



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

SEDE GUADALAJARA

LA GARANTIA AL EQUILIBRIO ECONOMICO
EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA

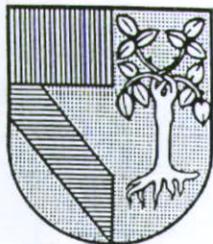
MARTHA CECILIA CORTES MURIOZ

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

ZAPOPAN, JAL.,

MARZO DE 1986





UNIVERSIDAD PANAMERICANA

SEDE GUADALAJARA



**UNIVERSIDAD PANAMERICANA
SEDE GUADALAJARA
BIBLIOTECA**

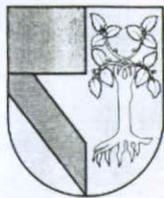
**LA GARANTIA AL EQUILIBRIO ECONOMICO
EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA**

MARTHA CECILIA CORTES MUÑOZ

Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86.

Zapopan, Jal., **Marzo de 199 6**

ADQUIS: 49466
FECHA: 07/05/03
DONATIVO DE _____
\$ _____



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

SEDE GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. SRITA. MARTHA CECILIA CORTES MUÑOZ

Presente

En mi calidad de Presidente de la Comisión de Exámenes Profesional y después de haber analizado el trabajo de titulación en la alternativa TESIS titulado: LA GARANTÍA AL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA presentado por usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos en vigor para ser presentado ante el H. jurado del Examen Profesional, por lo que deberá entregar siete ejemplares como parte de su expediente al solicitar el examen.

Atentamente

EL PRESIDENTE DE LA COMISIÓN

DR. JUAN DE LA BORBOLLA R.

Zapopan, Jalisco a 12 febrero de 1996

Lic. José Ramiro Silva De La Madrid.

Febrero 9 de 1996.

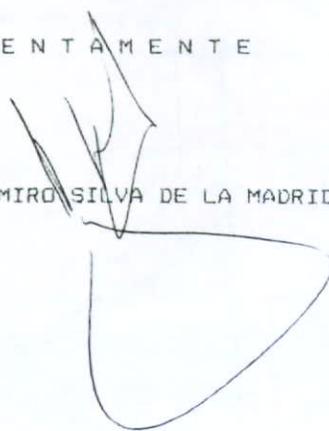
UNIVERSIDAD PANAMERICANA
CAMPUS GUADALAJARA
ESCUELA DE DERECHO.

At'n: Dr. Rigoberto Ortiz.
P r e s e n t e.

En mi carácter de asesor de Tesis y después de haber analizado el trabajo de titulación presentado por la Srta. Martha Cecilia Cortés Muñoz, en la materia de Derecho Administrativo, Titulado "La Garantía al Equilibrio Económico en la Contratación Administrativa", le manifiesto que dicho trabajo reúne los requisitos de un Trabajo recepcional por lo que puede continuar con los trámites administrativos a fin de presentar su examen de titulación.

A T E N T A M E N T E

LIC. JOSE RAMIRO SILVA DE LA MADRID.



DEDICATORIAS

A DIOS,
POR PERMITIRME LLEGAR
A ESTA ETAPA DE MI VIDA.

A MIS PADRES,
POR TODO SU AMOR,
COMPRESION Y ESFUERZO.

A LA MEMORIA DE LA PERSONA,
QUE MAS ME APOYO DURANTE
EL TRANSCURSO DE MI CARRERA.
GRACIAS POR TODO LO QUE ME DISTE,
TITA.

AL LIC. RAMIRO SILVA DE LA MADRID
POR SU DESINTERESADA COLABORACION,
EN LA ELABORACION DEL PRESENTE
TRABAJO.

PROLOGO

La justificación de la elección de este tema, que representará el trabajo de mi tesis profesional encuentra los siguientes argumentos:

Considero que el Derecho Administrativo en nuestro país se ha desarrollado no muy intensamente y con cierto tipo de limitaciones dignas de una reflexión.

En primer lugar podría señalar que en relación a otros países europeos o latinoamericanos, en el nuestro por ejemplo existe un retraso tanto doctrinal como legislativo en esta área, por lo que valdría la pena que el trabajo realizado por los tratadistas en administrativo se continuara y proliferara más.

Por lo que se refiere a la doctrina podría señalar, que la que existe en ésta rama no ha sido lo abundante que debiera, siendo más notoria esta falta en ciertas áreas como la contratación administrativa en que la Jurisprudencia también no ha realizado grandes aportaciones.

Aunque en México han existido grandes maestros y tratadistas en Derecho Administrativo, es de desearse que fueran más y existiera un mayor número de publicaciones, que enriquecieran el acervo literario en esta materia.

Vale la pena aquí mencionar que por lo que respecta a la situación legislativa, la recién creada Ley Federal del Procedimiento Administrativo¹ es un gran avance en

¹ D.O.F. de fecha 4 de Agosto de 1994, Primera Sección págs. 2-10, que entró en vigor el 1 de Junio de 1995.

materia adjetiva, (situación que trae unificación al procedimiento administrativo que se encontraba disperso en cada una de las leyes especiales administrativas).

Por lo que respecta a la materia sustantiva, también resulta un avance digno de mencionar la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas² ya que la misma constituye la fusión de las Leyes de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles y la Ley de Obras Públicas.

Pero en el caso específico de la Legislación del Estado de Jalisco, cabe señalar que no existe a la fecha un texto que señale los lineamientos generales que deben contener los Contratos Administrativos.

Siendo el Derecho Administrativo una rama que encuentra para mi gran interés, pretendo con este trabajo de tesis realizar una investigación respecto de la materia contractual administrativa, desde la perspectiva de lo que la doctrina ha denominado "*Garantía al equilibrio económico*", que es una garantía que deben portar los contratos que celebra la Administración Pública.

Por lo que fundamentaré mi análisis, tomando como base el Contrato de Obra Pública, que es el que considero en esta área que se encuentra mejor reglamentado, basando fundamentalmente mi estudio en el contenido de los preceptos que establece la Legislación en el Estado de Jalisco, respecto a ésta materia.

² Publicada en el D.O.F el día 30 de Diciembre de 1993. Modificada por decreto publicado el día 5 de Agosto de 1994.

INDICE

PROLOGO	
INTRODUCCION	7
I. EVOLUCION HISTORICA DE LA FIGURA CONTRACTUAL	
A. INTRODUCCION	16
B. DERECHO ANTIGUO	16
1. Derecho Griego	17
2. Derecho Romano	18
C. EDAD MEDIA	21
1. Influencia del Derecho Canónico	22
2. Importancia del Derecho Canónico en materia Administrativa	23
D. LIBERALISMO	24
E. EDAD MODERNA	26
II. EL ESTADO Y SU ACTIVIDAD	
A. INTRODUCCION	28
B. NOCION DE ESTADO	28
C. ACTIVIDAD DEL ESTADO	29
1. Atribuciones y Funciones del Estado	31
2. Funciones Típicas del Estado.	34
3. Modos en que el Estado Satisfice sus propias necesidades	36
4. Actos unilaterales y bilaterales de la Administración	37
5. Diferencia entre Contrato, Actos Complejos y Actos Colectivos	40
III. NATURALEZA JURIDICA DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL ADMINISTRATIVA	
A. INTRODUCCION	43
B. NOCION DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.	44

C. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE QUE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SEAN VERDADEROS CONTRATOS	49
1. Argumentos en contra	
a) La supremacía de una de las partes	49
b) Actos unilaterales de la Administración	51
c) Autonomía de la voluntad	52
2. Argumentos a favor de que los Contratos Administrativos sean verdaderos Contratos	
a) Universalidad de Determinados Principios e Instituciones Jurídicas	54
IV. CARACTERISTICAS Y NOTAS PROPIAS DE LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA	
A. INTRODUCCION	57
B. NOTAS TIPICAS	58
1. Limitación de la Libertad de las partes en la formación del Contrato	58
2. La posibilidad de alteración de las obligaciones contratadas (flexibilidad y mutabilidad del Contrato)	61
3. La actuación especial de la Administración Pública en relación con el Contratista (Suspensión, revocación, rescisión, cancelación y la facultad sancionadora que se reserva el Estado)	64
4- La producción de efectos a terceros, interpretación especial y la intrasferibilidad del Contrato	67
a) Producción de efectos a terceros	67
b) Interpretación especial	69
c) Intrasferibilidad del Contrato	71
d) La inaplicabilidad de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i> en favor del contratista	72
V. PRINCIPIOS DEL EQUILIBRIO ECONOMICO EN LA CONTRATACION ADMINISTRATIVA	
A. INTRODUCCION	73
B. ORIGEN DE LA TEORIA	74
C. FUNDAMENTO DE LA GARANTIA	75
1. Esencia en el Derecho Administrativo de éste principio	77

D. APLICACION DEL PRINCIPIO.	80
1. Potestas Variandi y Factum Principis	81
E. TEORIA DE LA IMPREVISION	84
1. Introducción	84
2. Antecedente de la Cláusula Rebus Sic Stantibus	85
3. Fallo del Consejo de Estado Francés en el caso de la Compañía General de Electricidad de Bordeaux	88
F. FUNDAMENTO DE APLICACION DE ESTA TEORIA EN EL CAMPO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	92
G. LA GARANTIA AL EQUILIBRIO ECONOMICO EN MEXICO	95
CONCLUSIONES	99
BIBLIOGRAFIA	106

INTRODUCCION

INTRODUCCIÓN

Desde que el hombre deja de ser un ser una voluntad libre y aislada del medio social en el cual se inserta y recurre al arbitrio, de entregar a otro hombre un alimento, un abrigo o un arma, con el objeto de recibir otro alimento, abrigo o arma, los acuerdos entre dos o más personas destinados a regular aspectos de sus actividades, nos muestran cual fue el fundamento más remoto del origen de la figura del contrato.

Estas originarias convenciones, sumamente simples al principio y posiblemente no complementadas con la posibilidad de su ejecución coactiva, fueron evolucionando hacia las formas más complejas que hoy caracterizan la figura contractual.

Ese contrato, que nace y se desarrolla en el campo del derecho privado, invadió luego el derecho público, a medida que la sociedad se volvía más compleja, reclamando más y nuevos servicios, e intensificando el proceso de intervención del Estado en la vida de la comunidad.

Como consecuencia de ello, el contrato sale del marco del Código Civil, en el que algunos pretenden encuadrarlo, para transformarse en una categoría jurídica que pertenece a los principios generales del derecho; categoría jurídica que, lógicamente hace acto de presencia en las distintas ramas del derecho con las notas típicas de cada una de ellas.

En nuestra vida actual la presencia de estas manifestaciones contractuales, tanto en el ámbito del derecho privado como en el ámbito del derecho público, no pueden ser puestas en tela de juicio.

Es que mas allá de la postura filosófica que se adopte, respecto del papel que el Estado debe cumplir en una sociedad contemporánea, la observación de la realidad exterioriza, que el Estado ha ido a través del tiempo asumiendo más y más participación en los sectores de la economía aun en aquellos que en un pasado le estaban vedados por principio.

El Estado aun en el ejercicio de sus actividades más simples, requiere utilizar personas y cosas para lograr la colaboración de las primeras y la propiedad o el uso de las segundas, el Estado recurre a procedimientos de colaboración obligatoria dando origen a la carga pública, o a procedimientos de colaboración voluntaria, celebrando actos bilaterales o plurilaterales de distinta naturaleza, entre los cuales se encuentra el Contrato administrativo.

Esta característica de los Contratos que celebra la Administración Pública en cuanto que son, actos de colaboración voluntaria destinados a satisfacer exigencias de funcionamiento de la Administración se traducen prácticamente, en un doble orden de consecuencias.

En primer término, en cuanto exige del contratante el máximo esfuerzo, diligencia y capacidad técnica y por parte de la Administración, que esta concurra en auxilio de su contratante, aun en casos no previstos en las leyes o en las cláusulas del contrato.

En segundo término por ser el contrato de la Administración encaminado a la consecución de intereses públicos, el marco del contrato se desplaza de la simple armonía de intereses, a la consecución de ese fin público.

Es por eso que este tipo de relaciones contractuales, se gobierna por principios específicos de Derecho Administrativo, que tienden a proteger esa nota teleológica del contrato, subordinando todo otro derecho ó interés a la efectiva satisfacción de ese fin prioritario y esencial, que no sólo justifica el actuar de la Administración en éste campo, sino que reiteramos inunda toda la relación contractual, tiñéndola de contenidos y características propias.

Y es en mayor o menor medida, que esta nota de la finalidad de los contratos tendiente a la *utilidad pública*, es la que los caracteriza desde el punto de vista de la doctrina.

En el concepto mismo de Contrato, se denota desde su nacimiento una idea de equilibrio que preside la conjugación de intereses contrapuestos; las partes acuden al contrato para celebrar un acuerdo del que resulte, para cada una de ellas, algún tipo de ventaja a cambio de una contraprestación en favor del otro contratante, por lo que un *principio de equivalencia*, debe presidir, tal relación.

El concepto griego, traducido por los latinos como *contractus*, ponía su acento sobre esta necesidad, no tanto para defender derechos individuales, sino por considerar que del equilibrio de los patrimonios dependía, en gran medida, la paz de la ciudad.

Sobre esta idea del Contrato (instrumento de cambio que debía encerrar esencial equivalencia de prestaciones), se conceptualizó el tema en la filosofía griega, en el derecho romano clásico y en las escuelas cultas de la edad media.

Este elemento de la equivalencia también se hace presente en los contratos aleatorios, pero en éstos la equivalencia material es incierta, ya que el resultado depende de un elemento del azar, que aunque independiente de la voluntad de los contratantes, ha sido previsto, balanceado y aprobado por ellas.

El Contrato administrativo, como regla general, se clasifica dentro del tipo de *Contratos oneroso-conmutativos*, por el principio de garantía del gasto público.

Por lo que toca a la equivalencia de las prestaciones que se generan en un contrato, esta puede ser considerada desde un punto de vista *absoluto*, es decir aquellas prestaciones que económicamente consideradas son equilibradas, ó desde un punto de vista *relativo* entendiéndose por tal el valor subjetivo que para cada una de las partes tiene la prestación de la otra, valoración expresada en el contrato y que, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, debe ser respetada.

Esta equivalencia relativa o subjetiva, queda plasmada en el momento que se celebra el contrato, sin que posibles alteraciones sobrevinientes la afecten, ya que para la protección jurídica de los efectos del contrato vale la voluntad que es manifestada en el mismo.

Como toda actividad económica, el contrato está sujeto a riesgos que afectan en alguna forma las previsiones que tuvieron en cuenta las partes al momento de celebrar el mismo.

Esa posibilidad de que el Contrato se vea afectado, aumenta para aquellos que están destinados a ejecutarse durante largos periodos de tiempo, como ocurre en los típicos Contratos administrativos de obra pública y de servicios públicos.

En ellos, quizá como en ningún otro, la concurrencia de factores de distinta naturaleza, producen que estos Contratos requieran de una gran capacidad empresaria de previsión; pero cuyo manejo no depende solamente de esa capacidad, sino también de fuerzas extrañas al contrato que normalmente el contratista no puede influenciar, ni mucho menos prever.

Esta situación en la actualidad toma gran auge puesto que en el actual sistema económico mexicano, las previsiones casi se vuelven un juego de adivinanzas.

La doctrina en general coincide en sostener, que la economía de los contratos administrativos puede verse alterada por los efectos que produzcan en ella las circunstancias aleatorias ó sucesos imprevisibles, a los que se encuentra sometido el contrato y que podemos clasificar en tres grupos:

I. Circunstancias aleatorias que provienen del ámbito Administrativo.

En estas caben, el conjunto de modificaciones que se introducen en el contrato por la acción unilateral de la Administración Pública, cuando esta actúa como ente con *potestad soberana*.

Las Administración Pública puede modificar el contrato, mediante norma o acto administrativo no contractual y en éste caso estaríamos hablando del supuesto de *factum principis* (Hecho de Príncipe).

Pero también las modificaciones pueden ser realizadas por acto contractual y en éste supuesto estaríamos en el campo de la *potestas variandi* (Facultad de modificación).

II. Otro grupo de Circunstancias aleatorias, son las que provienen del ámbito Empresario.

Esta circunstancias están integradas por lo que podríamos llamar *riesgos comerciales internos del negocio*, entre los que cabe mencionar las equivocaciones o errores de cálculo, destrucciones de las obras, o las dificultades materiales de ejecución del proyecto, que sin producir daño a las obras o al servicio, los encarecen considerablemente como ejemplo podríamos mencionar las dificultades de excavación temporales que paralizan las obras.

III. El tercer grupo lo integran las denominadas Circunstancias Económicas.

Estas se encuentran integradas, por el riesgo comercial externo, entendido como la alteración de las condiciones económicas externas de ejecución del contrato que lo hacen mucho más oneroso para el contratista, como ocurre con el incremento del nivel de precios y las alzas salariales que hace aplicable la *teoría de la imprevisión*¹.

Para el derecho lo que importa no es determinar que clase de riesgos pueden afectar la vida del contrato; sino más bien establecer soluciones que permitan atribuir equitativamente, los efectos que produce la presencia de una o más de las circunstancias aleatorias en un contrato concreto.

Por lo que primero debemos partir haciendo una distinción, entre las alteraciones imputables a una de las partes y las no imputables a ellas, pero que de todas maneras provocan cambios profundos en la economía del contrato, rompiendo la originaria convención equilibrada y volviéndola más onerosa.

En el primer caso, ya sea que estemos hablando de la responsabilidad contractual por incumplimiento por ejemplo mora en el pago ó de las modificaciones que lleva a cabo la Administración *potestad variandi, factum principi* ó de las circunstancias aleatorias del grupo de las empresarias *error de cálculo* la parte imputable de las mismas tendrá siempre la responsabilidad de asumir y absorber los desequilibrios sobrevinientes.

¹ Esta Teoría señala, que en los Contratos, se entiende implícita una Cláusula *Rebus Sic Stantibus* que significa que cuando varíen fundamentalmente y de manera imprevista las circunstancias que sirvieron de motivación al acto contractual, deben variar proporcional y equitativamente las circunstancias y condiciones de las obligaciones pendientes de ejecutarse.

En el segundo caso, es decir alteraciones no imputables a ninguna de las partes, terreno propio de las circunstancias aleatorias del tipo económico *Teoría de la imprevisión* y de algunos casos de las empresarias *periculum rei* y *sujétios imprévues* de la doctrina francesa surge la pregunta ¿Quién y hasta qué límites debe soportar la mayor onerosidad sobrevenida?.

En síntesis, podemos mencionar que las circunstancias aleatorias que se pueden presentar en un Contrato, en todos los casos implican una alteración en la reciprocidad y equilibrio de las prestaciones tal como inicialmente fueron pactadas.

