiste únicamente en auxiliar en las tareas que le competen al Poder Ejecutivo.

Para ser presidente se requiere:

I. Ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno goce de sus derechos, hijo de padre o madre mexicanos y haber residido en el país al menos durante veinte años.

II. Tener 35 años cumplidos al tiempo de la elección;

III. Haber residido en el país durante todo el año anterior al día de la elección. La ausencia del país hasta por treinta días, no interrumpe la residencia.

IV. No pertenecer al estado eclesiástico ni ser ministro de algún culto.

V. No estar en servicio activo, en caso de pertenecer al Ejército, seis meses antes del día de la elección.

VI. No ser secretario o subsecretario de Estado, jefe o secretario general de Departamento Administrativo, Procurador General de la República, ni Gobernador de algún Estado, a menos de que se separe de su puesto seis meses antes del día de la elección; y

VII. No estar comprendido en alguna de las causas de incapacidad establecidas en el artículo 83 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Presidente de la República en los Estados Federales que cuenten con un régimen presidencialista, como en el caso de México, se le atribuye un doble carácter, de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno; investidura que se deposita en una sola persona, caso contrario en los sistemas parlamentarios, en donde las funciones antes señaladas, son desempeñadas por distintos funcionarios.

Ahora bien, como ya se mencionó, como Jefe de Estado, lleva la representación de la Nación, guarda relación directa e inmediata con el Estado y con todos los órganos representativos del mismo. Dentro de la

esfera que le señala Ley, su voluntad constituye la voluntad del Estado. Asimismo, se le rinden honores protocolarios que corresponden a esa investidura.

Por otra parte, como Jefe de Gobierno, encabeza la Administración Pública Federal, da contenido a su estructura, determina las directrices que marcarán la actividad política y administrativa del país; lleva a cabo la ejecución de las Leyes pero no como una simple tarea, sino como una función que requiere de las previsiones y cuidados que el mismo ordenamiento legal exige.

En la actualidad las unidades dependientes de forma directa del Presidente de la República son:

Jefe de la Oficina de la Presidencia de la República.

Coordinación de Comunicación Social de la Oficina de la Presidencia.

Secretaría Particular.

Coordinación de Imagen y Opinión Pública.

Coordinación de Asesores.

Coordinación General de Administración.

Coordinación General de Gabinetes y Proyectos Especiales.

1.3.1.2 Secretarías de Estado

Como ya se expresó las Secretarías de Estado, forman parte de la Administración Pública centralizada, las cuales tienen como objetivo principal, ayudar al Presidente de la República en la resolución de los problemas materia de su competencia. Al respecto Acosta (2000, p.319) las define como: “un órgano superior político administrativo, que auxilia al Presidente de la República en el despacho de los asuntos de una rama de la actividad del Estado”.

Si bien es cierto que al lado del carácter político del Ejecutivo Federal se encuentra la figura del Secretario de Estado, el cual se encarga de dirigir la Secretaría encomendada y despachar los asuntos de conformidad con la competencia que le fija el marco normativo respectivo; también es cierto, que el Secretario, no goza de una competencia distinta a la del Presidente de la República, esto es, ejerce las facultades, que para una rama de la Administración se establecen, pero siempre dentro de la esfera competencial del propio Presidente.

Sumado a lo anterior, se establece específicamente que las Secretarías de Estado son un órgano centralizado, previsto en el artículo 90 constitucional, el cual goza de facultades específicas para dar cumplimiento a aquellos asuntos que el cuerpo normativo le asigne en una determinada rama de la administración pública, resaltando que las Secretarías de Estado no gozan de personalidad jurídica propia.

Ante la organización de cada Secretaría se requiere de la intervención de diversos elementos tanto humanos como materiales que colaboran con el

Secretario en la identificación, planteamiento y resolución de los asuntos que a él le están encomendados.

En ese sentido, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal estipula que al frente de cada Secretaría habrá un Secretario de Estado quien para el despacho de los asuntos de su competencia se auxiliará por los Subsecretarios, Oficial Mayor, Directores, Subdirectores, Jefes y Subjefes de Departamento, oficina, sección y mesa y por los demás funcionarios que establezca el reglamento interior respectivo y otras disposiciones legales.

Para el despacho de los asuntos encomendados, la ley antes citada establece que el Poder Ejecutivo contará con el apoyo de las siguientes dependencias:

Secretaría de Gobernación.

Secretaría de Relaciones Exteriores.

Secretaría de la Defensa Nacional.

Secretaría de Marina.

Secretaría de Seguridad Pública.

Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Secretaría de Desarrollo Social.

Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

Secretaría de Energía.

Secretaría de Economía.

Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación.

Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Secretaría de la Función Pública.

Secretaría de Educación Pública.

Secretaría de Salud.

Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

Secretaría de la Reforma Agraria.

Secretaría de Turismo.

Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal.

Por otra parte, en la multicitada Ley Orgánica, se establece la figura de la desconcentración administrativa, bajo la encomienda de atender, en forma eficaz, el despacho de los asuntos de su competencia; aclarando que dichos órganos, estarán jerárquicamente subordinados a las Secretarías de Estado y

a los Departamentos Administrativos, ejerciendo las facultades específicas para resolver, sobre la materia que se trate y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso.

1.3.1.3 Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal

A través de la reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de mayo de 1996, que crea la Conserjería Jurídica de la Presidencia como una dependencia de la Administración Pública Centralizada.

Dicha dependencia, es la encargada entre otras, de dar apoyo técnico jurídico al Presidente de la República en todos aquellos asuntos que le sean encomendados, dar opinión al Presidente sobre los proyectos de tratados a celebrar con otros países y organismos internacionales, coordinar los programas de normatividad jurídica de la Administración Pública Federal que apruebe el Presidente, presidir la Comisión de Estudios Jurídicos del Gobierno Federal, así como recibir los proyectos de iniciativas de leyes o decretos que vayan a ser sometidos a una de las Cámaras del Congreso de la Unión o a la Asamblea de representantes enviados por las dependencias de la Administración Pública Federal.

1.3.2 Administración Pública Paraestatal

En la Administración Pública, la descentralización está reservada a ciertos organismos del Poder Ejecutivo con el cual guardan una relación indirecta, sin que exista una dependencia jerárquica sino solo una sectorización en la mayoría de los casos. Ésta surge como una forma de organización

administrativa a partir de la reforma que se publicó del artículo 90 Constitucional, el 21 de abril de 1981.

En algunas legislaciones extranjeras, la palabra paraestatal es usada como una simple nomenclatura sin representar valor jurídico alguno, pero, atendiendo a su valor etimológico, significa como lo señala Fraga (1988 p. 198) “algo que se confunde con el Estado...camina lado a lado con el Estado, paralelamente”.

Por su parte, Acosta (2000, Pág.483), establece que:

“En estricto sentido gramatical “para “significar (Sic) al lado de o al margen de, por lo que creemos que el término paraestatal no es el adecuado para referirse a dependencias del gobierno federal, ya sean descentralizadas, desconcentradas, sociedades anónimas e incluso fideicomisos, que constituyen estructuras del propio gobierno y que de ninguna manera actúa al lado del Estado”.

No obstante lo anterior, para la legislación mexicana, la palabra paraestatal no tiene una connotación jurídica, sino que sólo se usa como una expresión cómoda, aunque a veces inexacta, para denominar a los organismos que, aun formando parte de la administración estatal, no son considerados en forma alguna, como elementos tradicionales de la Administración Centralizada.

En la creación de los órganos que forman parte de la descentralización, el Estado puede recurrir a figuras del derecho público o del derecho privado. Según las leyes mexicanas en el primer caso se está frente a organismos descentralizados y en el segundo ante empresas de participación estatal y

fideicomisos públicos (en el concepto de empresas de participación estatal se incluye a las sociedades mercantiles, cooperativas y civiles, sociedades nacionales de crédito, aseguradoras y afianzadoras nacionales, organizaciones nacionales auxiliares de crédito en todas las cuales participa Estado).

Derivado de lo anterior, se pueden establecer algunas características que guardan los organismos públicos descentralizados, tales como las que a continuación se señalan:

- Son creados por ley del Congreso de la Unión o decreto del Presidente de la República.
- El orden jurídico les reconoce personalidad jurídica patrimonio propio y su competencia no es derivada, sino por el contrario, es originaria.
- Gozan de autonomía jerárquica con respecto al órgano central.
- Su objeto institucional se refiere a cometidos estatales de naturaleza administrativa.
- Existe un control o una tutela por parte del Estado.
- Existe subordinación programática.
- Su objeto es satisfacer un interés general, e inclusive, manejar un área reservada al Estado.

- Persigue una finalidad y objetivo específico
- En la mayoría de los casos, gozan de un régimen Fiscal autónomo.

Ahora bien, en la propia ley o decreto que da origen a los organismos descentralizados, se establece en forma específica, su naturaleza jurídica, objeto, la condición de su patrimonio, y las formas o relaciones que guardan con el propio Estado; también se establecerán las facultades que el Estado le reconoce para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones por conducto de sus representantes.

Los organismos públicos descentralizados al gozar de un patrimonio propio, constituido por los bienes, derechos y acciones que la ley o el decreto les otorga al momento de su creación, deberán de velar por su conservación, y manejo; no obstante de que también, pueden lograr aumentarlo o disminuirlo de conformidad con las funciones de sus operaciones, pero siempre ante la debida supervisión de los órganos centralizados encargados por disposición legal para ello.

Una vez precisadas las características fundamentales de los organismos públicos descentralizados, conviene apuntar sus definiciones en términos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

1.3.2.1 Organismos Públicos Descentralizados

Los artículos 45, 46 y 47 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal conceptúan a dichos entes de la siguiente manera:

El artículo 45 de nuestra constitución establece: “Son organismos descentralizados las entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten”.

El objeto de estos organismos es la realización de actividades correspondientes a las áreas estratégicas o prioritarias, a la prestación de un servicio público o social, o bien a la obtención o aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social.

1.3.2.2 Empresas de Participación Estatal Mayoritaria

El artículo 46 de la nuestra Carta Magna establece que:

“Son empresas de participación estatal mayoritaria las siguientes:

I.- Las sociedades nacionales de crédito constituidas en los términos de su legislación específica;

II.- Las Sociedades de cualquier otra naturaleza incluyendo las organizaciones auxiliares nacionales de crédito; así como las instituciones nacionales de seguros y fianzas, en que se satisfagan alguno o varios de los siguientes requisitos:

A) Que el Gobierno Federal o una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios de más del 50% del capital social.

B) Que en la constitución de su capital se hagan figurar títulos representativos de capital social de serie especial que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal; o

C) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, o bien designar al presidente o director general, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno.

Se asimilan a las empresas de participación estatal mayoritaria, las sociedades civiles así como las asociaciones civiles en las que la mayoría de los asociados sean dependencias o entidades de la Administración Pública Federal o servidores Públicos Federales que participen en razón de sus cargos o alguna o varias de ellas se obliguen a realizar o realicen las aportaciones económicas preponderantes”.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto se deduce que la empresa pública existirá, cuando se creé un ente conforme a las reglas de derecho privado, para realizar funciones administrativas, ya sea de tipo industrial y comercial.

Las principales características de las empresas públicas son:

1. Surgen a la vida pública mediante acuerdo del Presidente de la República o de manera excepcional por acuerdo del Congreso;
2. Adoptan cualquier forma asociativa que las leyes mercantiles y civiles prevén;
3. Gozan de patrimonio propio;
4. El Estado les proporciona parte o el total de sus recursos económicos;
5. No existe una relación de jerarquía con el Poder Ejecutivo;

6. Es la Administración Pública quien ejerce un control o una tutela sobre su actividad;
7. Su objeto es de carácter industrial o comercial;
8. El régimen legal de su constitución es de naturaleza privada;
9. Su finalidad es la de satisfacer necesidades colectivas y no la obtención de lucro;

1.3.2.3 Fideicomisos Públicos

Atendiendo al artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se establece que: En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria.

Existen varias clasificaciones de los fideicomisos, por ejemplo, los expresos o tácitos, en ese sentido, Acosta (2000, Pág. 551) señala que:

“El fideicomiso público es un contrato por medio del cual, el Gobierno Federal, los gobiernos de los Estados o los Ayuntamientos, a través de sus dependencias centrales o paraestatales, con el carácter de fideicomitente, transmite la titularidad de bienes del dominio público (previo decreto de desincorporación), o del dominio privado de la Federación, entidad o municipios o afecta fondos públicos, en una institución fiduciaria, para realizar un fin lícito, de interés público”.

Es claro que mediante el fideicomiso público, el Gobierno Federal transmite la propiedad de ciertos bienes a una institución fiduciaria, con el

objeto de que se lleven a cabo ciertas acciones lícitas que cumplan con los fines propios del Estado. Aunque se menciona que no solo el Gobierno Federal posee de dicha facultades, también es potestad de las entidades federativas o de los municipios.

En el caso de la Administración Pública Federal, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público actuará como fideicomitente único de la Administración Pública Centralizada por lo que hace a los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal.

Al respecto de los fideicomisos públicos, Fraga (1988 p. 205) establece “Si por tales fideicomisos son simples medios para realizar atribuciones del Poder Público, difícilmente se les puede considerar como órganos de la administración”.

Los elementos del fideicomiso son:

- Fideicomitente, que en el caso de la Federación es el Ejecutivo por medio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Por lo que se refiere a los Estados y Municipios serán sus respectivos Gobiernos y Ayuntamientos.
- Patrimonio Fiduciario, éste se encuentra constituido por el conjunto de bienes y derechos que el Estado transmita a la institución fiduciaria para cumplimiento de sus fines.
- Fiduciario, éste será cualquier institución de crédito autorizada para ello.
- Objeto, el objeto se circunscribirá a la realización de actividades consideradas prioritarias por el Estado, a través de la prestación de servicios,

ejecución de obras, organización de eventos, o realización de inversiones según sea el caso.

- Fines, los fines deben ser en todo momento de interés Público.
- Duración, por su propia naturaleza la duración de éstos, en la mayoría de los casos, es indefinida.

A la luz de lo analizado, es de mencionar que el Estado a través de la Administración Pública, es pieza fundamental en los Contratos Administrativos, razón suficiente para entrar al estudio de éstos en el siguiente capítulo con el objeto de contribuir al objeto de estudio del presente trabajo.

CAPÍTULO 2
DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Una vez analizada la estructura de la Administración Pública, es pertinente entrar al estudio de los Contratos Administrativos, ya que es a través de éstos, que el Estado, se auxilia de los particulares para cumplimentar los intereses colectivos

2.1 Los Fines del Estado

Los Estados deben de cumplir, invariablemente, con un *telos*; entendiéndose como tal, a aquellos fines u objetivos que éstos deben de cumplir y que se van determinando por la sociedad a la cual gobiernan.

Es por ello, que los Estados deben procurar por la creación de los ordenamientos jurídicos idóneos que les permitan optimizar sus estrategias, en cuanto a la satisfacción de las necesidades colectivas; deben en sí, definir las bases y crear los órganos u organismos adecuados para poner en práctica la normatividad jurídica establecida y llegar a la culminación de ese telos que tanto la sociedad les encomienda. En ese sentido, Serra Rojas (2006, p.23) establece lo siguiente: “La actividad del Estado, es decir, lo que el Estado debe hacer, se define por el conjunto de normas que crean órganos, fijan su funcionamiento y los fines que deben alcanzar”.

Ahora bien, para la consecución de los fines propios del Estado, así como para mantener su existencia, es de vital importancia que éste, a través de sus órganos administrativos, se allegue de recursos humanos, recursos materiales y económicos, así como de satisfactorios bienes y servicios; y no

solo eso, a veces, es necesario contar con la colaboración de los propios particulares, ya sea por voluntad de los mismos, mediante la creación de un vínculo contractual, o por la imposición unilateral de un acto que el Estado les determine.

En otras palabras y atendiendo a los tiempos modernos, es la Administración Pública, quien ejerciendo el *imperium* del Estado, procura lograr los servicios y las cosas con las cuales satisface sus propias necesidades y las de la colectividad, por medio de acciones y prestaciones que voluntariamente acuerda con los particulares. En caso de que ello no sea posible, emplea, mediante mecanismos de carácter obligatorio o forzoso, la exigencia de sus ciudadanos de aquellos servicios o de las cosas de las que necesite.

