

“LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA. ALGUNOS ASPECTOS TEÓRICOS Y ANÁLISIS DE UN CASO PRÁCTICO”

Mag. Maestra Luz María Anaya Domínguez
Mag. Maestra María Concepción Martínez Godínez
Mag. Maestra María Teresa Olmos Jasso

ABSTRACT: El presente trabajo pretende resaltar los puntos relevantes a los temas relacionados con: ¿Qué es un servicio público? y ¿Cuáles son los bienes del Estado? Al mismo tiempo establecer las diferencias entre lo que puede ser objeto de concesión de aquellos en los que esta figura esta restringida, conjugando tanto lo ya establecido por la doctrina como el marco legal para finalmente exponer un caso práctico.

SUMARIO: Introducción. I. Temas previos al Análisis a la Concesión Administrativa. 1. Servicio Público. A. Definición legal. B. Definición Jurisprudencial. C. Definiciones doctrinarias. D. Clasificación de los servicios públicos. E. Obra Pública. 2. Patrimonio Nacional. 2.1 Bienes del dominio público Directo. 2.2 Bienes de dominio Privado. II. La Concesión Administrativa. A. Definiciones Doctrinarias. B. Naturaleza jurídica de la Concesión. C. Tipos de Concesión. D. Materias objeto de la Concesión. E. Materias restringidas. F. Formas para otorgarla. G. Formas de Extinción. III. Caso Práctico. Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Para realizar sus fines el Estado cuenta con una serie de competencias y facultades que la doctrina denomina en general como atribuciones, tales como: las de mando; de policía; de seguridad y orden público; para regular las actividades económicas de los particulares; para crear y proporcionar servicios públicos, etc.

Concomitantemente con lo anterior ha tenido el Estado la necesidad de crear diversas figuras o medios legales para lograr esos fines que originaria y directamente

le corresponde proporcionar o ejercer. Llevándose a cabo una mezcla entre los intereses de los sectores público y privado para lograr los diversos objetivos del Estado inmersos en la prestación de los servicios públicos así como en la explotación del patrimonio nacional.

La concesión es uno de estos mecanismos, ya que involucra la potestad del Estado para autorizar a un particular (persona física o moral), el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado, modificando con ello su función de ser prestador originario o directo a ser **supervisor de la prestación de un servicio público** o en su caso de **la explotación de un bien de propiedad estatal**. Teniendo presente siempre la clase de bienes y/o servicios públicos que pueden ser objeto de concesión; en tanto que estas facultades del Estado para otorgar concesiones no son irrestrictas, pues se encuentran restringidas en algunas áreas y bienes del dominio público.

Por tal motivo, a fin de adentrarnos al tema que nos ocupa es menester previamente hacer una breve referencia acerca de dos temas relacionados: ¿qué es un servicio público? y, ¿cuáles son los bienes del Estado?; al mismo tiempo que establecer las diferencias entre lo que pueden ser objeto de concesión de aquéllos en los que esta figura esta restringida.

El presente trabajo, pretende resaltar los puntos relevantes del tema conjugando tanto lo ya establecido por la doctrina, como el marco legal para finalmente exponer un caso práctico que en nuestro concepto nos permite plasmar y comentar las dos referencias indicadas.

I. TEMAS PREVIOS AL ANÁLISIS A LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

A continuación se presentan algunos aspectos relevantes en cuanto al servicio público y el patrimonio nacional (bienes de dominio público directo y los de propiedad de la nación); desde el punto de vista doctrinal y marco legal aplicable:

1. EL SERVICIO PÚBLICO

Al lado de las medidas necesarias para salvaguardar el orden público (que equivale a la tranquilidad, seguridad y salubridad públicas), así como de todas las acciones necesarias tendientes a regular y fomentar la actividad en la vida económica, cultural y asistencial del país que constituyen los fines del Estado; tenemos a los servicios públicos como parte sustancial o medios para cubrir esas necesidades de la comunidad, ya sea por la gestión directa del Estado o indirecta, (sectores público y privado). Es así que el servicio público, es creado para dar satisfacción a diversas necesidades de interés general.

Cabe decir, sin embargo que el servicio público no es monopolio del Estado, ya que a través de la figura de la concesión puede discrecionalmente y con arreglo a la ley y los principios de derecho administrativo público, permitir que éste sea proporcionado por una persona física o moral (particulares), delegando así parte de la autoridad del Estado o de sus cuerpos administrativos.

Es importante señalar que bajo este rubro se pueden concebir tanto a los servicios públicos, como a los trabajos públicos; obras públicas; función pública y función administrativa, por ello no es posible encontrar un criterio único para definir al servicio público, pues mientras que en algunos preceptos constitucionales se encuentran referidos a los servicios públicos y los servicios explotados o concesionados de la Federación, en otros se equipara el concepto a empleos públicos y a los funcionarios públicos, o se emplea la expresión para referirse a un organismo u oficina pública.

Sin embargo, es de aclarar que los servicios públicos propiamente dichos deben prestarse por el Estado mexicano o a través de los particulares bajo el esquema de la concesión, pero cuando se está en presencia de verdaderas funciones públicas clasificadas como servicios públicos, no pueden ser delegables a particulares, tal es el caso de la seguridad pública; aunado a ello, es preciso tener siempre en cuenta el marco espacio-tiempo en el que se han otorgado o se otorgaran esos servicios públicos, pues las necesidades colectivas son cambiantes de un momento a otro, un ejemplo palpable de ello es que las condiciones imperantes en 1917 bajo las cuales se establecieron los servicios públicos en nuestra Constitución, no son las mismas que operan en la actualidad, pues sin temor a equivocaciones, las necesidades del México de hoy han tenido variaciones sustanciales.

En nuestro sistema jurídico de derecho, el servicio público tiene diversas características, las que le han llevado a la bien ganada denominación de *Estado-Empresario*, esas características, según el doctrinario Alfonso Nava Negrete¹ son:

- a) Se puede prestar por el Estado o por los particulares;
- b) Puede prestarse con o sin propósito de lucro por el estado o los particulares;
- c) Es de naturaleza administrativa o económica (industrial o comercial), y,
- d) Su régimen jurídico es de derecho administrativo, aunque no exclusivamente porque también se pueden aplicar normas de derecho privado.

A. Definición legal

Si bien no existe una definición como tal en el texto Constitucional, ni en las leyes Federales (pues por regla general la legislación es poco dada a incluir definiciones en sus textos); sí en cambio podemos distinguir en las bases constitucionales al menos los elementos que delimitan al servicio público en cada uno de los órdenes de gobierno: Federación, municipios; entidades federativas; Distrito Federal y facultades residuales se pueden observar desde los artículos 73, 115, 116, 122 y 124 Constitucionales.

Es por ello que los servicios públicos atendiendo a cada uno de éstos órdenes pueden clasificarse en:

- 1. Federales,
- 2. Estatales,
- 3. Municipales, e
- 4. Internacionales.

No obstante sí tenemos una **definición en un texto legal del Distrito Federal**, de donde se desprenden los elementos constitutivos o características esenciales del servicio público, a saber:

¹ Cfr.- **Yanome Yesaki, Mauricio** "EL CONCEPTO DE **SERVICIO PÚBLICO** Y SU RÉGIMEN JURÍDICO EN MÉXICO. www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/31.pdf. NAVA NEGRETE, Alfonso, "*Derecho Administrativo Mexicano*", Fondo de Cultura Económica, México 2001, p. 419.

- ✓ Que tenga como fin satisfacer las necesidades de interés general; y,
- ✓ Que el servicio se preste de manera:

- Obligatoria;
- Regular;
- Continua;
- Uniforme; y
- En igualdad de condiciones.

El precepto a que nos referimos es el artículo 128, de la Ley del Régimen Patrimonial y del Servicio Público, de 20 de diciembre de 1996, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 del mismo mes y año, en donde se establece:

“Artículo 128. Para los efectos de esta Ley, se entiende por servicio público la actividad organizada que se realice conforme a las leyes vigentes en el Distrito Federal, con el fin de satisfacer necesidades de interés general en forma obligatoria, regular y continua, uniforme y en igualdad de condiciones.”

“Así mismo en el precepto anterior establece la misma ley que:

“Artículo 127. La prestación de los servicios públicos en el Distrito Federal corresponde a la Administración Pública Local, sin perjuicio de encomendarla, mediante Título de concesión limitada y temporal, en los casos expresamente previstos en las leyes, otorgada a quienes reúnan los requisitos correspondientes.”

Del contenido de este precepto legal podemos observar que en principio la ley regula lo relativo a los servicios públicos encomendado a la Administración Pública Local, por tanto se encuentra dentro de la clasificación de los servicios públicos estatales; además de que su prestación no es exclusiva de la Administración Pública Local, pues pueden intervenir los particulares bajo la figura jurídica de la **concesión**, la que será otorgada en forma limitada y temporal bajo el régimen jurídico aplicable.