Para corregir ese desequilibrio y satisfacer concretas exigencias de justicia particular en el caso concreto irán apareciendo a través del tiempo diversas soluciones que variaron según fueron las concepciones ideológicas e inclusive políticas que cada época histórica lleva consigo.

Del análisis histórico, observaremos como ya desde el derecho antiguo, la presencia permanente de dos principios jurídicos tipificantes del contrato, principios contrarios que protegen valores distintos de la figura del contrato, presionarán la figura contractual hasta darle la fisonomía con la que hoy la conocemos.

Estos principios, que la doctrina española bautizara como del *equivalente económico* y del *riesgo y ventura* impondrán su predominio según cuales fueron las concepciones económicas y filosofía política de cada época.

El principio de *riesgo y ventura*, fue aceptado por los principios individualistas que fundamentaron la autonomía de la voluntad, encontrando su esplendor en el siglo XIX, fruto de la concepción filosófica predominante

Por lo que toca el principio del *equilibrio económico*, fue acogido por el derecho antiguo (griego y romano clásico) luego se desarrollará con la filosofía de los glosadores para concretarse en el derecho público, el cual encontró también inspiración del derecho canónico y se completará cuando el Consejo de Estado Francés elabora la teoría de la imprevisión al resolver en 1916 el caso "*Gaz de Bordeaux*", a partir del cual se incluye dentro de la contratación administrativa la garantía al equilibrio económico de la misma.

Este estudio pretende llevar a cabo el análisis de esa garantía (orígenes y fundamentación) para terminar analizando si esta se consagra o no en la legislación mexicana.

CAPITULO 1
EVOLUCION HISTORICA
DE LA FIGURA CONTRACTUAL

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DE LA LA FIGURA CONTRACTUAL

A. INTRODUCCION.

" La incomprensión del presente nace fatalmente de la ignorancia del pasado. Pero no es, quizás menos vano esforzarse por comprender el pasado si no se sabe nada del presente"²

La anterior reflexión nos sirve para fundamentar que para poder comprender la estructura y configuración que posee una figura actualmente debemos recurrir en principio al estudio de la evolución que ha tenido la misma en el tiempo.

Es por eso, que considero pertinente comenzar mi estudio de tesis, analizando en este capítulo la evolución histórica que a tenido la figura del Contrato desde sus orígenes, hasta lograr la configuración que actualmente posee.

B. DERECHO ANTIGUO.

La figura del contrato se configura originaria y primitivamente desde los albores del gregarismo humano, cuando los miembros de las primeras comunidades, por un acuerdo de voluntades, practicaban el "*trueque*" con el fin de satisfacer sus necesidades más perentorias. Caben al respecto las palabras del Doctor Néstor de Buen: "La historia del contrato constituye, sin duda, la historia misma del Derecho. Pero al

² Bloch Introducción a la Historia obra citada por Fustel de Coulanges La Ciudad Antigua. Edit. Porrúa S.A., México 1989.

mismo tiempo, por estar íntimamente ligado al desarrollo de la humanidad, su historia es también la historia del hombre".³

1. Derecho Griego.

La noción griega del contrato, se formó sobre la idea de la *equivalencia de las prestaciones*; en el sentido de que lo que salía de un patrimonio, debía ser equivalente a lo que entraba. Esta concepción no encontraba su fundamento en una idea jurídica de derechos individuales o potestades privadas, pues todavía no se concebían, sino que esta se basaba en una concepción económica que encontraba su fundamento en que el favorecer esa equivalencia, era la vía más adecuada para el mantenimiento de la paz social⁴.

En este sentido, la función que tenía la justicia correctiva, era buscar reestablecer el equilibrio de los patrimonios que podía verse afectado en las negociaciones.

Pero la respuesta que el derecho buscaba dar al tratar de restituir ese equilibrio, era más que una solución jurídica a la cuestión, una solución meramente de buen gobierno y economía.

³ De Buen Lozano, Néstor, *La Decadencia del Contrato*, Edit. Textos Universitarios, S.A., México, 1965, pág. 1

⁴ Villey, Michel *La formación del Pensamiento Jurídico Moderno* P. 397 y siguientes.

2. Derecho Romano.

En el derecho romano, surge el contrato, pero no como una fuente genérica de obligaciones, ya que sólo algunas figuras típicas del acuerdo de voluntades producían acción y era sancionado su incumplimiento. El sistema contractual romano en una larga evolución histórica va del formalismo al consensualismo y ve aparecer en su evolución las siguientes figuras:

1) *Contratos verbis*.- que se perfeccionaban, y se volvían obligatorios sólo mediante el uso de determinadas frases verbales.

2) *Contratos litteris*.- que se perfeccionaban mediante la inscripción en un *codex accepti et expensi* (registro).

3) *Contratos re*.- que se perfeccionaban mediante el consentimiento de las partes, aunado a la *traditio* (entrega) de una cosa.

4) *Contratos consensuales*.- que se perfeccionaban por el mero consentimiento de las partes.

5) *Contratos innominados*.- que eran así denominados, aquellos que no encuadraban dentro de una figura jurídica típica y que resultaban obligatorios cuando concurrían el consentimiento y la prestación de una de las partes.

6) *Pactos*.- que eran los acuerdos que no producían ningún efecto jurídico *nuda pacta*, posteriormente para algunos de ellos se concedió acción para exigir su cumplimiento *pacta vestita*.⁵

El derecho romano no elaboró una teoría general sobre el principio del *riesgo y ventura*, (concepto que se toma del derecho español) mucho menos sobre el principio del *equilibrio económico*, que actúa como contrapartida del primero.

Podemos decir que a lo anterior no solo concurre la tendencia de los romanos a huir de las generalizaciones y principios absolutos *a priori* para buscar más soluciones en un método casuístico con respuestas *a posteriori* que se elaboran al caso concreto, sino también que en la materia de contratos el derecho romano no llega a elaborar una doctrina tan acabada como la de las obligaciones.⁶

Es por lo anteriormente expuesto que la respuesta a nuestro tema la tendremos que buscar en casos específicos.

Por regla general, los romanos manejaron como principio el *riesgo y ventura* en sus contratos; sin embargo encontramos que excepcionalmente a este principio se encuentran dos casos:

a) Dos textos del Codex de Justiniano⁷, bajo el nombre de *rescindenda venditione*, admiten la posibilidad de rescisión en el contrato de compraventa, cuando la lesión es en más de la mitad del verdadero precio. Esta excepción al principio del

⁵ Floris Margadant, Guillermo, Derecho Romano, Edit. Esfinge, S.A., México, 1979 pág. 384 y siguientes.

⁶ Bercaitz Migel Angel, Teoría General de los Contratos Administrativos. Ediciones. DePalma, Buenos Aires pág. 23

⁷ Código de Justiniano Libro IV, Título 44, Leyes 2a. y 8a.

mantenimiento del contrato, nace limitada exclusivamente a los menores *Lex pretoria*, para extenderse a los mayores, cuando éstos revisten el carácter de vendedores.

b) El arrendamiento recibe un distinto tratamiento. En relación a la *locatio conductio rerum*, el Digesto⁸ establece el principio de equilibrio en las prestaciones del contrato, para casos concretos: poniendo a cargo del *locador* (arrendador) los daños sufridos por el *colono* (arrendatario) a causa de fuerzas irresistibles no propias a la cosa, salvo en este último caso, cuando el daño es total, en que se prevé una condonación del arrendamiento. Pero, si en años sucesivos existía abundancia, el dueño recuperaba la posibilidad de cobrar el crédito perdido.

También solución con principios similares se da para el caso de la *locatio conductio operaris*⁹.

De las respuestas que se dan para estos tipos de contratos: Contrato de *Compraventa* y *Locatio Conductio* podemos decir que este último a diferencia del primero no se encontraba sujeto al *riesgo y ventura*, sino que a través del mecanismo que se establecía se buscaba el repartir la responsabilidad, que buscaba una distribución adecuada de los riesgos *Principio del equilibrio de las prestaciones*.¹⁰

La fundamentación filosófica de estas soluciones excepcionales la encontramos en un texto de Cicerón, el que señala:

"...Se presentan frecuentemente circunstancias donde las cosas que parecen más dignas de un hombre justo, los principios que son el fundamento de justicia, en primer lugar, no dañar a nadie seguido del obrar en vista del interés común... impone... cuando el

⁸ Digesto Ley 15, Título 2, Libro 19.

⁹ Idem Leyes 19 y 59, Título 2, Libros 36 y 37.

¹⁰ Albertario, Emilio Estudio de Derecho Romano, Vol III P. 403 ob. citada por Granillo Ocampo.

tiempo altera la aplicación de esas reglas, que el deber cambie y no sea siempre el mismo. Se puede haber hecho una promesa o una convención tal que la ejecución fuera nociva a aquel a quien se tiene prometido o a aquel que se ha obligado. No es necesario, desde luego, mantener la promesa que sería funesta para el que la ha recibido; y si una obligación, causa más perjuicios que ventajas hacia el que la ha tomado, no estaría contra el deber que el interés más grande se imponga frente al menor".¹¹

C. EDAD MEDIA.

La Edad Media, abarca el período comprendido desde la decadencia del Imperio Romano hasta los siglos XIII y XIV.

Durante éste período, el mundo Occidental sufrió la influencia de dos hechos muy distintos: La expansión del Cristianismo y las Invasiones Bárbaras y Árábigo.

En el aspecto cultural, la influencia de la penetración germánica fue más bien negativa, disolvente de la cultura clásica.

En el aspecto económico, la influencia fue destructora. Con la desaparición de la *Pax Romana* y la disolución del Imperio, la economía urbana, provincial y hasta imperial se contrajo a una economía rural y casi exclusivamente doméstica.

Las posteriores invasiones de los árabes cortaron a los pueblos de occidente, sus relaciones comerciales con el norte de África y con el Oriente. El trigo y el oro escasearon en occidente, que tuvo que replegarse en una economía autárquica, basada en la producción de la tierra.

¹¹ Altamira, Pedro G., El riesgo imprevisible en la contratación administrativa, LL.29-904 ob. citada por Granillo Ocampo.

"La difusión del cristianismo en cambio dio una orientación positiva a la civilización en decadencia e informó, por así decirlo el genio de la raza galorogermana plasmando actitudes e instituciones inspiradas en ideas cristianas."¹²

En materia Contractual es durante la Edad Media, que la solución que se manejaba con carácter excepcional durante el derecho romano, *principio de equilibrio de las prestaciones* será generalizada por los glosadores y canonistas, pasando a regir como un principio general para casi todo tipo de contratos.

1. Influencia del Derecho Canónico.

La influencia canónica es decisiva en esta evolución; el derecho se cristianiza y se busca la equidad en su máxima expresión. "Un contrato no es una obligación únicamente asumida ante otra parte, sino también y principalmente ante Dios".¹³

Según la doctrina teológica expuesta por San Agustín, se debe conseguir siempre la búsqueda del *iustum pretium*, que se impone como un imperativo de conciencia.

Este principio se difundirá bajo las ideas de Bartolo (entre los glosadores) y Santo Tomás (entre los canonistas) dando origen a la *Cláusula Rebus sic stantibus*, la cual fue introducida, en relación al concepto de usura que comprendía toda ventaja injusta incluida aún en contratos libremente celebrados, : "Contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur (Los

¹² Sheifier Amezaga, Xavier *Historia del Pensamiento Económico* Tomo I Edit. Trillas pág. 40

¹³ Sanchez Medal, José Ramón, *La resolución de los Contratos por incumplimiento* Edit. Porrúa S.A. México 1989 pág. 10.

contratos de tracto sucesivo o dependientes de lo futuro se entienden obligatorios mientras las cosas así sigan siendo)".¹⁴

Es decir que las partes están obligadas al cumplimiento del contrato siempre y cuando las circunstancias permanezcan como están, al momento de concertar el acto.

2. Importancia del Derecho Canónico en la Materia Administrativa.

Es de gran importancia, para la comprensión de los contratos administrativos y para entender en ellos la teoría de la imprevisión, el analizar las particularidades con que el derecho canónico revisitó su concepción del contrato, especialmente del contrato de obra.

Es que este contrato canónico, presentaba, al igual que el moderno contrato de obras públicas, matices y modalidades que no podían encuadrarse en la figura típica del contrato de obra del derecho privado.

En este contrato ya existían cláusulas prohibidas por la legislación común, y sobre todo un sometimiento de todo lo estipulado en el contrato al sentido de equidad que busca el derecho de la iglesia.

También en éste contrato, podemos observar que ya se ve la superioridad de una de las partes, La iglesia que se concreta no sólo en el orden técnico, ya que el contratista se somete al poder de vigilancia y control y potestad ordenatoria de la

¹⁴ Bustamante Alsina, Jorge Teoría General de la Responsabilidad Civil, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1989 pág. 122.

misma sino que también se somete al orden jurídico de la iglesia quien impone su derecho y su jurisdicción haciendo renunciar al otro a su propio fuero y a las leyes vigentes.

En este contrato, al igual que los modernos contratos administrativos, la iglesia prefiere dejar a un lado la seguridad que puede establecer un contrato, dando prioridad a la idea de la justa equivalencia de las prestaciones, y es ésta quien ha de soportar los imprevistos que el contrato pueda presentar.¹⁵

Es fácil observar como la concepción que el derecho canónico hace del contrato es muy parecida a la que se maneja en los Contratos administrativos actuales. Y aun y cuando la fundamentación en unos sea la moral y en otro el aspecto político, los contratos administrativos tienden a identificarse más con esta idea jurídica que con la concepción jurídica del contrato derivada del derecho civil.

D. LIBERALISMO

La teoría de la imprevisión estuvo vigente en los Contratos hasta el advenimiento del Código de Napoleón de 1804, donde las teorías liberales marcan el respeto reverente a la autonomía de la voluntad, y el consiguiente respeto a la palabra empeñada, aún sobre los principios de la buena fe.¹⁶

¹⁵ López Ano y Marín, Angel, Estudio de los Contratos de la Obra artística de la Catedral de Toledo, en el Siglo XVI, en "Anuario de Historia del Derecho Español", Madrid, 1948-1949 pág. 42 y 43.

¹⁶ Bustamante, Alsina, Jorge Ob. cit. pág. 122.

La figura contractual adopta de esta época, las concepciones filosófico-políticas que prevalecen; es decir el Racionalismo filosófico y la secuela de una ética atea fundada en la razón independiente.

Durante el siglo XIX el mundo giró fundamentalmente alrededor del segundo postulado de Ihering: "El mundo existe para mí"¹⁷. Podríamos señalar que la teoría de la autonomía de la voluntad, es una teoría profundamente individualista que concibe al hombre como una voluntad libre y aislada del medio social al que pertenece.

Bajo la concepción de ésta teoría, la voluntad solo debe limitarse por razones de orden público, para lo cual se aclara que en un contrato los intereses de las partes son libremente discutidos, y generalmente lo ahí plasmado concuerda con el orden público por lo que entonces ninguna injusticia puede nacer del contrato ya que las obligaciones ahí pactadas fueron asumidas libremente por las partes, por lo que los límites entonces deben reducirse al mínimo posible.

Filosóficamente, la teoría se apoyaba en la concepción kantiana de que "cuando a una persona se le dan poderes sobre otra, puede temerse que los use abusivamente, pero cuando esa persona se obliga así misma, el temor desaparece y es imposible pensar que resuelva cometer una injusticia en contra de sí misma"¹⁸

Es así como el principio *Pacta sunt servanda* (Los pactos deben ser cumplidos) se opone a la cláusula *rebus sic stantibus* (mientras las cosas así permanezcan) y la teoría de la imprevisión queda desplazada.

¹⁷ Von Ihering, Rodolfo *El fin en el derecho*, pág. 132 Edit. Atalaya Buenos Aires 1976.

¹⁸ Bercaitz, op. cit. pág. 28.

E. EDAD MODERNA

Tal y como señalamos anteriormente, la concepción liberal del contrato descansaba sobre una abstracta e ideal concepción: el hombre se enfrenta al hombre en una igualdad perfecta.

Sin embargo la igualdad y consiguientemente la libertad de las partes que concurren a la formación del contrato se enfrentan a una realidad, en la cual muchas veces la misma se contraviene.

Es en el segundo cuarto del siglo XIX cuando empieza a resquebrajarse el liberalismo que había imperado en diversos órdenes.

A esta transformación contribuyen las profundas transformaciones económicas que se generan como consecuencia del triunfo de la segunda revolución industrial y que trae como consecuencia la creación de grandes empresas, corporaciones y creación de sindicatos, unidas a las transformaciones políticas provocadas por la concepción del sufragio universal, que trajo entre otros efectos, el imperio de las masas y el nuevo estado social de derecho.

El Doctor Nestor de Buen afirma que desde tres puntos de vista pueden analizarse los motivos de la crisis del liberalismo: " 1).- En primer término, a través de las ideas de Marx y Engels; 2).- En segundo lugar en las encíclicas *Rerum Novarum*, *Cuadragésima Anno* y *Mater et Magistra* y 3).- Finalmente a través del punto de vista de los juristas, encabezados por León Duguit."¹⁹

¹⁹ De Buen Lozano, Nestor op. cit. pág. 76

Es en esta época que nace la llamada socialización del derecho, que comienza a dar a este y al contrato un nuevo matiz, que podríamos expresarlo diciendo que en éste comienzan a disminuirse las prerrogativas individuales que el liberalismo había exagerado y que tenían el grado de intocables y en base a las cuales se cometían con frecuencia graves injusticias; para dar preeminencia al bien social sobre el interés particular.

El mundo se desplaza del segundo postulado (El mundo existe para mí) al tercer postulado de Ihering: "Existo para el mundo". En presencia del derecho se coloca el deber. El derecho nos dice que existe alguna cosa para nosotros; el deber nos revela que existimos para otro, pero esta existencia para otro no absorbe todo el fin de nuestro destino- esto sería la esclavitud.²⁰

Esta evolución del derecho hasta llegar a su concepción social, que justifica también la intervención del estado en áreas que en principio le estaban vedadas, ha de cobrar una significación importante en el campo de los Contratos administrativos.

En resumen podemos concluir, que la figura del Contrato sufrió las transformaciones de las ideologías predominantes en cada época.

En el siguiente Capítulo, analizaremos al Estado, para descubrir del estudio, cual es el fin y la actividad que se le tiene encomendado.

²⁰ Ihering, Von Op. cit. pág. 37

CAPITULO II
EL ESTADO Y SU ACTIVIDAD

CAPITULO II

EL ESTADO Y SU ACTIVIDAD

A. INTRODUCCIÓN

El Estado es una persona jurídica, es decir, un centro de intereses socialmente protegido, diría el maestro Marcel Waline.²¹

En tal sentido, el Estado es un centro de imputación jurídica, al cual se le atribuyen potestad, capacidad, derechos y obligaciones y constituye, sin duda, la entidad más importante de todas las organizaciones, lo cual se justifica por el aspecto teleológico que se traduce en la obtención de lo que se ha denominado *bien público temporal*.