Atendiendo a la colaboración que realizan los particulares con el Estado, Fernández (2003, p. 58) apunta: "...la administración pública obtiene la colaboración voluntaria de los particulares cuando compra, arrienda; contrata suministros, obras públicas, publicidad y propaganda..."

2.2 Aparición del Contrato Administrativo

El Contrato Administrativo ha encontrado su aceptación en la vida jurídica, tras grandes diferencias en el plano doctrinal; afortunadamente, en los tiempos actuales, ha sido considerado, tanto en la legislación como en la jurisprudencia, aunque como se apunta, en el plano de las ideas, numerosos estudiosos del Derecho fijaron sus teorías acerca del tema, ya sea negando su existencia o sustentando, jurídicamente, su clasificación.

De tal suerte y para poder llegar a una comprensión adecuada sobre el Contrato Administrativo, es necesaria una breve explicación sobre las teorías más importantes que surgieron en torno a su validación.

2.2.1 La Corriente Negativa del Contrato Administrativo

En esta corriente doctrinal encontramos varias tendencias que niegan la existencia y sustantividad del contrato administrativo, por lo que podemos agruparlas en tres grandes vertientes:

- A) La que considera que no habiendo distinción entre derecho público y privado no puede haber contratos de uno y de otro.

Kelsen y sus seguidores, afirmaban que no existe una verdadera división entre el derecho público y el privado, por no haber seguridad en el objeto de la división, al atribuirle indistintamente la calidad de uno y del otro tanto al derecho objetivo como al sustantivo, a las normas, facultades y deberes que conforman la relación jurídica.

En tal sentido, al no haber una verdadera diferencia entre derecho público y privado, es ocioso intentar clasificar a los contratos en privados y públicos o administrativos.

- B) La que establece que los contratos administrativos no son contractuales, sino actos administrativos unilaterales.

En Alemania surge esta corriente encabezada por el profesor Otto Mayer, el cual considera que los contratos administrativos no tienen el carácter de

contractual, sino por el contrario son actos administrativos unilaterales que necesitan el consentimiento del particular para llegar a ser eficaces.

Es apropiado señalar que, acto administrativo para Mayer (1949), citado por Fernández (2003, p.59), es “un acto de autoridad que emana de la administración y que determina frente al súbdito lo que para él debe ser de derecho un caso concreto”.

Se argumentaba que en la relación del Estado con sus súbditos, mediante los actos administrativos, éste podría obtener una ventaja, ya sea imponiéndoles una carga, obteniendo un derecho de posesión, obteniendo una suma de dinero, etc; es decir, dichas ventajas, aún cuando no se encontraran sustentadas en la legislación, encontraban su sustento con el puro consentimiento del particular; ésta era una de las formas de suplir a la ley.

Es de advertir que la tesis Alemana, antes esgrimida, fue adoptada por grandes autores como Fritz Fleiner, Francesco D'Alessio y otros, aunque también fue debatida y superada hasta en la propia Alemania.

Los principales críticas a esta teoría se dieron en el sentido de que un acto contractual, no puede englobar un acto de poder, ya que no se le puede obligar al particular a contratar si no lo desea; en ese sentido, Fernández (2003, p. 60) cita a Posada (1898) quien argumentó que el acto contractual, aunque sea administrativo, no puede ser acto de poder, sin atentar a su naturaleza jurídica. En su virtud, la contratación de los servicios públicos debe estar sometida al régimen jurídico de los contratos.

C) La que afirma que se trata de simples contratos de derecho privado.

Esta tendencia establece que los contratos que celebra la Administración Pública, son iguales a los que celebran los particulares en el derecho privado. En este orden de ideas, y uno de los autores que sostuvo esta variante dentro de la doctrina, se encuentra el maestro Cino Vitta, ya que fue él, quien analizó, en su oportunidad, la controversia sobre los contratos de derecho público; expresando de una forma contundente, que los particulares si pueden llegar a celebrar contratos con la Administración Pública bajo la regulación del derecho administrativo; ejemplo de ello, argumenta, los contratos de obra pública y suministro.

De las tendencias antes citadas, se puede concluir que las mismas han sido claramente superadas, aunque, es importante destacar que esta última, la que fue sostenida por el maestro Cino Vitta, fue la que propició un avance considerable en la corriente que favorece a la existencia del contrato administrativo, ya que como sostiene Escola (1977, p.39) citado por Fernández (2003, p.63), “Se trata, pues, de una orientación que insensiblemente se va inclinando hacia la posibilidad de la admisión de los contratos especiales de la administración pública”.

Ahora bien, así como se trataron de manera general algunas tendencias de la corriente que niega la existencia del contrato administrativo, así también se tratará de forma breve y general la corriente positiva en torno a la existencia de los mismos.

2.2.2 La Corriente Positiva del Contrato Administrativo

En la elaboración de esta doctrina intervinieron grandes expositores como Laband, Jellinek, Jeze, Bielsa, Barassie, Hilario, por citar algunos; aunque es de resaltar, la gran influencia que provino del Consejo del Estado francés.

Para esta corriente, la elaboración y desarrollo del contrato administrativo como una categoría distinta de los contratos ordinarios o de derecho privado, encuentra su sustento filosófico en la noción del servicio público, y se debe básicamente a la jurisprudencia que se estableció en Francia en 1856, en la que se reconoció, que el Estado como un ente capaz de obligarse mediante contratos de derecho privado, también tenía la obligación de responder de sus obligaciones en la misma vía, es decir, acatando las reglas de los ordenamientos civiles.

En ese orden de ideas, se discernía que el contrato administrativo, era consecuencia del Estado de derecho, de ese Estado que no puede exigir de sus gobernados ciertos actos sino por virtud de un principio jurídico o de la legislación vigente; luego entonces, si la ley no autoriza de forma expresa al Estado para allegarse, de manera unilateral, de ciertos recursos necesarios para la consecución de sus fines, éste sólo lo podría lograr mediante el consentimiento libre de quien voluntariamente se quiera obligar para contribuir.

Asimismo, se establecía que la manifestación de la voluntad de quien desea colaborar en un hacer, no hacer o en un dar, para con el Estado, unido a la expresión de voluntad por parte de la Administración Pública para que así se haga, exteriorizándose ambas con las formalidades y requisitos que se

fijan en la ley, constituyen innegablemente, por la formación del consentimiento, la contraposición de intereses, por los efectos jurídicos y en sí por las contraprestaciones, un contrato.

En México, a finales del siglo antepasado, quedó por aceptado el contrato administrativo; ejemplo de ello, el jurista oaxaqueño José María Castillo Velasco, al ocuparse del tema en su Ensayo sobre Derecho Administrativo. Al respecto, Fernández (2003, p. 70) quien cita a Castillo (1857, p.49) comenta lo siguiente:

“Dos elementos necesarios deben distinguirse en todo contrato administrativo; el primero: las estipulaciones generales o especiales que ligan recíprocamente a la administración pública y al contratista, y el segundo: los principios y doctrinas que rigen en la materia y se aplican a todas las obligaciones de la misma naturaleza, según se consignan en las leyes comunes. Así pues, estos principios generales del derecho suplen las faltas de reglas positivas, declaran el sentido de las cláusulas oscuras o ambiguas, y en fin constituyen fundamento de la jurisprudencia administrativa en orden a los contratos de obras y servicios públicos”.

Atento a lo anterior y ya adentrados en los tiempos modernos, en México, diferentes autores de reconocida talla, han estado a favor de la aceptación de los contratos administrativos como una categoría contractual distinta de los contratos celebrados por los particulares regidos, invariablemente, por el derecho privado.

2.3 El Carácter Administrativo en el Contrato

Una vez definida la compleja controversia sobre la existencia del contrato administrativo y sobre su categoría especial distinta a la de los contratos

regulados por el derecho privado, debemos ahora, enfocarnos sobre algunas teorías que tratan de determinar el carácter administrativo de un contrato, es decir, aquellas que tratan de especificar los elementos necesarios para que se pueda configura un contrato administrativo.

A continuación, se mencionará de forma breve, algunas teorías que tratan de establecer el carácter administrativo en el contrato.

2.3.1 La Teoría Subjetiva

Atendiendo a la teoría subjetiva, un contrato administrativo surge cuando por lo menos una de las partes es integrante de la Administración Pública. En ese sentido, sería absurdo pensar que un contrato celebrado entre dos particulares tendría la connotación de administrativo, pero también es cierto, que no todos los contratos que celebra la administración pública son administrativos, aún obrando como tal carácter; muestra de ello son los contratos que ésta celebra con carácter de derecho privado, como se aprecia en los contratos que celebra la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, dependencia de la Administración Pública Centralizada con las Instituciones Bancarias relativos a la prestación de algún servicio bancario en particular.

Cabe destacar que dicha teoría ha sido calificada como obsoleta por el jurista Fernández (2003, p.71), quien al respecto señala:

“...debe rechazarse por ser una versión de la obsoleta y ya desacreditada teoría de la doble personalidad del Estado que, según vimos, distingue en los actos de la administración pública los de autoridad-en los cuales actúa como persona de derecho público---, y los actos de gestión, en los que --según esta teoría--obra como particular.”

2.3.2 La Teoría de la Formalidad

La presente teoría contempla, que para que haya contrato administrativo, es indispensable observar la realización de ciertas formalidades ya determinadas; ejemplo de ello es la licitación previa o el apego a ciertas bases definidas con anterioridad. La presente teoría es objetada, ya que la formalidad no es exclusiva del contrato administrativo, también lo es en contratos que celebran los particulares, o en los contratos de carácter privado que celebra la Administración Pública con los particulares.

2.3.3 La Teoría de la Naturaleza del Contrato

Para que haya contrato administrativo se requiere atender a la naturaleza del mismo, a su esencia; esto es lo que establece la teoría en comento, cuyo precursor fue León Blum en las conclusiones relativas al caso de Société des granits de Mille; Al respecto, Fernández (2003, p.74) citando al comisario en comento, establece lo siguiente:

“Cuando se trata de contrato, es preciso determinar, no con qué objeto se ha celebrado, sino lo que es ese contrato en su misma naturaleza [...] No basta que el suministro que es el objeto del contrato deba utilizarse inmediatamente para un servicio público; es preciso que este contrato, por sí mismo y por su propia naturaleza, sea de aquellos que solo puede celebrar una persona pública; que sea por su forma y contexto un contrato administrativo”.

En tal sentido, se considera que esta teoría no descifra el acento administrativo en el contrato, ya que sólo se limita a establecer que es necesario atender a la naturaleza, a la esencia del mismo, y para ello establece que debe ser, necesariamente, suscrito por una persona pública;

cuestión que no arroja elementos más definitorios sobre la verdadera esencia.

2.3.4 Teoría de la Cláusula Exorbitante

Según lo establecido en esta teoría, para que haya contrato administrativo, es necesario que en el contenido del contrato se prevean ciertas cláusulas exorbitantes, las cuales rebasan la esfera del derecho privado. Es decir, es dotar a la administración pública de ciertas ventajas, facultades o prerrogativas que salen del régimen privado, como por ejemplo otorgarle ciertas atribuciones, las cuales no se puedan conferir en un contrato de derecho privado celebrado entre particulares, o las formas de cancelación o rescisión de los contratos, las cuales conceden algunas prerrogativas a la persona pública respecto de lo usado en los contratos privados.

Cabe mencionar que las cláusulas exorbitantes pueden ser explícitas o implícitas, las primeras se estipulan en el cuerpo del contrato, mientras que las segundas, se encuentran previstas en la normatividad a la que se sujeta el contrato, por lo que no es necesaria su transcripción.

En lo referente a esta teoría, no compartimos del todo sus argumentos, ya que el hecho de que se pacten en un instrumento jurídico cláusulas exorbitantes de derecho, no significa forzosamente, que estemos en presencia de los llamados contratos administrativos; en algunos casos, podemos ver que entre particulares se estipulan cláusulas que salen de la órbita del derecho privado y que las mismas se les considera como inexistentes; no obstante, es de reconocer que en los contratos administrativos, y ante la necesidad de regular el interés general, se concede,

inclusive en la norma se establece, algunas consideraciones para la Administración Pública, que no se concederían a los particulares en sus relaciones.

2.3.5 Teoría Teleológica

Para esta teoría, la finalidad o telos del contrato es lo que determina su carácter administrativo; es decir, que debe tener como objetivos principales, la satisfacción de necesidades colectivas, el interés público en general; situación, que en el derecho privado es diferente.

Dentro de la teoría teleológica existen diferentes versiones de la misma, dentro de las cuales destacan la de los servicios públicos, la del interés público y la de la utilidad pública; las cuales han sido objetadas por la amplitud de sus conceptos.

2.3.6 Teoría mixta

Como se puede observar, ha sido difícil determinar el carácter administrativo en los contratos, razón por la cual, surge una teoría mixta que hace una recopilación de las teorías más relevantes como las que aquí se han tratado. Ante tal situación Nava Negrete (Revista de la Facultad de Derecho, tomo XIII, número 51, p. 719) “argumenta:

“Son por el contrario diversos los motivos o las circunstancias por las que se puede calificar a un contrato como administrativo o como privado. Las razones o criterios que se conocen y que a nuestro juicio son aplicables al medio jurídico administrativo mexicano, para determinar si un contrato es administrativo o privado, son:

1° Por determinación de la Ley.

2° Por libre voluntad de las partes.

3° Por el objeto o por la naturaleza misma del contrato.

Esgrimido lo anterior, considero que es pertinente agregar algunas variantes importantes al respecto, como lo son: a) Que contenga cláusulas exorbitantes; b) Que se cumplan con las formalidades establecidas en ley para su otorgamiento; c) Que tenga por objeto principal la satisfacción de una necesidad colectiva, o bien, que cubra una necesidad primaria para la propia existencia de la Administración Pública.

2.4 Convenios y Contratos Administrativos

Los términos de contrato y convenio son utilizados como sinónimos en varias ramas del derecho, así como en la jurisprudencia y en la legislación, no solo en lo concerniente al ámbito administrativo o civil; además de que, a ambos se les considera en la misma definición *lato sensu*.

Convenio proviene del latín *conventio, onis*, derivada de *conventum*, y se entiende como el acuerdo o consentimiento de dos o más personas sobre una misma cosa; de hecho, para algunos tratadistas, la voz convenio suele ser el acto, acuerdo o documento derivado de una convención.

En el caso del contrato, éste proviene de la voz latina *contractus*, que quiere decir lo contraído, por ser el participio pasivo del verbo *contrahere*, derivado de *cum* y *thaho*, traducibles como venir de uno, ligarse, lo que después se entiende como acuerdo de voluntades.

Así, tenemos que en el artículo 1792 del Código Civil del Distrito Federal se define al convenio como el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. Por su parte, en el artículo 1793 del ordenamiento legal antes invocado, se establece que los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contrato.

En ese sentido, Borja (2000, p. 112) sostiene: “Como se ve, en las definiciones de nuestros Códigos el género próximo es el convenio, y la diferencia especifica la producción o transición de las obligaciones y derechos”.

En el ámbito del Derecho Administrativo, como ya se mencionó, el término de convenio o contrato se utilizan como sinónimos. Hoy en día, se observa como el convenio ha logrado extenderse, no bajo el carácter propio de los contratos, sino como una parte de la administración concertada; asimismo, se destaca el surgimiento de los convenios interadministrativos o también llamados entre órganos de la Administración y los convenios celebrados entre la Administración y los particulares. Ha sido tan grande la expansión del convenio que ya abarca diferentes materias como la electoral, salubridad, fiscal, etc. Es el sistema de coordinación que prevalece principalmente en los Estados.

Una vez definido lo anterior, es procedente conceptualizar al contrato administrativo; y para tal fin, se citarán las definiciones propuestas por varios tratadistas distinguidos, lo que ayudará a tener una idea sólida y veraz al respecto y servirá para fijar la postura del presente análisis.

Waline (1959) citado por Serra Rojas (2006, p. 637) afirma:

“El contrato administrativo es el negocio bilateral, que el Estado realiza con una o varias personas, privadas o públicas, con propósitos de utilidad pública, para construir, modificar o extinguir un vínculo patrimonial o económico, regulado por leyes de interés público”.

Por su parte, Serra Rojas (2006, p. 637) establece que el contrato administrativo:

“...es un acuerdo de voluntades celebrado, por una parte la Administración pública y por la otra personas privadas o públicas, con la finalidad de crear, modificar y extinguir una situación jurídica de interés general, o en particular relacionada con los servicios públicos, que unen a las partes en una relación de estricto derecho público, sobre las bases de un régimen exorbitante del Estado”.