B. Definición Jurisprudencial

En la tesis que se transcribe como nota al pie² del presente, se señalan esencialmente los puntos torales de la definición de servicio público; así como sus notas características, tesis que aunque no forma jurisprudencia (seguramente por no existir mayores discrepancias en cuanto a su contenido), nos parece bastante completa como marco referencial de lo que debe entenderse por servicio público, ya que sus puntos distintivos son:

² No. Registro: 177,794
Tesis aislada
Materia (s): Administrativa
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXII, Julio de 2005
Tesis: XV.4o.8 A
Página: 1538

SERVICIO PÚBLICO. SUS NOTAS CARACTERÍSTICAS

Aunque la doctrina no ha llegado a un consenso respecto del concepto de servicio público, de las definiciones más aceptadas es factible obtener las siguientes notas características: 1. El servicio público debe consistir en una actividad prestacional, es decir, una actividad que tiende a otorgar a otros una ventaja, un bien, un beneficio, etcétera, de cualquier naturaleza y, por lo tanto, varía el ingreso de quien la recibe o disminuye los gastos en que pudiera incurrir en el supuesto de no recibirlo. 2. Esta actividad es asumida por la administración pública de manera expresa y concreta, lo que significa que es reservada en exclusiva en cuanto a la dirección y organización a un órgano estatal y que el ejercicio de esa actividad requiere de autorización previa del Estado expresada con un acto de autoridad. En este sentido, las actividades en las que se permite la concurrencia de particulares sin esta previa autorización no son servicios públicos. 3. La administración pública realiza la actividad de servicio público en forma directa o indirecta, es decir, valiéndose de la concesión, aunque la legislación mexicana no es consistente en la denominación que otorga a esta figura jurídica, puesto que en algunas leyes administrativas se emplea el término autorización, cuando se refiere a la prestación de un servicio público. 4. El servicio público siempre debe tender a la satisfacción del interés general. 5. El servicio público se presta conforme a un régimen de derecho público, especial y propio que lo particulariza e identifica frente a otras actividades administrativas y cuyas características son su generalidad, uniformidad, continuidad, regularidad, obligatoriedad y subordinación a la administración pública. Por lo tanto, no puede estar sujeto a un régimen de derecho privado en cuanto a su prestación.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO

Amparo directo 341/2004. Transportes Imperiales, S. de R.L. de C.V. 21 de abril de 2005. Mayoría de votos; unanimidad en relación con el tema contenido en esta tesis. Disidente: Faustino Cervantes León. Ponente: Inosencio del Prado Morales. Secretario: Juan Manuel Serratos García.

Mag. Maestra Luz María Anaya Domínguez
Mag. Maestra María Concepción Martínez Godínez
Mag. Maestra Ma. Teresa Olmos Jasso

- ✓ Que el servicio público debe consistir en una actividad prestacional que incide directamente en el ingreso y los gastos de quien lo recibe;
- ✓ Que es una actividad asumida directamente por la Administración pública; por tanto, es reservada en exclusiva;
- ✓ Que si el servicio público puede prestarse a través de particulares, se requiere de autorización previa del Estado, expresada en un acto de autoridad bajo la figura de la **concesión**;
- ✓ Por tanto dicha actividad puede realizarse por la Administración Pública en forma directa o indirecta valiéndose de la figura de la **concesión** y/o autorización;
- ✓ Que esas actividades en las que se permite la concurrencia de particulares sin esa previa autorización *no pueden considerarse servicios públicos*;
- ✓ Por último, que el servicio público siempre debe tender a la satisfacción del interés general y prestarse conforme a un régimen de derecho público, especial y propio que lo particulariza e identifica frente a otras actividades administrativas y cuyas características para que se consideren como tales, son:

1. generalidad;
2. uniformidad;
3. continuidad;
4. regularidad;
5. obligatoriedad y
6. su subordinación a la administración pública.

Como corolario a lo anterior, cabe concluir como lo hace la tesis en cita que el servicio público, en cuanto a su prestación, no puede sujetarse a un régimen de derecho privado, pues aun y cuando se haya concesionado el otorgamiento de dicho servicio a un particular, el Estado es el titular originario de esta facultad, se entiende que el servicio público se presta por el Estado *en forma indirecta y bajo un régimen exorbitante de derecho privado*.

Por otra parte, cabe resaltar que las características que establece la tesis analizada coinciden con las establecidas por la Ley comentada en el punto inmediato anterior en cuanto a que los servicios públicos deben prestarse en *forma obligatoria, regular y continúa, uniforme*.

C. Definiciones doctrinarias

Doctrinariamente se han manejado entre otros, los siguientes conceptos:

Alfonso Nava Negrete,³ siguiendo la noción de Maurice Harriou, pues a su juicio es la que se adapta más a la realidad mexicana define al servicio público como:

“(...) un servicio técnico prestado al público por una organización pública, en forma regular y continua, para satisfacer necesidades públicas.”

Por su parte, Jorge Fernández Ruiz⁴ propone la siguiente definición:

“(...) toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo deba ser permanentemente asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho privado, ya por medio de la Administración Pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona.”

Manuel María Díez⁵, lo define como:

“(...) la prestación que efectúa la administración en forma directa o indirecta para satisfacer una necesidad de interés general.”

Esta última definición es la que a nuestro juicio es la más completa porque involucra todos los aspectos y elementos que como características resultan perfecta y actualmente definitorias del tema.

³ Cfr.- YANOME YESAKI, Mauricio “EL CONCEPTO DE **SERVICIO PÚBLICO** Y SU RÉGIMEN JURÍDICO EN MÉXICO”. www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/31.pdf.- Nava Negrete, Alfonso, “*Derecho Administrativo Mexicano*”, Fondo de Cultura Económica, México 2001, p. 420.

⁴Cfr.- YANOME YESAKI, Mauricio.-Op. Cit., Fernández Ruiz, Jorge, “*Servicios Municipales*”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-INAP, 2002, p. 121.

⁵ Cfr.- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, “*Derecho Administrativo y Administración Pública*”, Tercera Edición, Porrúa, México, 2009, p. 69.

D. Clasificación de los servicios públicos

Como lo señala Gabino Fraga,⁶ y otros doctrinarios, los servicios públicos se han clasificado con diversos criterios, siendo los más importantes: los que los dividen por:

La forma como satisfacen las necesidades generales (*uti singuli* y *de uti universi*, según se pueda identificar a los usuarios) y,

a) Aquéllos que se clasifican por la forma de gestión de los mismos (gestión pública y de gestión privada), etc.

Dentro de la primera de las clasificaciones citadas, podemos mencionar: el servicio de defensa nacional; los servicios de vías generales de comunicación; los servicios de enseñanza, de correos, de telégrafos, radiocomunicación, transportes; los de asistencia pública; los de previsión; los seguros sociales, los de vivienda barata, etc.

Desde el punto de vista de la forma de gestión de los mismos tenemos:

1. Aquéllos que son manejados directa y exclusivamente por el Estado o por organismos creados por el propio Estado para tal fin, de
2. Aquéllos que pueden ser explotados por medio de la concesión administrativa que se otorga a individuos o empresas particulares y que en el presente trabajo constituye el tema central.

Casi todos los servicios públicos pueden ser concesionados, es decir, el Estado puede actuar en *forma concurrente con los particulares* como es el caso de los servicios públicos de radiodifusión y teléfonos, y también puede actuar en *forma concurrente con las demás entidades públicas*, como es el caso de la educación pública, el turismo, salubridad, caminos, etc. pero, también hay servicios públicos que son indelegables, como el caso de los relativos de la policía preventiva y tránsito, otros que son exclusivos, es decir con el carácter monopolístico, como es el caso del petróleo, la energía eléctrica, correos, telégrafos y banco único de emisión; así como también servi-

⁶ FRAGA, Gabino, "Derecho Administrativo", 45ª Edición, Porrúa, México, 2006, p. 244.

cios públicos estatales exclusivos que deben ser regulados por las legislaturas de los estados, y *concurrentes con la Federación y/o con los municipios* que se encuentran dentro de la circunscripción territorial del estado, ejem: la educación pública y el drenaje.

E. Obra Pública

Dentro de este tema en particular, es menester hacer una breve referencia al *concepto de obra pública*, puesto que es la realizada por el Estado con un propósito de interés general, destinada al uso público, al desempeño de una función pública, o a la prestación de un servicio público, destacándose como formas de gestión:

1. La administración directa (realizada por la propia administración pública con sus recursos materiales y humanos);
2. El contrato de obra pública (con un régimen jurídico especial, celebrado por la administración pública con un particular o contratista, mediante el pago de un precio); y,
3. La concesión de obra pública (en donde la administración encarga a un particular la ejecución de la obra a costa y riesgo de este, y le confiere su explotación durante un plazo determinado a efecto de que recupere la inversión realizada, el importe de los intereses respectivos, la suma de gastos de operación y además obtenga una utilidad, es sin embargo un contrato de obra pública, pero la inversión la hará el concesionario).

2. PATRIMONIO NACIONAL

Señala Gabino Fraga⁷ en su obra que el patrimonio del Estado se compone por:

“El conjunto de bienes materiales que de modo directo o indirecto sirven al Estado para realizar sus atribuciones, constituye el dominio o patrimonio del propio Estado.”

Por su parte, la Ley General de Bienes Nacionales publicada en el D.O.F, el 20 de mayo de 2004, reformada el 31 de agosto de 2007, señala en su artículo 1º, que el

⁷Op. Cit., p. 343.

objeto de la misma es establecer: los bienes que constituyen el patrimonio de la Nación; el régimen de dominio público de los bienes de la Federación y de los inmuebles de los organismos descentralizados de carácter federal; así mismo refiere en su artículo 3º, como bienes nacionales:

“ARTÍCULO 3.- Son bienes nacionales:

“I. Los señalados en los artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

“II. Los bienes de uso común a que se refiere el artículo 7 de esta Ley;

“III. Los bienes muebles e inmuebles de la Federación;

“IV. Los bienes muebles e inmuebles propiedad de las entidades;

“V. Los bienes muebles e inmuebles propiedad de las instituciones de carácter federal con personalidad jurídica y patrimonio propios a las que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos les otorga autonomía, y artículos 27, párrafos cuarto, quinto y octavo; 42, fracción IV, y 132 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

“VI. Los demás bienes considerados por otras leyes como nacionales.”

Para efectos de este apartado, baste señalar que la propia Ley de Bienes Nacionales, presenta en sus artículos 6º y 7º, dos grandes clasificaciones, seguidas de bastas listas de bienes nacionales, agrupándose de la siguiente manera:

1. Bienes sujetos al régimen de dominio público, y
2. Bienes del dominio privado de las entidades y de los Organismos Constitucionales Autónomos.

Rafael I. Martínez Morales siguiendo la legislación mexicana, además de distinguir los bienes de uso común y otros, los agrupa en tres grandes ramas:

1. Culturales
2. Ecológicos
3. Económicos
- 2.1 Bienes del dominio público.

Los bienes de dominio público según el doctrinario Rafael I. Martínez Morales⁸ representan:

“(...) el sector de los bienes del Estado sobre los cuales ejerce su potestad soberana, conforme reglas de derecho público, a efecto de regular su uso o aprovechamiento, y de esta manera se asegure su preservación o racional explotación.”