En este capítulo estudiaremos al Estado y su actividad, para descubrir si dentro de la misma tiene el estado la facultad de celebrar contratos.

B. NOCIÓN DE ESTADO

El tratadista Gonzalez Uribe en su obra Teoría política señala que la palabra Estado de acuerdo con su evolución histórica tiene un significado preciso, que denota la organización política suprema de un pueblo.²²

Acosta Romero por su parte define al Estado como: "... La organización política soberana de una sociedad humana establecida en un territorio determinado, bajo un

²¹ Waline, Marcel. Derecho Administrativo, Paris, Sirey, 1963.

²² González Uribe, Hector Teoría Política Edit. Porrúa, 7a.Ed., México 1989

régimen jurídico, con independencia y autodeterminación, con órganos de gobierno y de administración que persiguen determinados fines mediante actividades concretas."²³

Para Porrúa Pérez El estado, "Es una sociedad humana, asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano que crea, define, y aplica un orden jurídico que estructura la sociedad estatal para obtener el bien público temporal de sus componentes".²⁴

Se podrían citar otras muchas definiciones que con diversas palabras o resaltando más alguno de sus elementos conceptúan al Estado, sin embargo, lo importante es destacar que el Estado es una sociedad perfecta, integradora de los siguientes elementos: población, territorio, autoridad ó gobierno y soberanía, todo ello para cumplir con el fin del estado que es la satisfacción del bien público temporal.

C. ACTIVIDAD DEL ESTADO.

La actividad del Estado la comprenden el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga, las mismas le sirven al estado para que este logre la consecución de sus fines.

Sin embargo estas atribuciones no son las mismas que tenía el Estado en sus orígenes sino que han ido evolucionando y aumentándose, y así de un análisis histórico podemos observar como el Estado pasa de ser considerado *Estado Gendarme* a *Estado Social de Derecho*.

²³ Acosta Romero, Miguel, Teoría General del derecho Administrativo, Edit. Porrúa, 4a. Ed., México 1983 pág. 38.

²⁴ Porrúa Perez, Francisco, Teoría del Estado Edit. Porrúa, 23a. Ed., México 1990 pág. 149.

En una primera etapa histórica posterior al mercantilismo de los antiguos regímenes políticos, el Estado se encontró reducido en un mínimo en cuanto a sus fines y lógicamente en cuanto a sus atribuciones, pues dichos fines se limitaban al mantenimiento y protección de su existencia como entidad soberana y a la conservación del orden jurídico y material.

Es decir que en esa época las atribuciones del Estado consistían fundamentalmente en *atribuciones de policía*, que lo obligaban a abstenerse de intervenir en las esferas de acción de los particulares más allá del límite necesario para el mantenimiento del orden, motivo por el cual el Estado en esta etapa es conocido con la designación de *Estado gendarme*.

Sin embargo, no es de dudarse que en esta primera etapa, el Estado asumiera atribuciones que son compatibles con la libre actividad privada, cuando ésta era insuficiente, o no remunerativa, pero sí exigida para la satisfacción de las necesidades colectivas. Este proceso de intervención del Estado se da al surgir como consecuencia del sistema liberal un desajuste en la vida social que se ha agudizado por una serie de factores, como son el aumento de población, los progresos de orden técnico y la ostensible desigualdad de las clases sociales.

Esta tendencia intervencionista ó estatista en la que se considera que el Estado respetando en buena parte la actividad privada, va imponiendo a ésta restricciones o limitaciones para armonizarla con el interés general; va creando servicios públicos y va encaminando su actuación con el fin de estructurar la sociedad de acuerdo con el ideal de justicia.

De esta manera el Estado se transforma de un *Estado Gendarme*, a un *Estado Social de Derecho*.

I. Atribuciones y Funciones del Estado.

Por otra parte para seguir con el análisis de la actividad estatal nos conviene distinguir entre las atribuciones del Estado y las funciones del mismo.

Pues mientras que el concepto de atribución comprende el contenido de la actividad estatal, es decir lo que el Estado puede o debe hacer; la función constituye la forma en que se ejercen las atribuciones.²⁵

El estado moderno cuenta en la actualidad con una serie de atribuciones que a través del tiempo se le han ido asignando y que las podemos agrupar en las siguientes categorías:

a) *atribuciones de mando, de policía o de coacción.*- que comprenden todos los actos necesarios para el mantenimiento y protección del Estado y de la seguridad, la salubridad y el orden público.

b) *atribuciones para regular las actividades económicas de los particulares.*

c) *atribuciones para crear servicios públicos.*

²⁵ Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, Edit. Porrúa 30a. Edición, México 1991, pág. 26

d) atribuciones para intervenir mediante gestión directa en la vida económica, cultural y asistencial del país.

Lo importante en este tema de las atribuciones del estado, es que las mismas se encuentran íntimamente vinculadas con las relaciones que en un momento dado guarden el Estado y los particulares, ya que las necesidades individuales y generales que existen en toda colectividad se satisfacen por la acción del Estado y por la de los particulares. De manera que, la ampliación de la esfera de la actividad de uno tiene que traducirse forzosamente en merma de la esfera de acción de los otros.

Gabino Fraga, siguiendo a Bonnard, divide las atribuciones estatales respecto de los particulares en tres:

1.- Para reglamentar la actividad privada a fin de crear y mantener el orden jurídico preventiva o represivamente.

2.- Las que atienden al fomento, limitación y vigilancia de la actividad privada, para igualmente mantener el orden jurídico, coordinando los intereses individuales con el interés público.

3.- Para sustituirse parcial o temporalmente a la actividad de los particulares ó combinarse con ella en la satisfacción de una necesidad colectiva.²⁶

Por lo que respecta a las funciones estas constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones.

²⁶ Idem págs. 15 y siguientes.

Las funciones no se diversifican entre sí por el hecho de que cada una de ellas tenga contenido diferente, pues todas pueden servir para realizar una misma atribución.

Tenemos como funciones, la *legislativa*, la *administrativa* y la *judicial*. Estas funciones con un carácter interno diferente, persiguen un mismo fin y son ejercitadas en el Estado por medio de los gobernantes, el poder público ó la autoridad.²⁷

La organización del Estado y su estructura tiene como objetivos el de buscar realizar el fin del mismo que es la *consecución del bien público temporal*, esto en términos generales, pero éste bien común estará dado por un ambiente y un conjunto de condiciones propicias para que todos los hombres alcancen la perfección a que aspiran ó pueden aspirar, según su naturaleza y esencia.

Este fin, puede especificarse o concretizarse en varias formas, así Guido Zanobini lo hace en dos: fines de *conservación y orden*, considerados por la doctrina como esenciales y fines de *bienestar y progreso*.²⁸

Siguiendo a este autor, los *fines de conservación y orden* comprenden, a su vez, los de defensa exterior y orden interno.

"... El orden interno se especifica en dos actividades fundamentales: la de conservación del orden jurídico y la de conservación del orden público. La distinción entre estos dos conceptos radica en el carácter predominantemente formal, del orden jurídico, en oposición al carácter primordialmente sustancial del orden público. Conservar el orden jurídico significa procurar que se observe el conjunto de normas y

²⁷ Canals Arenas Jorge Ricardo, *El Contrato de Obra Pública* Edit. Trillas México pág. 21

²⁸ Guido Zanobini, *Curso de derecho administrativo*, Ediciones Arayú, parte general, traducción de la 6a. edición italiana por Héctor Masnatta y Humberto Piccone, I Buenos Aires, 1954 págs.17 y siguientes.

preceptos que constituyen el derecho objetivo; si el orden se quebranta la aplicación de la sanción que contiene el derecho mismo lo restablece. Conservar el orden público significa impedir todas las acciones que puedan perturbar la paz y la tranquilidad sociales..."²⁹

Los fines de *bienestar y progreso* se orientan a la satisfacción de necesidades físicas, económicas, intelectuales y morales; ya complementando ó sustituyendo en ocasiones la actividad de los particulares regulando en muchas ocasiones la acción de los individuos en su nexa con la del Estado y sus fines sociales, imponiendo limitaciones, obligaciones, otorgando permisos y concesiones.

Por lo tanto, podemos señalar que las *funciones del Estado* son las *actividades* del mismo, ejercidas tanto por la autoridad pública o los gobernantes en representación de ésta, dirigidas a la consecución de sus *fines* en ejercicio de sus *atribuciones*.

2. Funciones típicas del Estado.

Función Legislativa.- Esta función es mediata, regulando la conducta de las personas; es la función por cuyo intermedio, el Estado constituye su ordenamiento jurídico, estableciendo y modificando el derecho objetivo.³⁰

Esta función legislativa produce la emanación de actos de producción jurídica "de producción, es decir, de modificación en relación con una situación jurídica dada primarios, o que es lo mismo, fundados única y directamente en el poder soberano, del que constituye directa y primario ejercicio"³¹.

²⁹ Idem.. pág. 18.

³⁰ Ibidem, pág 20

³¹ Canals, Arenas Jorge, Op. cit. pág.23.

La ley produce una innovación en el mundo jurídico que se da como ejercicio directo del poder soberano del Estado.

"Si el acto de producción jurídica además de nuevo es también acto de producción jurídica abstracto y general, implicará, además función normativa. En este caso, la producción jurídica concreta tendrá el carácter mediato, en cuanto que para su actuación en concreto requerirá la intervención de un acto posterior de producción jurídica complementario... que constituya concreta aplicación de la norma ..."³²

Por su parte la *Función Jurisdiccional*, también mediata, asegura la observancia de las normas y, en nuestro país la constitucionalidad de los actos de autoridad, aunque no de manera oficiosa, sino a petición de parte, quien deberá de tener un interés jurídico y que concurra en demanda de amparo y protección de la justicia federal.

De esta forma la función jurisdiccional, completa a la legislativa, asegurando su observancia y conservación.

La *Función administrativa*, o administración pública en sentido objetivo, es la actividad práctica e inmediata desarrollada por los órganos del Estado para atender los intereses públicos.

"Administración, en fin, es la emanación de actos de producción jurídica complementarios (o cuando menos de actividad auxiliar de estos) en aplicación concreta del acto de producción jurídica primario y abstracto contenido en la norma legislativa."³³

³² Alessio, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Bosch, 1970 ob. Cit por Canals Arenas.

³³ Idem, pág. 8.

La administración pública en sentido subjetivo:

" Es la parte de los órganos del Estado que dependen directa, o indirectamente, del Poder Ejecutivo, tiene a su cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los otros poderes (Legislativo y Judicial) su acción es continua y permanente, siempre persigue el *interés público*, adopta una forma de organización jerarquizada y cuenta con:

- a) elementos personales;
- b) elementos patrimoniales;
- c) estructura jurídica; y
- d) procedimientos técnicos".³⁴

Desde un enfoque orgánico, la administración pública se identifica con el Poder Ejecutivo y con todos los órganos o unidades administrativas dependientes de él en forma directa o indirecta.

Funcionalmente, se entiende a ésta, como la actividad realizada por los órganos que conforman éste sector.

3. Modos en que el Estado satisface sus propias necesidades.

La Administración Pública utiliza personas y cosas para satisfacer las necesidades colectivas y para justificar su propia existencia. Lograr esto requiere de la colaboración de los particulares, cuya obtención puede ser obligatoria ó en forma voluntaria,

³⁴ Acosta Romero, op. cit., págs. 34 y siguientes.

dependiendo de la clase de bienes o de servicios y atendiendo al mayor o menor apremio de la necesidad a satisfacerse dentro del ordenamiento jurídico de cada país.

Así, la administración puede obrar unilateralmente, de modo imperativo es decir con imperium no considerando la voluntad del particular; pero también puede actuar bilateralmente por medio de un acuerdo de voluntades es decir contractualmente.

El actuar con imperium por parte de la administración se manifiesta en la sanción de una ley o de un acto administrativo.

4. Actos unilaterales y bilaterales de la Administración.

Manuel María Diez define el acto administrativo de la siguiente manera: "Acto administrativo puro es una declaración concreta y unilateral de voluntad de un órgano de la administración activa en ejercicio de la potestad administrativa".³⁵

Serra Rojas por su parte concibe al acto administrativo como: "...es un acto jurídico, una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, externa, concreta, ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto la Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa; que crea, reconoce, modifica, trasmite o extingue una situación jurídica subjetiva y su finalidad es la satisfacción del interés general."³⁶

Para Miguel Ángel Bercaitz "... el acto administrativo es una decisión, o declaración unilateral de un órgano del Estado, en ejercicio de una función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata".³⁷

³⁵ Diez María, Manuel El acto administrativo, Tipográfica Editora Argentina, 2a. ed. Buenos Aires, 1961, pág.77

³⁶ Serra Rojas, Andrés, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, Tomo I 13a. Ed., México 1985 pág. 222

³⁷ Bercaitz, Miguel Ángel, Teoría general de los Contratos Administrativos, Ediciones De Palma, 2a. edición corregida y actualizada, Buenos Aires, 1980 Págs. 4 y ss.

Esta división o declaración que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata proyectados al exterior, se diferencia de los actos jurídicos generales, como los reglamentos, que con sustancia legislativa establecen normas obligatorias, generales y abstractas de derecho objetivo.

El acto bilateral, en cambio, se origina por la fusión de voluntades entre la administración pública y un particular, u otro órgano de aquella, en la realización de contratos o convenios.

No siempre que la voluntad del particular se vincula con la de la Administración Pública se está en presencia de un contrato, pues sólo existirá éste cuando el acuerdo de voluntades es concurrente, con intereses opuestos, como elementos esenciales de la creación del acto.

Así por ejemplo, en el caso de petición o solicitud del particular, la voluntad participante de éste es una mera condición o requisito del origen de la existencia del acto, limitándose la Administración Pública a otorgar o negar un beneficio o un derecho a título oneroso o gratuito, establecido en forma unilateral y abstracta en un ordenamiento legal preexistente, sin intervención del peticionante, por ejemplo, en la solicitud de una licencia, en el otorgamiento de un certificado, en el despacho de una mercadería que desea importar, en la regulación de una tenencia de tierra, etc.³⁸

En los casos antes señalados, la petición del particular no constituye una fusión de la voluntad de éste con la de la Administración, sino simplemente una solicitud para

³⁸ Bercaitz, Miguel Angel, op cit., págs. 7 y siguientes.

que se le otorgue un derecho o un beneficio que se encuentra contemplado en la legislación, para lo que tiene que reunir ciertas condiciones y que en ocasiones goza de la discrecionalidad del órgano administrativo para su otorgamiento.³⁹

Ahora bien podemos señalar que no todo acuerdo de voluntades constituye un contrato, pues es necesario que éstas voluntades concordantes sean en alguna forma opuestas. Esta concepción parte del "Derecho público" y se considera como novísima cuyos precursores son Duguit, Hauriou y Jellinek.

Respecto a éste tema cabe señalar el contenido de una Tesis emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se encuentra asentada bajo el siguiente rubro:

"CONDICIONES JURIDICAS CREADAS POR EL PODER PUBLICO.

TEXTO: Las situaciones jurídicas concretas, no se derivan solo de contratos, pues constantemente se encuentran actos del poder público que dan origen a tales situaciones: así los decretos del legislativo otorgando pensiones, concediendo habilitación de edad, etc.; las sentencias de los tribunales declarando derechos a favor de un individuo determinado; los actos del ejecutivo otorgando permisos administrativos, concediendo condonaciones de impuestos, o eximiendo del pago de estos, etc., son actos que invisten a los favorecidos con derechos personales definidos, de realidad indiscutible oponibles a cualquier particular y aun al estado, aunque en la esfera del derecho civil, las situaciones jurídicas concretas derivan de un contrato, no sucede lo mismo tratándose de los actos del poder público, que no puede aceptar la cooperación de la voluntad de los particulares en el ejercicio de sus facultades constitucionales y no obstante, por sus actos, crea situaciones jurídicas concretas, mas aun si no hay un acto oficioso de parte del poder público, incuestionablemente si hay un acto de voluntad de parte del que solicitó la resolución respectiva y aun en el derecho común, hay contratos perfectos en los que no se discuten las cláusulas, mediando simplemente proposición y lisa y llana aceptación. No todo concurso de voluntades significa forzosamente contrato, y por ello se ha recurrido en el derecho

³⁹ Idem. pag. 8 y.

administrativo, a las expresiones contrato concesión, que implican un acto de soberanía unido al reconocimiento de un derecho o a la atribución de una facultad, justamente con la existencia de obligaciones recíprocas de carácter público; por tanto, por unilaterales que se consideren los actos del poder público, no es menos cierto que constituyen un derecho determinado a favor de un individuo, que asume voluntariamente una obligación concreta."⁴⁰

5. Diferencia entre Contrato, Actos Complejos y Actos Colectivos.

Por lo que resulta necesario diferenciar el contrato de los actos complejos y de los actos colectivos.

Si las voluntades son concurrentes o paralelas, es decir varias voluntades orientadas a la satisfacción de intereses comunes, tenemos lo que suele llamarse acto complejo, como ejemplo tenemos, la voluntad de los legisladores para la formación y aprobación de una ley.

En el contrato, las voluntades se combinan en un acuerdo, pero aunque se integran propugnando un mismo fin no se unifican, pues tienen un contenido distinto que no les permite coincidir en una expresión común de éstas.⁴¹

Los actos colectivos para Bercaitz, "... son aquellos resultantes del concurso de varias voluntades con contenido y unidad distinta que únicamente se unen en la manifestación, conservándose jurídicamente autónomos".

⁴⁰ Poder Judicial de la Federación *Instancia Segunda Sala*, 5a. Epoca, Tomo XXXVIII pág.120, precedentes Colegio de las Vizcainas O De la Paz. Pág. 120 Tomo XXXVIII. 8 de Mayo de 19.

⁴¹ Idem págs.117.

La diferencia práctica entre unos y otros es que el vicio relativo a una de las voluntades en el acto complejo, invalida todo el acto, mientras que la invalidez de una de las voluntades singulares en el acto colectivo no invalida las restantes.

En el contrato, no cuenta el número de personas que intervienen en el mismo, sino la oposición de intereses combinados en su consentimiento para producir un efecto jurídico.

Siguiendo a Recaredo Fernández de Velasco, deben concurrir tres circunstancias para que un acuerdo de voluntades se convierta en un contrato.⁴²

- 1.- Un acuerdo bilateral de voluntades emanado de partes contrapuestas.
- 2.- Que ese acuerdo de voluntades tienda a crear una situación jurídica.
- 3.- La situación jurídica creada tendrá el carácter de individual no de general.