Fernández de Velasco (1935, p.9) señala que los contratos administrativos son: “Los que afectan a una obra o servicio público, entendiéndose que persiguen un servicio público los que tienen por objeto inmediato y directo la satisfacción de una necesidad pública...”.

Nava Negrete (1983) citado por Fernández (2003, p.105) lo define con claridad y brevedad: “El contrato administrativo, es el contrato que celebran la administración pública con los particulares con el objeto directo de satisfacer un interés general, cuya gestación y ejecución se rige por procedimientos de derecho público”.

A la luz de las definiciones anteriores, se considera que el contrato administrativo es el acuerdo de voluntades entre la administración pública por

una parte, y los particulares por la otra, con la finalidad de satisfacer un interés público, y cuyo objeto sea crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones, todo acatando un régimen de derecho privado exorbitante.

Sumado a lo anterior, Alvi Cholvi (Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, p. 434) establece las siguientes características de los contratos administrativos:

“1° El Interés general, como causa del mismo.

2° El servicio público, como objeto.

3° La Forma, como requisito esencial.

4° La desigualdad de las partes.

5° La jurisdicción especial.

6 ° La especialidad legal”.

2.5 Principios rectores del Contrato Administrativo

Los principios que dan sustento a la teoría del contrato administrativo y a su regulación jurídica son los siguientes:

a) El principio de legalidad.

En armonía con el Estado de derecho, el Estado, su Administración pública, los órganos y autoridades que conforman ésta última, deben hacer expresamente lo que la ley les faculte, atendiendo en todo momento, a los términos y condiciones que en la misma se determinen; en consecuencia, su

actuación debe fundarse y motivarse conforme al derecho vigente; por lo tanto, la celebración de los contratos administrativos, está sujeto a un régimen jurídico claramente determinado.

b) El principio de continuidad

Este principio tiene como estandarte, el derecho que tiene la Administración pública de exigir del cocontratante, la continuidad o la no interrupción en la ejecución de las obligaciones contraídas en el contrato, ya que se deben alcanzar oportuna y eficazmente, los intereses generales a satisfacerse.

c) El principio de mutabilidad.

La administración pública tiene, dentro de ciertos límites, la facultad de llevar a cabo, de forma unilateral, las modificaciones pertinentes al contrato administrativo por cuestiones de interés público; lo anterior, sin que el cocontratante pueda oponer el principio de *pacta sunt servanda*. Fernández (2003, p. 88) determina: “Consecuencia de la mutabilidad del contrato resulta, también, el resarcimiento del interés patrimonial del cocontratante, cuando queda menoscabado por la modificación...”.

d) El principio del equilibrio financiero.

En la relación contractual se debe mantener el equilibrio financiero establecido en el momento de su celebración, con el propósito de que ninguna de las partes surja perjudicada.

2.6 Elementos del Contrato Administrativo

Los elementos del contrato administrativo pueden clasificarse en esenciales, sin los cuales no existiría contrato como tal y no esenciales, pero si propios de su naturaleza, como bien lo establece Bercaitz (1980, p.216) quien los enumera como sigue:

Elementos esenciales:

- a) Sujeto
- b) Competencia y capacidad
- c) Consentimiento
- d) Forma
- e) Objeto
- f) Causa
- g) Régimen jurídico especial.

Elementos no esenciales:

- a) Plazo
- b) Conmutabilidad
- c) Intransferibilidad

- d) Licitación
- e) Garantías
- f) Sanciones
- a) Sujeto

Una de las partes debe ser la Administración Pública con sus poderes y privilegios, tomando en cuenta también, los órganos que tienen a su cargo la función administrativa dentro del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial; es de mencionar que el interés que ésta persigue, es el de satisfacer necesidades de la colectividad.

La otra parte, comúnmente denominada cocontratante, es el particular o entes de derecho público, los cuales persiguen un beneficio valor económico.

- b) Competencia y capacidad

Es necesario que en la relación contractual los dos sujetos que se han mencionado, es decir, por una parte la administración pública, y por la otra, los particulares o un ente de derecho público, deban estar en aptitud legal para obligarse. La esfera de actuación de la Administración Pública en el ámbito de su competencia; es aquella aptitud de actuar legalmente en un territorio determinado y en determinada materia. Además, los servidores públicos encargados de expresar la voluntad de la administración pública, deberán de hacerlo siempre en el ámbito de las atribuciones expresamente conferidas para tales efectos, de lo contrario, ocasionarían la producción de actos nulos.

En ese orden de ideas, los particulares deberán contar con la capacidad jurídica necesaria para contratar, en los términos y condiciones que se establece en el derecho común, es decir, contar con capacidad de goce y de ejercicio.

c) Consentimiento

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades necesarias para que exista el contrato. El consentimiento de la Administración pública, como expresión de su voluntad, requiere que se cumplan las formalidades especiales establecidas en el derecho público o en ley. Es necesario que en materia contractual, los titulares de los órganos competentes de dicha Administración, que pretendan contratar, lo hagan de forma clara, precisa e inequívoca abarcando todos los aspectos del contrato.

Asimismo, en la celebración de contratos administrativos el consentimiento necesariamente debe ser expreso.

Es pertinente aclarar, que por regla general, la formalidad no implica la celebración del contrato mediante escritura pública, ya que las mismas actuaciones administrativas dentro del contrato constituyen instrumentos públicos, por emanar de servidores públicos que tienen representación directa del Estado.

d) Forma

En ese sentido, Serra Rojas (2003, p.645) determina: “Es la ley la que señala en cada caso la forma que deben revestir los contratos

administrativos. La forma escrita es esencial para la existencia de un contrato administrativo”.

e) Objeto

El objeto del contrato es la consecuencia o efecto que se persigue al celebrarlo, es ese propósito para crear un derecho o generar una obligación entre los contratantes; es en sí, un elemento esencial para que surja el contrato.

El objeto debe ser cierto, posible y lícito; a diferencia de lo que sucede en el derecho privado, el objeto de un contrato administrativo, puede consistir en una cosa o bien que esté fuera del comercio. En ese sentido, se ha pretendido objetar la existencia de dichos contratos alegando que las *res extra commercium* no pueden ser objeto de los contratos; lo anterior, ha sido desvirtuado ya que ese principio opera para aquellos contratos celebrados entre particulares; pero nada impide, que este principio, el que la cosa esté fuera del comercio, se aplique en los contratos administrativos; es decir, por eso existe una clasificación, no puede haber identidad de principios entre los contratos privados y los de derecho administrativo, si no, no serviría de nada tal diferenciación.

f) Causa

Es el fin o la intención de los contratantes relacionada directamente con la cosa y es por ésta, en virtud de que una persona se obligue para con otra.

En los contratos de derecho administrativo, la causa es de suma importancia, ya que engloba un interés colectivo, una necesidad general, o bien, un servicio público que se pretende satisfacer de la mejor manera posible.

g) Régimen jurídico especial

La celebración de los contratos administrativos está supeditada estrictamente al régimen de derecho público, aunque por excepción y por algunas lagunas en la legislación administrativa, se tenga que recurrir al derecho privado.

Se pueden observar así, las llamadas cláusulas reglamentarias, mismas que se fundan en la ley, y que son impuestas de manera unilateral por el Estado para la protección y la consecución de los fines mismos del contrato.

Elementos no esenciales:

a) Plazo

Si bien el plazo es considerado como un elemento no esencial en los contratos administrativos, por constituir un elemento facultativo para las partes y que se determina de conformidad a la naturaleza del contrato a celebrar, también es cierto que juegan un papel importante en los actos menores que integran el procedimiento que conduce a su concreción, como también a los de ejecución, señalando su período máximo de duración, o la caducidad.

Los plazos son perentorios, su vencimiento se produce por ministerio de ley, por lo cual no se necesita de interpelación judicial o declaración posterior alguna, salvo que la propia ley prevea lo contrario.

En la práctica es común que se estipulen cláusulas que tengan por objeto sancionar la mora por incumplimiento a los plazos establecidos; una de las formas más utilizadas al respecto, es la obligación que se le impone al contratista a pagar determinadas cantidades de dinero al exceder el plazo concedido.

b) Conmutabilidad

Los contratos administrativos son conmutables ya que desde su celebración, son ciertos los provechos y gravámenes que corresponden a las partes. En relación a lo anterior, se debe aclarar, que en ocasiones surgen acontecimientos o hechos que hacen variar las condiciones del contrato, y por ende, los provechos y gravámenes; ejemplo de ello sería la aplicación de la teoría de la imprevisión.

c) Intransferibilidad

Este elemento es una imposibilidad o prohibición de poder transmitir los derechos y obligaciones establecidos dentro del contrato, a favor de un tercero distinto del cocontratante, es por ello, que la Administración Pública utiliza los métodos adecuados para cerciorarse de la idoneidad del obligado. No es óbice mencionar, que se pudiera dar la transferencia de derecho u obligaciones entre las partes, siempre y cuando lo prevea la ley que rige al contrato, o en su defecto, sea voluntad de las partes.

d) Licitación

En este punto en particular, se debe establecer que si bien es cierto que la licitación no es la esencia de los contratos administrativos, si se puede tomar como forma propia de su naturaleza, ya que es un procedimiento legal y técnico que le permite valorar a la Administración Pública, la idoneidad de de su cocontratante; es decir, se analizan las condiciones y la seguridad que éste último ofrece para prestar servicios públicos o realizar obras. Bercaitz (1980, p. 320) señala: “La licitación no constituye un elemento esencial del contrato, pero cuando la ley la impone obligatoriamente, adquiere el carácter de forma esencial”.

A diferencia de la contratación civil, en donde solo se requiere la exteriorización de voluntades por parte de los individuos, en los contratos administrativos es necesario, dependiendo la ley que lo rijan, que se elabore una oferta y un periodo publicitario, lo que da como resultado, una adhesión de posibles cocontratantes. Es evidente que con este procedimiento se estimula la competencia, a efecto de que la autoridad, tenga una gama de posibilidades y así elegir la mejor opción.

Son dos los requisitos indispensables para la licitación:

- La Publicidad. La Administración deberá, en los términos y condiciones que fije la ley, anunciar la oferta; lo anterior, con el objeto de que ésta, llegue al mayor número de interesados y se este en posibilidad de tener una variedad de propuestas que den como resultado una mejor selección.

- El Secreto. Las proposiciones de los interesados en contratar con la Administración Pública, no deben darse a conocer, ya que la licitación tiene como espíritu guardar la igualdad entre los proponentes.

e) Garantía

Es un medio para asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato Administrativo. En ese sentido Serra Rojas (2006, p.646) comenta: “La garantía es sinónimo de obligación y responsabilidad”.

Las garantías que la Administración deba exigir de su cocontratante, son las que se establecen en ley o las que se pacten en el instrumento respectivo.

Se debe precisar, que las formas de garantizar contratos administrativos, están íntimamente ligadas con el objeto del presente trabajo, de tal suerte, que este punto total será tratado con mayor énfasis en capítulos subsecuentes.

f) Sanciones

Es una pena o represión que se impone a quienes violan la ley. En el caso que nos ocupa, es una pena, prevista en ley, que se impone ante la falta de cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato.

2.7 Fundamento Constitucional del Contrato Administrativo

La base constitucional para llevar a cabo la celebración de contratos administrativos, encuentra sustento en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual dispone:

“Los recursos económicos de que dispongan el Gobierno Federal y el Gobierno del Distrito Federal, así como sus respectivas administraciones públicas paraestatales, se administrarán con eficiencia, eficacia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

El manejo de recursos económicos federales se sujetará a las bases de este artículo.

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de esta Constitución”.

El artículo anterior, tiene como fin establecer los principios éticos normativos a través de los cuales se deben manejar los recursos públicos; asimismo, se reconoce a la licitación pública como el vehículo fundamental para llevar a cabo las contrataciones, todo con el ánimo de fomentar la sana competencia, pero sobre todo, de que el Estado se allegue de los elementos

suficientes que le permitan tener una certeza jurídica favorable en la contratación de los servicios públicos.

Por otra parte, responsabiliza a los servidores públicos por el cumplimiento de los procedimientos y bases que para tales efectos se establezcan, en término del Título Cuarto de nuestra Constitución.

Es pertinente mencionar que los servidores públicos se ven constantemente asediados por factores de índole político o comercial para otorgar a determinados sujetos, la celebración de contratos administrativos. Ahora bien, lo único que se logra con esta conducta es lesionar el interés general, para lo cual el precepto antes citado, responsabiliza a cualquier servidor que pudiese incurrir en estas prácticas u otorgar cualquier privilegio a los posibles cocontratantes.

2.8 Los Modos de Celebración de los Contratos Públicos

En general, el procedimiento para llevar a cabo la contratación administrativa comprende: el referente a la preparación del contrato; el relativo al problema de la elección de la otra parte contratante; y por último, el de la forma misma que debe revestir el negocio contractual (Serra Rojas, 2006).

Los modos de celebrar contratos administrativos son:

- a) El concurso entre las personas que ofrezcan las mejores ofertas o condiciones de contratación, y la cual puede tener las siguientes formas:

1. La adjudicación pública abierta, sobre la comparación de los precios propuestos;
 2. La adjudicación restringida, en donde la Administración escoge, de forma discrecional, a los postores, teniendo también la base de comparación de precios.
- b) Contratos amistosos. Aquí, la Administración goza de libertad para escuchar ofertas de un gran número de postores y así, este en aptitud de elegir al que más estime conveniente.

2.9 Forma y Pliego de Condiciones de los Contratos Administrativos

Como ya se estableció con anterioridad, la forma que reviste la celebración de los contratos administrativos es generalmente escrita; además, es indispensable que éstos sean otorgados por los servidores públicos especialmente facultados para ello.

El contrato escrito debe contener una serie de pliegos de condiciones o documentos anexos que determinen los términos del negocio contractual. Estas condiciones pueden ser:

- a) El pliego de cláusulas y condiciones generales o pliego de las cláusulas administrativas generales. Este tipo de condiciones se confeccionan, de forma general, para todos los tipos de contratos. En ciertos países, dentro de sus ordenamientos jurídicos, estas cláusulas se convierten como prescripciones generales aplicables a todos los contratos que celebre la Administración Pública.

- b) El pliego de prescripciones comunes. Son las normas particulares que rigen al contrato.
- c) El pliego de prescripciones especiales. Éstas atienden a ciertas consideraciones como: a los precios, calidad, materiales, sanciones y circunstancias específicas que se pretendan regular dentro del contrato.

2.10 Interpretación y ejecución de los Contratos Administrativos

En el derecho común existen diversos principios jurídicos que rigen la actividad entre los particulares, mismos que no pueden ser aplicados del todo en los contratos administrativos, ya que, como se analizó, en estos últimos se engloba un elemento esencial de Derecho Público, el cual consiste en cubrir las necesidades del funcionamiento regular y continuo del servicio público.

No obstante lo anterior, se destaca que los principios como la equidad y la justicia, también regentes del derecho común, estarán presentes en la relación contractual sostenida por la Administración Pública y los particulares; además, no se omite señalar que atendiendo a la interpretación de los contratos administrativos, se establece una regla fundamental, la cual establece que, ante la duda, las cláusulas deben de entenderse en el sentido más favorable para la Administración Pública.

Por otra parte, en cuanto a la ejecución de las obligaciones consignadas en los contratos administrativos, es necesario que el Estado cuente con prerrogativas exorbitantes, que le permitan, por una parte, tener el control del contrato, y por otra, gozar de seguridad jurídica, aún cuando con ello se

sacrifique el interés privado del cocontratante. Como se observa, es aquí en donde el Estado a través de sus órganos de Gobierno, hace valer su primacía, con el objeto de salvaguardar los intereses de la colectividad.

2.11 Derechos del Cocontratante

El fin de los particulares que desean contratar con la Administración Pública es, como en el ámbito comercial, obtener beneficios para sus empresas por las prestaciones que ejecutan.

Las prestaciones pueden consistir desde el abastecimiento de productos, la prestación de servicios o la ejecución de obras. Los particulares interesados en ejecutar para el Estado, cualquiera de las prestaciones señaladas, suelen elaborar proyectos de financiamiento tomando en cuenta el costo de la mano de obra, de las materia primas, de los riesgos económicos, del empleo de maquinaria adicional, y en general, de todos los pormenores que garanticen un equilibrio financiero en el contrato.