Cabe decir también que estos bienes son inalienables, imprescriptibles e inembargables y, **generalmente concesionables** y no están sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional, o alguna otra por parte de tercero, (Artículo 13 de la Ley de Bienes Nacionales). Tampoco están sujetos a gravamen alguno ya que están libres de cualquier carga tributaria.

Dentro de esta clasificación encontramos los bienes de uso común, estos bienes tienen dos vertientes o criterios acorde con las distintas legislaciones modernas, una que considera como bienes sometidos al derecho de propiedad, y otra como no susceptibles de ese derecho de propiedad.

En México, los bienes de dominio público sí son susceptibles del derecho de propiedad. Baste la sola lectura de algunos párrafos del artículo 27 Constitucional, en donde se establece: *“La propiedad de tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación.” las modalidades que el Estado puede imponer a la propiedad privada; “(...) Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales (...);” “Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales (...),” etc.*

Si bien, *se pueden otorgar concesiones sobre bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación estas no crean derechos reales, simplemente frente a Administración para realizar el uso, aprovechamiento o explotación de acuerdo con las disposiciones del Título de la Concesión de la ley en comento y las leyes específicas aplicables, pero nunca salen del patrimonio del Estado.*

⁸ MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., *“Derecho Administrativo”*, 2º Curso, Cuarta Edición, Oxford University Press, p. 27.

Para ser incorporado o desincorporado algún bien se requiere de un “decreto de destino”, con ciertos requisitos tales como: que lo emita el Presidente de la República refrendado por el Secretario de la Función Pública, o, ser emitido por el Secretario de Estado si solo es un cambio de usuario; que se publique en el Diario Oficial; debidamente fundado y motivada la causa que justifique su incorporación o desincorporación. Pueden ser enajenados a título gratuito (cuando se destinen a los servicios públicos), o a título oneroso (mediante subasta, o fuera de subasta mediante decreto del ejecutivo que así lo autorice).

2.2 Bienes del dominio privado

Los bienes de dominio privado del Estado son aquéllos que el legislador ha estimado innecesario otorgarles tantos requisitos como a los del dominio público, en los Estados anteriores a la época contemporánea se distinguían claramente entre el patrimonio al que tenía acceso el público, de los bienes del gobernante propiamente dichos, ahora podríamos pensar en los bienes necesarios para la función pública así como la prestación de servicios públicos; áreas para la regularización de la tenencia de la tierra y atender el problema habitacional.

II. 1. LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

Considerando que el acto administrativo de la concesión representa, la forma típica de explotación de los bienes de dominio público y de prestación de servicios públicos en el Estado neoliberal, así como que se trata de una forma de gestión indirecta, en la que la Administración permaneciendo como titular de determinado servicio, encomienda su explotación a un particular y aquella se queda como simple supervisor del servicio público, es evidente que nos estamos refiriendo particularmente a la privatización de los servicios públicos a intereses privados, por tanto a la mezcla de los sectores público y privado, que de hecho existe en la mayoría de las economías del mundo, pues ambos sectores se necesitan recíprocamente.

Como se señala en el artículo que lleva por título: “Servicios Públicos e intereses Privados”.⁹

⁹ “Servicios Públicos e intereses privados. El sector público, Debates y análisis de actualidad”, Internacional de Servicios Públicos-1997: “PSI IÖD ISKA ISP”, publicación basada en la diversa publicación realizada por Brendan Martin, redactor del texto original.

“(...) La ‘privatización’ estrictamente definida significa una transferencia de propiedad del Estado a empresas o individuos privados. Interpretada más ampliamente, significa la transferencia de funciones y responsabilidades del sector estatal o público. Más extensamente todavía, su definición puede incluir una serie de medidas (llamadas también comercialización) dirigidas a introducir métodos, estructuras y culturas más comerciales en las actividades públicas.”

Se ha visto en los diferentes modelos de economías mundiales como la mezcla de estos sectores con el predominio de uno de los sectores ha influido en su éxito o en un rotundo fracaso o resquebrajamiento.

Ejemplo de ello, los servicios de salud en E.U. poco accesibles para los ciudadanos comunes por los costosos seguros médicos y las grandes limitantes para otorgar la atención médica, incluso a la población que sí cuenta con este seguro, cuanto y más la población de inmigrantes; en Latinoamérica por ejemplo los ciudadanos necesitan un mayor acceso a los servicios de salud, educación, agua potable, electricidad, comunicaciones, transportes, facilidades de crédito, vivienda pública, etc., mientras que los intereses privados tienen un mejor suministro de esos servicios, de ahí que debe haber mayor ingerencia del sector público en velar para que su comunidad cuente con los servicios públicos básicos.

En cambio en los antiguos regímenes comunistas en donde todo quedó en manos del sector público, el poder ahora crear empresas privadas y desarrollar economías de mercado han hecho que la privatización se convierta en instrumento crucial para la transición del totalitarismo y economías dirigistas a la democracia y economías de mercado, mejorando su manejo político, económico y de distribución de la riqueza junto con los fines necesarios tendientes a regular y fomentar la actividad en la vida económica, cultural y asistencial del país.

Lo ideal es que exista un equilibrio debiendo sopesar y valorar todos los aspectos económicos y sociales en cada uno de los bienes y servicios públicos que se han de privatizar y, siempre bajo la responsabilidad del Estado teniendo presente en todo momento que debe haber límites en cuanto a que ciertos servicios no pueden estar en manos de los intereses privados y/o, sin la debida regulación para la supervisión permanente del Estado, por ejemplo, los “servicios de seguridad pública y de policía”, así como el de “los bomberos”, deben siempre estar a nuestro juicio dentro del sector público y brindarse a todos los habitantes de la comunidad.

Si bien se ha visto que las necesidades de la comunidad se han ido extendiendo y los servicios públicos son insuficientes además de ineficaces y en una gran mayoría de los casos nulos, al grado de que tanto la industria como los comercios y algunas comunidades de ciudadanos se han organizado para procurarse servicios de seguridad privada, entonces, estos servicios estarán al alcance de quien pueda pagarlos y con ello se da pie al auge de las privatizaciones y al resquebrajamiento de uno de los fines del Estado.

Retomando la idea central tenemos entonces que la concesión como forma típica de explotación de los bienes de dominio público, y de prestación de servicios públicos, es una forma de gestión indirecta de los servicios públicos, en la que la Administración, permaneciendo como titular de determinado servicio, encomienda su explotación a un particular y aquella se queda como simple supervisor del servicio público y/o del uso y explotación de los bienes del dominio público.

Al respecto, se debe indicar que la concesión si bien se encuentra regida por normas de derecho público, también es cierto que al intervenir particulares están presentes normas que rigen la vida privada, por ello se habla de un régimen exorbitante de derecho privado.

El concepto de la concesión como tal no se encuentra definido en nuestra ley; sin embargo, debemos tomar en cuenta que la administración pública cumple con sus actividades por medio de diversos mecanismos, siendo uno de ellos la concesión administrativa.

A. Definiciones Doctrinarias

Gabino Fraga, considera que:

“La concesión administrativa es el acto por el cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado.”¹⁰

¹⁰ FRAGA, Gabino, *“Derecho Administrativo”*, Vigésima octava edición, Porrúa, México, 1989, p. 242.

Jorge Olivera Toro, califica a esta figura como:

“(...) institución de derecho administrativo y generalmente aplicada, es el acto jurídico que tiene un determinado contenido: otorgar a un particular un poder jurídico sobre una manifestación de la administración pública. Es un acto administrativo constitutivo de un derecho subjetivo público.”¹¹

Para Emilio Fernández Vázquez, la concesión es un acto administrativo:

“(...) *por medio del cual la administración en virtud de facultades o atribuciones derivadas del ordenamiento jurídico confiere a una persona un derecho o un poder que antes no poseía; o también un acto de derecho público que confiere a una persona un derecho o un poder de que antes carecía, mediante la transmisión a ella de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la administración*”.¹²

Acorde con las definiciones anteriores, podemos señalar que la *Concesión administrativa*, es un acto de naturaleza administrativo que realiza un órgano de la administración pública de forma discrecional, por medio del cual se otorga a una persona de Derecho Privado, sea esta física o moral, un derecho para llevar a cabo en sustitución de la autoridad la prestación de un servicio público o la explotación de un bien del dominio público, con determinadas obligaciones y derechos, bajo un régimen jurídico exorbitante, que en general se debe realizar a través de una licitación pública y regulado por la ley especial en cuanto al procedimiento para que se otorgue dicha concesión, como la forma en que deberá operar y las contraprestaciones que se tendrán que pagar.

Es un acto administrativo discrecional, ya que la autoridad a la que se dirige la solicitud de concesión se encuentra en la completa libertad de elegir, de conformidad a los elementos contenidos en la ley, a la persona de derecho privado cuya propuesta sea la más atractiva y adecuada a las necesidades de la administración.

Al otorgarse una concesión administrativa, lo que hace la autoridad es modificar su función de ser prestador a ser supervisor de la prestación de un servicio público o en su caso

¹¹ OLIVERA TORO, Jorge, “Manual de Derecho Administrativo”, Quinta edición, Porrúa, México 1988, p. 382.

¹² FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio, “Diccionario de Derecho Público”, Astrea, Buenos Aires, Argentina 1981, p. 767.

de la explotación de un bien de propiedad estatal, otorgando para tal efecto a una persona de derecho privado facultades o características de derecho público para que lleve a cabo la función, que de origen le corresponde al ordenamiento público.

La ley no distingue respecto de que si se debe tratar de una persona física o una persona moral, es por ello que bien puede concluirse como lo hace la doctrina que puede ser cualquiera de ellas.

Como principales características de la concesión, podemos señalar las siguientes:

a) **Carácter exclusivo:** ello significa que la concesión administrativa, en cualquiera de sus variantes, se sustenta en la titularidad exclusiva de una administración sobre una esfera concreta de actuación.

b) **Carácter originario:** del negocio concesionado en donde surgen situaciones jurídicas nuevas, son actos creadores de derechos o facultades, pues los concesionarios no tienen con anterioridad al otorgamiento de la concesión, ningún tipo de derecho sobre el objeto de la misma.

c) **Control por la Administración concedente:** la Administración pública concedente mantiene en todo momento la capacidad de asegurar el cumplimiento del fin contemplado por el ordenamiento (puede decirse que tiene la obligación), no pierde la titularidad ni de la competencia sobre el mismo, tan sólo la transmisión o reconocimiento al concesionario de facultades particulares.