Jéze por su parte, afirma que:

"... Todo contrato es un concierto de voluntades, pero todo concierto de voluntades no es un contrato. El concurso de voluntades es un contrato propiamente dicho, sino:

1o.- Cuando el efecto jurídico querido constituye la creación de situaciones jurídicas individuales.

2o.- Cuando las voluntades concordantes emanan de individuos, cada uno de los cuales persiga efectos jurídicos propios y distintos.⁴³"

⁴² Recaredo Fernández de Velasco, Los Contratos Administrativos, Revista de Derecho Privado, Madrid pág. 35

⁴³ Gastón Jéze, Los Principios generales del Derecho administrativo, Traducción a la segunda edición francesa Madrid, 1928 Editorial REUS, págs. 52-53

Aunque el acto administrativo es la forma habitual para la realización de las funciones de la Administración Pública, ésta recurre a la modalidad contractual cuando le parece más conveniente en aras del interés general. De esta manera asocia voluntariamente los recursos humanos de los particulares con los recursos económicos y tecnológicos, para el logro de objetivos, buscando la colaboración de capacidades, ya sea por decisión discrecional de la administración, o bien, por imposibilidad de ésta para lograr esos objetivos.

De lo anteriormente señalado podemos concluir que:

El Estado en búsqueda del cumplimiento del fin que tiene encomendado que se traduce en la obtención de lo que se ha llamado "*Bien público temporal*" y obligado por los problemas de la vida social moderna, se ve inmerso en un sinnúmero de actividades que en otro tiempo ni siquiera fueron concebidas por los pensadores más connotados, dentro de las cuales se presenta una que es de gran importancia tanto económica como jurídica; su actividad contractual.

El Estado puede dentro de su actividad ,celebrar actos unilaterales y bilaterales, y es dentro de los segundos donde encontramos la figura del Contrato que en Derecho Administrativo se configuran con matices y características propias que más adelante explicaremos

CAPITULO III
NATURALEZA JURIDICA DE LA
ACTIVIDAD CONTRACTUAL
ADMINISTRATIVA

CAPITULO III
NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL
ADMINISTRATIVA.

A. INTRODUCCIÓN

Más allá de la discusión que puede darse respecto a si la Administración puede o no celebrar contratos, la doctrina ha resaltado que "la realidad, diariamente patentiza la presencia de relaciones contractuales entre el Estado y los particulares, al punto que en la actualidad la Administración se ha convertido en uno de los principales clientes del mercado de bienes y servicios".⁴⁴

Sin embargo la polémica más grande en el tema de Contratos Administrativos ha surgido al momento de tratar de definir la Naturaleza Jurídica de éstas expresiones contractuales, pues mientras que algunos sostienen un tipo contractual nuevo, separado e independiente del contrato de derecho privado y con sus propias notas típicas, otros por el contrario sostienen que únicamente puede considerarse contrato, aquel que reúne los caracteres básicos como fuera elaborado por la concepción napoleónica es decir:

- a) Igualdad y libertad de las partes en su formación, ejecución y resolución;*
- b) Inmutabilidad de sus cláusulas y*
- c) Limitación de sus efectos a quienes lo han celebrado y señalan que fuera de estos caracteres no existe la figura de contrato.*⁴⁵

⁴⁴ Fiorini, Bartolemé A., Manual de Derecho Administrativo Tomo I, Edit. La Ley Buenos Aires, 1968. Pág. 409

⁴⁵ García Oviedo Carlos, Derecho Administrativo Tomo II, Edit. EISA 9a. Edición Madrid, 1968 pág. 285.

Antes de comenzar con el análisis de la Naturaleza Jurídica del Contrato Administrativo, me gustaría definir que se considera como Contrato Administrativo:

B. NOCIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.

No siempre el Estado actúa unilateralmente como *autoridad*, imponiendo sus determinaciones, en ejercicio del poder de mando, como en el caso de la imposición de impuestos ó de la expropiación por causa de utilidad pública; sino que también logra el acuerdo de voluntades, la concurrencia de intereses particulares que libremente celebran sus contratos, discutiendo las condiciones del mismo y guiados por sus propios intereses.

El acto jurídico contractual representa el haberse llegado a un acuerdo sobre el objeto del mismo.

Se mencionarán a continuación, algunas definiciones de lo que se entiende por Contrato administrativo.

"El contrato administrativo es el negocio bilateral que el Estado realiza con una o varias personas, privadas ó públicas, con propósitos de utilidad pública, para constituir, modificar ó extinguir un vínculo patrimonial ó económico, regulado por leyes de interés público"⁴⁶

"... Un acuerdo de voluntades, celebrado, por una parte por la Administración Pública y por la otra personas privadas ó públicas; con la finalidad de crear, modificar ó

⁴⁶ M. Waline, Droit Administratif Sirey, 1959, pág. 525 obra citada por Andrés Serra Rojas

extinguir una situación jurídica de interés general, o en particular relacionada con los servicios públicos, que unen a las partes en una relación de estricto derecho público, sobre las bases de un régimen exorbitante del Estado"⁴⁷

"El Contrato Administrativo es el Contrato que celebra la Administración Pública con los particulares con el objeto directo de satisfacer un interés general, cuya gestación y ejecución se rigen por procedimientos de derecho público..."⁴⁸

Bercaitz hace una definición del contrato administrativo por su naturaleza como:

"...Aquellos celebrados por la Administración Pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al contratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al contratante de la Administración Pública en una situación de subordinación jurídica."

Señalando asimismo que: "... podemos decir también, que son contratos administrativos, aun cuando no por su naturaleza, aquellos que el legislador ha sometido a reglas de derecho público exorbitantes del derecho privado, que colocan al contratante de la Administración Pública en una situación de subordinación jurídica, a pesar de no celebrarse sin un fin público, ni afectar su ejecución la satisfacción de una necesidad pública colectiva"⁴⁹

Del análisis de las anteriores definiciones podemos decir que un Contrato Administrativo requiere indiscutiblemente que una de las partes sea la Administración Pública ó un ente Público.

⁴⁷ Melgarejo Pedro, Compendio de Contratos Públicos obra citada por Andrés Serra Rojas pág. 536

⁴⁸ Nava Negrete, Alfonso Contrato Administrativo, Diccionario Jurídico Mexicano Tomo III obra del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México 1985 pág. 294.

⁴⁹ Bercaitz, Miguel Ángel op.cit., págs. 246'247

Sin embargo no todos los Contratos que realice la Administración, serán Contratos Administrativos, ya que esta puede celebrar Contratos Civiles sujetos al régimen de derecho privado. ó Contratos Administrativos propiamente dichos.

Laubadere, nos indica que hay contratos que lo mismo pueden ser administrativos ó de derecho común.⁵⁰

La Jurisprudencia Francesa, ha definido el Contrato Administrativo en estos términos:

"Son Contratos Administrativos, los contratos verificados por una persona pública, en vista u ocasión del funcionamiento del servicio público y para los cuales la Administración ha manifestado su intención de adoptar el régimen de Derecho Público, de preferencia al régimen de derecho privado, esta intención aparece en la inserción en el Contrato de cláusulas exorbitantes, sea en la participación directa del co-contrante ó en el funcionamiento del servicio".

Los tres elementos fundamentales que señala la jurisprudencia francesa a la noción de Contrato Administrativo son:

a).- *Participación de una persona pública en el contrato,*

b).- *Dependencia del contrato administrativo del funcionamiento de un servicio público y*

⁵⁰ El Lic. Fauzi Hamdan señala, que hay varios criterios de distinción para tratar de diferenciar un Contrato Administrativo, de un Contrato Civil de la Administración, primeramente se señala que los Contratos Administrativos persiguen un *fin de utilidad pública*; por ejem. la compra de patrullas para el orden, seguridad etc, pero si se compra para el servicio personal del servidor público no existe esa finalidad de utilidad pública., otro criterio es el *objeto* de los Contratos Administrativos es decir que éstos estan destinados a la prestación de un *servicio público*, el tercer criterio es el que impera en Francia y España, por ejemplo, Los Contratos Civiles de la Administración se sujetan a los Tribunales Ordinarios, mientras que los Contratos Administrativos propiamente dichos se sujetan a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Apuntes tomados en el Posgrado de Contratos impartido en la Universidad Panamericana Septiembre de 1995, Módulo Contratos Administrativos.

c).-Elección por la Administración de un procedimiento de derecho público.⁵¹

No existe un criterio diferenciador único que caracterice cuando estamos ante la presencia de un Contrato Administrativo, sin embargo en la actualidad dos son los criterios que más se sostienen para determinar si nos encontramos ante la presencia de un Contrato Administrativo, y estos criterios son:

a).- Criterio esencial el de las Cláusulas exorbitantes

b).- En ausencia de estas, hay Contrato Administrativo si en el mismo se contempla una participación directa del co-contratante en la gestión misma del servicio ó de actividades fundamentales del Estado.

Después de haber mencionado que un criterio diferenciador de los Contratos denominados Administrativos es aquel en el que se encuentran inmersas Cláusulas exorbitantes, por lo que vale la pena señalar que se entiende como tal.

Alfonso Nava Negrete sostiene como criterio de Cláusula exorbitante el siguiente y señala que ésta es: " una imposición del poder público que la reclama inspirado en el interés general, que no debe estar subordinado a un interés particular. El Estado es el que define previamente el régimen jurídico que regulará todos sus actos, que no pueden ser otros que la imperiosa necesidad del mantenimiento de los Servicios Públicos. Cuando el Estado lo estima conveniente no establece este régimen y el Contrato no puede llamarse propiamente Contrato Administrativo."⁵²

De lo que se ha venido exponiendo podemos concluir, que la Administración Pública puede celebrar contratos sujetos a diversas modalidades:

⁵¹ Citada por Miguel Ángel Bercaitz, op.cit. pág. 183,

⁵² Nava Negrete, Alfonso Contratos de la Administración Pública, Revista del Tribunal Fiscal de la Federación 2o. Núm. extraordinario, Ensayos de Derecho Administrativo y Tributario para conmemorar el XXX aniversario de la Ley de Justicia Fiscal, págs. 557 a 572.

a) Contratos Civiles realizados por la Administración y sujetos al régimen de Derecho Privado.y

b) Contratos Administrativos, en los que necesariamente debe intervenir la Administración en la gestión de un servicio público y con un régimen de Derecho Público determinado por la ley, en el cual se establecen cláusulas exorbitantes para regular la relación contractual.

No hay un criterio único para determinar cuando un Contrato es Administrativo ó sujeto al régimen de Derecho Civil. El Lic. Nava Negrete, señala que para el medio jurídico mexicano, los criterios distintivos para saber si un Contrato es Administrativo ó Privado son:

"1ro.- Por determinación de la Ley

2do.- Por libre voluntad de las partes

3ro. Por el objeto ó naturaleza misma del Contrato".⁵³

Cabe aquí hacer mención de la siguiente Tesis emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito que se encuentra asentada bajo el rubro:

" CONTRATOS ADMINISTRATIVOS RESCISION DE LOS, POTESTAD QUE DERIVA DEL ARTICULO 43 DE LA LEY DE OBRAS PUBLICAS.

TEXTO: Si bien es verdad que la Jurisprudencia definida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido, que sólo los tribunales de justicia pueden declarar la rescisión de los Contratos Administrativos celebrados por los particulares con organismos públicos descentralizados del Estado, mediante la tramitación del juicio correspondiente, también lo es que esto es así cuando las autoridades contratantes no se han arrojado las facultades que les otorga el artículo 43

⁵³ Nava Negrete, Alfonso Contratos Privados de la Administración Pública, Revista de la Facultad de Derecho, Núm. 51 Tomo XIII, pág. 719 México, 1963.

de la Ley de Obras Públicas, de poder rescindir unilateralmente los Contratos de Obras Públicas por incumplimiento de los contratistas o por causas de interés general, pues en tal evento, se colige que han querido sujetarse a las condiciones propias de todo individuo en sus relaciones civiles no siendo así, es evidente que el contratante perjudicado no puede invocar la lesión de sus derechos porque la autoridad rescinda el contrato sin forma de juicio y deje de observar los principios generales del Derecho Civil sobre el particular".⁵⁴

Después de introducirnos al concepto de los Contratos administrativos, proseguiremos nuestro análisis, para tratar de definir si los denominados Contratos Administrativos son verdaderos Contratos, en vista de las particularidades que presentan.

C. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE QUE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SEAN VERDADEROS CONTRATOS.

I. Argumentos en contra.

•**Teorías Negatorias.**- En general esta corriente de opinión sostiene la inexistencia de contratos administrativos en virtud de los siguientes argumentos:

Ier. Argumento: La Supremacía de una de las partes.

a) En este tipo de relación entre la Administración y los particulares, la autoridad actúa en un *plano de supremacía* que se ostenta por las facultades que la misma posee,

⁵⁴ Poder Judicial de la Federación, Semanario Judicial de la Federación, Tesis emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito, 8a. Epoca, Tomo V Segunda parte-I, Tesis 26 pág. 149.

por lo que se priva al acuerdo de una de las notas típicas del contrato que es la *igualdad de las partes*.⁵⁵

Crítica:

Contra este argumento se puede apuntar, que el mismo no está considerando que si bien existe una subordinación del interés del particular que es el obtener un beneficio económico del contrato, al interés de la Administración la satisfacción de un interés público, esta subordinación debe ser compensada por la protección a la garantía del equilibrio económico financiero que portan este tipo de contratos como nota típica de los mismos, que permite que el Contrato siga preservando la naturaleza conmutativa (equivalencia entre prestaciones) y sinalagmático (reciprocidad de obligaciones).

Esta protección al interés financiero del particular adquiere inclusive en algunas legislaciones rango constitucional Art. 167 de la Constitución Federal Brasileña.

Fiorinni señala lo siguiente: "No hay ninguna desigualdad cuando no hay tratamiento injusto y esto es lo fundamental para un régimen contractual. Cuando el Contratista conviene el contrato, sabe bien cuáles son sus obligaciones y las relaciones que ha creado con la administración pública. La aceptación y su conformidad con el régimen administrativo significa que no hay nada imprevisto y que el funcionamiento de equilibrio en las relaciones contraídas es la desaparición de la desigualdad. Tratamiento desigual en un contrato sería la imposición unilateral de condiciones y obligaciones no establecidas previamente y un tratamiento distinto para la aplicación de la responsabilidad y las consecuencias económicas. El régimen administrativo contractual, pese a la exorbitancia, impone obligaciones y responsabilidades recíprocas."⁵⁶

⁵⁵ Este argumento lo sostienen entre otros los siguientes autores Tácito, Martín Retortillo, Sebastián, Fleiner, Fritz, Messineo y Bandeira de Mello.

⁵⁶ Fiorini, A. Bartolomé Op. Cit. pág. 421.

2do. Argumento: Actos Unilaterales de la Administración.

b) otro argumento que se sostiene para negar la naturaleza contractual de este tipo de actos es el que los considera como *Actos unilaterales de la Administración* cuya eficacia depende del consentimiento del particular.⁵⁷

Crítica:

Este argumento, nace de una subestimación del valor de la voluntad del contratista en la formación del contrato, pues este sector de la doctrina no advierte que la voluntad del particular es parte esencial del acto y que esta se combina con la voluntad de la Administración, persiguiendo fines contrapuestos ya que el particular además de colaborar con la administración en la satisfacción del interés público, busca una colocación productiva de su capital y sin ésta voluntad, el acto no existe.⁵⁸

Es que más allá de que en materia de fijación de precios el contratista discuta con la Administración sus pretensiones en un plano de igualdad, el régimen de estos contratos no puede de ninguna manera ser pensado como una relación en la que se otorgan ventajas y poderes solamente a una de las partes; si así fuera, el poder público jamás encontraría quien quisiera realizar contratos con él.

Así la figura jurídica que se designa como Contrato Administrativo, se basa en una dualidad que implica por un lado que el poder administrativo goza de todos los

⁵⁷ Este argumento es sostenido por Mayer, Otto, *Derecho Administrativo Alemán* T.I. pág. 18. y su crítica la sostiene Bielsa Rafael, *Derecho Administrativo*, T.I. Pág. 295 y 296 nota 146.

⁵⁸ Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, pág. 169 y siguientes, Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo I, pág. 295 y 296 nota 146.

poderes indispensables para la protección del interés público que se encuentra plasmado en el contrato.

Por otro lado y como contrapartida, el particular cuenta con la garantía de los intereses privados que motivaron su participación en el contrato. Por ello está protegido completamente en la parte económica y en todos aquellos aspectos no interferentes con el interés público.

3er. Argumento: Autonomía de la Voluntad.

c) Siguiendo los argumentos negativos encontramos a aquellos que sostienen que entre la Administración y los particulares, la *autonomía de la voluntad* no es posible. Porque en primer lugar, la Administración sólo puede actuar con arreglo a las normas que la rigen y no puede enajenar las facultades y prerrogativas de que dispone para salvaguarda de los intereses públicos.⁵⁹

A a su vez los particulares sólo pueden aceptar o rechazar los términos fijados por la Administración, sin posibilidad de discutirlos, alterarlos o dejarlos sin efecto.⁶⁰

Crítica:

Contra esto y sin perjuicio de referirnos a lo ya manifestado en puntos anteriores, cabe resaltar que el contrato no implica enajenación alguna de la voluntad estatal, ya que en todo contrato administrativo se le reconoce a la Administración la facultad de

⁵⁹ Este Argumento lo sostiene Recaredo Fernández de Velazco, en su obra los Contratos Administrativos pág. 59.

⁶⁰ Idem. pág. 59.

modificar o incluso extinguir el contrato, toda vez que ello sea necesario para adaptar la situación a los requerimientos públicos.

Del análisis de los argumentos antes expuestos podríamos señalar siguiendo a Bercaitz ⁶¹ que el error de todas estas teorías, radica en que ellas se dedican a probar que el Contrato administrativo no reúne los caracteres que son, o han sido propios de los contratos de derecho privado, cuando lo que debe demostrarse es la inexistencia del *género* contrato y la inexistencia de las *especies* contrato de derecho privado y contrato de derecho público.

Aquí el problema se origina en que el Contrato administrativo careció en su origen de una sustantividad propia que lo regulara, por lo que produjo una verdadera importación de las instituciones jurídicas del derecho común.

Por lo que el error de las teorías negatorias, es haberse detenido en el tiempo y no haber advertido que a medida que se desarrollaba el proceso de auto integración y autonomía del Derecho administrativo, estas instituciones "*prestadas*" del derecho común, comenzaron a tener un matiz administrativo cada vez más intenso, dotando a la nueva institución de características propias, que sólo pueden ser entendidas bajo la perspectiva del Derecho Administrativo .⁶²

Después de haber analizado varios de los argumentos en que se sustentan las teorías que niegan la existencia del Contrato Administrativo, pasaremos al estudio de los argumentos que sostiene la doctrina para considerar este tipo de relaciones como verdaderos contratos.