El Estado debe conocer, previo a la contratación, los pormenores de los proyectos, los costos unitarios, los porcentajes legítimos que deben abonarse a las empresas como utilidades, y todos aquellos datos de índole económico que le permitan tener una visión clara del servicio.

Las Empresas hoy en día no se improvisan, muy por el contrario, se capacitan y entienden los valores que los clientes necesitan; para ello, reconocen que una parte fundamental es la especialización y el conocimiento técnico sobre la función que han de realizar, llevada en armonía con la estrategia idónea sobre la prestación del servicio.

En ese orden de ideas, el cocontratante tiene derecho a mantener determinado equilibrio financiero en su empresa, percibiendo con oportunidad una justa remuneración por los servicios o trabajos que desempeñe a favor del Estado. Asimismo, también tiene derecho de recibir las indemnizaciones por aquellos trabajos que se le obliguen a realizar sin que estén debidamente estipulados dentro del pliego de condiciones.

a) El Precio

El precio por los servicios u obras que realiza el cocontratante, se determina por diferentes cuestiones de índole económica. En el contrato, deben quedar estipulado los modos en que habrá de cubrirse éste.

En ese orden de ideas, el Servidor público competente y representante de la Administración Pública, deberá tomar en consideración las siguientes reglas para contratar:

1. La existencia de una partida dentro del presupuesto de egresos que considere la obra a realizar.
2. Si las obras requieren varios años para su ejecución, se deberá tomar en cuenta la afectación de los presupuestos de cada año que corresponda.
3. Puede usarse el crédito, con la autorización de la misma dependencia en obras, tanto en el ámbito nacional como en el extranjero. En estos casos, se grava el presupuesto próximo de una dependencia en la proporción anual que se señale.

4. Las Dependencias para el ejercicio de su presupuesto, deberán de sujetarse al calendario de pagos que autoriza anualmente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
5. Los Servidores públicos serán responsables, de conformidad con el artículo 126 Constitucional, por contraer compromisos fuera de los límites de sus presupuestos, o de acordar erogaciones fuera del monto autorizado en las partidas respectivas.

Sin lugar a dudas, la Administración tiene a su cargo la responsabilidad de cubrir los precios pactados, pero también asume la tarea de coadyuvar con las empresas en su plan de financiamiento, subsidios complementarios, estímulos fiscales, importación de maquinaria y todos aquellos medios necesarios para llevar a cabo una obra.

b) Los derechos eventuales de indemnización.

En la práctica, suelen darse casos en que por culpa de la Administración, la ejecución de una obra no se realiza a tiempo; lo anterior, ya sea porque no cubrió los anticipos a tiempo, o no entregó las materias primas a las que estuviera obligada a entregar o a cualquier otra circunstancia de la misma naturaleza.

Asimismo, también pueden ocurrir causas imprevistas de índole natural que retarden la obra. Ante las situaciones mencionadas, un estudio técnico será la vía para determinar la responsabilidad de la administración y el derecho del cocontratante de percibir una indemnización.

2.12 Obligaciones del Cocontratante

Existe una obligación por parte del cocontratante de ejecutar las estipulaciones del pliego de condiciones que se pactaron en el contrato por las partes, o que son estipuladas en ley, excepto en aquellas circunstancias en que medie fuerza mayor. Derivado de dicha obligación personal, el cocontratante no puede ceder o celebrar contratos parciales con terceros, salvo la autorización expresa por parte de la Administración.

El Estado debe velar siempre por sus intereses y por los de la sociedad, por ende, debe velar por los contratos administrativos que celebra. En este sentido, la dependencia que celebre un contrato, será la responsable de llevar a cabo la dirección y la vigilancia del mismo. Una forma en que la Administración realiza la vigilancia es a través de las órdenes de servicio, las cuales se definen como aquellas instrucciones que da la propia Administración para la realización de los trabajos, de conformidad con el contrato previamente celebrado.

En cuanto al poder de sanción, se debe advertir que los medios utilizados para tales fines por el derecho común, son a veces insuficientes; por ello, el Estado requiere de sanciones más efectivas que le garanticen seguridad jurídica; un ejemplo de las sanciones utilizables son: la sanción pecuniaria, los medios de coacción, la rescisión, la suspensión de trabajos y la intervención. Cabe mencionar, que dicho poder de sanción del que goza el Estado, constituye parte del régimen exorbitante de la Administración.

Una de las sanciones más eficientes y más utilizadas es la pecuniaria; a través de ésta, se le puede obligar al contratista a cubrir una determinada

cantidad de dinero por día de retraso que tenga en la ejecución de una obra, siempre que se haya determinado un plazo.

Otra sanción efectiva es la rescisión, teniendo por objeto, dar por terminada la relación jurídica contractual, acentuándose la responsabilidad en que pudiera incurrir el contratista.

Ahora bien, es necesario establecer las diferencias entre la rescisión como poder se sanción, y la rescisión que se dicta en interés general.

En ese sentido, Serra Rojas (2006, p. 653) citando a Laubadère (1957, p. 430) menciona las conclusiones a las que, la doctrina francesa, ha arribado:

- a) El poder de rescisión existe respecto de todos los contratos administrativos;
- b) La rescisión en interés del servicio público constituye para la Administración una competencia discrecional;
- c) La rescisión discrecional es de orden público, por lo tanto, no interesa si no se prevé en el contrato; la Administración puede ejercerla en cualquier momento;
- d) La rescisión discrecional es para el cocontratante un derecho de indemnización por los daños que se le causen;

2.13 Hechos supervinientes en la ejecución del Contrato Administrativo

En ciertas ocasiones y durante la ejecución del contrato, pueden ocurrir circunstancias que impidan o perturben la ejecución del contrato; ya sea por hechos exteriores o hechos de la misma Administración.

En este rubro, las consecuencias son muy diferentes a las que suceden en el derecho común. En el derecho administrativo, los acontecimientos que impiden la ejecución del contrato, están determinados por el interés público, el cual exige el funcionamiento de los servicios públicos y la satisfacción de las necesidades sociales. No obstante lo anterior, es obligación del cocontratante seguir adelante con su contrato; aunque también tendrá derecho a que le indemnicen por los acontecimientos ajenos a su voluntad.

2.13.1 Teoría de la Fuerza Mayor

La fuerza mayor es un acontecimiento de acción externa a la voluntad de los cocontratantes y que impide la ejecución del contrato. Cuando ocurren esos acontecimientos, se tiende a liberar de su obligación al contratante, siempre y cuando, se realicen las siguientes circunstancias:

- Que el acontecimiento sea absolutamente independiente de la voluntad del contratante;
- Que el acontecimiento sea imprevisto e imprevisible; y
- Que el suceso haga imposible la ejecución de las obligaciones contenidas en el contrato.

2.13.2 Teoría del Hecho del Príncipe

En relación con esta teoría, varios son los autores que han expresado su definición; en ese sentido, Fernández (2003, p. 89) acota: “(es)...la alteración provocada en las condiciones de un contrato, imprevisible para el gobernado contratante y en su perjuicio, derivada de decisiones adoptadas o conductas asumidas por la autoridad...”

Por su parte, Serra Rojas (2006, p. 656) menciona que el hecho del príncipe en sentido amplio debe entenderse como: “... toda medida dictada por los poderes públicos que tiene por consecuencia la de hacer más difícil y onerosa la ejecución del contrato por el cocontratante”.

Como se puede observar, es la autoridad pública quien toma decisiones o realiza ciertas conductas que provocan un perjuicio real y concreto al contratante; razón por la cual, se imposibilita la ejecución del contrato, y no solo eso, se produce una alteración en la ecuación financiera del mismo.

Ejemplo de lo anterior, es la toma de nuevas medidas fiscales que graven en particular el contrato, la reforma o un reglamento que establezca una carga onerosa extra al cocontratante.

Son múltiples las posibilidades por las que se puede actualizar el hecho del príncipe; lo que resulta importante precisar, es que ante tal circunstancia, el Estado deberá indemnizar al cocontratante de las nuevas cargas que sufra.

2.13.3 La Teoría de la Imprevisión

La presente teoría deriva de procesos económicos imprevisibles que impactan de manera integral el financiamiento de un contrato administrativo; es decir, la devaluación de la moneda, una guerra, la inflación, la bancarrota etc. Cuando nos referimos al impacto financiero en el contrato, quiere decir que el cocontratante sufre pérdidas durante la ejecución del mismo. Sus efectos pueden ser, entre otros, la modificación tarifaria o una ampliación en el plazo concedido para la terminación de una obra, así como la prórroga de plazo de vigencia de una concesión administrativa, o una indemnización al contratante de la misma.

Los elementos de la teoría de la imprevisión son:

- a) La existencia de un contrato administrativo
- b) El pliego de condiciones en las que se estipulen las prestaciones del contrato a cargo de las partes
- c) La aparición de un acontecimiento anormal e imprevisible, independiente de la voluntad del cocontratante que le impida la ejecución del contrato, o en su defecto, que le aumente las cargas, afectando así, la economía del mismo.
- d) La administración deberá de auxiliar al cocontratante reduciendo las cargas provocadas por el acontecimiento anormal, mediante un arreglo amistoso o, en caso de desavenencia, con la ayuda de un juez.

2.14 Extinción del Contrato Administrativo

Los contratos administrativos pueden extinguirse por medios normales o anormales; sucede por medios normales, cuando éste se lleva a cabo en la forma prevista, es decir, cuando se da una realización efectiva de las obligaciones convenidas, se satisface el objeto y el contenido del propio acto. En el caso de los medio anormales, se deben de aplicar procedimientos o medios que son aplicados por no culminar con el objeto del contrato, cuando se impide su realización o se vuelve ineficaz. Los procedimientos previstos para dar por concluído el contrato de manera anormal son, entre otros, la nulidad, la rescisión, revocación etc.

CAPÍTULO 3
LA CARTA DE CRÉDITO

Una vez analizado el Contrato Administrativo de forma integral, y antes de entrar al análisis central del presente trabajo, es necesario entrar al estudio de la carta de crédito. Lo anterior, obedece a que si bien es cierto, la carta de crédito irrevocable es el punto toral de la presente investigación, también es cierto que esta última encuentra su sustento jurídico en la primera; luego entonces, es imprescindible determinar el género (carta de crédito), y en consecuencia, tener los elementos para un análisis más consistente y claro.

Además de lo anteriormente expresado, se debe de precisar la situación jurídica que guarda la carta de crédito o el crédito documentario en nuestro país, ya que a la luz de nuestra legislación, ésta no se encuentra debidamente regulada; situación que puede crear confusión tanto en terminología como en su aplicación.

3.1 Del Crédito Documentario

Los créditos documentarios están desempeñando un papel de vital importancia en la actualidad en el comercio internacional, puesto que a través de éstos, los bancos facilitan la realización de pagos, y en general transacciones comerciales de otra índole, ya que aportan un elemento de confianza entre el comprador y el vendedor.

En la actualidad, es muy fácil que las compraventas o las transacciones se lleven a cabo sin el acercamiento expreso entre las partes que las celebran; esto porque se llevan a cabo de un país a otro y a través de folletos, de Internet, de ferias comerciales, etcétera.

El comercio internacional ha ido determinando una nueva forma de comprar y vender productos y servicios. La oportunidad, el tiempo, la forma de hacer negocios actualmente es muy importante y debe, sobre todo, ser rápida y eficaz. Ante tal situación, es probable que en ocasiones, las partes que intervienen en una transacción no cuenten con referencias comerciales suficientes que les permita valorar los riesgos, la honorabilidad y honradez de las mismas. Es de mencionar, que el riesgo siempre está latente, aún y cuando dos personas hayan celebrado negocio con anterioridad.

En el caso de un comprador, siempre existirá la incertidumbre respecto de las mercancías que pretende adquirir; esa inseguridad sobre la cantidad exacta, las condiciones de uso, la forma de garantía, la calidad. Caso contrario, el vendedor siempre está expectante por el pago puntual, o en su defecto, por el pago por anticipado. En tales circunstancias, se recomienda la forma jurídica que permita a ambos, tener una certeza sobre la operación a realizar, dicha formula, ha sido implementada bajo los créditos documentarios. Éstos, son instrumentados por instituciones bancarias y su reglamentación jurídica internacional obedece, en gran parte, a la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la cual aporta usos, prácticas y normas uniformes para los bancos, lo que hace posible eliminar las barreras de la desconfianza entre las partes.

3.1.1 Definición de Crédito Documentario

El crédito documentario según Bustamante (2000, p. 15) es: “el compromiso asumido por un banco (en adelante el banco emisor) de poner a disposición del vendedor (en adelante beneficiario), por cuenta del comprador (en adelante el ordenante), una suma convenida de dinero, que podrá cobrar mediante la presentación de ciertos documentos...”

3.1.2 Responsabilidad de los Bancos en un Crédito Documentario

Si bien es cierto que la intervención de los bancos ante la celebración de un crédito documentario es importante porque añade seguridad jurídica y otorga su prestigio al intervenir; también es cierto que los bancos solo intervienen sobre la base de documentos, es decir, nunca intervienen en las obligaciones principales asumidas entre ordenante y beneficiario, así como tampoco en las mercancías.

En tal sentido, Bustamante (2000, p. 21) sostiene que según lo publicado por la Cámara de Comercio Internacional, los bancos se ocupan única y exclusivamente de documentos y no de mercancías, servicios u otro tipo de prestaciones que hayan dado nacimiento al otorgamiento del Crédito Documentario.

Los bancos se encargarán de revisar los documentos que para tales efectos presente el beneficiario, y no sólo eso, examinarán que dichos documentos coincidan fielmente con lo estipulado en las condiciones del crédito documentario. En tal suerte, los bancos nunca se encargarán sobre el traslado o valor de las mercancías, o de sus características o calidades.

En la publicación 500 de las Reglas y Usos Uniformes relativas a los Créditos Documentarios que se adoptaron en abril de 1993 y entraron en vigor en enero de 1994, así como en la nueva revisión que de las mismas se llevó a cabo en 2007 y que da origen a la publicación 600, con fuerza obligatoria para 2008, se define que los bancos no son ni serán responsables por la forma, suficiencia, exactitud autenticidad, falsificación o legalidad de los documentos que presente el beneficiario; su responsabilidad estriba en

revisar cuidadosamente los documentos presentados y verificar que éstos coincidan a cabalidad con las estipulaciones consignadas.

3.1.3 Partes

Como ya se analizará más adelante, las partes que integran la formación del crédito documentario, son esencialmente las mismas que para tales efectos intervienen en la carta de crédito; así tenemos a un ordenante, comprador o importador, a un Banco emisor y por último a un Beneficiario, vendedor o exportador.

Cabe destacar que las figuras antes mencionadas, serán descritas más adelante, cuando se analicen en la carta de crédito.

3.1.4 Reglamentación Internacional

En los bancos han surgido diferentes formas de conceptualizar y de dar interpretación a los créditos documentarios, es por ello que la Cámara de Comercio Internacional (CCI), como única organización empresarial mundial y como principal socio empresarial de las Naciones Unidas y sus agencias se ha dado a la tarea desde 1933, de llevar a cabo la reglamentación sobre los créditos documentarios a través de sus publicaciones denominadas “Reglas y usos y costumbres relativos a los créditos documentarios”. La reglamentación vigente es la publicación 600, la cual tiene como antecedente inmediato la publicación 500 revisión de 1993, misma que entrará en vigor el 1 de enero de 1994. Es de mencionar, que dicha reglamentación ha sido constantemente revisada y modificada ya que la primer versión surgió al mundo comercial en el año de 1933, pasando así, por revisiones en los años 1951, 1962, 1974 1984 y 1993.

Como su nombre lo indica son Reglas, no leyes y su finalidad es unificar criterios en el manejo de estas operaciones, definiendo los derechos y responsabilidades de las partes que intervienen y resumiendo las prácticas Bancarias Internacionales para la emisión y manejo de los Créditos Comerciales.

3.2 Relación de la Carta de Crédito con los Créditos Documentarios

El vínculo entre el Crédito Documentario y la Carta de Crédito es inexistente, ya que son dos acepciones que describen a la misma operación. Así tenemos que para designar a los créditos documentarios, se han ido empleando diferentes expresiones que tiene el mismo significado. Al respecto, Bustamante (2000, p. 18) establece: “Así, se habla de crédito documentario, crédito comercial documentario, carta de crédito (quizá el más común), crédito confirmado, crédito irrevocable o crédito comercial”.