B. Naturaleza Jurídica de la Concesión

En lo relativo a la naturaleza jurídica, de la concesión administrativa, de acuerdo a la doctrina son tres las posturas que tratan de determinarla, mismas que siguiendo el pensamiento del maestro Andrés Serra Rojas se pueden resumir de la siguiente manera:

1º La que pretende concebir a la concesión como un acto administrativo unilateral (de la administración), entendiéndose que el carácter público de los objetos sobre los que puede recaer, reclaman siempre una posición preeminente de la administración, impidiendo que su esencia descansa sobre un acuerdo de voluntades entre dos partes

(concedente y concesionario) situadas en pie de igualdad. Se destacaba por los que validan esta postura la posibilidad de revocación unilateral por parte de la administración de la concesión, sin que la misma debiera acompañarse de resarcimiento alguno para el particular afectado.

2º La que incide en la concepción de la concesión como un acto de naturaleza contractual. Esto es, entendiendo que las concesiones surgen del acuerdo de voluntades expresado entre dos partes y se formaliza con todos los requisitos y peculiaridades de los contratos administrativos. Existiendo la posibilidad de revocación por lo que los autores que defienden esta teoría no niegan dicha posibilidad, pero reconocen (derivado de la visión contractualista) que la misma siempre iría acompañada de un resarcimiento adecuado al particular.

3º Por último, hay que mencionar la postura doctrinal que sostiene la naturaleza jurídica de la concesión como un acto mixto, es decir, en parte unilateral y en parte contractual.

Los autores que han incidido en esta teoría sostienen que la concesión administrativa presenta dos aspectos bien diferenciados y sucesivos:

- ✓ Una situación estatutaria o reglamentaria, no contractual, que se refiere a organización y funcionamiento del objeto de la concesión en la que se tienen en consideración los intereses generales;
- ✓ Otra situación contractual, que subordinada a la anterior, fundamentalmente al aspecto financiero o económico del negocio concesionado. Este segundo aspecto es el que recaba la atención de los particulares, y en torno al que cabe hablar de cláusulas contractuales. Cláusulas contractuales que no serían generales sino individuales o particulares, es decir, referidas a la relación concreta surgida entre concesionario y la administración pública concedente.

C. Tipos de Concesión

a) Explotación y aprovechamiento de bienes del dominio público.

b) La concesión de servicio público se concibe actualmente como un contrato administrativo. Es una forma de gestión indirecta de un servicio público económico. Por medio del acuerdo concesional, la administración encargada de la prestación del servicio de que se trate encomienda a una persona física o jurídica ajena a su organización la prestación del mismo, a cambio de una remuneración que viene determinada por los resultados financieros que arroje la explotación del servicio.

c) La concesión de obra pública aparece diseñada en la legislación actual como una subespecie del contrato de obra pública que se caracterizaría por ser aquél en el que se encarga a un particular la realización de una obra pública, consistiendo la remuneración del contratista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado de un precio.

D. Materias objeto de la Concesión

Ahora bien, para poder determinar las materias que pueden ser objeto de una concesión administrativa, es menester remitirnos a las disposiciones contenidas en el artículo 27 constitucional, en el que se establece un listado de los bienes del dominio directo de la Nación, al efecto se indica:

Artículo 27. Corresponde a la Nación **el dominio directo** de:

- Todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas;
- Todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria;
- Los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas;

- Los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos;
- Los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes;
- Los combustibles minerales sólidos;
- El petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y
- El espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.

Son **propiedad de la Nación:**

- Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional;
- Las aguas marinas interiores;
- Las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar;
- Las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes;
- Las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional;
- Las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República;
- La de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino;
- Las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y
- Los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fija la ley.

Por su parte el artículo 28 Constitucional, establece expresamente algunas materias sobre las que puede versar la concesión, señalando:

- La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.
- El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.

En ese orden de ideas, debemos indicar que entre la concesión de bienes nacionales y la concesión de servicio público existen, diferencias y similitudes, ya que mientras que en la primera sólo nacen relaciones entre dos partes, esto es el Estado y el concesionario, en la segunda se producen entre el concesionario, el Estado concedente, y los particulares usuarios, ante los cuales el concesionario se obliga a mantener la continuidad del servicio, y obtiene una contraprestación en dinero que es el precio del servicio dado, y en la concesión de bienes el concesionario se limita a aprovechar los productos de la riqueza nacional, es decir, los productos de la explotación para la que obtuvo la concesión con las restricciones y obligaciones que le imponen las leyes respectivas, mientras que entre las similitudes podemos señalar que en las dos existen dos tipos de intereses uno particular y uno público, pero ante todo se encuentra enmarcado por la búsqueda de un interés colectivo.

E. Materias restringidas

En términos del precepto en comento, se establece que el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible, y la explotación el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes;

asimismo de manera expresa se limitan ciertas materias en las que no se puede otorgar concesión para llevar a cabo su explotación, tales son:

- ❖ Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radioactivos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que en su caso se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la Ley Reglamentaria respectiva.
- ❖ Corresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines.

F. Formas para otorgarla

Lo primero que debe precisarse es que no existe una regla para determinar cómo se va a otorgar una concesión, pues lo cierto es que atiende a cada caso y a su regulación específica que se realice en cada una de las leyes, pero se atiende básicamente a dos esquemas:

- a) La licitación pública, se utiliza este esquema de derecho público para otorgar la concesión y así poder obtener al mejor candidato, para la prestación de un servicio público, cuando la concesión esté implicándolo.
- b) La adjudicación directa, este esquema debe estar previsto por la ley y en general, se trata de excepciones a la regla.

G. Formas de Extinción

En general, la doctrina¹³ distingue dos medios de extinción del acto administrativo, que por razones metodológicas clasifica en:

¹³ ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Tercera Edición, Porrúa, México, 1979, p. 321.

- Normales, y
- Anormales.

En opinión del Dr. Fernando Flores Trejo,¹⁴ la terminología que utiliza la doctrina es poco afortunada pues el hecho de que un acto se extinga no puede clasificarse “ni normal ni anormal”, sería más adecuado referirnos a:

- **causas naturales y**
- **excepcionales de extinción.**

Ello obedece a la necesidad de distinguir entre la cesación de los efectos del acto administrativo y su extinción propiamente dicha, pues al dejar de producir sus efectos el acto administrativo, ya sea por expiración del término concedido o por el cumplimiento de su objeto, se considera que en ese momento también dejó de existir jurídicamente.

Por tanto, **el acto jurídico de la concesión administrativa** participa en términos globales de las causas naturales y excepcionales de extinción del acto administrativo.

Consecuentemente, a continuación se presentan las siguientes clasificaciones de extinción del acto administrativo:

1. CLASIFICACIÓN NORMAL DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO, O CESACIÓN DE SUS EFECTOS POR SITUACIONES NATURALES.

En este apartado encontramos 2 causas de extinción por cesación de sus efectos:

- Por ejecución del acto y,
- Por cumplimiento.

En la primera de las causas es menester tener presente que el acto mismo es ejecutivo, tiene presunción de validez, es obligatorio y, por tanto puede asumirse su ejecución forzada.

¹⁴ TREJO FLORES, Fernando, Opinión externada en su clase para la Maestría de Derecho Administrativo que imparte la UNAM en las instalaciones del TFJFA, el día 12 de noviembre de 2009.

En la segunda de las causas de extinción encontramos el cumplimiento voluntario tanto de los órganos administrativos, como de los gobernados, por ello el acto administrativo se cumple y se extingue precisamente por la realización cabal de su objeto.¹⁵

Por ello hay *la extinción del acto administrativo por causas naturales*, porque hubo:

- Cumplimiento voluntario por parte de la autoridad administrativa correspondiente, con la realización de los actos necesarios para la consecución del objetivo.
- Cumplimiento voluntario por el particular gobernado;

Si estamos en presencia de un acto administrativo que entraña en sí mismo ejecución como lo serían precisamente los actos administrativos que deben emitirse dentro del procedimiento administrativo de ejecución o, cuando se trate de actos declarativos y esto se cumple por ambas partes, estamos igualmente en presencia de:

- Cumplimiento del acto de efectos inmediatos.

Por último, también existen otras variedades dentro de clasificación de extinción por causas naturales de los actos administrativos que es la relativa al:

- Cumplimiento del plazo, como puede ser en las licencias, permisos temporales, concesiones, etc.

2. CLASIFICACIÓN ANORMAL DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO, o CAUSAS EXCEPCIONALES DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

La doctrina distingue los siguientes medios,¹⁶ o causas:

- a) Revocación administrativa;
- b) Rescisión;
- c) Prescripción;
- d) Caducidad;

¹⁵ Ley Federal de Procedimiento Administrativo.- Artículo 11, fracción I.

¹⁶ Op. Cit. p. 322.

- e) Término y condición;
- f) Renuncia de derechos;
- g) Irregularidades e ineficacias del acto administrativo;¹⁷ y,
- h) Determinación Judicial, o extinción por decisiones dictadas en recursos administrativos o en Juicio Contencioso Administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y/o subsecuente medio de defensa, me refiero concretamente al Juicio de Amparo.

a) *REVOCACIÓN ADMINISTRATIVA*

Miguel Acosta Romero en su obra nos da el siguiente concepto de revocación administrativa:

“(...) es el acto por medio del cual el órgano administrativo deja sin efectos, en forma total o parcial, un acto previo perfectamente válido, por razones de oportunidad, técnicas, de interés público o legalidad.”

Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez y Manuel Lucero Espinosa, coinciden en lo esencial con el concepto anterior, al señalar en su obra:¹⁸

“La revocación al igual que la nulidad, constituye un medio para la extinción de los actos administrativos, la cual es efectuada por la Administración Pública, ya sea por razones de oportunidad, de mérito o interés público, como por razones de ilegitimidad.”