⁶¹ Bercaitz, Miguel Angel, Teoría General de los Contratos Administrativos, pág. 163.

⁶² Idem. pág. 133.

II. Argumentos a favor de que los Contratos Administrativos son verdaderos Contratos.

•**Teorías que aceptan la existencia del Contrato Administrativo.**- Esta posición es mayoría dentro de la doctrina, sostienen en general la existencia de un concepto amplio del contrato que sale del marco estricto del Código Civil para transformarse en una categoría general del derecho.

1.- Universalidad de determinados principios e Instituciones Jurídicas.

Los que sostienen este punto de vista parten de una concepción en la que la *unidad del Derecho*, implica que se de, la *universalidad de determinados principios e instituciones* jurídicas.

Se argumenta en este sentido que los contratos, al igual que la propiedad, la culpa, la responsabilidad etc., son figuras jurídicas o categorías generales del derecho, cuya esencia permanece idéntica en cada supuesto.

El hecho de que se hayan desarrollado primero en el derecho privado, conduce a muchos a seguir considerándolas bajo los matices que el mismo les imprimiera en un momento determinado, olvidando que lo definitorio no está dado por la presencia, ó no de esos matices, sino por la posibilidad de que podamos seguir descubriendo en cada nueva manifestación contractual la presencia de sus notas esenciales, esto es:

" *El acuerdo de dos o más voluntades destinado a regular derechos*".

Y es que si bien al pasar del derecho privado, al público la figura del contrato se transforma profundamente, de todas maneras esa nota común permanece.⁶³

Después de haber analizado los argumentos con que las teorías negativas y positivas tratan de desvirtuar o acreditar la existencia de la figura contractual administrativa, en síntesis podría concluir lo siguiente:

Para definir la Naturaleza Jurídica de la Actividad Contractual Administrativa hay que partir señalando que existe una categoría o *género* que es el *contrato*, que se caracteriza por la presencia de un *acuerdo de dos o más voluntades que se combinan para producir efectos jurídicos*, categoría que por constituir un principio general del derecho, se aplica tanto al derecho público como al derecho privado.

Cuando a esos caracteres básicos se les suman algunas notas típicas de alguna rama del derecho, ese género se particulariza como civil, mercantil, laboral, administrativo, etc., en el que el *contenido esencial no se pierde*, pero se matiza por la existencia de exigencias adicionales respecto a la forma, consentimiento, sujeto, procedimiento de formación etc.

⁶³ *Ibidem. cit.* 135.

En el análisis de este tema, como de muchos otros del Derecho administrativo, la jurisprudencia en México se ha limitado a aceptar la existencia de contratos administrativos sin formular mayores desarrollos.

CAPITULO IV
CARACTERISTICAS Y NOTAS
PROPIAS, DE LA
CONTRATACION ADMINISTRATIVA

CAPITULO IV

CARACTERÍSTICAS Y NOTAS PROPIAS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

A. INTRODUCCIÓN

Tal y como se ha venido explicando, los Contratos administrativos, presentan unas características propias que los diferencian de los contratos de derecho privado.

Esto encuentra su justificación por *el fin* que el contrato busca, ya que el mismo necesita de desenvolverse dentro de normas propias que permitan sobre bases siempre contractuales, hacer que los derechos y obligaciones de las partes se encaminen a la búsqueda del fin superior que implica la *necesidad o utilidad pública* que el contrato busca satisfacer.

En este capítulo analizaremos el Contrato Administrativo con los principios ó notas típicas que los caracterizan, tomando como base *El Contrato de Obra Pública* que se encuentra regulado por la Ley de Obras Públicas y el cual considero es el Contrato Administrativo que se encuentra mejor regulado tanto en la Legislación Federal como en la Estatal, además de ser el Contrato que muestra sus notas típicas de una manera más clara.

B. NOTAS TÍPICAS.

Los Contratos Administrativos en relación con los Contratos de Derecho Privado, presentan variaciones sustanciales, a las que se han denominado *caracteres exorbitantes*⁶⁴ entre los cuales tenemos:

1. La Limitación de la libertad de las partes en la formación del contrato.

La Administración Pública por lo general, no puede seleccionar por su libre arbitrio a la persona con la que habrá de celebrar el contrato.

La limitación de la libertad de las partes en la formación del contrato, se identifica con el procedimiento de *licitación pública* para escoger al contratista más adecuado, como regla general ajustándose a lo establecido por el Artículo 134 constitucional,⁶⁵ que señala que la misma deberá hacerse: a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, así como una administración eficiente, eficaz y honrada.

⁶⁴ La Teoría de las Cláusulas exorbitantes, tiene su origen en el Siglo XX, en la Jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, fundando la existencia del Contrato Administrativo sobre la base, precisamente de cláusula exorbitante del derecho privado, por ejemplo el arret Société des granits prophyroides des Vosges, CE. 31.7 1912, en relación a una controversia nacida en la ciudad de Lille y la referida sociedad por aprovechamiento de adoquines de piedra. Cabe citar también los siguientes fallos: Consejo de Estado Stein y Tribunal de Conflictos : "Société minière du Cap Corse, Rec. 383; CE. 15.2 195, Société française de construction, Rec. 20.1; CE. 3.7 1925, de Mestral, D. 1926, 3.17; CE. 18.1 1924, Ville de Paris, Rec. 58; 23.12 195, Dame Vve. Lillo Rec. 573, Concl. Tricot, citados por Caldera Delgado, Hugo Manual de Derecho Administrativo. Colección manuales jurídicos número 74, Chile, 1979 pág. 232-235.

⁶⁵ Leyes y Códigos de México, C.P.E.U.M., Colección Porrúa 100 edición, Edit. Porrúa, S.A. Av. República Argentina, 15. México, 1995.

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

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

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

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

Los Servidores Públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de ésta Constitución.⁶⁶

Por lo que respecta al Contrato que elegí analizar, encontramos en la Ley de Obras Públicas del Estado de Jalisco otra limitación a la libertad de la Administración en la elección del contratista que consiste en seleccionar por regla general a un cocontratante que se encuentre inscrito en el *Padrón de Contratistas*.

El Art. 44 de la L.O.P.⁶⁷ señala que la Adjudicación de un Contrato se llevará a cabo bajo las siguientes modalidades: Art. 44 L.O.P. Estado de Jalisco.

⁶⁶ Idem pág. 121-122.

⁶⁷ Compendio de Leyes y Reglamentos del Estado de Jalisco, Decreto Número 1901 Ley de Obras Públicas del Estado de Jalisco.

Fr. I.- Adjudicación directa (para casos excepcionales que establece la Ley) Artículos 41,48 y 49 de la Ley.

Fr. II.- Por Concurso de Invitación (mediante convocatoria que se efectúe a, cuando menos, tres personas registradas en el Padrón de Contratistas del Estado) que tengan la idoneidad, capacidad técnica y económica a efecto de que libremente presentes proposiciones solventes, en sobre cerrado que será abierto públicamente.

Fr. III.- Concurso por Licitación pública,⁶⁸ mediante convocatoria abierta a todas las personas, físicas ó morales que estén en capacidad de participar en los términos del Artículo 45 y 46 de ésta ley.

Por su parte el Art. 19 de la referida Ley establece:

"....Sólo se podrán celebrar contratos de obra pública y de servicios relacionados con la misma, a cubrirse con recursos estatales las personas inscritas en el Padrón cuyo registro esté vigente, salvo los casos previstos en los Artículos 49, último párrafo y 51 de esta Ley así como su Reglamento ..."

Este artículo justifica éste Padrón señalando, que la Secretaría encargada de llevarlo a cabo deberá registrar en el, a las personas que de resulten idóneas, de acuerdo con su especialidad, capacidad técnica y económica, así como su capacidad de ejecución física anual, en términos monetarios entre otras.

⁶⁸ Para profundizar sobre el procedimiento de Licitación Pública, se recomienda la obra de Manuel Lucero Espinosa, La Licitación Pública. Publicada por la Editorial Porrúa, S.A. obra del año 1993.

2. La posibilidad de alteración de las obligaciones contratadas. (flexibilidad y mutabilidad del contrato).

Este principio establece el derecho de la Administración para *modificar unilateralmente* los términos del Contrato.

Debemos recordar que el *interés ó necesidad pública*, que constituye la esencia del contrato, no puede satisfacerse si los supuestos de hecho que se tuvieron presentes al celebrarlo, se modifican de tal forma que las acciones o prestaciones convenidas se vuelvan inoperantes para la satisfacción de ese interés.⁶⁹

Y es por eso que no se puede limitar a la Administración por vía de contrato a que haga uso de las facultades con que cuenta para salvaguarda del interés público.

Sin embargo, esa potestad que tiene la Administración, no implica la posibilidad de modificar todas y cada una de las cláusulas del contrato, porque si se dejara ésta facultad al libre arbitrio y discrecionalidad de la Administración, no podríamos de ninguna manera seguir hablando que estamos frente a la presencia de un contrato.

En este orden de ideas, los límites a la modificación unilateral son los siguientes:

- a) No se puede cambiar el objeto del contrato alterando su esencia.⁷⁰
- b) Se debe mantener incólume la ecuación económico financiera del contrato.⁷¹

⁶⁹ Bercaitz, op. cit. pág. 348, Bielsa Rafael, Derecho Administrativo, 4a. Edición Buenos Aires, 1947, núm 87. pág. 87.

⁷⁰ Bercaitz, op. cit. pág. 401 y 402

⁷¹ Idem op cit. pág.351

La Ley de Obras Públicas consagra estas facultades de que goza la Administración en el Artículo 39 de la L.O.P. que establece:

"Las dependencias y entidades podrán, bajo su responsabilidad y por razones fundadas y explícitas, modificar los contratos de obra pública o de servicios relacionados con la misma, mediante convenios, los cuales, considerados conjunta o separadamente, no deben rebasar el veinticinco por ciento del monto pactado en el contrato, ni implicar variaciones substanciales al proyecto original..⁷²

Luego establece que si las *modificaciones* exceden el porcentaje indicado por variaciones substanciales al proyecto y/o especificaciones se podrá celebrar, por una sola vez, un convenio adicional entre las partes, respecto de las nuevas condiciones, en los términos del Artículo 36 de esa Ley.

Este artículo nos muestra claramente que la Administración Pública se reserva facultades de *modificación* del contrato. que se traducen también en la flexibilidad del mismo.

Cabe aquí señalar el contenido de la siguiente Tesis Jurisprudencial, la cual se refiere a la facultad de mutabilidad de los Contratos Administrativos, en aras de la mejor prestación del Servicio, la cual se encuentra asentada bajo el siguiente rubro:

⁷² Jorge Canals Arenas manifiesta que no deben confundirse los trabajos y obras realizadas por modificaciones con los trabajos extraordinarios, pues estos últimos son los no comprendidos en el programa ni en el proyecto, pero que a juicio de la dependencia o entidad impera la necesidad de llevarlos a cabo por el contratista ó por una tercera persona.

CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE CONCESIONARIOS Y PARTICULARES, NATURALEZA.

TEXTO: " Los contratos administrativos, que aun cuando celebrados por la autoridad con particulares, se rigen por las estipulaciones concertadas entre ambas partes contratantes, las cuales pueden convenir libremente y sin limitación alguna acerca de las obligaciones que están dispuestas a contraer, son diferentes a los contratos que las empresas concesionarias, celebran con los particulares, pues estos están condicionados, desde que se firman, a las modificaciones que resulten de las concesiones y requisitos, que con sujeción a la ley fija la autoridad, para que el servicio que preste sea verdaderamente eficiente o garantice de manera eficaz y equitativa los intereses del público."⁷³

Del análisis de ésta tesis jurisprudencial, podemos concluir que la justificación de la facultad que se reserva el Estado de poder llevar a cabo la modificación de un Contrato Administrativo, encuentra su justificación en el interés público.

Cabe también al respecto mencionar la siguiente Tesis emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que analiza ésta facultad modificatoria que tiene la Administración, en éste tipo de Contratos, donde se señala que la modificación de éstos no puede ser de manera arbitraria.

⁷³ Poder Judicial de la Federación, Tesis de la Segunda Sala, fuente Semanario Judicial de la Federación, 5a. Época, Tomo LXVI página 1207, Precedentes American Bed Company, S.A.pág. 1207 Tomo LXVI 8 de Noviembre de 1940. Cinco Votos.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

TEXTO: "Teniendo en ellos las autoridades, el carácter de parte contratante; no pueden ser modificados arbitrariamente por las mismas autoridades; sino que deben sujetarse al juicio que previene el artículo 14 constitucional." ⁷⁴

Por lo que toca a la característica de *flexibilidad* del Contrato, ésta la encontramos inserta en el Artículo 36 de la Ley que permite *ajustar costos*, y que se traduce en la Garantía al Equilibrio Económico que en el siguiente capítulo se analizará a profundidad, por lo que en éste momento solamente se señala.

3. La actuación especial de la Administración Pública en relación con el contratista (Suspensión, revocación, rescisión , cancelación y la facultad sancionadora que se reserva el Estado.)

Analizaremos a continuación éstas facultades en la mencionada L.O.P.

El Artículo 37 de la Ley establece: "La Contratante podrá *suspender* temporalmente en todo ó en parte, la obra contratada, por cualquier causa justificada.....".

Por otra parte ese mismo artículo señala: "De igual manera podrá *rescindir*, administrativamente los contratos de obra, por *razones de interés general*, por *contravención de los términos del contrato ó de disposiciones de esta Ley.....*"

⁷⁴ Poder Judicial de la Federación, Instancia Pleno, fuente Semanario Judicial de la Federación, 5a. Época, Tomo XIII, página 1029, caso Empresa de Teléfonos Ericsson, S.A. 5 de Diciembre de 192.

De acuerdo a lo que señala éste artículo tres son los supuestos en que se puede rescindir un contrato; al respecto transcribiré una tesis jurisprudencial que se encuentra asentada bajo el siguiente rubro:

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

TEXTO: " Aunque un conocido principio de derecho civil establece que las obligaciones que emanan de un contrato no pueden quedar, en cuanto a su validez y cumplimiento, al arbitrio de una de las partes, si se trata de contratos administrativos, el principio no es aplicable en lo absoluto, porque el Estado en determinados casos, se ve en la imposibilidad de atender a los Servicios públicos y para evitar su abandono, deja su cumplimiento a empresas particulares, pero como está vivamente interesado en que tales servicios se cumplan por razones de interés público, tiene capacidad de poder exigir el cumplimiento del contrato, de una manera rápida y expedita, sin tener que sujetarse a un largo procedimiento judicial y de ahí que pueda declarar la caducidad del contrato cuando el concesionario no cumpla con las obligaciones contraídas, sin perjuicio de que éste de sentirse lesionado pueda ocurrir a los tribunales a demandar al Poder Público el cumplimiento del convenio. Es verdad que la Jurisprudencia de la Corte ha establecido que el Estado no puede por sí solo declarar la caducidad de un Contrato Administrativo, pero tales ejecutorias se refieren al caso en que las autoridades contratantes no se han arrojado la facultad de declarar la caducidad del contrato y han querido sujetarse a las condiciones propias de todo individuo en sus relaciones civiles, pero cuando no ha sido así es evidente que el contratante no pueda invocar lesión de sus derechos porque la autoridad rescinde el contrato, sin forma de juicio y deja de observar el principio de derecho civil de que antes se habló"⁷⁵.

La anterior tesis establece que en caso de incumplimiento del Contratista, se podrá declarar caducado el contrato.

⁷⁵ Poder Judicial de la Federación, Instancia Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación, Época 5A. Tomo XXVIII pág. 1187.

A continuación citaré otra tesis en la que se señalan las facultades para declarar rescindido el contrato justificando dicha potestad en los casos en que se encuentre en juego el interés general.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS RESCISIÓN DE LOS, POTESTAD QUE DERIVA DEL ARTICULO 43 DE LA LEY DE OBRAS PUBLICAS.

TEXTO: “Si bien es verdad que la Jurisprudencia definida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que solo los Tribunales de Justicia pueden declarar la rescisión de los Contratos Administrativos celebrados por los particulares con los organismos públicos descentralizados del Estado, mediante la tramitación del juicio correspondiente, también lo es que esto es así cuando las autoridades contratantes no se han arrojado las facultades que otorga el Artículo 43 de la Ley de Obras Públicas de poder rescindir unilateralmente los contratos de obras públicas por incumplimiento de los contratistas o por causas de interés general, pues en tal evento, se colige que han querido sujetarse a las condiciones propias de todo individuo en sus relaciones civiles no siendo así, es evidente que el contratante perjudicado no puede invocar la lesión de sus derechos porque la autoridad rescinda el contrato sin forma de juicio y deje de observar los principios generales del Derecho Civil sobre el particular.”⁷⁶

Por su parte el Artículo 58 L.O.P. Estado de Jalisco establece la facultad con que cuenta la Contraloría del Estado, para proponer la rescisión administrativa del Contrato, dicho artículo señala: "Cuando proceda, la Contraloría del Estado, podrá proponer a la dependencia ó entidad contratante la *rescisión administrativa* del contrato en que detecte incumplimiento ó infracciones a la Ley ó su Reglamento".

⁷⁶ Poder Judicial de la Federación, Instancia Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Época 8a. Tomo V Segunda parte-1, Tesis 26, página 149.

Por lo que respecta a otra característica que se tiene en éste tipo de contratos, podemos señalar la *facultad sancionadora de la administración*, que está relacionada con las potestades de control, dirección y vigilancia en la ejecución del contrato.

Las sanciones pueden clasificarse en: pecuniarias, coercitivas, substitutivas y rescisorias; asimismo pueden ser correctivas y depurativas o expulsivas⁷⁷.

Las pecuniarias se subdividen en multas o cláusulas penales. Las coercitivas o substitutivas consisten en el reemplazo provisorio del cocontratante en la ejecución del contrato, o el reemplazo definitivo procediendo a la sanción rescisoria.⁷⁸

4. La producción de efectos a terceros, interpretación especial y la intransferibilidad del contrato (intuitae personae).

a) Producción de efectos a terceros.

Si bien es cierto que de todo contrato, aun de los de derecho privado, derivan efectos hacia la comunidad, no es menos cierto que en el caso de los contratos de la Administración ese interés ya no es algo vago, impreciso, ó externo al contrato sino que se incorpora expresamente a uno de sus elementos esenciales (el objeto), en tanto y en cuanto el fin del contrato es satisfacer una necesidad ó interés público.

Esta característica se ve claramente en los contratos administrativos y en el caso del contrato que elegí resulta obvio que la obra pública es de interés social, por lo tanto

⁷⁷ Artículos 68, 70 de la Ley de Obras Públicas del Estado de Jalisco op.cit.