Como se puede observar, de las expresiones en cita, se desprende que varias indican o hacen referencia fundamentalmente al mismo tipo de operación.

El pronunciamiento de la CCI al respecto, es que el término adecuado para describir las operaciones en comento es el de Crédito Documentario; no obstante tal situación, varios estudiosos en la materia, así como la misma práctica comercial, consideran a éste, como un complemento de la carta de crédito, ya que contempla los documentos solicitados para el cumplimiento de pago.

3.3 Definición de la Carta de Crédito

El Banco de Comercio Exterior en México establece que la carta de crédito es un documento expedido por un banco, en donde se afirma el compromiso a pagar a alguien (proveedor/exportador/vendedor) una cantidad de dinero, por cuenta de un comprador (importador), siempre que el vendedor cumpla con los términos y condiciones establecidas. (Bancomext, 2005, p.40).

Por otra parte, Esteva (1964, p. 103) establece que la carta de crédito es: “un instrumento de pago, sujeto a regulaciones internacionales, mediante el cual un banco (Banco Emisor) obrando por solicitud y conformidad con las instrucciones de un cliente (ordenante) debe hacer un pago a un tercero (beneficiario) contra la entrega de los documentos exigidos, siempre y cuando se cumplan los términos y condiciones de crédito.

La CCI dispone que un crédito comercial o carta de crédito, “es un instrumento de pago, emitido por un Banco (Banco Emisor), el cual a solicitud y de conformidad con las instrucciones de un cliente Comprador (Ordenante), se obliga a pagar a un Vendedor (Beneficiario) determinada cantidad de dinero, dentro de un plazo definido, directamente o a través de un Banco (Banco Designado) contra la entrega de documentos que muestren el embarque de mercancías o entrega de servicios pactados. (ICCMEX, 2005, p.2).

Como se advierte, la carta de crédito es un compromiso por escrito que asume una Institución Bancaria, previamente autorizada para tales efectos, de realizar un pago al vendedor o beneficiario de la carta, a solicitud y de conformidad con las instrucciones giradas por el comprador u ordenante, por

la suma de dinero indicada, dentro de determinado tiempo y contra la entrega de los documentos puntualizados en la misma.

3.3.1 Reglamentación en la Ley Vigente

La Carta de Crédito en México encuentra su primer sustento jurídico en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, misma que carece de una verdadera regulación de tal institución jurídica internacional, ya que determina de una forma muy general el tema, no estableciendo en sí, un claro manejo de la misma. Además, se ha creado confusión en cuanto a la terminología expresada en dicha Ley, puesto que se confunde el concepto de crédito confirmado con el de crédito irrevocable, mismos que son diferentes.

Al respecto, Cervantes (2002, p. 261) establece que el crédito documentario, por ser una institución de nueva creación, fue reglamentado hasta 1930 en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. En ese sentido, comenta: “Pero el legislador mexicano fue víctima de la confusión de la jurisprudencia inglesa y de la doctrina italiana, y reglamentó a la institución como crédito confirmado”.

En la citada Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, encontramos que la Carta de Crédito encuentra sustento de los artículos 312 a 316, y los artículos 317 a 320 regulan el crédito confirmado, que es otra manera de nombrar a los créditos documentarios. Es necesario aclarar, que si bien es cierto que nuestra legislación intentó regular los créditos confirmados, también es cierto que dicha expresión resulta incorrecta, ya que ésta no es aplicable a los créditos documentarios actuales y vigentes, sino a lo que antes se conocía como créditos de viajero. De tal suerte, Bustamante (2000, p. 19) sostiene

que lo regulado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es lo más alejado a lo que es un crédito documentario en la actualidad, por eso enfatiza sobre la necesidad de que los países legislen correctamente tal figura a efecto de evitar confusiones o malas interpretaciones de lo que verdaderamente es un crédito documentario.

Ahora bien, el artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito, potestativo de las actividades establecidas y permitidas para realizar por los bancos, establece en su fracción VIII: “Asumir obligaciones por cuenta de terceros, con base en créditos concedidos, a través del otorgamiento de aceptaciones, endoso o aval de títulos de crédito, así como de la expedición de cartas de crédito”.

De lo antes señalado, queda claro que en México, los bancos son los encargados únicos de la expedición de las cartas de crédito o créditos documentarios, por lo que ni las Instituciones de Fianza, ni las uniones de crédito, ni algún otro organismo estará facultado para llevar a cabo la emisión de este tipo de instrumentos de pago. Lo anterior, es signo de certeza jurídica para las partes y en general para las personas que contemplen este instrumento como la forma de cerrar sus transacciones a un nivel, no solo nacional, sino internacional.

En conclusión, se puede advertir que las cartas de crédito solo pueden ser emitidas por los bancos, previamente autorizados para tal efecto, por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; situación de vital importancia ya que se pretende evitar fraudes. Además, son los bancos quienes cuentan con el personal calificado, el soporte tecnológico y de seguridad necesario para el manejo de dichos instrumentos jurídicos.

No obstante lo anterior, en un plano internacional, los bancos únicamente aceptarán notificar y confirmar cartas de crédito de aquellos bancos de los cuales tengan buenas referencias, o que gocen de prestigio internacional. Por lo general, los bancos gozan de tener una red de corresponsales en todo el mundo, con líneas de crédito para créditos documentarios.

3.3.2 Reformas a la Ley de Instituciones de Crédito

Durante la elaboración del presente trabajo, se llevó a cabo una modificación a la Ley de Instituciones de Crédito publicada en el Diario Oficial de la Federación el seis de febrero de 2008, en la cual entre otras cosas, se hace una modificación sustancial sobre el artículo 71, dando como resultado una eficaz regulación acerca de la carta de crédito; ya que no solo se precisa su definición, sino que también se determina con toda certeza lo que debe entenderse por carta de crédito irrevocable y por confirmación.

Por así convenir a la estructura del presente capítulo, se citará de manera textual lo señalado por el artículo 71 de la Ley de Instituciones de Crédito en lo tocante a lo que debe entenderse por carta de crédito; en ese sentido, se expresa lo siguiente:

“Para efectos de esta ley, se entenderá por carta de crédito al instrumento por virtud del cual una institución de crédito se obliga a pagar, a la vista o a plazo, a nombre propio o por cuenta de su cliente, directamente o a través de un banco corresponsal, una suma de dinero determinada o determinable a favor del beneficiario, contra la presentación de los documentos respectivos, siempre y cuando se cumplan con los requisitos previstos en la propia carta de crédito”.

Derivado de la modificación al artículo anterior, podemos observar como el legislador da una clara definición sobre el concepto de carta de crédito y no solo eso, también deja sin efectos para este tipo de operación lo dispuesto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Lo anterior, se colige de lo estipulado en el primer párrafo del citado artículo 71 de la Ley Instituciones de Crédito, mismo que a la letra expresa:

“Artículo 71.- Las instituciones de crédito, al emitir las cartas de crédito a que se refieren las fracciones VIII y XIV del artículo 46 de esta ley, se sujetarán a lo señalado en este artículo y, de manera supletoria, a los usos y prácticas que expresamente indiquen las partes en cada una de ellas, sin que resulte aplicable para esta operación lo dispuesto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en materia de cartas de crédito.”

Es decir, que las instituciones de crédito al emitir cartas de crédito de conformidad con el derecho que se les confiere en la propia Ley de Instituciones de Crédito en las fracciones VIII y XIV del artículo 46, éstas deberán observar, para dicha emisión, lo establecido en el ya citado artículo 71 de la Ley en cita, de manera supletoria eso si, a lo dispuesto en los usos y prácticas que expresamente indiquen las partes otorgantes.

3.3.3 Naturaleza Jurídica de la Carta de Crédito

La carta de Crédito no es un título de crédito como varias tesis lo intentan señalar, ya que no es un documento negociable, destinado a la circulación, no se protesta, ni requiere de aceptación alguna; en esta figura jurídica, el vendedor o beneficiario no siempre estará en aptitud de ejercer acción determinada en contra del ordenante o comprador.

Estos instrumentos crediticios son regulados por el contrato de crédito que celebran por una parte el banco emisor y por la otra el ordenante; mediante dicho contrato, se pactarán las bases mediante las cuales el banco emitirá la carta de crédito correspondiente; es de mencionar, que dicho crédito, es autónomo y crean una disponibilidad en la fecha del vencimiento a favor del acreditado o beneficiado. Son documentos independientes de los contratos en los que están basados y a los bancos no les afectan, por lo que no están vinculados por los contratos que les dieron origen, aún cuando en la Carta de Crédito se incluya alguna referencia al mismo.

Es decir que, el banco para estar en condiciones de emitir y pagar la carta de crédito, únicamente se basará a lo estipulado en la misma y/o en el contrato de crédito que da lugar a la emisión de la carta en comento, pero nunca tomará en cuenta las cláusulas del contrato celebrado entre el vendedor y el comprador. En consecuencia, el banco, no está sujeto a reclamaciones o excepciones por parte del Ordenante, resultante de sus relaciones con el Banco o con el Beneficiario.

3.3.4 Clasificación de las Cartas de Crédito

Dentro de las cartas de crédito podemos encontrar numerosos tipos y entre los más importantes se encuentran los siguientes:

- a) Carta de crédito revocable;
- b) Carta de crédito irrevocable;
- c) Carta de crédito transferible;

- d) Carta de crédito confirmada;
- e) Carta de crédito sin confirmar;
- f) Carta de crédito Respaldada;
- g) Carta de crédito *Stand By*;
- h) Carta de crédito no restringida;
- i) Carta de crédito restringida;
- j) Carta de crédito abierta;

Una vez señalado lo anterior, se procederá a dar una breve explicación sobre cada uno de los tipos antes señalados.

- a) Carta de Crédito Revocable. Este tipo de cartas permite llevar a cabo modificaciones, reestructuras o cancelaciones a los contenidos primarios, en cualquier tiempo y sin que medie consentimiento del beneficiario. Hay que advertir, que esta modalidad asume un riesgo importante, razón por la cual, no es muy utilizada por no dar mucha certeza jurídica al beneficiario.
- b) Carta de Crédito Irrevocable. Es este caso y a diferencia de la anterior, para llevar a cabo una modificación, reforma o cancelación a los términos originalmente estipulados en la carta, es necesario contar con el consentimiento del banco emisor, del beneficiario y del

solicitante. Esta modalidad es muy utilizada en el ámbito internacional, ya que el pago siempre está garantizado. Cabe mencionar que la carta que nos ocupa, no puede ser modificada o cancelada de forma unilateral, sino que se debe contar con el consentimiento expreso de todas las partes para darse dicha situación.

- c) Carta de Crédito Transferible. Se utiliza cuando hay una cesión total o parcial del crédito a uno o más beneficiarios; es decir, el exportador puede transferir sus derechos a otra persona de conformidad con lo establecido en la propia carta o en el crédito de que se trate. Una carta de este tipo hace posible la emisión de una segunda carta de crédito a favor del segundo beneficiario, sin necesidad de que el primero requiera de una segunda línea de crédito para esa segunda carta. Esta modalidad de documento se ha estado utilizando mucho ya que existen empresas llamadas *brokers*, las cuales funcionan como intermediarias y se dedican a colocar los productos y abrir mercados entre proveedores e importadores. Para que esta modalidad se lleve a cabo, es necesario que en el carta de crédito se considere la posibilidad de transferir, asimismo, el beneficiario es el único que puede autorizar su transferencia; por otra parte, el banco confirmador decidirá si acepta manejar el crédito con el carácter de transferible, en caso de no ser así, deberá informarlo a la brevedad al banco emisor. Salvo pacto en contrario, el crédito solo será transferible por una sola ocasión, ya sea en su totalidad o una parte, cuestión que no podrá exceder del valor total del crédito.

En este tipo de operaciones existen riesgos visibles, ya que cuando un banco abre una carta de crédito bajo la modalidad de transferible para

un comprador, ninguna de las partes puede estar segura del comprador.

Es pertinente aclarar que la figura del beneficiario en la carta de crédito transferible es de vital importancia, puesto que éste debe estar disponible en todo momento para llevar a cabo el proceso de la negociación de la carta en cuestión y para asistir al banco que realiza la transferencia.

- d) Carta de Crédito Confirmada. Se presenta cuando se añade una segunda garantía de otro banco; esto es, el banco corresponsal a través del banco emisor envía la carta de crédito, añadiendo su obligación y compromiso de pago de la carta de crédito en los términos y condiciones estipuladas.
- e) Carta de Crédito sin confirmar. Es cuando el documento soporta sólo la garantía del banco emisor. El banco avisador simplemente informa al exportador los términos y condiciones de la carta de crédito, sin añadir sus obligaciones de pago. El exportador asume el riesgo de pago del banco emisor, que normalmente se encuentra en un país extranjero.
- f) Carta de Crédito Respaldada. Este tipo de cartas no encuentra regulación en la legislación mexicana, no obstante es necesario saber su funcionamiento. Su prohibición en nuestro país reside básicamente en que no cumplen con lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito, ya que no se emiten al amparo de un crédito, sino al amparo de otra carta de crédito. Este tipo de carta se utiliza

para respaldar otra carta de crédito. Es decir, el beneficiario de una carta de crédito acude con su banco a efecto de que éste le otorgue un crédito al amparo de la carta en la cual aparece como beneficiario.

- g) Carta de Crédito *Stand By*. Es aquella que tiene como objeto garantizar el cumplimiento de obligaciones asumidas por el ordenante. En esta modalidad, el banco es el que va a garantizar los compromisos asumidos por el solicitante de la carta frente a un beneficiario. En caso de que exista un incumplimiento a las obligaciones establecidas entre el ordenante y el beneficiario, éste último estará habilitado para hacer efectiva la carta de crédito stand by, contra la presentación de una carta en la que se indique la forma del incumplimiento.

Las cartas de crédito se emiten con la finalidad de que no sean utilizadas, ya que su función es garantizar las operaciones a realizar por las partes, y entonces permanecen a la espera como un mero respaldo.

- h) Carta de Crédito no restringida. Es aquella que su negociación puede llevarse a cabo con cualquier banco libremente elegido.
- i) Carta de Crédito Restringida. Su negociación se limita a un banco determinado.
- j) Carta de Crédito abierta. es aquella en la cual el beneficiario tiene la opción de girar una letra de cambio sin necesidad de presentar documentos.

3.4 Composición de la Carta de Crédito

La utilización de este instrumento a nivel mundial, ha sido de gran importancia, ya que ha proporcionado certeza jurídica en las transacciones que cotidianamente se llevan a cabo. Esta certidumbre en gran medida depende por la unificación de su manejo, por la implementación de reglas comunes que rigen para todos los países y sobre todo, por la seguridad que las Instituciones de Crédito le imprimen con su intervención.

3.4.1 Partes que Intervienen en la Carta de Crédito

A continuación se explicarán las partes que intervienen en el otorgamiento de la carta de crédito, aclarando que las acepciones utilizadas para determinar a cada parte integrante, son las más utilizadas por lo general; aunque se precisa que en el lenguaje internacional o atendiendo al tipo de operación que se trate, dichas acepciones pueden cambiar, sin que esto modifique su esencia.

Las partes que forman el otorgamiento de la carta de crédito son:

- Ordenante (Comprador-Importador)
- Beneficiario (Vendedor-Exportador)
- Banco Emisor
- Banco Notificador

A) Ordenante (Comprador–Importador): Solicita la apertura de la carta de crédito, es parte fundamental y motriz de la carta de crédito, puesto que es él quien inicia el proceso.

El ordenante de la carta de crédito es la persona que acude al banco para ordenar que se abra una carta de crédito por su cuenta y a favor de un beneficiario determinado, el cual podrá girar la carta de crédito contra la presentación de ciertos documentos, normalmente los documentos que evidencian el embarque de cierta mercancía.

El ordenante de la carta de crédito participa en dos aspectos: en el primero, forma un vínculo de compra venta que se genera directamente entre el propio ordenante y el beneficiario; y en el segundo, se forma un vínculo crediticio entre el solicitante y el banco que emitirá a solicitud de éste, la carta de crédito. En otras palabras, el banco abre una línea de crédito al comprador bajo ciertas circunstancias y estipulaciones convenidas en el crédito.

B) Beneficiario (Vendedor-Exportador): es a favor de quien se emite la carta de crédito. Es quien tiene derecho de exigir el pago al banco emisor, una vez cumplidos los términos y/o condiciones establecidas en la carta de crédito, con la condición de que para tal efecto, presente los documentos estipulados en dicha carta.