Para Gabino Fraga:¹⁹

“(...) La revocación es el retiro unilateral de un acto válido y eficaz, por un motivo superveniente. (Resta. *La revoca degli tai amminitrativi*. Alessi. *La revocavilitá dell'atto amministrativo*)”

¹⁷ Aquí en este punto cabe el “análisis de los conceptos de nulidad y anulabilidad descritos en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo”, desde luego a partir de su vigencia.

¹⁸ DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo*, Primer Curso, Sexta Edición, Porrúa, México, 2003, p. 309.

¹⁹ FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Revisada y actualizada por Manuel Fraga, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la UNAM, 45ª Edición, Porrúa, México, 2006, p. 304.

De las definiciones anteriores podemos observar dos elementos esenciales en la revocación, el primero orientado hacia una decisión unilateral de la autoridad administrativa de retirar del mundo jurídico los efectos de un acto administrativo y, el segundo de ellos según prescribe la doctrina que el acto que se revoca es perfectamente válido, por razones de oportunidad, técnicas, de interés público o de legalidad.

Con respecto a lo anterior me parece conveniente señalar que el acto administrativo por disposición legal nace con presunción de validez, o se asume como válido, conforme al contenido de los artículos 68 del Código Fiscal de la Federación (presunción de validez); y artículo 8º de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo (se asume como válido).

Presunción que solo puede dejar de considerarse como tal si la autoridad en forma unilateral revoca el acto, que es el tema que nos ocupa (o en su caso, el particular decide acudir a los medios de defensa establecidos en la vía administrativa (recursos), o en la vía jurisdiccional Juicio Contencioso Administrativo, o Juicio de Amparo para demostrar su ilegalidad), destruyendo así la referida presunción de validez y, por tanto deja de producir efectos el referido acto de autoridad.

Si bien hemos observado en la práctica diaria, en materia procesal tanto dentro del medio de defensa administrativo como en juicio contencioso administrativo, se puede dar el caso que la autoridad al resolver el recurso revoque el acto a consecuencia del medio de defensa e incluso que realice esa opción al contestar la demanda o antes dentro del procedimiento del referido juicio provocando los mismos efectos, es decir, dejando de producirlos para la esfera jurídica del gobernado; ello no debe confundirse con la *revocación administrativa* que se analiza en este apartado como un acto unilateral de la administración, lo que significa la realización de este acto en forma oficiosa sin mediar solicitud o petición ni medio de defensa alguno por parte del gobernado.

Esta revocación administrativa al igual que el propio acto se rige por principios jurídicos, que el acto administrativo en sí como son los principios de legalidad (Art. 14 Const.) y seguridad jurídica (art. 16 Const.); porque la revocación administrativa debe estar expresamente contenida en una disposición legal que le dé competencia y atribuciones a la autoridad, así como facultades al funcionario para poder revocarlo y en esa medida convertirlo en un nuevo acto con efectos hacia el futuro y a partir del nuevo

acto, sin modificar los efectos ya producidos en el pasado, es decir con efectos “*Ex nunc*”, o *hacia delante*.²⁰

Por tanto, la revocación administrativa solo puede operar en aquéllos actos que se consideran de tracto sucesivo, o sea que se prolonguen en el tiempo y en el espacio, pues sería imposible que pudiese funcionar con respecto de actos con efectos instantáneos y/o ya realizados, porque la revocación a que nos referimos siempre sería emitida en forma posterior a la de aquél que revoca, por tanto los efectos de esta revocación solo pueden producirse hacia delante y a partir del nuevo acto que es la revocación.

b) LA RESCISIÓN

Miguel Acosta Romero²¹ en su obra señala que esta forma de extinción del acto administrativo consiste en:

“(...) la facultad que tienen las partes en un contrato de resolver o dar por terminadas sus obligaciones, en el caso de incumplimiento de la otra parte.”

Como el tema de la rescisión involucra desde luego la facultad de la autoridad administrativa de rescindir los contratos evidentemente administrativos que celebra la Administración Pública, tanto Central, como Paraestatal (clasificación en la que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal agrupa a todos los órganos, dependencias y entidades que la conforman), es menester señalar que tanto la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000, en vigor, como la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000, (y última reforma publicada en el DOF 28-05-2009), señalan tanto la potestad para la administración pública de rescisión de contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo de la contratista, como el procedimiento a seguir para llevar a cabo la referida rescisión.

²⁰ “*Ex nunc*” = significa “en adelante”, a partir de que se declara una nueva situación jurídica.

“*Ex tunc*” = significa “desde el origen”, tiene efectos retroactivos y constitutivos.

²¹ Op. Cit., p. 324.

En efecto, en el artículo 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, se establece:

“Art. 61.- Las dependencias y entidades podrán **rescindir administrativamente** los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

El procedimiento de rescisión se llevará a cabo conforme a lo siguiente:

“I. Se iniciará a partir de que al contratista le sea comunicado el incumplimiento en que haya incurrido para que en un término de quince días hábiles exponga lo que a su derecho convenga y aporte, en su caso, las pruebas que estime pertinentes;

“II. Transcurrido el término a que se refiere la fracción anterior, se resolverá considerando los argumentos y pruebas que hubiere hecho valer, y

“III. La determinación de dar o no dar por rescindido deberá ser debidamente fundada, motivada y comunicada al contratista dentro de los quince días hábiles siguientes a lo señalado por la fracción I de este artículo.”

(Lo resaltado es propio)

Por su parte, la Ley de Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000, (y última reforma publicada en el DOF 28-05-2009), establece lo propio en su artículo 51.

Esta forma de extinción también opera tratándose de la **concesión**, sobre todo si se atiende a la teoría contractualista o a la teoría mixta, en términos de las cláusulas motivo y fundamento de la concesión otorgada.

c) PRESCRIPCIÓN

Esta figura solo se enuncia en términos generales como una de las formas de extinción del acto administrativo, acotando específicamente por cuanto al tema que nos ocupa y de acuerdo a su naturaleza jurídica, que la prescripción no opera para obtener o perder un título de concesión, ya que el solo transcurso del tiempo no puede alegarse, pues es menester un acto expreso de la autoridad en donde se otorgue.

Sobre este apartado baste citar la siguiente definición y origen legal, en los siguientes términos:

Miguel Acosta Romero²² nos da el siguiente concepto acerca de la prescripción como medio anormal de extinción del acto administrativo:

“(...) es la extinción de las obligaciones o derechos por el simple transcurso del tiempo. Los actos administrativos prescribirán de acuerdo con lo que dispongan las leyes en cada caso (...)”

En materia civil, establecen concretamente los artículos 1135 y 1136, del Código Civil para el Distrito Federal:

“Art. 1135.- Prescripción **es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo**, y bajo las condiciones establecidas por la ley.

“Art. 1136.- La adquisición de bienes en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva; **la liberación de obligaciones por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa.**”

(lo resaltado es propio)

Por tanto, acorde con la estructura vertebral de nuestro derecho común, la prescripción es una forma de perder o ganar o de acuerdo con la disposición legal adquirir bienes o liberarse de obligaciones por no exigirse su cumplimiento en términos oportunos, es por ello una institución de derecho justo y moral, además necesaria para conservar el orden social, pues por el simple transcurso del tiempo da certeza y seguridad a la propiedad.

²² Op. Cit., p. 324.

d) CADUCIDAD

Miguel Acosta Romero²³ nos da el siguiente concepto acerca de la caducidad como medio anormal de extinción del acto administrativo:

“Es un medio de extinción de los actos administrativos, por falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en el acto administrativo, para que se genere o preserve el derecho. Se distingue de la prescripción en que en la caducidad es necesario realizar actos positivos para preservar o generar el derecho y en la prescripción exclusivamente se trata del simple transcurso del tiempo.”

Dicho en otras palabras para que no se genere la extinción del acto administrativo por caducidad, es menester la actuación de las autoridades administrativas oportunamente para que se genere o preserve su derecho.

A fin de ejemplificar el presente tema, a continuación se realizan algunos comentarios acerca de esta figura prevista en el artículo 60, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, precepto que establece a la letra:

“ARTÍCULO 60.- En los **procedimientos iniciados a instancia del interesado**, cuando se produzca su paralización por causas imputables al mismo, **la Administración Pública Federal le advertirá que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del mismo**. Expirado dicho plazo sin que el interesado requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración Pública Federal acordará el archivo de las actuaciones, notificándosele al interesado. Contra la resolución que declare la caducidad procederá el recurso previsto en la presente Ley.

“La caducidad no producirá por sí misma la prescripción de las acciones del particular, de la Administración Pública Federal, pero los procedimientos caducados no interrumpen ni suspenden el plazo de prescripción.

²³ Op. Cit., p. 324.

“Cuando se trate de **procedimientos iniciados de oficio se entenderán caducados**, y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de parte interesada o de oficio, **en el plazo de 30 días contados a partir de la expiración del plazo para dictar resolución.**”

(Lo resaltado es propio)

De acuerdo con la disposición transcrita, tenemos dos tipos de caducidad, referidas a:

- los procedimientos iniciados a instancia del interesado; y,
- los procedimientos iniciados de oficio.

En el primer caso, la norma imputa al interesado la paralización del procedimiento por su causa y por ello, prevé que se llevará a cabo una prevención por parte de la Administración Pública de que si transcurridos tres meses el interesado no realiza las actividades necesarias para reanudar su tramitación, la instancia caducará y se archivarán las actuaciones.

Así mismo que en tratándose de procedimientos iniciados de oficio se entenderán caducados, procediéndose al archivo de las actuaciones, a solicitud de parte interesada o de oficio, en el plazo de 30 días contados a partir de la expiración del plazo para dictar resolución. (El cómputo de dichos días se realizará por días hábiles de conformidad con el artículo 28 segundo párrafo segundo de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo).

e) EL TÉRMINO Y LA CONDICIÓN

Tanto el término como la condición son modalidades del acto administrativo en virtud de que se les sujeta a un acontecimiento futuro que podrá realizar o no, circunstancia de la cual sobrevendrá como consecuencia la extinción del acto administrativo, por tanto:

- El término es el momento en el que el acto administrativo debe comenzar a producir sus efectos o a dejar de hacerlo.
- La condición en cambio, es un acontecimiento, evento o hecho de realización incierta, que de llevarse a cabo producirá la extinción del acto.