⁷⁸ Clasificación de Jorge Canals Arenas, op.cit. pág. 63.

el objeto del contrato produce efectos hacia terceros, puesto que la comunidad se verá beneficiada ó perjudicada en su caso, por el buen ó mal cumplimiento del Contrato.

Esta característica de este tipo de Contratos, la encontramos recogida por los siguientes Artículos de la Ley de Obras Públicas del Estado de Jalisco.

Art. 1.- que establece: "La presente Ley es de Orden Público e Interés Social....."

El tercero en vista del interés público que se encuentra de por medio puede invocar en su favor las cláusulas que le favorezcan ó inclusive la nulidad por vía de acción ó de excepción si la legislación aplicable lo autoriza.

Art. 2.- Para los efectos de esta Ley, se considera como Obra Pública todo acto o trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar, reparar, demoler, o modificar bienes inmuebles por su naturaleza ó por disposición de la Ley. Así como la infraestructura para la prestación de servicios públicos, quedando comprendida como tal.....".

Es por eso que esta nota de interés público debe tomarse en cuenta por el derecho, para armonizar los derechos y obligaciones de las partes, de forma tal que éstos actúen armónicamente para el logro de aquel fin primordial.

b) Interpretación especial

Por otra parte y por lo que respecta a la característica de *interpretación especial* podemos decir que los Contratos Administrativos son esencialmente de *buena fe*,⁷⁹ no en el sentido de que este elemento no esté presente en todo tipo de contratos, sino en el que en estos contratos la buena fe actúa en una forma más concreta, obligando a las partes a esfuerzos que no serían jurídicamente exigibles en los contratos civiles y privando a las partes de la posibilidad de acudir a previsiones que, si bien son lícitas, implican ventajas que destruyen la ecuación económico-financiera prevista al contratar.

La existencia de un régimen económico preferencial a favor del contratista que como veremos más adelante es una garantía que funciona como contrapartida a las facultades exorbitantes con que cuenta la Administración, es el contrapeso de la obligación que tiene el contratista de continuar en la prestación del servicio o la ejecución de la obra, incluso en circunstancias en que un contratista privado sería eximido de ello.⁸⁰

Por otra parte en éste tipo de contratos, los contratistas deben ejecutar no sólo las obligaciones expresamente asumidas, sino también toda otra que sea necesaria para una mejor y más adecuada prestación.

⁷⁹ Díez, Manuel María, Derecho Administrativo Tomo III pág. 27 y Bielsa, Rafael Derecho Administrativo Tomo I pág. 501.

⁸⁰ Jéze, Gastón, Principios Generales de Derecho Administrativo Editorial Depalma 1950. Tomo V. Pág. 16 y siguientes.

Esta teoría, al igual que muchas otras que se refieren a los Contratos Administrativos, fue desarrollada por el Consejo de Estado Francés, cuando ante la necesidad de modificar el sistema de alumbrado (de gas a electricidad) y teniendo en cuenta el derecho exclusivo que los concesionarios tenían contractualmente reconocido, entendió que esa exclusividad del concesionario se encontraba sujeta a una obligación implícita de suministrar la clase de alumbrado que fuera más conveniente al interés general.

Es que más importante que la obra en sí misma, son los fines públicos a que ella sirve. Es la inalterabilidad del fin público contractual la que justifica la modificación del contrato tal como inicialmente se pactó.

Dicho en otras palabras, no es la común intención de las partes, sino el interés general en una mejor prestación del servicio ó ejecución de la obra, lo que fundamenta estas obligaciones inherentes que tiene el contratista.

Con la visión finalista del fin del contrato, que es la prestación de interés general, en esta materia el intérprete no buscará ya descubrir solamente la voluntad común que tuvieron las partes al contratar, método de la contratación civil, sino que intentará descubrir cómo las partes han pretendido satisfacer el interés general a través de la contratación. método teleológico. y con una visión en el presente, analizando las necesidades de la colectividad en el sentido más favorable del interés, fin o servicio público que se pretende satisfacer.

c) Intransferibilidad del contrato.

La intransferibilidad del contrato tiene su apoyo en el carácter *intuitu personae* de los Contratos administrativos, pues la regla general es que la administración no tiene la libertad de contratar con cualquiera.⁸¹

Luego entonces, surge la prohibición del contratista para ceder el contrato ó subcontratar, pudiendo hacerlo en este último caso con la autorización expresa y por escrito dada por la Administración.

En el artículo 38 de la L.O.P. del Estado de Jalisco, se contiene la característica referida, dicho artículo establece:

"En ningún caso, los derechos y obligaciones de los contratos otorgados para la realización de obras públicas podrán ser cedidos en todo o parte, a otras personas físicas o morales distintas de aquellas a las que se les hubiese adjudicado el contrato.

El contratista, a quien se le adjudique el contrato, no podrá hacer ejecutar la obra por otro, pero, con autorización previa de la contratante, podrá hacerlo respecto de trabajos especializados de la obra, o cuando adquiera materiales o equipos que incluya su instalación en la misma. En estos casos, el contratista seguirá siendo el responsable de la ejecución de la obra y de los términos pactados en el contrato ante la contratante, sin perjuicio de las penas convencionales que pudieran imponérsele; el subcontratista no quedará subrogado en ninguno de los derechos del primero....."⁸².

Del precepto legal en cita no se desprende la limitación de subcontratación a un determinado porcentaje, sin embargo del texto legal se colige que nunca podrá ser total.

⁸¹ Procedimiento de licitación para escoger al contratista más cualificado.

⁸² Compilación de Leyes y Reglamentos del Estado de Jalisco, op. cit.

d) La inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus* en favor del contratista.

La *exceptio non adimpleti contractus*, no puede ser invocada por el contratante, pues siempre estará en juego un interés público superior a cualquier interés económico particular.⁸³

Bercaitz sostiene, y con razón, la aplicabilidad de la *excepción de contrato no cumplido*, cuando la inejecución de la administración en sus obligaciones haga verdaderamente imposible la realización de la carga obligacional asumida por el contratista y también por el atraso ó la falta de pago de las estimaciones, cuando esto asuma caracteres graves.⁸⁴

Después de haber analizado en este capítulo cuales son las características y esas notas típicas que diferencian los Contratos administrativos, de los Contratos de Derecho común, pasaremos al capítulo central de este estudio de tesis que es la denominada *Garantía al equilibrio económico*, para analizar en que consiste esta garantía, que protege, y cuales fueron sus orígenes.

⁸³ En este sentido opinan, entre otros: Bercaitz, Escola, Fiorinni.

⁸⁴ Bercaitz, Miguel Angel. Op. Cit. pág. 69 y ss.

CAPITULO V
PRINCIPIOS DEL EQUILIBRIO
ECONOMICO, EN LA CONTRATACION
ADMINISTRATIVA

CAPITULO V

PRINCIPIOS DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

A. INTRODUCCIÓN

Como hemos venido analizando, la *Administración Pública*, goza en su actividad Contractual de ciertas *facultades y prerrogativas* para la salvaguarda de los intereses públicos a las que no puede renunciar.

Por otro lado tenemos que el *Contratista particular*, requiere como garantía mínima para que pueda hablarse de la vigencia de un contrato, del *respeto de los intereses* que al mismo lo llevaron a contratar con la Administración.

La armonización de estas dos posturas que a primera vista nos podrían parecer contradictorias, se lleva a cabo mediante lo que hoy se conoce con la denominación de *principio del equivalente económico*⁸⁵ ó *ecuación económica financiera del contrato administrativo*, que no es otra cosa que una protección excepcionalmente intensa del objetivo económico del contratista particular, que nace como límite y contrapartida de las *facultades exorbitantes*⁸⁶ de que goza la Administración en este tipo de contratos.

⁸⁵ Fiorinni, A. Bartolomé, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, Buenos Aires 1968. Edit. La Ley, pág. 455.

⁸⁶ Al respecto Waline, Marcel señala, que éstas son una imposición del poder público que lo reclama inspirado en el interés general, que no debe estar subordinado a un interés particular.

B. ORIGEN DE LA TEORÍA.-

La Teoría se expone por primera vez en Francia en 1910, cuando León Blum, en el ahora famoso *Arret "Cie. General Francaise des Tranways"* sostuvo que:

"Es de la esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que son acordadas al concesionario y las cargas que se le imponen... En todo contrato de concesión se ha dicho está implícito, como un cálculo, la equivalencia honrada entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige, Si la economía financiera del contrato resulta destruida, si por el uso que ha hecho la autoridad concedente de su poder de intervención, algo se ha perturbado en ese equilibrio de ventajas y cargas, de obligaciones y derechos, nada impedirá al concesionario iniciar una acción en demanda de justicia. Demostrará que la intervención regular en sí misma, obligatoria para él , le ha causado un daño cuya reparación se le debe" ".⁸⁷

Este principio que originalmente nace para la Concesión se adopta luego para todos los Contratos de la Administración.

En la actualidad se acepta de manera uniforme por la doctrina, que el particular que celebra un contrato con la Administración, lo hace guiado por el propósito de obtener un *beneficio económico* que resultará de la diferencia que exista entre el costo que para él implica ejecutar las prestaciones asumidas en el contrato y el precio convenido por ellas.⁸⁸

⁸⁷ Canals Arenas Jorge R, Caracteres, régimen especial y equilibrio económico-financiero en los contratos y concesiones administrativas, Revista Ars Iuris (Revista de Documentación e Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana Número 10 pág. 66

⁸⁸ Escola, Héctor J., Tratado integral de los contratos administrativos, Buenos Aires, Edit. Depalma 1977, Tomo I pág. 452.

Es por eso que un contrato produce desde un punto de vista económico, la configuración de una relación que se basa en obligaciones y derechos que deben mantenerse inalterables durante todo su transcurso.⁸⁹

Barra señala: que al momento de perfeccionar un contrato, la vida del mismo queda así fijada como si se hubiera fotografiado, y como en ese momento surgió el principio de igualdad, este debe mantenerse durante la vida real del contrato. Es por eso que de alguna manera las notas típicas de la contratación administrativa permiten sostener que el contrato "le asegura" al contratante la obtención del beneficio que resulta de la ecuación que se estableció al momento de contratar.⁹⁰

C. FUNDAMENTO DE LA GARANTÍA

El fundamento de ésta garantía, lo encontramos como contrapartida de las facultades exorbitantes que el contrato reconoce a la Administración, ya que la misma no puede ser obligada a cumplir un contrato cuyo contenido se ha vuelto inútil o innecesario para el interés público.

Así mismo, las cláusulas del contrato no pueden ser un límite a la necesidad de adaptarlo a los nuevos requerimientos que va imponiendo ese mismo interés público.

Pero es obvio, que esas facultades de no cumplir el contrato, o no cumplirlo tal cual fue pactado por la Administración, no pueden ir en demérito económico del

⁸⁹ Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970 Tomo III-A, pág. 469.

⁹⁰ Barra Rodolfo, Principios de Derecho Administrativo, Bs. As., Ábaco, 1980 Tomo I, pág. 150.

contratista, pues el interés que busco el particular al momento de contratar se convierte en un *derecho subjetivo* que en consecuencia debe ser respetado.⁹¹

Pues si tenemos por un lado que la colectividad se beneficia por la modificación o extinción de ese *derecho subjetivo* que el contrato le concedía al particular, es la misma colectividad la que debe soportar el quebranto que esa modificación trae como consecuencia para el contratista.⁹²

Ya que si no fuera así, se estaría imponiendo al contratista una carga excesiva y diferencial en relación al resto de los ciudadanos. Ya que no solo contribuiría en el precio del contrato a través del pago de sus contribuciones, como el resto de los ciudadanos, sino que también tendría que absorber individualmente parte del precio del contrato al soportar la pérdida de su beneficio, por asumir parte del costo de la obra.

Este principio desde un punto de vista civilista resulta de difícil comprensión puesto que estamos aplicando respuestas que se originan de responsabilidad extracontractual a una relación contractual, que supone, en cierta manera, una responsabilidad extracontractual, que se liquida en el seno de un contrato.

En la práctica vemos que el ejercicio del *potestas variandi* y *factum principi* son acciones extracontractuales, pero la doctrina establece que son facultades que la Administración puede lícitamente ejercer ya que el contrato la autoriza explícita ó implícitamente. siempre y cuando compense los efectos económicos que produce en su actuar.

⁹¹ Marienhoff, Op. cit. Tomo III-A pág. 471.

⁹² Jéze, Principios Fundamentales de Derecho Administrativo, Tomo IV, pág. 234.

Esta situación se traduce en una garantía para el particular y para la comunidad de que el contrato a de cumplirse, y en este caso el particular contratista no puede renunciar válidamente a reclamar indemnización por los perjuicios que resulten del ejercicio del *Hecho de la Administración ó del Hecho del Príncipe*.⁹³

1.-Esencia en el Derecho Administrativo de éste principio.

Este principio del equivalente económico, nace en los Contratos administrativos, de la necesidad de respetar si no el único, al menos el más importante aspecto dentro de lo pactado en el contrato , sin embargo no considero adecuada la afirmación que algunos doctrinistas hacen de este principio, al señalar que el mismo es una aplicación del principio civil del *contractus lex*.⁹⁴

Ya que ésta afirmación induce a la confusión de considerar al *contractus lex* como un principio típico de toda la contratación administrativa, cuando en realidad éste es sólo aplicable y a título de excepción a su aspecto económico.⁹⁵

Por el contrario, el fundamento real de éste principio radica en la necesidad de compensar la falta de vigencia del principio *contractus lex* en los aspectos no económicos de la contratación, administrativa, por lo que de la anterior reflexión podemos afirmar que este es un principio típico de los Contratos Administrativos.

Aquí el problema no es cuestión de terminología, sino que éste se traduce en importantes consecuencias prácticas. Ya que cuando la Administración por razones de

⁹³ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, pág. 492.

⁹⁴ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A pág. 471,

⁹⁵ Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Pág. 48-51.

oportunidad, no ejecuta su prestación en la forma convenida, ya sea porque varía el contrato, ya sea porque lo extingue, no está incumpliendo ninguna obligación contractual, sino que está ejerciendo una facultad contractual implícita que la autoriza a cumplir el contrato en especie, es decir ejecutando las prestaciones como fueron manifestadas en el contrato, o por equivalente que significa el abonando lo necesario para mantener inalterable la ecuación económica financiera del contrato.

Dicho en otras palabras, no está ejecutando otra cosa que una actividad contractualmente reconocida y lícita.⁹⁶

Aquí cabe señalar que la responsabilidad que tiene el Estado de *indemnizar* lo que altero por su actuación no es en este caso una sanción por un comportamiento inadecuado, sino un mecanismo objetivo de reparación en la medida que su actuación provocó una lesión patrimonial.

Por lo que vale la pena distinguir entre lo que significa *reparación e indemnización*, pues mientras la primera surge de la conducta ilícita de la Administración Pública, la segunda, en cambio, encuentra su fundamento en el campo de la actividad lícita de la Administración.⁹⁷

Por lo que de éste orden de ideas podemos señalar que, son inaplicables las normas sobre resarcimiento de daños y perjuicios por incumplimiento consagrados en nuestro Código Civil Federal,⁹⁸ en los Artículos 2104, al, 2110 ya que los conceptos de dolo,

⁹⁶ Bercaitz, *Teoría general de los Contratos Administrativos*, Pág. 391.

⁹⁷ Fiorini, A. Bartolomé, Op. cit. Tomo II pág. 737 y siguientes.

⁹⁸ Leyva Gabriel, Cruz Ponce Lisandro, *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*, Edit. Miguel Angel Porrúa, México 1989 pág. 326-328.

culpa, buena fe, diligencia de un padre de familia, nada tiene que ver con ésta indemnización netamente compensatoria e integral.

Aquí la responsabilidad patrimonial que tiene el Estado, no es en éste caso una sanción personal por un comportamiento inadecuado, sino un mecanismo objetivo de reparación en la medida que se haya producido una lesión patrimonial.

Por lo que de lo anteriormente expuesto podemos decir en síntesis, que frente, a los poderes exorbitantes que tiene la Administración para *modificar, suspender o no ejecutar el contrato*, surge una obligación general de *indemnizar*, que es precisamente, lo que permite seguir llamándolo contrato.

Y es de esta forma como se logra conciliar las exigencias del interés público que está cambiando, con la rigidez y obligatoriedad propia de la figura contractual, conciliando así ésta situación sin atentar contra el efecto esencial que produce un contrato, que es el de crear derechos, los cuales no pueden nunca desconocerse sin una plena y justa indemnización.

Por lo que si observamos el Contrato Administrativo desde el punto de vista de la seguridad, veremos que este presenta una relación menos estable que el Contrato Civil, pero que gracias al derecho de indemnización admitido, el contratista, puede gozar de una seguridad financiera., y al fin de cuentas podríamos señalar que esto es lo que le interesa al contratista.⁹⁹

⁹⁹ En el Derecho Argentino, como en el Francés, existe la obligación de indemnizar en base a éste principio.

D. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO.

Este principio del equivalente económico, fue pensado en sus orígenes, como una nota típica del Contrato de Concesión de Servicios, pero rápidamente generó su propia expansión y hoy se acepta como un principio propio de todos los Contratos de la Administración así mismo solo funcionaba, como la contrapartida de las facultades exorbitantes de la Administración, es decir para compensar las alteraciones que en el contrato se reflejaran por su propia actividad y no se incluían como consecuencia las provenientes de hechos ajenos a la voluntad de las partes (Caso típico de la *Teoría de la Imprevisión*)¹⁰⁰

Actualmente entran dentro de esta Garantía dentro de algunas Legislaciones por ejemplo, la Argentina, las alteraciones a la configuración original del Contrato provenientes del *Potestas Variandi*, y del *Factum principis* así como las que no provienen de la voluntad de las partes *Teoría de la Imprevisión*.¹⁰¹

Después de haber señalado cuales son las tres alteraciones al Contrato Administrativo, que originan la aplicación de éste principio del equivalente económico, pasaremos al estudio de cada una de ellas.

¹⁰⁰ Waline, Marcel, *Derecho Administrativo*, Pág. 617 y 618.

¹⁰¹ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 473 y siguientes.

1. *Potestas Variandi* y *Factum Principis*.

Casi toda la Doctrina equipara el *Potestas Variandi* con el *Factum Principis*.

Aunque prácticamente no valdría la pena diferenciarlos porque ambos dan derecho a la *indemnización*, por razones de profundizar en el análisis trataremos de explicar cuales son los elementos que los diferencian.

En el *Potestas Variandi*.- Entran todas las modificaciones que lleva a cabo la Administración, en relación al Contrato celebrado con el cocontratante, es decir son modificaciones internas del objeto y contenido de la prestación, en cantidad, calidad, plazo etc.

Por lo que respecta al *Factum Principis*.- En este caso, todas las modificaciones generales que introduce el Estado, que no van referidas específicamente al Contrato, pero que implican un cambio, en las condiciones externas de ejecución del mismo.