El beneficiario es el sujeto activo de la relación jurídica del crédito documentario, ya que le asiste la potestad del crédito que nace de la carta de crédito. Asimismo, el beneficiario es el vendedor en la relación primigenia, o sea en la compra venta de satisfactores, bienes o servicios.

- C) Banco Emisor: Es el encargado de emitir la carta a favor del beneficiario por instrucciones del comprador. El banco emisor es el responsable frente al ordenante de notificarle al vendedor sobre la carta y a su vez, de realizar el pago correspondiente a través del banco corresponsal.
- D) Banco Notificador: Es aquel banco encargado de notificarle al beneficiario, en la plaza de éste, la apertura de la carta de crédito. Esto sucede cuando el banco emisor no cuenta con alguna sucursal en la plaza del vendedor, entonces optará por buscar los servicios de un banco corresponsal para que realice la notificación de la carta. Ahora bien, el banco corresponsal puede actuar como simple notificador, sin llegar a adquirir obligación alguna, o bien, además de lo anterior puede optar por confirmar la carta de crédito, lo que traería como consecuencia que adquiriera la obligación frente al beneficiario de pagar el monto de dicha carta, siempre y cuando se presenten los documentos necesarios para dicho fin.

3.4.2 Derechos y Obligaciones asumidas por las partes

La obligación del comprador como en cualquier otro tipo de apertura de crédito, es la de proveer oportunamente los fondos, aunque en caso de omisión de esta obligación, no se afectaría la relación que existe entre el banco acreditante y el beneficiario, siempre y cuando se trate de un crédito irrevocable.

El banco emisor tendrá bajo su responsabilidad la ejecución de las instrucciones que reciba del comprador, antes de que éste realice el pago;

para ello, deberá realizar una inspección exhaustiva sobre los documentos que le sean presentados por parte del beneficiario con el objeto de lograr el pago. En tal sentido, es responsabilidad del banco llevar a cabo el debido examen sobre los documentos que le presentan, deberá asegurarse que los textos estén de conformidad con las estipulaciones vertidas en la carta de crédito, aunque no será responsable por la validez de los mismos o en su defecto por el estado de las mercancías.

Por otra parte, el beneficiario tendrá dos obligaciones principales; la primera de ellas, será la que adquiere frente al comprador, es decir tendrá que garantizar la calidad y el volumen acordado de las bienes; en la segunda, deberá de acreditar ante el banco emisor, o en su defecto el confirmador, que posee los documentos necesarios y previamente estipulados en la carta de crédito con el propósito de obtener el pago.

3.5 Del Término

Según lo establecido por la Cámara de Comercio Internacional, en la carta de crédito deberá establecerse el término por el cual ésta tendrá vigencia. En caso de omisión en el término de vigencia, se entenderá que se tienen seis meses después de que el beneficiario la reciba para que pueda ejercer sus derechos.

CAPÍTULO 4
LA CARTA DE CRÉDITO IRREVOCABLE
COMO UNA FORMA DE GARANTIZAR
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Una vez analizadas las figuras jurídicas necesarias para dar mayor claridad al tema central del presente trabajo, en este último capítulo se llevará a cabo el análisis general sobre la carta de crédito irrevocable; asimismo, se definirá la legislación que prevé la utilización de dicho instrumento como garantía ante la suscripción de un contrato administrativo celebrado bajo la jurisdicción federal en México y por último se emitirán algunas consideraciones a favor del uso de este nuevo instrumento jurídico de garantía.

4.1 La Carta de Crédito Irrevocable

Como ya se explicó el capítulo anterior, para que una carta de crédito irrevocable se considere jurídicamente como tal, se requiere del consentimiento expreso por parte del emisor, en este caso la institución bancaria, del beneficiario, y en su caso, del banco que realiza la confirmación.

Cabe señalar que ante el crecimiento del comercio internacional, este tipo de carta de crédito es actualmente la de más uso, ya que otorga una mayor seguridad jurídica a las partes contratantes, y de cierto modo a la ejecución por parte de las instituciones de crédito que las emiten o que las confirman.

4.1.1 Definición de la Carta de Crédito Irrevocable

Según la Cámara de Comercio Internacional, habrá carta de crédito irrevocable cuando al emitirse se constituye la irrevocabilidad para todas las

partes otorgantes, es decir, que no se podrá llevar a cabo ninguna modificación o cancelación total o parcialmente sin la aprobación del Ordenante del Banco Emisor del Banco Confirmador, y si lo hay, del beneficiario.

Por otra parte, Bustamante (2000, p. 39) señala lo siguiente: “A diferencia de los créditos revocables, un crédito irrevocable no podrá emitirse, enmendarse o cancelarse sin el consentimiento del Banco Emisor”.

En tales expresiones, podemos asegurar que la carta de crédito irrevocable entraña un elemento de certeza jurídica insuperable para todas las partes que en ella intervienen, ya que proporciona seguridad, confianza y garantía; esto es, se tiene la certidumbre que las condiciones estipuladas en dicha carta, no podrán sufrir alteración alguna, ni mucho menos ser objeto de cancelación por parte del Otorgante-Comprador.

De conformidad con lo establecido en el artículo 10, inciso a) de las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Crédito Documentarios vigentes, un crédito no se puede modificar o cancelar sin el consentimiento del banco emisor, del banco confirmador, si lo hubiere, y del beneficiario. En ese sentido, podemos observar que no se requiere del consentimiento por parte del ordenante para llevar a cabo cancelación o modificación alguna, puesto que es él quien generalmente emite las instrucciones de modificación o cancelación; empero, si tales instrucciones fuesen realizadas por el beneficiario, el banco emisor protegerá los intereses del ordenante y no aceptará las modificaciones o cancelaciones propuestas hasta en tanto el ordenante no las acepte.

4.1.2 Marco Jurídico de la Carta de Crédito Irrevocable en México

En la Legislación mexicana, encontramos que en el artículo 317 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se describe lo siguiente:

“El crédito confirmado se otorga como obligación directa del acreditante hacia un tercero; debe constar por escrito y no podrá ser revocado por el que pidió el crédito”.

En relación con el artículo anterior, se aprecia una profunda confusión de terminología, ya que se le otorga erróneamente la nomenclatura de crédito confirmado a lo que en realidad esboza un crédito irrevocable.

Para tal efecto, y a manera de esclarecer tal confusión, se tiene que el crédito confirmado es aquél en virtud del cual, la Institución bancaria corresponsal de la Institución de crédito emisora, no solo acepta notificarle al beneficiario la apertura de un crédito a su favor, sino que además, confirma su pago, es decir, otorga su consentimiento de manera expresa para llevar por su cuenta la liquidación del crédito a favor de dicho beneficiario ya sea a plazo o a la vista. En esta clase de carta de crédito, el banco corresponsal añade su obligación y compromiso de realizar el pago al beneficiario, en otras palabras otorga la certeza y la garantía al compromiso de liquidación del crédito establecido.

Ahora bien, atendiendo a la literalidad del citado artículo 317, éste solo hace escueta mención sobre la obligación directa que surge del acreditante con un tercero y de la irrevocabilidad de la obligación por parte de quien solicitó dicho crédito.

En razón de lo anterior, lo establecido en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no entraña jurídicamente la acepción de un crédito confirmado, sino por el contrario, a la luz de lo preceptuado, se establece de manera muy vaga, la consolidación de la irrevocabilidad de los créditos documentarios.

Por otra parte y derivado de las modificaciones recientes a la Ley de Instituciones de Crédito publicadas en el Diario Oficial de la Federación el seis de febrero de 2008, en el artículo 71 de dicha ley, se establecen claramente las peculiaridades de la carta de crédito irrevocable:

Artículo 71.-

“...

Las Cartas de crédito irrevocables solo podrán ser modificadas o canceladas con la aceptación expresa de la Institución emisora, del beneficiario y, en su caso, de la Institución confirmadora.”

Es de reconocer que la modificación señalada establece una adecuada regulación, no solo de las cartas de crédito irrevocables, sino también de las cartas de crédito en general. Como consecuencia de lo legislado, se precisa como requisito fundamental de las cartas de crédito irrevocables, que para que se pueda llevar una modificación, o cancelación a las mismas, será necesario que el Banco Emisor, el Beneficiario, y en su caso, el Banco Confirmador, otorguen su consentimiento.

4.1.3 Partes de la Carta de Crédito Irrevocable

En la carta de crédito irrevocable la nomenclatura utilizada para designar a las partes que intervienen en su suscripción, es la misma que se utiliza en cualquier otra modalidad de la carta de crédito; no obstante tal situación, cabe aclarar como se mencionó en el capítulo anterior, que las acepciones utilizadas y mencionadas a continuación, son las tradicionalmente señaladas en un plano internacional, aunque pudiese presentarse la situación que éstas varíen en cuanto a su forma sin modificar la esencia de su contenido.

Las partes que participan en el otorgamiento de la carta de crédito son:

- Ordenante (Comprador-Importador)
- Beneficiario (Vendedor-Exportador)
- Banco Emisor
- Banco Notificador-Avisador

4.1.4 Formalidad y Requisitos Aplicables a la Carta de Crédito Irrevocable

La formalidad requerida para llevar a cabo la emisión de una carta de crédito irrevocable, es la misma que se establece para cualquier crédito documentario o carta de crédito en general.

Es una exigencia de la práctica internacional que las cartas de crédito consten por escrito, salvo aquellas que se realizan de forma electrónica y de las cuales ya se cuenta con ciertos requisitos y la normatividad específica a seguir. En el texto de dicha carta será necesario expresar el nombre del

banco emisor, el beneficiario, el nombre del otorgante, el señalamiento del banco avisador y en su caso, del banco que realizará la confirmación; asimismo, se deberá de expresar si el pago del crédito es a la vista, diferido, aceptación o negociación. De igual forma, se deberá indicar la fecha de vencimiento para la presentación, así como la ubicación del banco en el que el crédito es disponible.

En ese orden de ideas, el citado artículo 71, párrafo 3° de la Ley de Instituciones de Crédito, se especifica que en las cartas de crédito se deberá además señalar los términos y condiciones para el ejercicio adecuado del crédito o la prestación del servicio, el pago de principal, accesorios, gastos y comisiones, así como la devolución de las cantidades no utilizadas.

Sumado a lo anterior, es pertinente aclarar que en el artículo 3 de las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios, se prevé claramente que un crédito es irrevocable aún cuando no exista, dentro de la carta de crédito, indicación alguna al respecto. Lo anterior, se explica en razón de que los términos y condiciones que rigen las cartas de créditos irrevocables, deben ser muy precisos sin caer en detalles excesivos; por lo que podemos concluir que de los datos descritos en las cartas se desprenderá la misma irrevocabilidad, es decir al hacerse mención que para llevar a cabo una modificación o cancelación del crédito en necesario contar con el consentimiento del banco emisor, del beneficiario y en su caso, del banco avisador, ésta más que sobreentendido la irrevocabilidad de hecho de la carta de crédito.

4.2 De las Cartas de Créditos Irrevocables no Confirmadas por el Banco Avisador

Bajo el esquema de los créditos documentarios o cartas de créditos irrevocables la obligación directa de pago al beneficiario de dicho crédito recae indubitadamente en el banco emisor. Ahora bien, en el supuesto de que el crédito necesite ser notificado al beneficiario por encontrarse éste en una plaza distinta a la del ordenante, el banco emisor usará los servicios de sus bancos corresponsales que para tales efectos tenga en la plaza establecida; así, el banco corresponsal notificador del crédito, solo se traduce en un mandatario del banco emisor sin asumir bajo ninguna circunstancia obligación alguna en relación con el pago.

El banco avisador cuando consiente en llevar a cabo la notificación de la carta de crédito irrevocable o del crédito al beneficiario, está únicamente indicando que ha establecido, a su satisfacción, la aparente autenticidad del crédito, y que la notificación refleja fielmente los términos y condiciones de la carta de crédito irrevocable.

En la emisión de una carta de crédito irrevocable sin confirmar, la obligación directa de pago siempre será exclusivamente del banco emisor; es decir, el banco avisador solo será un mero vehículo para hacer del conocimiento del beneficiario sobre el crédito expedido a su favor. En ese orden de ideas, y llegado el momento de negociar y recibir los documentos necesarios para llevar a cabo el pago del crédito, el banco avisador no podrá realizar dicha erogación sin que medie con antelación el envío de los recursos suficientes por parte del banco emisor, ya que en tales circunstancias, el banco avisador no solventa la obligación de pago con recursos propios, sino que lo realiza con recursos del banco emisor.

4.2.1 De las Cartas de Crédito Irrevocables Confirmadas

Como ya se expresó con anterioridad, ante la emisión de una carta de crédito irrevocable la obligación directa de pago corre a cargo del banco emisor; situación que varía cuando el banco avisador, aparte de notificar al beneficiario del crédito, confirma su pago, es decir, adquiere el compromiso firme de pagar con sus propios recursos el monto del crédito bajo la presentación de los documentos y siguiendo las mismas condiciones establecidas en la carta emitida. Esta situación implica una mayor seguridad para el beneficiario, ya que el banco avisador al confirmar el crédito, otorga su garantía en el pago, da certeza de que no será necesario recibir los recursos del banco emisor para llevar a cabo la erogación de la obligación contenida en la carta de crédito irrevocable.

Por lo anterior se considera que las cartas de crédito irrevocables confirmadas, son la máxima seguridad que existe en los créditos documentarios, ya que por una parte, el banco emisor adquiere la obligación directa de pago frente al beneficiario, pero a la par, también el banco notificador al confirmar dicho crédito, avala con recursos propios la certeza de pago; eso sí, siempre y cuando se presenten los documentos necesarios para ello.

4.2.2 Obligación del Banco Avisador a Confirmar una Carta de Crédito Irrevocable

No existe reglamentación alguna que obligue a un banco designado a confirmar una carta de crédito irrevocable, más bien es una situación de libertad de decisión por parte de éste de aceptar o no tal obligación.

Asimismo, cuando un banco emisor solicita a un banco avisador la confirmación de una carta de crédito irrevocable y éste se niega a otorgar dicha confirmación, deberá de comunicar su negativa de forma inmediata al banco emisor. En la práctica bancaria, cuando ocurre una negativa de confirmación se ha establecido de manera informal el término de 72 horas para que el banco avisador le comuniqué al banco emisor sobre su negación a confirmar el crédito.

Cabe mencionar que si transcurrido el plazo antes señalado no se lleva a cabo la comunicación por parte del banco avisador, se entenderá que la confirmación ha sido aceptada.

Por otra parte, si el banco avisador se negara a confirmar la carta de crédito irrevocable de mérito, el banco emisor deberá proceder a cancelar dicha carta y emitir una segunda con los datos de otro banco corresponsal que esté dispuesto a llevar a cabo la confirmación del crédito.

Por último, se establece que la carta de crédito irrevocable puede estar firmada autografamente, mediante una firma facsímil, firma perforada, sello, símbolo o cualquier otro método de autenticación mecánico o electrónico.

Como se puede observar, tanto la formalidad como los requisitos básicos indispensables para el otorgamiento de una carta de crédito irrevocable, no son distintos de los necesarios para aplicar a la carta de crédito o créditos documentarios en la generalidad, salvo aquel factor que determina la irrevocabilidad del propio crédito.

4.3 Formas de Garantizar Contratos Administrativos en el Ámbito Federal

La Tesorería de la Federación es la unidad administrativa dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público encargada de hacer efectivas las garantías que se otorguen a favor del Gobierno Federal.

Lo anterior se colige de lo establecido en la Ley del Servicio de Tesorería de la Federación (LSTF), en su Capítulo I titulado “De las Garantías del Interés Fiscal y del Cumplimiento de Obligaciones no Fiscales”, artículo 48, en el que se indica:

“Artículo 48.- La Tesorería, directamente o por conducto de los auxiliares facultados legalmente para ello, calificará, aceptará, registrará, conservará en guarda y custodia, sustituirá, cancelará, devolverá y hará efectivas, según proceda, las garantías que se otorguen a favor del Gobierno Federal”.

En el numeral citado, se advierte que no solo corresponde a la Tesorería de la Federación, hacer efectivas las garantías otorgadas a favor del Gobierno Federal, sino también, es su facultad llevar a cabo diversos actos relacionados que van desde su calificación hasta la posible cancelación de las mismas.