Miguel Acosta Romero²⁴ nos da el siguiente concepto acerca del término y la condición como medio anormal (o situación excepcional) de extinción del acto administrativo:

“El término es un acontecimiento futuro de realización cierta del que depende que se realicen o se extingan los efectos de un acto jurídico. El término puede ser suspensivo o extintivo; el primero suspende los efectos, el segundo los extingue.”

“(…) La condición es un acontecimiento futuro de realización incierta, del que se hace depender el nacimiento o la extinción de una obligación o de un derecho
“(…)”

f) LA RENUNCIA DE DERECHOS

Mediante esta figura, el particular se desiste de los beneficios que contiene en su favor el acto administrativo, pudiendo ser en forma expresa o tácita como cuando no se ejerce el derecho respectivo.²⁵

Miguel Acosta Romero señala en su obra como medio anormal de extinción del acto administrativo a la renuncia de derechos, es decir: “*a la manifestación unilateral de voluntad, y a partir de una fecha, deja de ejercitar, o de hacer valer, un determinado derecho que le es reconocido*”.²⁶

Como ejemplos de renunciaciones de derechos podemos citar los relativos a trámites administrativos como lo serían: licencias, permisos.

Quiero destacar sobre este tema, la existencia de derechos no renunciables que el autor en cita enumera, tales como:

- Que se trate de un acto administrativo de tracto sucesivo, o cuando se trate de un acto con efectos inmediatos, que estos no se hayan realizado aún.

²⁴ Op. Cit., pp. 324-325.

²⁵ TREJO, Fernando Dr.- Apuntes de su clase.

²⁶ Idem. p. 325.

- Que el régimen legal permita la posibilidad de la renuncia, es decir, que se trate de derechos en los cuales pueda darse ese acto, pues existen derechos y obligaciones que son irrenunciables.
- Que la renuncia se manifieste por escrito y se notifique a la autoridad competente para que ésta pueda resolver lo conducente respecto de los efectos de la renuncia.

g) IRREGULARIDADES E INEFICACIAS DEL ACTO ADMINISTRATIVO. ANÁLISIS DE LOS CONCEPTOS DE NULIDAD Y ANULABILIDAD EN LA LEY FEDERAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

A fin de entrar al tema en cuestión, es preciso primero tener en cuenta lo que a este aspecto considera la doctrina del derecho Civil, es decir, me refiero concretamente a la teoría general de las nulidades de los actos civiles irregulares, en donde se han reconocido varios grados de invalidez que pueden ser:

- a. La inexistencia;
- b. La nulidad absoluta y,
- c. La nulidad relativa.

La inexistencia del acto, según M. Borja Soriano²⁷ en su estudio sobre la *Inexistencia y nulidad de los actos según la doctrina francesa*, como:

“(...) el que no reúne los elementos de hecho que supone la naturaleza o su objeto y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia (...) o en otros términos, ‘un acto jurídico es inexistente cuando le falta uno o más de sus elementos orgánicos (...)’”

Por ello se distinguen elementos de existencia y elementos de validez. Son **elementos de existencia**, cuya carencia ocasiona su invalidez:

- ❖ Voluntad o consentimiento, (obviamente del o los sujetos que intervienen)

²⁷ C.f.r.- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, Revisada y actualizada por Manuel Fraga, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la UNAM, 45ª Edición, Porrúa, México, 2006, p. 289.

- ❖ Un objeto,
- ❖ Una forma.

Así mismo cabe mencionar que nuestra legislación, concretamente en el artículo 2224 del Código Civil, establece esencialmente estos principios, al señalar:

“Artículo 2224.- El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción, su inexistencia puede invocarse por cualquier interesado.”

De acuerdo con ello podemos destacar que un acto que carece de elementos de existencia NO es ni puede ser VÁLIDO. De hecho no es ni posible de producir efectos jurídicos.

Ahora bien en forma paralela podemos citar, al acto nulo, cuando uno de sus elementos orgánicos: voluntad, objeto o forma, se ha realizado imperfectamente, o porque el fin que perseguían los autores del acto está directa o expresamente condenado por el orden social, esta nulidad necesariamente debe ser reconocida judicialmente. Así lo reconocen los diversos artículos 2225,2226 y 2227, del Código Civil, al establecer:

“Artículo 2225.- La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

“Artículo 2226.- La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por confirmación o la prescripción.

“Artículo 2227.- La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.”

Dentro de los casos que producen una nulidad relativa, el artículo 2228 del Código Civil menciona:

- La falta de forma, cuando el acto no es solemne;
- El error;
- El dolo;
- La violencia;
- La lesión; y,
- La incapacidad.

En tratándose del derecho administrativo, la teoría de las nulidades debe ser matizada en opinión de Gastón Jèze²⁸, para poder matizar los intereses que se ponen en juego con motivo de la actividad de Poder Público, los intereses no siempre exigen las mismas soluciones que en el Derecho Común, ejemplo el interés general exige la ineficacia del acto irregular, porque el cumplimiento de los requisitos que la ley establece es una garantía de orden social, que al propio tiempo reclama la estabilidad de las situaciones que un acto irregular ha producido o hecho nacer a la vida jurídica y por otra de la misma manera que en los intereses de los patrimonios individuales o administrativos, en algunas ocasiones es menester que se prive de efectos un acto irregular, pero en otros se exige que subsista, porque el perjuicio de que se produzca su ineficacia es más grave aun que el de su subsistencia.

Fernández de Velasco²⁹ resume las diversas sanciones que pueden darse en el derecho administrativo para concluir que estas se orientan por multitud de posibles soluciones y efectos lo cual dificulta seriamente la formulación de una teoría simplista acerca de la invalidez de los actos administrativos a diferencia del derecho común y que en muchas ocasiones no basta comprobar la existencia de la irregularidad para nulificar el acto, tal y como a continuación se reproduce de la siguiente manera:

- ✓ Inexistencia: el acto carece de efectos jurídicos; ejemplo más claro cuando el acto se emite por una autoridad incompetente.

- Nulidad radical: el acto existe pero gravemente viciado; posee alguna eficacia jurídica, pero muy precaria y cualquiera puede invocar su nulidad, aunque mientras no se imponga, el acto mantiene su eficacia;

²⁸ Cfr.- Op. Cit., p. 291.

²⁹ Cfr.- Op. Cit., p. 291.

- Nulidad menos radical; puede pedirse por todos los interesados y por excepción alegarse en cualquier instante; el juez resolverá su nulidad;
- Irregularidades que producen una nulidad relativa: puede alegarse por pocos interesados y tanto por vía de acción como de excepción, en cierto plazo;
- Irregularidades de sanción más leve; pueden invocarse en cierto plazo por contadas personas, convalidarse por ratificación y el juez abstenerse de imponerla, dosificando los intereses en juego;
- Irregularidad cuya sanción no es nulidad, sino que la eficacia del acto no se alcanza más que frente a ciertas personas, siendo para las restantes perfecto; se ha de alegar en cierto plazo transcurrido el cual, la irregularidad desaparece.
- Acto irregular, solamente en relación con alguno de sus efectos;
- Acto irregular, que manteniendo frente a los terceros toda su eficacia, es motivo de que el agente emisor sufra una sanción pecuniaria;
- Irregularidad sin sanción jurídica.

Conforme a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, es preciso primero tener en cuenta los elementos y requisitos que establece en su artículo 3º, cuya omisión o irregularidad producirá la nulidad o anulabilidad del acto.

Conforme a la disposición anterior se consideran elementos existenciales del acto administrativo y por tanto conforme al diverso artículo 6º de dicha Ley se establece que la omisión o irregularidad de los elementos y requisitos establecidos en las fracciones I a XI, del artículo 3º, producirá la nulidad del acto administrativo, estos elementos son esencialmente:

- Ser expedido por órgano competente.
- Tener objeto determinado o determinable, así como las circunstancias de modo tiempo y lugar.

- Cumplir la finalidad de interés público instrumentado legalmente.
- Constar por escrito y con firma autógrafa del funcionario emisor.
- Estar fundado y motivado.
- Cumplir con la garantía de debido proceso regulado en la LFPA.
- Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o fin.
- Ser expedido sin que medie dolo o violencia en su emisión.
- Mencionar el órgano del cual emana.
- Ser expedido en su caso por órgano colegiado, habiéndose satisfecho los requisitos por ley o decreto, según sea el caso para la expedición del acto.

Mientras que conforme a lo dispuesto por el artículo 7º de la propia Ley, la omisión o irregularidad en los elementos y requisitos señalados en las fracciones XII a XVI del propio artículo 3º, producirán la anulabilidad del acto administrativo, porque ello quiere decir que no reúne los requisitos y modalidades necesarias para que el acto opere con plenitud y por ello tal irregularidad acarreará la ineficacia parcial o total del acto, estas irregulares son las relativas a:

- Ser expedido sin que medie error respecto a la referencia específica del expediente, documentos o nombre completo de las personas;
- Ser expedido señalando lugar y fecha de emisión;
- Que en tratándose de los actos que deban ser notificados se haga la mención de la oficina en que se encuentra y pueda ser consultado el expediente;
- Así como que tratándose de los actos que puedan ser recurribles se haga la mención del recurso que proceda, y,
- Que se expida decidiendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley.

Ahora bien, para que un acto administrativo se considere nulo o anulable es necesario que se produzca esa declaración. Es por ello importante tener en cuenta las

consecuencias jurídicas que entraña la declaratoria de nulidad o anulabilidad de un acto jurídico, dado que presentan diferencias sustanciales.

*Sí un acto **se declara NULO**, conforme al segundo y tercer párrafos del artículo 6º de la LFPA:*

⇒ Será INVÁLIDO;

⇒ No se presumirá legítimo ni ejecutable;

⇒ Será subsanable, es decir, puede emitirse un acto nuevo;

⇒ Los particulares no tienen obligación de cumplirlo;

⇒ Los servidores públicos deberán hacer constar su oposición a ejecutar el acto, fundando y motivando tal negativa;

⇒ La declaratoria de nulidad producirá efectos RETROACTIVOS.³⁰

⇒ En caso de que el acto se haya consumado, sólo dará lugar a la responsabilidad del servidor público que lo hubiere emitido u ordenado.