Es decir no se modifica en contenido interno del contrato sino que se alteran las condiciones ambientales en que debe ejecutarse, lo que se traduce en un desequilibrio de prestaciones.

El fundamento del *Potestas Variandi* lo encontramos en las Facultades que tiene la Administración en su Poder de Policía, y de Control de Obras y Servicios Públicos.

Por su parte el *Hecho del Príncipe* tiene su fundamento en la Potestad que tiene el Estado como Rector de la Economía en el Estado Actual.

Después de haber diferenciado el alcance de estos supuestos, diremos que en ambos casos estamos hablando de que el Contratista tiene un derecho de Indemnización, que surge y tiene su fundamento porque si el contenido del Contrato que este celebró garantizaba al contratista un beneficio determinado, no existe razón jurídica alguna que permita a la Administración modificar el contenido de ese Derecho sin el pago de una indemnización compensatoria.

Aquí vale la pena recalcar que esta indemnización es resultado no de una actividad ilícita de la Administración, sino una compensación que surge de un actuar lícito de ésta.

Andrés Serra Rojas en el análisis de los Hechos supervenientes que pueden darse en la Ejecución de un Contrato Administrativo, al hablar del *Hecho del Príncipe*, se refiere a este, en un sentido amplio en los siguientes términos:

"Se llama hecho del príncipe a toda medida dictada por los poderes públicos que tiene por consecuencia la de hacer más difícil y onerosa la ejecución del contrato por el Cocontratante"¹⁰²

¹⁰² Serra Rojas, Andrés Op. cit pág. 1155.

Por lo que hay que distinguir que sólo las disposiciones administrativas de tipo general, no referidas expresamente a un Contrato que se traducen en un cambio en las condiciones de ejecución del mismo son hecho del príncipe.¹⁰³

Entre estas modificaciones Bercaitz¹⁰⁴ señala que se encuentran: las económicas, las fiscales, y las medidas sociales.

Por lo que respecta al *daño* que debe causar en el contratante el *Hecho del Príncipe*, éste se traduce en que debe ser un *Daño cierto y diferencial*, es decir debe tratarse de situaciones generales, que causen al contratista consecuencias especialmente dañosas y que sean diferentes del resto de la comunidad.¹⁰⁵

Ya que si éstas fueran igual para todos los ciudadanos lo estaríamos eximiendo con un trato preferencial de una carga diferente.

Después de haber analizado que actos entran dentro del Hecho del Príncipe, y que actos pertenecen a los Hechos de la Administración, pasaremos al estudio del otro supuesto que en la actualidad también se incluye dentro de la denominada Garantía al Equilibrio Económico.

¹⁰³ Marienhoff, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo III-A, pág. 479-480 y 484-485.

¹⁰⁴ Bercaitz, *Teoría general de los Contratos Administrativos*, Pág. 388.

¹⁰⁵ Marienhoff, *Op. cit.* Tomo III-A pág. 494.

E. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

1. Introducción.

Uno de los postulados básicos del régimen contractual moderno, es aquel que sostiene que los Contratos forman para las partes, una suerte de Norma ó Ley individual, a la que deben someterse estrictamente, como si se tratara de la Ley misma.

Ripert señala que contratar, es prever. Por ello el contrato debe obligar a las partes cualquiera que sean las circunstancias sobrevinientes.

En esta concepción, la única posibilidad de eximirse del cumplimiento de un contrato, está dado por la imposibilidad absoluta de su cumplimiento que es el caso de la fuerza mayor.

Esta concepción simple y armónica en un principio, no fue considerada de igual manera cuando las Circunstancias por las que atravesaba la Sociedad mundial a principios de siglo, que fueron el resultado de la influencia negativa que generó en la Economía la Primera Guerra Mundial, provocaron que los Contratos sufrieran las consecuencias que generó esta situación de inestabilidad.

“No era justo, llevar a la quiebra a un contratista que su único error había sido, no prever lo imprevisible”.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Marienhoff, Op. Cit. Pág.

La Teoría de la Imprevisión es la respuesta que el derecho debe brindar, cuando circunstancias extraordinarias e imprevisibles alteren substancialmente el equilibrio de las prestaciones contratadas, volviendo el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes excesivamente gravosas.

Obviamente el fundamento que sirve para justificar esta Teoría dentro del Derecho Privado, no es el mismo en el que se fundamenta en el Derecho Público, ya que mientras en el primero solo existen frente a frente intereses particulares, en el segundo, frente al interés del particular contratista se coloca el interés público representado por la Administración.

2. Antecedente de la Cláusula *Rebus Sic Stantibus*

Como desarrollamos en el Capítulo Histórico de éste Trabajo, La voz *Contractus*, es una traducción latina del vocablo griego, que nace impregnada por una idea de equivalencia de prestaciones, que funcionaba más como garantía de paz social, que como un derecho subjetivo.

Esta concepción griega, se vio modificada en el Derecho Romano por la influencia que tuvo la Filosofía Estóica, que desplazó la concepción que se tenía hacia la buena fe, entendida como un respeto irrestricto a la palabra dada ó al compromiso tomado.

"El Contrato así concebido ya no es la conmutación, adecuada, ajustada y equilibrada, sino el acuerdo de voluntades, cualquiera que sea su contenido y alcance *Pacta sunt servanda*"¹⁰⁷

No obstante lo anterior, el Derecho Romano descubrió que no siempre era justo mantener la palabra dada cuando el cambio de circunstancias volvía excesivamente gravoso su cumplimiento (recordar los casos excepcionales que se explicaron en el capítulo histórico).

Las soluciones que en principio se dieron de manera excepcional, se extendieron para otros casos en la época Justiniana y el concepto recibió gran influencia de la Filosofía cristiana.

La concepción canónica del contrato, que estaba estructurada siempre para favorecer la equidad, fue el camino adecuado para su aceptación y posterior difusión. Y fueron los *Decrétales de Graciano*, la *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino* y las *Obras de Bartolomé de Brescia* las que le darán la configuración orgánica.

El principio se generalizó y ganó adeptos en la época de los posglosadores, entre los cuales Bártolo, lo estructura de la siguiente manera "*Contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futura rebus sic stantibus intelliguntur*"¹⁰⁸ Lo anterior implica que las obligaciones contractuales deben ser entendidas en relación con el estado que guardaban las cosas en el momento que se contrató.

¹⁰⁷ Villey, op.cit pág. 397 y siguientes.

¹⁰⁸ Bustamante Alsina, Jorge *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1989, pág. 122.

En consecuencia, el cambio significativo en los supuestos en que se contrato, implican alteraciones que el derecho no puede desconocer, pues las voluntades se ligaron en base a cierta situación y en espera de determinados efectos y no en función de situaciones y efectos totalmente diversos, que se dan independientemente de la voluntad de los contratantes.

La Cláusula vivió su apogeo en los Siglos XIV a XVII, e incluso fue adoptada por los Códigos de origen germánico, como fueron el *Codex Maximilianus Bavarius Civil* de 1756 y el *Código General de los Estados Prusianos* de 1794 así como el *Código Austríaco* de 1812; ésta cláusula se expandió en las concepciones de los estudiosos por toda Europa, a excepción de Francia.

Durante el Siglo XVIII, principalmente por influencia de la escolástica decadente que concebía al derecho como una yuxtaposición encontrada de derechos individuales, es cuando la cláusula comienza en su decadencia, hasta llegar a su momentánea extinción con la *Concepción del Liberalismo Económico* y el *Código Napoleónico*.

Es con la Concepción del Liberalismo en el que el pensamiento individualista liberal, a través del respeto irrestricto de la voluntad de las partes, que conducen al predominio absoluto del principio de *Contratus lex ó pacta sunt servanda*.

Y es hasta el nacimiento de las ideas del Estado Social de Derecho, a las que se aunaron las graves circunstancias que derivaron de la Primera Guerra Mundial, que hacen resurgir y concebir teorías como la lesión, el abuso del derecho ó la imprevisión contractual.

Sin embargo cabe resaltar que la concepción de la Teoría de la Imprevisión tal como funciona para el Derecho Administrativo, es una concepción original, que nació como tantas otras para el campo de los Contratos Administrativos de la Jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, en el que la concepción de la *Cláusula Rebus Sic Stantibus* es solo un antecedente lejano.¹⁰⁹

Marienhoff la ha definido como: "El medio por el cual, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles, posteriores a la celebración de un Contrato Administrativo, pero temporarias o transitorias, que alteran su ecuación económico financiera en perjuicio del contratante, éste puede requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar ésta crítica situación y poder cumplir o seguir cumpliendo sus prestaciones".¹¹⁰

A la anterior definición cabría agregar además, que ese acontecimiento debe ser completamente ajeno a la voluntad de ambas partes.¹¹¹

3. Fallo del Consejo de Estado Francés en el Caso de la Compañía General de Electricidad de Bordeaux.

Esta concepción de la Teoría de la Imprevisión fue consagrado por el fallo dictado en Marzo de 1916 en el caso de la Compañía General de Electricidad de Bordeaux en contra de la Villa de Bordeaux.

Es decir que la Teoría de la Imprevisión en su aplicación a la Contratación Administrativa, es de origen estrictamente Jurisprudencial y nace como consecuencia

¹⁰⁹ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, pág. 514.

¹¹⁰ Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A pag.501

¹¹¹ Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, pág. 446.

de la grave crisis que la Primera Guerra Mundial introdujo en la gestión de los Servicios Públicos especialmente en materia de provisión de electricidad.¹¹²

Ello fue la consecuencia de que en su explotación, se utilizaba una materia prima (el carbón) cuyo precio alcanzó, poco después de iniciada la guerra, cantidades insospechadas.

Si bien el Consejo de Estado ya había hecho aplicación de esta teoría en resoluciones anteriores, fue hasta este Caso cuando la teoría se elabora con, todas las notas que a la fecha la siguen caracterizando.¹¹³

En el caso en cuestión, ante la imposibilidad de seguir suministrando gas al precio fijado y la ausencia de una Cláusula que le permitiera el incremento, la Compañía General de Alumbrado de Burdeos pidió al Municipio de la Ciudad de Burdeos, autorización para aumentar el precio del servicio, para así sufragar por lo menos parcialmente, las pérdidas extraordinarias que por la situación venía sufriendo.

Ante el rechazo de la petición por parte del Municipio en primera instancia y de la Prefectura de Gironde a quien se solicitó después la autorización, el caso llegó al Consejo de Estado Francés.

El problema analizado desde la situación de aquellos tiempos, implicaba que la Administración y por lo tanto los usuarios del servicio, tuvieran que renunciar al beneficio inesperado producido en un Contrato aleatorio.

¹¹² Idem.

¹¹³ Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A pág. 509.

Después de un Siglo de aplicación del Principio de Contractus lex (En el que se establece que cada parte debe soportar su riesgo), si se trataba de buscar la respuesta en el Derecho Privado, esta no se encontraría sino se recurría a principios de buena fe, equidad, etc.

El mérito del fallo que otorgó el Consejo de Estado, es que creó una doctrina que sería aplicable para la materia Administrativa, haciendo énfasis en el Principio de Mutabilidad de los Contratos Administrativos que implica el irlos adaptando al fin público que sirven, creando así una doctrina orgánica sobre la materia.¹¹⁴

Tal y como señala Ariño Ortíz, el considerando central del fallo presenta todas las Notas Típicas que van a caracterizar las condiciones de existencia y aplicación de esta Teoría.

Dicho Considerando establece: “Considerando que: como consecuencia de la ocupación por el enemigo de una gran parte de las regiones productoras de carbón en la Europa Continental, de la dificultad cada vez más considerable de transportes por mar en razón de la requisita de las naves hecha con motivo de la guerra marítima, el alza sobrevenida en el curso de la guerra actual en el precio del carbón, que es la materia prima de la fabricación del gas, ha alcanzado una proporción tal que no solamente tiene un *carácter excepcional* (primera nota), sino que entraña en el costo de fabricación del gas un aumento que *sobrepasa ciertamente los límites extremos de aumentos que hubieran sido previstos* por las partes en el momento de contratar; que como consecuencia del curso de las circunstancias indicadas la economía del contrato se encuentra absolutamente “*bouleversée*” (segunda nota); considerando que resulta de todo lo anterior que la compañía pretende no poder ser obligada a soportar ningún aumento de precio del carbón por encima de 28 francos la tonelada, siendo esa cifra, según ella, considerada como la correspondiente al precio máximo del gas, previsto en el mercado, y sería por completo excesivo admitir que hay lugar a la aplicación pura y simple del “*cahier des charge*”, como si se encontrase en presencia de un *alea ordinario de la empresa* (tercera nota) que importa, por el contrario, buscar, para poner

¹¹⁴ Bercaitz, *Teoría general del Contrato Administrativo*, pág. 447 y 448.

fin a estas *dificultades temporales* (cuarta nota), una solución que tenga en cuenta a la vez que el interés general, que exige *la continuación del servicio por la compañía* con la ayuda de todos los medios de producción (quinta nota), y las condiciones especiales en que se encuentra la compañía y que no permiten al contrato recibir su aplicación normal; que a éste efecto conviene decidir, de una parte, que la *compañía está obligada a asegurar el servicio concedido* (sexta nota), y, de otra parte, que ella debe soportar solamente, a lo largo de este período transitorio la *parte de las consecuencias onerosas de la situación de fuerza mayor*, más arriba descrita (séptima nota), que la *interpretación razonable del contrato permite dejar a su cargo* (octava nota) que hay lugar, en consecuencia, anulando la decisión impugnada, a reenviar a las partes ante el Consejo de Prefectura, al cual pertenecerá, *si ellos no llegan a ponerse de acuerdo sobre las condiciones especiales en las cuales la compañía podrá continuar el servicio* (novena nota), determinar *teniendo en cuenta todos los hechos de la causa* (décima nota), el monto de la indemnización, a la cual la compañía tiene *derecho en razón a las circunstancias contractuales*, en las cuales ella había debido soportar el servicio durante el período considerado (décima primera nota)¹¹⁵

Del análisis de este fallo podemos ver, como el mismo consideraba paralelamente, por un lado la terminación y muerte del contrato, que es resultado típico de la Teoría de la Fuerza mayor y por otro lado la continuación y vida del contrato, resultado típico de la Teoría de la Imprevisión, que pretende que el mismo subsista.¹¹⁶

En el caso de aplicación de la primera Teoría decimos que esta libera del cumplimiento de la obligación, mientras que la segunda garantiza una ayuda parcial y transitoria por parte del Estado.

Esto llevó a Waline a sostener que la Indemnización cumple, en la Teoría de la Imprevisión, la función de prevenir que las dificultades sobrevinientes lleven a una fuerza mayor, al agravar sus efectos y transformar la dificultad, en imposibilidad de cumplimiento.¹¹⁷

¹¹⁵ Ariño Ortiz, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos* pag. 133.

¹¹⁶ Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativos*, pág. 449.

¹¹⁷ Waline, Marcel *Derecho Administrativo*, Pág. 533.

El sentido del fallo del Consejo de Estado Francés provocó en su origen el levantamiento de opiniones en oposición, tanto por la doctrina jurídica, como por el ambiente político y administrativo, quienes manifestaron su desaprobación intentando no solo desconocer esta jurisprudencia, sino también tratando de evitar la aplicación de ésta mediante la creación de leyes expresas sobre la materia.

Sin embargo, con el paso del tiempo, esta Teoría ha sido adoptada unánimemente en el ambiente jurídico, político y administrativo francés y no solo para la aplicación de la misma en el caso de la Concesión sino que ha sido recogida para aplicarse en todos los Contratos Administrativos.¹¹⁸

Jéze, en este sentido expresa: que toda regla jurídica que encierra un principio de justicia y provoca un resultado socialmente conveniente, una vez admitida por el derecho, continúa su vida y su desarrollo aplicándose a supuestos distintos de los que le dieron origen.¹¹⁹

F. FUNDAMENTO DE APLICACIÓN DE ESTA TEORÍA EN EL CAMPO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

La Teoría de la Imprevisión Contractual en los Contratos Administrativos se basa en los siguientes principios:

¹¹⁸ Jéze, Principios Generales de Derecho Administrativo, Tomo V, Pág. 30 y 31

¹¹⁹ Idem.

1) La Buena Fe.- Tal y como hemos venido explicando, el Contrato Administrativo, supone la incorporación contractual del particular al ámbito de la organización administrativa, con el objeto de lograr la concreta satisfacción de un fin de interés general.

Como esta participación del particular es interesada, el contrato armoniza los intereses contrapuestos de las partes, pero con la expresa subordinación de ambos al *fin primario del contrato que es la satisfacción del interés general*.

Dicho en otras palabras, existe un doble orden de intereses:

1.- Un primer orden constituido por el *interés primario*, común a ambas partes, de que el contrato se ejecute como condición de *satisfacción del interés general* y

2.- Un *segundo orden*, constituido por el *interés privado* que cada una de las partes tiene y que generalmente va en *miras a la cuestión pecuniaria*.

Analizando éstos dos órdenes podemos señalar que, la Buena Fe de la Administración se concreta así en el sentido finalista de esta, es decir que debe mirar hacia el interés general del contrato, más que al interés pecuniario de la Administración.¹²⁰

Esta Buena Fe en materia Administrativa , ya no es sólo un principio general como ocurre en el derecho privado, sino que funciona como contrapartida específica otorgada al contratista, como compensación por las facultades exorbitantes reconocidas

¹²⁰ Ariño Ortiz, Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos Pág.296.

a la Administración y por la obligación que tiene de aportar su máximo esfuerzo, que deriva del carácter de colaborador de la Administración.¹²¹

En conclusión: La configuración de los Contratos Administrativos, requiere de las partes que intervienen en el mismo una forma de participación ajustada a ciertos lineamientos, la Administración debe orientarse primariamente a la satisfacción del interés general que dictó la formación del contrato.

Y por su parte el contratista particular debe procurar la satisfacción de la pretensión económica que lo llevo a contratar, por lo que para hacerse acreedor a ésta, debe cumplir con su máximo esfuerzo, integridad y lealtad las obligaciones asumidas.

Es por eso que si el contratista cumple con lo que está obligado tal como debe hacerlo, debe la Administración ayudarlo a mantener el *equilibrio económico financiero convenido en el contrato*, cuando circunstancias sobrevenientes afecten este equilibrio.

En síntesis podemos decir, que El cocontratante de la Administración está colaborando con ésta en la prestación de un servicio público y en la consecución del bienestar social.

Si bien es cierto que espera de su actividad un beneficio, ello justifica que sean a su cargo los *riesgos ordinarios del negocio*, más no los extraordinarios que generalmente operan a través de crisis generales.¹²²

¹²¹ Idem.