El Gobierno Federal como se definió en el capítulo primero del presente trabajo, esta representado por una parte de todas las Secretarías de Estado que conforman la Administración Pública Centralizada, así como sus organismos desconcentrados. En ese sentido, dicho Gobierno Federal para cumplimentar sus fines se allega de los recursos necesarios para cumplir con

sus objetivos; acción que lleva la mayor de las veces a través de las Secretarías de Estado, quienes se encargan de obtener de los particulares satisfactores, bienes y servicios requeridos para el ejercicio de sus actividades.

Sumado a lo anterior, es mediante los contratos administrativos que las Secretarías de Estado en representación del Gobierno Federal, llevan a cabo la señalada adquisición de satisfactores, bienes y servicios; contratos que encuentran su regulación en leyes específicamente creadas para ello, tal es el caso de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, las cuales tienen a bien regular los dos contratos más comunes o más utilizados en el quehacer cotidiano del Gobierno Federal, el contrato de obra pública y el contrato de adquisiciones respectivamente.

En tal suerte, encontramos que la LSTF en el párrafo segundo del artículo 49, también señala lo siguiente:

“Las garantías que reciban las dependencias de la administración pública federal centralizada, por contratos administrativos, en concursos de obras y adquisiciones, anticipos, permisos, autorizaciones, concesiones y otras obligaciones de naturaleza no fiscal, deberán otorgarse a favor de la Tesorería conforme a las disposiciones legales aplicables.

Del párrafo anteriormente señalado, se pueden establecer dos cosas, la primera, que todas las garantías que reciban las dependencias derivadas de los contratos mencionados deberán de otorgarse a favor de la Tesorería de la Federación, y la segunda, que dichas garantías deberán de otorgarse a la luz de lo que establezcan las disposiciones aplicables; en este último sentido, se

debe precisar que si bien es cierto que el contrato de obras y el contrato de adquisiciones tienen una reglamentación determinada, también es importante destacar que la ley específica imperante sobre qué garantías están autorizadas a recibir las dependencias es la propia LSTF y su Reglamento; no obstante ello, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, además de guardar una armonía estrecha con lo establecido en la LSTF y su Reglamento, también complementan su regulación en cuanto a las formalidades que dichas garantías deberán de guardar para poder llevar a cabo su otorgamiento.

Ahora bien, es de suma importancia establecer cuales son aquellas garantías determinadas para garantizar contratos administrativos; para tales efectos, atenderemos a lo establecido en los artículos 136 y 137 del Reglamento de la LSTF, mismos que a continuación se transcriben:

“Artículo 136.- Las garantías que se otorguen a favor del Gobierno Federal ante la Tesorería, autoridades judiciales y las que reciban las dependencias por contratos administrativos, en concursos de obras, adquisiciones, anticipos, permisos, autorizaciones, concesiones, prórrogas y otras obligaciones de naturaleza no fiscal, se regirán por la Ley, este Reglamento y demás disposiciones aplicables”.

“Artículo 137.- Se podrá garantizar el cumplimiento de obligaciones no fiscales en alguna de las formas siguientes:

- I. Depósito de dinero constituido a través de certificado o billete de depósito, expedido por institución de crédito autorizada;
- II. Fianza otorgada por institución autorizada;

III. Depósito de dinero constituido ante la Tesorería;

IV. Cheque certificado o de caja expedido a favor de la Tesorería;

V. Tratándose de reestructuras de créditos distintos a los fiscales ante la Tesorería, podrá otorgarse cualquiera de las garantías previstas en el presente artículo o en el Código Fiscal, y

VI. Cualquier otra que en su caso autorice la Tesorería”.

El artículo 136 es determinante al señalar la jerarquía de normas que se debe de prever en el otorgamiento de las garantías a favor del Gobierno Federal, de tal manera que en primer caso se estará a lo dispuesto a la LSTF, en segundo a su Reglamento y por último se deja abierta señalando otras disposiciones aplicables, las cuales, como ya dijimos, serían las relativas, entre otras, a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Por su parte, en el artículo 137 se especifican formas en que se podrán garantizar las obligaciones contraídas ante el Gobierno Federal; las cuales, si bien es cierto que no constituyen la esencia del presente trabajo, serán definidas de manera general y breve para su mayor comprensión.

Antes de iniciar la definición antes aludida, es pertinente aclarar que por así convenir a la estructura del presente trabajo, se omitirá por el momento lo concerniente a la fianza, ya que ésta, será analizada con mayor profundidad más adelante; asimismo, se aclara que en lo concerniente a lo señalado en la fracción V, del artículo 137 del Reglamento de la LSTF, y del cual se hizo

cita, no engloba esencialmente el objetivo del presente trabajo, y se considera que por el contrario, sería motivo de hacer un análisis profundo y detallado del mismo.

4.3.1 Depósito de Dinero Constituido a través de Certificado o Billeto de Depósito, Expedido por Institución de Crédito Autorizada

El Certificado o billete de depósito es un título a la orden o al portador que recoge un derecho de crédito contra la entidad de crédito emisora que se emite como contrapartida al depósito de fondos recibido de su titular. Esta forma de garantía, en realidad es utilizada para garantizar obligaciones de bajo monto, ya que es sencilla de obtener y las autoridades son concientes de la seguridad jurídica que otorgan.

4.3.2 Depósito de Dinero Constituido Ante la Tesorería de la Federación

Por lo general, los depósitos se realizan ante instituciones de crédito autorizadas para ello, y se constituyen de diversas maneras, tal es el caso del dinero y/o cheques, instrumentos de ahorro, cupones, efectos comerciales, pagarés, etc., que pueden ser transformados fácilmente en efectivo. Se expresa mediante un contrato de depósito. El depósito, en el ámbito comercial, tiene como finalidad mantener el saldo positivo de una cuenta bancaria, mantener la disponibilidad de una línea de crédito u otros servicios bancarios. Es la acción de poner bienes bajo la custodia de alguien respaldada por un documento.

En el caso de los depósitos de dinero constituidos ante la Tesorería de la Federación, se entiende por una parte que no es una entidad financiera y que

no se generará contrato alguno de depósito; simplemente, el obligado depositará la suma en efectivo establecida previamente por la autoridad para garantizar su obligación, en una de las cuentas establecidas a favor de la propia Tesorería, o en sus cajas destinadas para tales efectos. Cabe mencionar, que el depositante, recibirá un comprobante con sello original, el cual le servirá para acreditar fielmente esta forma de garantía.

4.3.3 Cheque Certificado o de Caja Expedido a Favor de la Tesorería de la Federación

El cheque es un título de crédito por medio del cual una persona, llamada librador, da una orden incondicional de pago a una institución de crédito para que, contra la entrega del propio cheque, pague una suma determinada de dinero a la vista o al portador de ese título de crédito.

Una de las formas especiales es el cheque certificado, el cual, siguiendo a Gómez (2001, p.222) “es aquél en que la institución librada se obliga cambiariamente frente al beneficiario a pagarle su importe”. Es decir, la institución bancaria se genera una obligación frente al tomador o beneficiario del cheque a pagar su monto; situación que genera una certeza jurídica sobre el beneficiario, ya que la institución bancaria está certificando sobre la provisión de fondos necesarios para su pago.

Por otra parte, en el cheque de caja hay una identidad entre el librador e institución librada y constituye una forma de pago eficaz y al servicio de cualquier persona sujeta de obligaciones y derechos. En tal supuesto, una persona acude a la institución de banco de su preferencia y paga a esta última, por la emisión de un cheque de caja; de tal manera, que en esta

modalidad de cheque se utilizan las palabras “cheque de caja a favor de determinada persona”.

Derivado de las formas antes señaladas, se puede observar que ambas conllevan un grado de certeza jurídica superior a la simple emisión de un cheque normal; ya que en el cheque certificado, el banco certifica la existencia de fondos y en consecuencia se obliga al pago, y en el cheque de caja, es la misma institución bancaria quien previo a la recepción del monto del cheque, libra uno a favor de un tercero, siendo ésta tanto el librador como la librada.

En la práctica, tanto el cheque certificado como el de caja no son los medios más utilizados por los particulares para garantizar obligaciones contractuales frente al Gobierno Federal, o no por lo menos en montos de dinero importante, ya que finalmente se requiere de una solvencia en efectivo inmediata por parte del cocontratante; cuestión que no siempre se observa.

4.4 Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y su Reglamento

La Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria fue publicada el 30 de marzo de 2006, entrando en vigor el 1 de abril del mismo año, la cual derogó a la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, así como todas aquellas disposiciones que se opusieran a ésta; se menciona lo anterior, porque en la citada ley, se rectifica la facultad de la Tesorería de la Federación para expedir las disposiciones generales a que se sujetarán todas las garantías que se deban constituir a favor de las dependencias en lo tocante a los actos y contratos que las mismas celebren.

Asimismo, en el párrafo segundo del artículo 55 de la ley en cita, se establece lo siguiente:

“Artículo 55.- La Tesorería de la Federación será la beneficiaria de todas las garantías que se otorguen a favor de las dependencias. Dicha Tesorería conservará la documentación respectiva y, en su caso, ejercerá los derechos que correspondan, a cuyo efecto y con la debida oportunidad se le habrán de remitir las informaciones y documentos necesarios. En el caso de las entidades, sus propias tesorerías serán las beneficiarias”

Sumado a lo antes señalado, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria estipula claramente que la Tesorería de la Federación será la en cargada y beneficiaria de las garantías que se otorguen a favor de las dependencias; así como también estará facultada para ejercer todos aquellos derechos necesarios para hacer efectivas las mismas.

Cabe mencionar que de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, debe entenderse como dependencias a las Secretarías de Estado, a los Departamentos Administrativos, los cuales en la actualidad no existen y a la Consejería Jurídica; instituciones que sirven al Poder Ejecutivo de la Unión en el despacho de los negocios de tipo administrativo que se realizan en los Estados Unidos Mexicanos.

En conclusión, todos los actos o contratos que realicen las dependencias del Ejecutivo Federal y que por ley requieran ser garantizados, deberán de nombrar como beneficiaria a la Tesorería de la Federación y no solo eso, sino que además, deberán de remitirle a esta última, toda la documentación

necesaria a efecto de que se gestionen los derechos necesarios para realizar la efectividad de dichas garantías.

Por otra parte, el Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria publicado en el Diario oficial el 28 de junio de 2006, establece, sin perjuicio de las disposiciones que para tal efecto emita la Tesorería de la Federación, criterios bajo los cuales deben emitirse las garantías a favor de las dependencias y entidades producto de la celebración de actos y contratos que celebren.

Uno de los criterios que establece el reglamento en cita y que es de interés para el presente trabajo, lo encontramos en la fracción III, del artículo 79, el cual en su parte literal indica:

“Artículo 79. ...

III. La forma de otorgamiento de las garantías podrá ser mediante:

- a) Depósito de dinero constituido a través de certificado o billete de depósito expedido por institución de crédito autorizada;
- b) Fianza otorgada por institución autorizada;
- c) Depósito de dinero constituido ante la Tesorería o tesorería de la entidad, según corresponda;
- d) Carta de crédito irrevocable, expedida por institución de crédito autorizada;
- e) Cheque certificado o de caja expedido a favor de la Tesorería o la tesorería de la entidad, según corresponda, o

f) Cualquier otra que, en su caso, autorice la Tesorería...”

Las formas de garantía que señala el artículo en cita, coinciden casi en su totalidad con las establecidas en el artículo 137 del Reglamento de la LSTF , con la novedad de que se incluye a la carta de crédito irrevocable como una forma más de garantizar actos o contratos que celebren las dependencias.

En razón de lo anterior, es que el presente trabajo tomó como materia de estudio a la carta de crédito irrevocable, ya que a la luz de la legislación vigente, está considerada ya como una forma de garantía que las dependencias estarán obligadas por ley, a aceptar calificar y en su caso a hacer efectiva.

Cabe destacar que la Ley específica en materia de garantías otorgadas a favor del Gobierno Federal, es la LSTF y su Reglamento; se hace énfasis en tal situación ya que dicha legislación será la encargada de marcar las directrices bajo las cuales se sigan otorgando las citadas garantías, sin perjuicio de lo que pudiesen establecer otras legislaciones. Ahora bien, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y su Reglamento armonizan lo indicado en la LSTF en materia de garantías, con la diferencia de que incluye una nueva forma de garantía como lo es la carta de crédito irrevocable, lo que no significa lo señalado en la LSTF pierda validez de aplicación, sino por el contrario, es un complemento de observancia general.

En obvio de caer en repeticiones innecesarias, no se considera necesario realizar una descripción de todas las formas de garantía señaladas en el artículo en cita, ya que varias fueron expuestas al inicio del presente capítulo; en tal situación, en las paginas subsecuentes nos enfocaremos al breve

estudio de la fianza, puesto que es, hasta ahora, la forma más utilizada en el ejercicio cotidiano de las dependencias.

4.5 La Fianza como Instrumento de Confianza para Garantizar Contratos Administrativos

Las dependencias de la Administración Pública Centralizada por lo general están facultadas para seleccionar el tipo de garantía que más se ajuste a las necesidades específicas del contrato administrativo que vayan a celebrar, y sobre todo que les permita tener la mayor certeza jurídica posible de que las obligaciones pactadas estarán debidamente respaldadas.

La fianza según Sánchez (2001 p. 155) es un contrato que por sus características se ha venido utilizando con frecuencia en la celebración de los contratos administrativos que celebran las dependencias con los particulares; esto obedece a que dicho contrato proporciona una alta seguridad y certeza jurídica a las partes que en ellas intervienen, aunque es de mencionar que a veces el procedimiento para hacer valer su efectividad es un poco elaborado y complicado por los tiempos de ejecución.

4.5.1 Generalidades del Contrato de Fianza

La doctrina ha señalado que la primer garantía surgida en el Derecho Romano es la fianza en donde un tercero que se denomina fiador, se obliga con el acreedor a realizar el pago por el deudor si éste último no lo hiciera y en caso de incumplimiento las sanciones provocaban la muerte.

Asimismo, se ha señalado por múltiples autores que la fianza es un medio de garantía que tiene la pretensión de ser un vehículo eficaz que brinda

protección patrimonial en beneficio del acreedor, ante la posibilidad de sufrir un daño económico que le puede provocar el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor.

Desde el Derecho Romano se establecía que la fianza era una promesa accesoria cuya finalidad era la de garantizar los efectos del contrato principal.

La definición de fianza en general la encontramos en nuestro derecho vigente en el artículo 2794, capítulo I, título decimotercero, del Código Civil Federal, como el contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace.

Rojina Villegas citado por Sánchez (2001, p.189) establece que es necesario complementar la definición proporcionada por el Código Civil Federal, indicando el carácter accesorio del contrato de fianza, ya que es fundamental para las relaciones jurídicas que engendra, y precisar que es lo que se obliga a pagar el fiador en el caso de incumplimiento del deudor.

Por su parte, Sánchez (2001, p. 190) establece que la fianza es "...un contrato accesorio, por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor, la misma prestación o una equivalente o inferior, en igual o distinta especie, si éste no lo hace".

La fianza en sí conlleva una seguridad extra para el acreedor cuando éste estima que los bienes del deudor no son suficientes para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, razón por la cual, se le añade un deudor más a la relación jurídica que lo compromete al cumplimiento de la obligación del deudor principal.

Es así como la fianza es un contrato de garantía personal, ya que el cumplimiento de la obligación se garantiza en forma subsidiaria con el patrimonio del fiador, a diferencia de la prenda o de la hipoteca en los que solo se garantiza con un bien mueble o inmueble específico.

En tal suerte, la fianza es una seguridad personal, puesto que el acreedor en vez de solo correr con el riesgo de la insolvencia del deudor, hace añadir a otro deudor accesorio, lo cual aumenta las posibilidades de pago.

Ahora bien, la fianza como ya vimos encuentra su definición en el Código Civil Federal, empero, debemos destacar que la fianza de empresa o mercantil, materia del presente trabajo, si bien es cierto que encuentra sustento terminológico en el derecho común, también es cierto que ésta última está regulada por la Ley Federal de Instituciones de Fianzas; ley que también consigna el régimen de las instituciones afianzadoras y la cual reconoce como supletorias a la legislación mercantil y a las invocadas disposiciones del Código Civil.

Por así convenir a los intereses metodológicos del presente trabajo, nos enfocaremos al detalle de la fianza de empresa o mercantil, ya que llevar a cabo la materialización de las diferencias entre la fianza civil y mercantil, resultaría materia de otro trabajo.