*Sí un acto **se declara ANULABLE**, conforme al segundo y tercer párrafos del artículo 7º de la LFPA:*

➤ El acto anulable se considerará VÁLIDO;

➤ Gozará de presunción de legitimidad y ejecutividad;

➤ Será subsanable por los órganos administrativos mediante el pleno cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la plena validez y eficacia del acto;

³⁰ Es decir "Ex Tunc".

- Tanto los servidores públicos como los particulares tendrán obligación de cumplirlo;
- EL SANEAMIENTO del acto producirá EFECTOS RETROACTIVOS y el acto se considerará como si siempre hubiere sido válido.

h) EXTINCIÓN POR DECISIONES DICTADAS EN RECURSOS ADMINISTRATIVOS O EN PROCESOS ANTES TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS Y FEDERALES EN MATERIA DE AMPARO.

Para efectos del presente trabajo, baste decir que en este apartado solo mencionaré que los particulares pueden acceder a los medios de defensa instrumentados en la leyes ya sea en vía administrativa, juicio contencioso administrativo, o amparo y con ello una vez demostrada la emisión irregular del acto administrativo que afecta su esfera jurídica como particular gobernado obtener su nulidad o anulación total o parcial de dicho acto administrativo y con ello la posibilidad de extinción total o parcial de las consecuencias o efectos jurídicos producidos.

En resumen, y particularmente refiriéndonos al acto administrativo de la **concesión**, se pueden dar las siguientes FORMAS DE EXTINCIÓN y EFECTOS JURÍDICOS:

- Rescisión.- es una forma de extinción de la concesión que puede ser pactada entre las partes en el momento de la concesión o como consecuencia de un incumplimiento por parte del concesionario.
- Reversión.- es la forma de extinción que consiste en la voluntad de la administración de pasar a su dominio los bienes que utiliza el particular concesionario en la prestación del servicio público concesionado o la explotación de cierto bien, su justificación es el evitar la interrupción del servicio o la explotación de un bien; así como la probable afectación a la colectividad.
- Rescate.- consiste en la prestación directa que hace el Estado de un servicio público o la explotación de un bien de su propiedad que hubiera sido concesionado a un particular, por así convenir a sus intereses, debiendo indemnizar al concesionario por los perjuicios que le ocasiona al no obtener las ganancias programadas en plazo que faltaba para que se cumpliera el término de la concesión.

- Cesación del Objeto de la concesión.- se da cuando deja de existir en la realidad la necesidad de la prestación de un servicio concesionado o el bien que se explotaba, o cesa en general el objeto para que fueran creadas.

III. CASO PRÁCTICO

RESOLUCIÓN IMPUGNADA EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO,
(en el fondo involucra la controversia respecto de un título de CONCESIÓN)

- En el mes de febrero de 2003, LA EMPRESA **B** interpuso una demanda de nulidad ante el TFJFA en contra de:

-Una RESOLUCIÓN emitida por el Secretario de Comunicaciones y Transportes, a través de la cual se resolvió desechar el recurso de revisión interpuesto en contra del Título de Concesión otorgado a LA EMPRESA A para:

- Usar y aprovechar bienes del dominio público de la Federación, consistentes en zona marítima, así como:
- Para la construcción y operación de una terminal de altura para cruceros, **de uso particular**, que se localizará en Xcaret, Municipio de Solidaridad Quintana Roo. (con fundamento en los artículos 6º, 10-II y 24 último párrafo de la Ley de Puertos, y art. 17 de su Reglamento).

TÍTULO DE CONCESIÓN OTORGADO Y RECURRIDO EN FASE ADMINISTRATIVA

- D.O.F. Miércoles 13 de febrero de 2002.
- CONCESIÓN otorgada a favor de (...) para usar y aprovechar bienes del dominio público de la Federación, consistentes en zona marítima para la construcción y operación de una terminal de altura para cruceros de uso particular, que se localizará en.

FUNDAMENTOS Y MOTIVOS DEL DESECHAMIENTO DEL RECURSO:

- Esencialmente señaló la autoridad que:

- el acto recurrido no afecta los intereses de los recurrentes (EMPRESA B) porque **no precisan de que forma les afecta en su esfera jurídica la concesión otorgada.**

- Además porque los agravios son insuficientes e inoperantes al no probar la afectación de su interés jurídico ni como es que les causa agravio.

▪ En cuanto al escrito de ampliación del recurso que se presentó, señala que en el mismo se hacen una serie de peticiones y cuestionamientos del procedimiento de otorgamiento del título de concesión, por lo que:

▪ no ha lugar a satisfacer sus pretensiones, en tanto que afirma: **los peticionarios carecen de interés jurídico.**

LITIS EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:

▪ Que es inexacto que carezcan de interés jurídico porque:

- Del análisis del Título de concesión se desprende que el uso que se le dará a la misma es de “carácter público” (no obstante que se haya otorgado “para uso particular”), por tanto:

▪ Debió otorgarse **previo concurso público.**

▪ Y, **sí afecta su interés jurídico**, porque como interesado pudo participar en dicho concurso público, si se hubiese llevado a cabo el procedimiento descrito por el artículo 24 de la Ley de Puertos.

▪ Que su interés jurídico quedó acreditado con el instrumento notarial que se adjuntó a su recurso administrativo, de donde se desprende su domicilio en la misma ciudad en donde se otorgó el título de concesión y por ello que estaría interesada para participar en la licitación pública.

▪ Que el derecho afectado fue: **la ausencia de licitación pública e imposibilidad de participar en la misma**, violando con ello el procedimiento establecido en el art. 24 de la Ley de Puertos.

- Por último, que en todo caso, la autoridad debió prevenirle para que subsanara la posible omisión antes de desecharle el recurso.

SUSPENSIÓN CONFORME AL ART. 208 BIS DEL C.F.F.

- Por interlocutoria de abril de 2003, se resolvió procedente pero infundada la solicitud de suspensión de los efectos del acto impugnado, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 208 Bis del C.F.F. en tanto que NO OFRECIÓ GARANTÍA a efecto de salvaguardar el interés del tercero en juicio.

SENTENCIA:

- Por resolución de septiembre de 2005 se resolvió por mayoría de 6 votos a favor y, 3 en contra dos de estos últimos con voto particular:

1. NO SOBRESEER EL JUICIO, porque la resolución impugnada lo es **el desechamiento de un recurso administrativo**, lo que indiscutiblemente afecta la esfera jurídica de los promoventes y afecta sus derechos.

PRESUPUESTOS PREVIOS AL ANÁLISIS DEL FONDO DEL ASUNTO:

2. En cuanto al fondo del asunto se estableció como **presupuestos previos al análisis del fondo:**

- Que si se acredita que la concesión otorgada al 3º en juicio se otorgó debidamente para uso aprovechamiento, construcción y operación de una terminal portuaria de altura para cruceros de uso particular, **la concesión podía asignarse de manera directa** como se hizo, en consecuencia, el actor no tendría interés jurídico.

- En caso de acreditarse lo contrario, entonces, necesariamente se llegaría a la conclusión de que **la concesión debió otorgarse mediante licitación pública**, y como consecuencia de ello a la conclusión de que sí pudo existir una afectación al interés jurídico del demandante.

ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DEL FONDO DELASUNTO:

- Del análisis de los argumentos de las partes, a la luz de la resolución impugnada en el juicio, pruebas, alegatos y disposiciones legales (concretamente los artículos 2º;³¹ 44;³² 45;³³ 9º;³⁴ 10º;³⁵ 20;³⁶ 22;³⁷ 23;³⁸ y 24;³⁹ de la Ley de Puertos aplicables); y, considerando además la naturaleza del acto administrativo consistente en el **título de concesión** otorgado (con todas y cada una de sus cláusulas), se llegó a la conclusión de que:
- Tal y como lo señala el actor, debió llevarse a cabo dicha **concesión mediante licitación pública**, puesto que esencialmente de acuerdo con las cláusulas del título de concesión:
- Se obligó a dar a las autoridades portuarias, marítimas, sanitarias, migratorias, etc., las facilidades necesarias para el ejercicio de sus funciones.

³¹ Art. 2º.- Relativo a las definiciones para efectos de la Ley, destacándose entre otras, las de puerto terminal; Instalaciones portuarias; servicios portuarios; así como la del Administrador portuario.

³² Art. 44.- Relativo a la clasificación de los servicios portuarios para su utilización.

³³ Art. 45.- En las áreas de uso común de los puertos y en las terminales, marinas e instalaciones publicas, los servicios portuarios se prestarán a todos los usuarios solicitantes de manera permanente, uniforme y regular; en condiciones equitativas en cuanto a calidad, oportunidad y precio; y por riguroso turno, el cual no podrá ser alterado sino por causas de interés público o por razones de prioridad establecidas en las reglas de operación del puerto.

³⁴ Art. 9º.- Relativo a la clasificación de puertos y terminales: altura; cabotaje; comerciales; industriales; pesqueros; y turísticos.

³⁵ Art. 10º.- Relativo a la clasificación de las terminales marinas e instalaciones portuarias por su uso: públicas y particulares.

³⁶ Art. 20.- Dispositivo que establece los requisitos para la **concesión o permiso** que otorgue la Secretaría para la explotación, uso y aprovechamiento de bienes del dominio público en los puertos terminales y marinas; así como para la construcción de obras en los mismos y para la prestación de servicios portuarios.

³⁷ Art. 22.- Que establece que tanto las concesiones como los permisos incluirán la prestación de servicios portuarios.

³⁸ Art. 23.- Plazo máximo de 50 años en el otorgamiento de concesiones, prorrogas hasta por un plazo igual al original y requisitos para otorgarla.

³⁹ "Art. 24.- Las concesiones a que se refiere este capítulo **se otorgarán mediante concurso público**, conforme a lo siguiente:

"(...)