¹²² Bercaitz, *Teoría General de los Contratos Administrativo*, Pág. 511.

Por lo que resulta considerar que el trasladar este riesgo ó situación imprevisible a la Administración Pública permite, vía recaudación impositiva que el riesgo se colectivice entre todos aquellos que se benefician con la prestación contractual, esto es la sociedad en su conjunto

Después de haber analizado el fundamento, origen y alcance de esta Garantía analizaremos cual es la situación legislativa en México.

G. LA GARANTÍA AL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN MÉXICO.

Si analizamos en México donde encontramos el fundamento jurídico de esta garantía, independientemente de que la misma se consagre en la Legislación, habremos de remitirnos para tal efecto a nuestro orden jurídico constitucional que establece el principio de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas Art. 31 Fr. IV ¹²³, lo que implica que el costo económico de cualquier emprendimiento en que esté comprometido un fin ó interés general, debe ser proporcional y equitativamente distribuido entre todos los miembros de la comunidad, a través del régimen tributario, que actúa como el instrumento que colectiviza los costos estatales.

En el caso que estamos analizando de la Teoría de la Imprevisión, si ésta no se consagrara en los Contratos Administrativos nos enfrentaríamos a la siguiente situación.

¹²³ C.P.E.U.M, Op. Cit.

Si por la influencia de factores totalmente extraños a la voluntad de las partes, la prestación del contratista se vuelve notoriamente más onerosa, la comunidad estaría recibiendo una prestación mayor (puesto que el valor real que tendrá el objeto del contrato se ha incrementado) y el contratista al estar obligado a cumplir el contrato estaría soportando una carga diferencial en relación al resto de los ciudadanos, que implicaría una desproporcionalidad y equitatividad de la carga.

Porque si bien todos los ciudadanos están pagando con sus impuestos el costo del contrato, hay alguien que en esta relación estaría pagando más y esta persona sería el contratista quien no solo estaría pagando el Contrato vía sus impuestos sino que además estaría soportando en su propio patrimonio, el costo diferencial producido por los factores económicos imprevistos.

Es decir que en un régimen constitucional como el Mexicano, la garantía la encontramos dentro del ámbito constitucional por lo que las legislaciones en materia de Contratos Administrativos deben recogerla.

En el Contrato de Obra Pública, la preservación al equilibrio económico financiero del contrato se desprende del principio de flexibilidad que se consagra en el Artículo 36 ¹²⁴ y del principio de conmutabilidad inmerso en el Artículo 39.

Por lo que toca a las concesiones, el concesionario soporta el riesgo de la empresa, pero no controla ni las cargas ni los provechos de la misma, pues la administración regula unilateralmente el funcionamiento del servicio y aprueba las tarifas.¹²⁵

¹²⁴ Compilación de Leyes y Reglamentos del Estado de Jalisco, Ley de Obras Públicas Decreto Número 13901

¹²⁵ Fraga, Gabino op cit. pág. 249.

Para que opere la Teoría de la Imprevisión en México se requieren los siguientes requisitos:

a) La existencia de un Contrato Administrativo (de Obra Pública Artículo 46 de la L.O.P) o su aplicabilidad en las Concesiones Administrativas de Servicios ó de Obra Pública.

b) El surgimiento de circunstancias económicas ajenas a la voluntad de las partes sin existencia de dolo, culpa, negligencia ó ineptitud de los contratantes. Artículo 36 L.O.P.del Estado de Jalisco.

c) La no previsión del acontecimiento por las partes al momento de celebrar el contrato L.O.P. del Estado de Jalisco Artículo 36 ó la Concesión, pues de otra manera se estaría ante la presencia de una cláusula de escalación y no en estricto sentido de la Teoría de la Imprevisión.

d) Que el acontecimiento imprevisto determine un aumento ó una reducción de los costos de los trabajos aún no ejecutados Artículo 36 L.O.P.

e) Que el contratista no haya suspendido la ejecución del contrato ó la prestación del servicio.

CONCLUSIONES

f) El efecto de revisar los costos con miras a que la Administración emita una resolución Artículo 36 L.O.P.¹²⁶

Después de haber analizado en este estudio de Tesis en que consiste la Garantía al Equilibrio Económico, donde tiene sus orígenes y cual es su fundamento, terminaré el mismo realizando un análisis para poder mostrar cual es la situación que prevalece en México respecto de esta materia y cual es la propuesta al respecto.

¹²⁶ Estos requisitos, se encuentran consagrados también, en el Artículo 67 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, Publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 30 de Diciembre de 1993. Modificada por decreto publicado el día 5 de Agosto de 1994.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Tal y como lo analizamos en éste trabajo de Tesis, la figura del Contrato tiene sus orígenes, desde los albores del gregarismo humano, la misma fue evolucionando y configurándose, tomando la filosofía que cada época histórica y circunstancias prevalecientes le imprimieron; inclinándose en ocasiones hacia el respeto al *equilibrio económico* consagrado en el contrato y plasmado por los contratantes al momento de celebrarlo y en otros tiempos sujeto al *riesgo y ventura* que las circunstancias pudieran imprimirle.

49466

SEGUNDA.- La figura del Contrato, es una figura que nace y se desarrolla originariamente en el campo del Derecho Privado, incursionando después dentro del Derecho Público, a medida que la Sociedad se volvía más compleja requiriendo de la intervención del estado, en áreas que en un principio le estaban vedadas.

TERCERA.- Con la finalidad de satisfacer las necesidades colectivas que se le encomiendan al Estado y para justificar su propia existencia, el Estado por conducto de la Administración Pública, utiliza personas y cosas, encaminando su actividad con una visión finalista consistente en la búsqueda del Bien público temporal que implica una subordinación del interés particular, al interés público que el Estado busca satisfacer.

CUARTA.- Del análisis de las facultades y atribuciones del Estado, podemos concluir que éste puede perfectamente contratar, sin embargo los Contratos que el mismo celebra no pueden sujetarse a las mismas reglas de contratación que los Contratos celebrados entre particulares, ya que dentro de los mismos existe un interés superior, que lo representa el interés social.

QUINTA.- Estos Contratos presentan variaciones sustanciales, comparados con las reglas que se establecen para los Contratos de Derecho Privado, por lo que existe un Sector en la doctrina que se inclina por no considerar éste tipo Contractual como un verdadero Contrato; sin embargo al analizar la Naturaleza Jurídica de los mismos, concluyo que son verdaderos Contratos ya que el error de los que no los consideran como tales, consiste en tratar de encuadrar la figura del Contrato dentro de los lineamientos tal y como es concebida dentro del Derecho Privado, olvidando así que es Contrato, el acuerdo de voluntades tendiente a la regulación de consecuencias jurídicas y es por eso que cada rama del Derecho donde participa la figura del Contrato es quien le imprime a éste sus notas típicas.

SEXTA.- El Estado en ésa búsqueda del fin que se le tiene encomendado, busca la colaboración de los particulares, cuya obtención puede darse de manera obligatoria ó en forma voluntaria, dependiendo de la clase de bienes ó servicios, así como del mayor ó menor apremio de la necesidad a satisfacer dentro del ordenamiento jurídico de cada país.

En el caso de los Contratos Administrativos los mismos funcionan como una forma de colaboración voluntaria del particular para con la Administración,

por lo que la figura debe configurarse buscando satisfacer dos niveles; el cumplimiento del objeto del Contrato como primer término y el respeto de los intereses del particular que busca colaborar con la Administración.

SEPTIMA.- Las facultades que goza la Administración en éste tipo de Contratos, a las que se han denominado exorbitantes por la doctrina, son facultades que tienden a que el Contrato se cumpla satisfaciendo el interés que el mismo quiere cubrir, por lo tanto son facultades lícitas que la Administración puede ejercer frente al contratista particular.

OCTAVA.- Sin embargo el Contratista particular tiene derecho a que se respete y mantenga el *equilibrio económico* que el contrato le garantizaba al momento de contratar con la Administración, puesto que hay que tener en cuenta que al contratista lo mueven, 2 móviles para contratar con la Administración.

1ro. Participar con la Administración, en la búsqueda de la satisfacción del interés general que el Contrato busca.

2do. Lograr por otro lado, una colocación productiva de su capital.

NOVENA.- La *garantía al equilibrio económico en los Contratos Administrativos*, constituye un *principio fundamental* de éste tipo de Contratos, que funciona como el contrapeso de las facultades exorbitantes con que cuenta la Administración y que obliga a una reparación integral y plena cada vez que ese equilibrio o ecuación, se ve alterada por la actuación voluntaria y lícita de la Administración *factum principis y potestas variandi*.

DECIMA.- Para el caso de el hecho imprevisible que hace aplicable la *Teoría de la Imprevisión* en materia administrativa, ésta tiene su fundamento en nuestro Derecho, en las disposiciones del Artículo 31 Fr. IV Constitucional que establece la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.

Por lo que el fundamento de la Garantía al equilibrio económico en los Contratos Administrativos, es una garantía que entra en el ámbito constitucional y debe respetarse como principio irrenunciable y operativo por si mismo.

DECIMA PRIMERA.- El respeto a la ecuación económica en los Contratos Administrativos es unánime en la doctrina, sin embargo en México la situación legislativa es la siguiente:

1) Carecemos de una Ley Reglamentaria del Artículo 134 Constitucional, que es el dispositivo que regula la Contratación Administrativa.

Aunque la propuesta específica de éste trabajo, no es el que se elabore una Ley Reglamentaria del Artículo 134 Constitucional, valdría la pena dejar en el tintero, ésta opción ya que de el análisis de diversas legislaciones por ejemplo la Española, existe en ese país una Ley de Contrataciones del Estado que señala los lineamientos y reglas generales que rigen éste tipo de Contratos.

2) En la Ley de Obras Públicas que analizamos, está inmerso el derecho al equilibrio económico financiero del Contrato Administrativo, sin embargo no se encuentra éste legislado como principio normativo general de éste tipo de

contratación que pueda aplicarse para cualquier supuesto de los que analizamos que producen el rompimiento de éste equilibrio y mucho menos para otro tipo de Contratos que celebra la Administración Pública.

Por Decreto de 3 de Enero de 1990 que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 9 del mismo mes y año, se reformó y adicionó el Reglamento de la derogada Ley de Obras Públicas Federal actualmente (Ley de Adquisiciones y Obras Públicas) que en su Artículo 42 establece refiriéndose a los Contratos a Precio Alzado.

"Los Contratos que se celebren bajo ésta modalidad, no serán susceptibles de modificarse en monto ó plazo, ni estarán sujetos a ajustes de costos".

Por su parte, la fracción V del Artículo 27 del Reglamento antes mencionado dispone que, no se otorgarán anticipos, para el ó los convenios que se celebren en los términos del Artículo 41 de La Ley de Obras Públicas, es decir los Contratos a Precios Unitarios.

El acto reglamentario, es un acto desde el punto de vista formal, Administrativo y desde el punto de vista material, Legislativo.

Los reglamentos son dispositivos impersonales, generales y abstractos que tienen como finalidad la ejecución de la Ley que reglamentan, al desarrollar y complementar en detalle los dispositivos legales, pero como normas subalternas que son tienen su medida y justificación en la Ley por lo que por el principio de primacía de la Ley que se consagra en el Artículo 72 inciso f) de la Constitución,

un Reglamento no puede modificar o derogar disposiciones legislativas de carácter formal.

Por lo que de lo anteriormente expuesto, podemos concluir que las dos disposiciones reglamentarias a las que nos referimos eran inconstitucionales, puesto que estaban llenando más allá de lo dispuesto por los Artículos 39, 41 y 46 de la L.O.P. Federal (derogada actualmente), pues su alcance sobrepasaba lo dispuesto por la Ley, limitando y distinguiendo cuando la propia Ley no lo hacía.

Imagino que el legislador, se percató de lo anterior y en la Actual Ley de Adquisiciones y Obras Públicas incluyó en su articulado éstas limitaciones, evitando así que el acto reglamentario traspasara los lineamientos de la Ley.

Sin embargo considero, que la posibilidad de ajustar costos (Teoría de la Imprevisión), evitar indemnizar por las modificaciones que de por sí tiene obligación de ejecutar el contratista con convenio ó sin convenio (inoperancia como regla general de la excepción de Contrato no cumplido) y el no poder obtener anticipos tratándose del caso de Contratos de obra a Precio alzado, donde el Contratista es más vulnerable, es negar los principios de Conmutabilidad, Flexibilidad y respeto al interés económico del cocontratante como colaborador de la Administración.

DECIMA SEGUNDA.- Por todo lo anteriormente expuesto, concluyo que es necesario que se consigne y reconozca expresamente el Derecho del particular a la Garantía al Equilibrio Económico- Financiero y como resultado de ello su indemnización pronta, cuando se altere, adicionando los textos legislativos

existentes añadiendo ésta garantía, mientras carezcamos de una Ley Reglamentaria del Artículo 134 Constitucional.

Esta es la propuesta, que al terminar mi estudio pretendo plantear ya que considero cobra una especial relevancia, porque servirá para que el particular goce de una mayor seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

1. Acosta Romero, Miguel, Teoría General del derecho Administrativo, Edit. Porrúa, 4a. Ed., México 1983.
2. Ariño Ortíz, Gaspar, Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos. Revista del Instituto de Estudios Administrativos, Madrid 1968.
3. Báez Martínez, Manual de Derecho Administrativo, Edit. Trillas, México 1990.
4. Barra Rodolfo, Principios de Derecho Administrativo, Bs. As., Ábaco, 1980 Tomo I.
5. Bercaitz, Miguel Angel, Teoría General de los Contratos Administrativos, Ediciones De Palma, 2a. edición corregida y actualizada, Buenos Aires, 1980.
6. Bielsa Rafael, Derecho Administrativo, 4a. Edición Buenos Aires, 1947.
7. Bustamante Alsina, Jorge Teoría General de la Responsabilidad Civil, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1989.
8. Canals Arenas Jorge Ricardo, El Contrato de Obra Pública Edit. Trillas México, 1991.
9. Canals Arenas Jorge Ricardo, Caracteres, régimen especial y equilibrio económico-financiero en los contratos y concesiones administrativas, Revista Ars Iuris (Revista de Documentación e Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana Número 10.
10. Compendio de Leyes y Reglamentos del Estado de Jalisco, Decreto Número 1901 Ley de Obras Públicas del Estado de Jalisco.
11. CD-ROM de Jurisprudencia, obra editada por la Universidad de Colima.
12. De Buen Lozano, Néstor, La Decadencia del Contrato, Edit. Textos Universitarios, S.A., México, 1965.

13. Diez, Manuel María, Derecho Administrativo Tomo III Bs. As., Bibliográfica Plus-Ultra 1972.
14. Escola, Héctor J., Tratado integral de los contratos administrativos, Buenos Aires, Edit. Depalma 1977, Tomo I.
15. Fiorinni, A. Bartolomé, Manual de Derecho Administrativo, Tomo I, Buenos Aires 1968, Edit. La Ley.
16. Floris Margadant, Guillermo, Derecho Romano, Edit. Esfinge, S.A., México, 1979 .
17. Fraga Gabino, Derecho Administrativo, Edit. Porrúa 30a. Edición, México 1991.
18. Fustel de Coulanges, La Ciudad Antigua Edit. Porrúa S.A., México 1989.
19. García Oviedo Carlos, Derecho Administrativo Tomo II, Edit. EISA 9a. Edición Madrid, 1968 .
20. González Uribe, Hector Teoría Política Edit. Porrúa, 7a.Ed., México 1989.
21. Guido Zanobini, Curso de derecho administrativo, Ediciones Arayú, parte general, traducción de la 6a. edición italiana por Héctor Masnatta y Humberto Piccone, I Buenos Aires, 1954.
22. Ihering, Von Rodolfo, El fin en el derecho. Buenos Aires, Atalaya, 1976
23. Jèze, Gastón, Los Principios generales del Derecho administrativo, Traducción a la segunda edición francesa Madrid, 1928 Editorial REUS.
24. Jèze, Gastón, Principios Generales de Derecho Administrativo Editorial Depalma 1950. Tomo V.
25. Leyes y Códigos de México, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Colección Porrúa 100 edición, Edit. Porrúa, S.A. Av. República Argentina, 15. México, 1995.
26. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley de Obras Públicas, Colección Porrúa, Edit. Porrúa, S.A. Av. República Argentina, 15 México 1992.

27. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, Colección Porrúa, Edit. Porrúa, S.A. Av. República Argentina, 15, México, 1995.
28. Leyva Gabriel, Cruz Ponce Lisandro, Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Edit. Miguel Angel Porrúa, México 1989 pág. 326-328.
29. López Ano y Marín, Angel, Estudio de los Contratos de la Obra artística de la Catedral de Toledo, en el Siglo XVI, en "Anuario de Historia del Derecho Español", Madrid, 1948-1949.
30. Lucero Espinosa, Manuel La Licitación Pública Editorial Porrúa, S.A., 1993.
31. Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970 Tomo III-A.
32. Mayer, Otto, Derecho Administrativo Alemán T.I. Bs, As., Depalma 1949.
33. Nava Negrete, Alfonso Contrato Administrativo, Diccionario Jurídico Mexicano Tomo III obra del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Editorial Porrúa, México 1985.
34. Nava Negrete, Alfonso Contratos de la Administración Pública, Revista del Tribunal Fiscal de la Federación 2o. Núm. extraordinario, Ensayos de Derecho Administrativo y Tributario para conmemorar el XXX aniversario de la Ley de Justicia Fiscal.
35. Nava Negrete, Alfonso Contratos Privados de la Administración Pública, Revista de la Facultad de Derecho UNAM, Núm. 51 Tomo XIII, México, 1963.
36. Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Edit. Porrúa México, 1990.
37. Porrúa Perez, Francisco, Teoría del Estado Edit. Porrúa, 23a. Ed., México 1990.
38. Recaredo Fernández de Velasco, Los Contratos Administrativos, Revista de Derecho Privado, Madrid.
39. Sanchez Medal, José Ramón, La resolución de los Contratos por incumplimiento Edit. Porrúa S.A. México 1989.

40. Serra Rojas, Andrés, Derecho Adnministrativo, Editorial Porrúa, Tomo I, 13a. Ed., México 1985.
41. Sheifier Amezaga, Xavier Historia del Pensamiento Económico Tomo I, Edit. Trillas.
42. Villey, Michel La formación del Pensamiento Jurídico Moderno, Paris, 1968.
43. Waline, Marcel, Derecho Administrativo, Paris, Sirey, 1963.

Tesis
arttek
... Las mejores!!

TESIS • ENCUADERNADOS
FINOS Y RUSTICOS

AV. AMERICAS No. 880 Esq. Colomos
Tel. 817-07-07
Guadalajara, Jal.

AV. UNION No. 135 Esq. López Cotilla
Tel. 616-62-71
Guadalajara, Jal.