Así, tenemos que la fianza de empresa es mercantil de conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Ley Federal de Instituciones de fianzas que a la letra establece:

Artículo 2o.- Las fianzas y los contratos, que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes

que intervengan, ya sea como beneficiarias, solicitantes, fiadas, contrafiadoras u obligadas solidarias, excepción hecha de la garantía hipotecaria.

4.5.2 Elementos de la Fianza

Son cuatro los personajes que intervienen en el otorgamiento de la fianza, aunque no es preciso que todos intervengan en el contrato y, por otra parte, el cometido de dos o más de ellos puede ser desempeñado por uno solo. Asimismo, existe un elemento material de vital importancia que la póliza.

Los elementos personales son:

- a) La Institución afianzadora, que sólo puede ser desempeñada por una sociedad anónima mexicana provista de la autorización correspondiente por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- b) El contratante, que puede ser cualquier persona física o moral, y por supuesto el propio fiado.
- c) El Fiado o deudor principal, es la persona física o moral respecto de cuya obligación se otorga la fianza y que, puede también protagonizar el papel de contratante.
- d) El beneficiario, corresponde a cualquier persona física o moral como acreedora de la obligación principal.

Como elemento material u objetivo de la fianza se encuentra la póliza, que es el documento mediante el cual se consignan los derechos y obligaciones de la empresa afianzadora, así como los derechos y deberes del beneficiario.

4.5.3 Obligaciones de la Institución Fiadora

Los grandes compromisos de la institución de fianzas son, por una parte, expedir la póliza de fianza, y por otro, pagar la suma afianzada.

La póliza de fianza es, como ya se expresó, la materialización del contrato, es decir, es el documento extendido por la empresa y el cual debe, bajo un modelo específico, contener ciertos textos aprobados por la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, incluyendo las cláusulas que para tal efecto fije la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Es así como la fianza es un contrato formal y de adhesión; formal, ya que el beneficiario deberá en estricto derecho, presentar o exhibir la póliza a efecto de ejercitar los derechos contenidos en ésta.

Por lo que respecta al pago, se puede afirmar que dado que no es una obligación subsidiaria, surge en el momento en que sea exigible la obligación principal, sin más trámite.

4.5.4 Obligaciones del Fiado

La obligación del fiado según sea el caso, es la de constituir garantías reales o personales frente a la fiadora, a efecto de que ésta pueda operar la recuperación de la cantidad que fatal o eventualmente deba pagar en nombre del primero. En tal situación, podemos afirmar que las garantías reales han de constituir en prenda, hipoteca o fideicomiso.

En el caso de la prenda, esta será constituida sobre dinero en efectivo, adeudos bancarios, valores emitidos o garantizados por el Gobierno Federal o por las Instituciones de Crédito.

El fideicomiso, solo será admisible sobre bienes o derechos actuales.

La hipoteca, deberá estipularse sobre bienes inmuebles valuados por Instituciones de Crédito inscritos en el Registro Público de la propiedad.

4.5.5 Procedimientos para hacer Exigible una Fianza

El trámite de reclamación que deben seguir los beneficiarios de las fianzas, se encuentra regulado en el artículo 93 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, mismo que establece la obligación de los beneficiarios de presentar sus reclamaciones ante la Institución de fianzas respectiva la póliza en la que consten sus derechos y obligaciones; asimismo, se prevé que ante la falta de respuesta por parte de dicha Institución, el beneficiario podrá optar ya sea para hacer valer sus derechos ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o bien, ante los tribunales competentes en los términos del artículo 94 de la Ley en comento.

Las reclamaciones deberán de presentarse por escrito ante la institución de fianzas respectiva, contemplando todos aquellos documentos que demuestren la existencia y la exigibilidad de la obligación necesaria.

Las instituciones de fianzas tendrán el derecho de solicitar al beneficiario todo tipo de información con el objeto de integrar la reclamación respectiva, para lo cual contará con un lapso de 15 días naturales contados a partir de la fecha en que se haya presentado la reclamación; en tal razón, el beneficiario contará con 15 días naturales para proporcionar la información requerida, con la salvedad de que, en caso de no hacerlo, se tendrá por integrada la reclamación.

Una vez integrada la reclamación, la institución de fianzas cuenta con 30 días naturales para proceder al pago o en su caso para manifestarle al beneficiario las razones por las que dicha reclamación resulta improcedente. Si el pago se hiciera fuera del plazo antes mencionado, la institución de fianzas quedará obligada al pago de intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 95 Bis de la Ley en cita.

La sola presentación de la reclamación interrumpe el computo de la prescripción señalada en el artículo 120 de la multicitada Ley.

Por su parte, el artículo 95 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas establece lo siguiente:

“Artículo 95.- Las fianzas que las instituciones otorguen a favor de la Federación, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, se harán efectivas a elección del beneficiario, siguiendo los procedimientos establecidos en los artículos 93 y 93 bis de esta Ley, o bien, de acuerdo con las disposiciones que a continuación se señalan y de conformidad con las bases que fije el Reglamento de este artículo...”

Es obligación de las instituciones de fianzas enviar una copia a la Tesorería de la Federación o a las Tesorerías Locales de las pólizas de fianzas que otorguen a su favor con el objeto de llevar un estricto control y seguridad entre dichas instituciones y las autoridades beneficiarias.

En el caso específico de la Tesorería de la Federación, ésta cuando recibe alguna póliza de fianza por parte de alguna dependencia del gobierno federal para su exigibilidad, prepara el expediente respectivo mediante el cual motiva y sustenta la reclamación hacia la institución de fianza con el objeto de pago.

La ventaja de esta institución jurídica es que la autoridad ejecutora, tiene la facultad en el requerimiento de pago de apercibir a la institución de fianzas para que si transcurrido el plazo de 30 días naturales no acredita el pago de la póliza correspondiente, se solicitará a la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas el remate en bolsa, de valores propiedad de la Institución, bastantes para cubrir el importe del monto solicitado.

Cabe resaltar que la autoridad ejecutora de las pólizas que garanticen obligaciones contraídas con el gobierno federal, siempre será, por ley, la Tesorería de la Federación. En ese orden de ideas, es esta unidad administrativa la encargada de realizar el requerimiento de pago a las instituciones de fianzas con el apercibimiento antes señalado.

Ahora bien, si la institución de fianzas tiene una inconformidad con el requerimiento de pago, podrá demandar la improcedencia del mismo ante la Sala Regional del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de la jurisdicción que corresponda a la ubicación de los establecimientos, debiendo la autoridad ejecutora suspender el procedimiento de ejecución cuando se demuestre que tal impugnación se ha presentado en los tiempos señalados y bajo la forma autorizada.

Como se puede observar, la mayor seguridad que ofrece el uso de fianza para la autoridad, es la posibilidad de llevar a cabo el remate de valores propiedad de la misma para cubrir el monto establecido en la póliza; apercibimiento de ejecución que la autoridad advierte desde el mismo requerimiento de pago, otorgando por un parte, certeza jurídica en el pago, y por otro lado, ofreciendo un medio coactivo inmediato de ejecución. No obstante lo anterior, es de mencionar que las instituciones de fianzas no

quedan en un estado de incertidumbre, sino por el contrario, tienen a su alcance varios mecanismos para gozar de seguridad como la impugnación, o dependiendo del fundamento, de la conciliación que se lleve a cabo ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

4.6 Algunas Consideraciones sobre los Beneficios Aportados por la Carta de Crédito Irrevocable como una nueva forma Reglamentada de Garantizar Contratos Administrativos.

El objetivo fundamental del presente trabajo ha sido llevar a cabo un análisis sobre la carta de crédito irrevocable como una novedosa forma de garantizar contratos administrativos; así tenemos que la irrevocabilidad de la carta consiste en que se requiere del consentimiento expreso por parte del emisor, en este caso la Institución bancaria, del beneficiario, y en su caso, del banco que realiza la confirmación.

En tal situación, se debe establecer que el derecho aplicable a la carta de crédito irrevocable, es en primer lugar, lo convenido por las partes, en segundo lugar, las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios (UPC 600, revisión 2007), y finalmente en tercer lugar, la determinación que realicen los otorgantes sobre el derecho aplicable en aquellos puntos no previstos por las reglas antes mencionadas. Como se puede observar, la certeza jurídica que este instrumento jurídico aporta es invaluable, ya que son las partes las que fijarán en primera instancia las circunstancias bajo las cuales deberá operar la carta y sobre todo el respaldo que brindan los criterios contenidos en las Reglas.

Ahora bien, si bien es cierto que nuestra legislación como ya se estableció al inicio del presente capítulo, señala que la carta de crédito irrevocable es una forma más para garantizar actos o contratos administrativos; también es cierto que en la práctica cotidiana la forma de conjugar dicha carta de crédito irrevocable es con la modalidad de stand by; lo anterior obedece a que en la actividad comercial internacional, la stand by está encaminada a brindar seguridad en los pagos que son debidos por cumplimientos o incumplimientos de obligaciones u otros hechos.

Asimismo y haciendo una breve recapitulación, se señaló en su oportunidad, que la carta de crédito stand by funciona como un medio de garantizar el cumplimiento de obligaciones asumidas por el ordenante. También se mencionó que dichas cartas de crédito se emiten con la finalidad de que no sean utilizadas, ya que su función principal es garantizar el cumplimiento de las obligaciones a realizar por las partes, y entonces permanecen a la espera como un mero respaldo.

Uno de los motivos por los cuales se emite la carta de crédito irrevocable stand by, es por el pago ante el incumplimiento de una obligación; ejemplo de ello lo encontramos en un modo de mantener la oferta en una licitación pública internacional o por no cumplir con una obra pública contratada con el gobierno federal etc.

En este sentido la certeza jurídica que ofrece dicha modalidad es satisfactoria, ya que es el banco emisor el que se obliga de manera incondicional con el beneficiario, que en el caso de los contratos administrativos celebrados por dependencias del gobierno federal, sería la Tesorería de la Federación o sus auxiliares, a pagarle una cierta cantidad de

dinero contra el simple reclamo o la presentación de ciertos documentos previamente especificados en el texto, en tanto la presentación se realice dentro del momento establecido para tal efecto.

Es decir, las dependencias del gobierno federal, gozarán de obtener un respaldo absoluto por parte de una institución bancaria, ante el posible incumplimiento del contratante dentro del contrato administrativo respectivo, lo que representa un alto porcentaje de efectividad como medio de garantía para el Gobierno Federal.

Por otra parte, este medio de garantía asegura de manera indubitable por las razones que se han expuesto con anterioridad, las mejores condiciones de contratación en los términos que prevé nuestra Constitución Política y las leyes aplicables en la materia, por estar provista de una certeza jurídica en cuanto que el respaldo es siempre otorgado por una institución bancaria, en cuanto a los plazos otorgados y sin duda alguna, en cuanto a la eficacia de las resoluciones ante una los procesos concúrsales de los posibles interesados en contratar con la Administración Pública Federal.

Por último, se extiende la razón de que el uso de esta forma de garantía por parte de los proveedores o cocontratantes del Gobierno Federal, aparte de garantizar el ejercicio responsable en el cumplimiento de sus obligaciones, podría incidir en la disminución de costos totales de operación.

CONCLUSIONES

El análisis sobre el uso de la carta de crédito irrevocable como una forma de garantizar contratos administrativos, comprueba que es un instrumento eficaz, regulado tanto nacional como internacionalmente, el cual brinda seguridad jurídica a las partes que en ella intervienen en el flujo de la práctica cotidiana.

Así, se sentaron las bases necesarias para determinar claramente la estructura de la Administración Pública, su composición, sus elementos y su división formal tanto centralizada como paraestatal.

A lo largo del presente trabajo, se proporcionaron los elementos suficientes para discernir sobre la naturaleza jurídica de los llamados contratos administrativos, esclareciendo la intervención de los otorgantes, así como identificando las diversas teorías que se proponen descifrar la operación y fundamento de los mismos.

En tal suerte, se definió la naturaleza jurídica de la carta de crédito, la cual ante los elementos vertidos, se concluyó que no es un título de crédito por no reunir las condiciones inherentes de los mismos, tales como no estar destinada a la circulación, por no protestarse o no tener la opción de ejercitar acción cambiaria alguna. También, se establecieron las diferentes modalidades que guardan las cartas de crédito y la forma de operar de cada una de ellas.

Por otra parte, se describieron de manera general las formas de garantía previstas en la Ley del Servicio de Tesorería y su Reglamento, así como

también las señaladas por la Ley de Responsabilidad Hacendaria y su Reglamento, lo cual da como resultado la previsión en esta última de la carta de crédito irrevocable. No se omite señalar que si bien es cierto la señalada Ley del Servicio de Tesorería de la Federación es la especializada en reglamentar las garantías que se deben otorgar a favor del Gobierno Federal, también es cierto que no se crea un conflicto de normas, ya que no se infiere contradicción entre las mismas y por el contrario, se prevé una nueva herramienta jurídica opcional para garantizar actos y contratos jurídicos.

Para concluir, me gustaría reiterar lo que expresé en el último capítulo de este trabajo, en cuanto a saber que la carta de crédito irrevocable como garantía, cubre con las mejores condiciones de contratación en los términos que prevé nuestra Constitución Política y las leyes aplicables en la materia, por proveer a las partes de certeza jurídica, por ya contar con una reglamentación nacional más adecuada, así como de tener una regulación de carácter internacional eficaz y consistente; no obstante de lo señalado, también es de resaltar que otro elemento fundamental tocante a la seguridad jurídica, es la intervención de las instituciones de crédito como soporte de dicha garantía y además como pilar de la relación jurídica ante la posibilidad de incumplimiento contractual por parte de aquél particular contratante con el Gobierno Federal.

Por otra parte, se destaca la efectividad en los plazos otorgados para hacer su efectividad y ejecución, así como el manejo de la interpretación ante un posible conflicto de intereses; todo ello sin limitar la participación en los procesos concúrsales de los posibles interesados en contratar con la Administración Pública Federal.

BIBLIOGRAFÍA

Leyes y Códigos:

Honorable congreso de la Unión. (2007). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*: Porrúa.

____ (2004). *Ley del Servicio de Tesorería de la Federación: Secretaría de Hacienda y Crédito Público*.

____ (2007) *Ley Federal de Instituciones de Fianzas: Porrúa*.

____ (2006) *Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria: Sista*.

____ (2006) *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito: Porrúa*.

____ (2007) *Ley de Instituciones de Crédito: Porrúa*.

____ (2004) *Reglamento de la Ley del Servicio de Tesorería de la Federación: Secretaría de Hacienda y Crédito Público*.

____ (2007) *Reglamento de la Ley de Instituciones de Fianzas: Porrúa*.

____ (2006) *Reglamento de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria: Porrúa*.

Fuentes Bibliográficas:

Acosta Romero, M. (2000). *Teoría General del Derecho Administrativo*. (15ª. ed.) D.F; México: Porrúa

Barrera, G. (2001). *Derecho Mercantil*. (28ª. ed.). D.F.; México: Porrúa.

Borja Soriano, Manuel (2000). *Teoría General de las Obligaciones*. (17ª. ed.) D.F; México: Porrúa.

Bercaitz, M. (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos*. (2ª ed.) Buenos Aires: De Palma

Bustamente, M. (2000). *Los Créditos Documentarios*. (2ª .ed.). México: Trillas

Cervantes Ahumada, R. (2002). *Títulos y Operaciones de Crédito*. (10ª. ed.) D.F; México: Porrúa.

Esteva Ruiz, Roberto. (1964) *La Carta de Crédito Comercial*. (1ª. ed.) D.F. México: Banco Nacional de Comercio Exterior.

Fernández Ruiz, J. (2003). *Derecho Administrativo Contratos*. (1ª. ed.) D.F; México: Porrúa.

Fraga Gabino, (1998). *Derecho Administrativo*. (36ª. ed.) D.F; México: Porrúa.

Gómez Gordóa, J. (2001). *Títulos de Crédito*. (7ª. ed.) D.F; México: Porrúa.

Nava Negrete. *Revista de la Facultad de Derecho*, tomo XIII, número 51, p. 719.

Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios. Publicación 600 (revisión 2007), Cámara de Comercio Internacional.

Serra Rojas, Andrés. (2006). *Derecho Administrativo*. D.F; México: Porrúa.

Fuentes electrónicas:

Cámara de Comercio Internacional (2005, 14 de julio) *Crédito Documentario*. Recuperado 18 de noviembre de 2007. <http://www.icc.com.mx>