"Las concesiones sobre bienes del dominio público de la Federación **para construir**, operar y explotar marinas artificiales o terminales **de uso particular**, **se podrán adjudicar directamente** por la Secretaría a los propietarios de los terrenos que colinden con la zona federal marítimo terrestre de que se trate, conforme al procedimiento que señale el reglamento respectivo."

- También se obligó a adoptar las medidas de seguridad, mantenimiento y abstenerse de cualquier acto tendiente a impedir el libre acceso a la zona marítima.

PUNTOS RESOLUTIVOS:

- No se sobresee el juicio.
- Se declara la **nulidad** de la resolución impugnada **para el efecto** de que la autoridad emita otra en la que determine que sí existe afectación a la esfera jurídica del actor en virtud de que **la concesión otorgada al tercero interesado debió realizarse mediante concurso público**, en el que pueden participar los interesados que acrediten su solvencia moral y económica, así como su capacidad técnica, administrativa y financiera, y cumplan con los requisitos que establezcan las bases que expida la Secretaría.

Votos particulares:

PRIMERO:

1. El primero se emitió en cuanto a los efectos de la declaratoria de nulidad ya que al encontrarse acreditado el interés jurídico de la actora, LA AUTORIDAD DEMANDADA DEBERÁ ADMITIR A TRÁMITE EL RECURSO ADMINISTRATIVO Y AVOCARSE AL ESTUDIO DE LOS AGRAVIOS PROPUESTOS POR LA RECURRENTE, Y A EMITIR LA RESOLUCIÓN QUE CORRESPONDA EN DERECHO, TOMANDO EN CONSIDERACIÓN LOS LINEAMIENTOS ESTABLECIDOS EN ESTE FALLO.

SEGUNDO:

2. El segundo voto particular es totalmente en sentido contrario a la sentencia mayoritaria, por considerar que se resuelve con base a inferencias o suposiciones que no se encuentran probadas, pues no por el hecho de que sea terminal turística tiene como consecuencia que sea de uso público.

1ª QUEJA

- En noviembre de 2006 se promueve una primera queja por considerar que se cumple en exceso con la sentencia definitiva,

- Porque deja insubsistente su resolución de desechamiento y admite a trámite el recurso administrativo, requiriéndole para que en un plazo de 10 días exhibieran copias para el traslado; **en lugar de emitir otra resolución en la que declarara la nulidad del título de concesión y proceder a la licitación pública.**

SENTENCIA DE QUEJA

- Por sentencia de mayo de 2007, se resuelve improcedente la queja y se desecha **porque se interpuso en contra de un acto que no era definitivo como lo es el acuerdo que admitió el recurso.**

2ª. QUEJA

- En enero de 2007 se interpone una segunda queja, igualmente por **cumplimiento en exceso de la sentencia definitiva**, ya que ante el incumplimiento del requerimiento que le fuera formulado, **SE DESECHÓ EL RECURSO DE REVISIÓN.**

SENTENCIA a la 2ª QUEJA

- Por sentencia de septiembre de 2007, se resuelve improcedente por extemporánea la 2ª Queja, porque manifestó bajo protesta de decir verdad que conoció la resolución motivo de la Queja hasta el 25 de enero de 2007, alegando la nulidad de notificación;
- Agravios que no resultaron fundados se determinó que la Queja fue interpuesta fuera del plazo de los 15 días a que alude el artículo 239-B del C.F.F.

OPINIÓN DEL EQUIPO:

El estudio realizado en la sentencia definitiva para arribar a la conclusión de que si había interés jurídico de la parte actora en la fase administrativa, para interponer el medio de defensa, fue correcto pues para establecer tal premisa era necesario analizar la **naturaleza jurídica del acto de concesión otorgado** a la luz de su clausulado, legislación aplicable y argumentos y pruebas de las partes.

Sin embargo;

En nuestra opinión, LOS EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD fueron por demás imprecisos, ya que solo se indicó:

“(...) para el efecto de que la autoridad emita otra en la que determine que sí existe afectación a la esfera jurídica del actor, en virtud de (...)”

Pero en ningún momento se precisó concretamente el EFECTO.

El que en nuestra opinión es coincidente con uno de los votos particulares, es decir debió señalarse para el efecto de que:

“(...)”

“LA AUTORIDAD DEMANDADA ADMITA A TRÁMITE EL RECURSO ADMINISTRATIVO Y SE AVOQUE AL ESTUDIO DE LOS AGRAVIOS PROPUESTOS POR LA RECURRENTE, EMITIENDO LA RESOLUCIÓN QUE CORRESPONDA EN DERECHO, TOMANDO EN CONSIDERACIÓN LOS LINEAMIENTOS ESTABLECIDOS EN ESTE FALLO.”

CONCLUSIONES

PRIMERA.- A fin de desarrollar el tema de la concesión es necesario acotar dos temas íntimamente relacionados como son servicio público y los bienes del estado. Por lo que hace a la concesión, esta tendrá éxito siempre y cuando el estado tenga debidamente regulada y supervisada esta figura jurídica. Y si bien en la actualidad a nivel mundial se están concesionando la mayoría de los servicios públicos es necesario que el estado valore todos los aspectos económicos o sociales en cada uno de los bienes o servicios públicos que sean susceptibles de privatización.

SEGUNDA.- El estado para proporcionar servicios públicos, que son necesarios para cubrir las necesidades de la comunidad ya sea por la gestión directa del Estado o indirecta (sectores público y privado), ha tenido que hacer uso de diversos mecanismos, uno de ellos es la concesión, figura jurídica que involucra la potestad del estado para autorizar a particulares (persona física o moral) el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado.

TERCERA.- Por tanto, la prestación de los servicios públicos no es un monopolio del Estado ya que a través de la concesión puede discrecionalmente y con arreglo a la ley y los principios de derecho administrativo, permitir que dicho servicio público sea

prestado por los particulares. Sin embargo, existen bienes y servicios que no pueden ser concesionados sino que el Estado es el único que puede prestar el servicio o el único que puede explotar los bienes del dominio público, ejemplo de ello son los señalados en nuestra constitución como exclusivos del estado, como son petróleo, energía eléctrica, correos, telégrafos y banco único de emisión.

CUARTA.- Por lo que hace al concepto de Patrimonio Nacional, Gabino Fraga lo define como “El conjunto de bienes materiales que de modo directo o indirecto sirven al Estado para realizar sus atribuciones constituye el dominio o patrimonio del Estado”. Al respecto, la Ley de Bienes Nacionales presenta en sus artículos 6 y 7 dos grandes clasificaciones agrupándose de la siguiente manera: bienes sujetos al régimen de dominio público y bienes del dominio privado de las entidades y de los organismos constitucionales autónomos.

QUINTA. Los bienes del dominio público son inalienables, imprescriptibles e inembargables, generalmente concesionables y no están sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional, o alguna otra por parte de tercero.

SEXTA.- La concesión administrativa representa la forma típica de explotación de los bienes de dominio público, de prestación de servicios económicos o industriales en el estado neoliberal. Es una forma de gestión indirecta de los servicios públicos, en la que la Administración permanece como titular de determinado servicio, encomienda su explotación a un particular y únicamente queda como simple supervisor del servicio público.

SÉPTIMA.- La concesión administrativa, según la ley que regule el servicio público o explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del estado, puede otorgarse mediante licitación pública o adjudicación directa, dichas disposiciones serán de interpretación estricta.

OCTAVA.- En consecuencia, si del clausulado de un título de concesión se desprende que por el tipo de concesión, de acuerdo con la ley respectiva debió realizarse mediante licitación pública es incuestionable que independientemente del nombre que se de a la concesión, es menester analizar la naturaleza del acto pues no es posible solo quedarse en lo formal, sino que el estudio deberá realizarse también en la parte sustantiva junto con el marco jurídico aplicable y entonces sí determinar si la actuación de la autoridad se apegó a derecho.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Tercera Edición, Porrúa, México, 1979.

ACOSTA ROMERO Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Porrúa, México 1984.

AGUIRRE PANGBURN, Ruben, Las Sentencias con efectos Generales, Ponencia presentada en el XII Congreso Nacional de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal, A.C. Septiembre 14, 2009.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto y Lucero Espinosa, Manuel, *Compendio de Derecho Administrativo, Primer Curso*, Sexta Edición, Porrúa, México, 2003.

FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, Emilio, *Diccionario de Derecho Público (Administrativo-Constitucional- Fiscal)* Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1981.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, "*Derecho Administrativo y Administración Pública*", Tercera Edición, Porrúa, México, 2009.

FRAGA, Gabino, "*Derecho Administrativo*", 45ª Edición, Porrúa, México, 2006.

Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, Vigésima Octava Edición, Porrúa, México, 1989.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Tercera Edición corregida y actualizada, Porrúa, México 2008.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., "*Derecho Administrativo*", 2º Curso, Cuarta Edición, Oxford University Press.

OLIVERA TORO, Jorge, *Manual de Derecho Administrativo*, Quinta Edición, Porrúa, México 1988.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, *Segundo Curso de Derecho Administrativo*, Porrúa, México 2005.

SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, Décimo Tercera Edición, Porrúa, México 1982.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México 2007.

PÁGINAS DE INTERNET

"La naturaleza jurídica de la **concesión administrativa** Alejandro de la Fuente Alonso." www.yebes.com/img/cesacion.pdf

"EL CONCEPTO DE **SERVICIO PÚBLICO** Y SU RÉGIMEN JURÍDICO EN MÉXICO .-Mauricio Yanome Yesaki." www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/31.pdf.

"Servicios Públicos e intereses privados. El sector público, Debates y análisis de actualidad".- Internacional de Servicios Públicos-1997: "PSI IÖD ISKA ISP", publicación basada en la diversa publicación realizada por Brendan Martin, redactor del texto original.

APUNTES DE CLASE:

➤ Trejo Flores, Fernando, Dr.- Opinión externada en su clase para la Maestría de Derecho Administrativo que imparte la UNAM en las instalaciones del TFJFA, el día 12 de noviembre de 2009.

LEYES:

o Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

o Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

o Código Civil para el Distrito Federal.

o Código Fiscal de la Federación.

o Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000, (y última reforma publicada en el DOF 28-05-2009).

o Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2000, en vigor.

o Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

o Ley de Puertos.

o Reglamento de la Ley de Puertos.