

00781
4

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



**EQUILIBRIO ECONÓMICO CONTRACTUAL
EN LOS CONTRATOS DE OBRA**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTORA EN DERECHO
PRESENTA LA**

MTRA. PAULINA BORJA SÁENZ

TUTOR: DRA. CONSUELO SIRVENT GUTIÉRREZ

MÉXICO, 2002

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ig

ESTA TESIS NO SALA
DE LA BIBLIOTECA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y ENSEÑANZA DE LA QUÍMICA
MEXICO, D.F. 1987

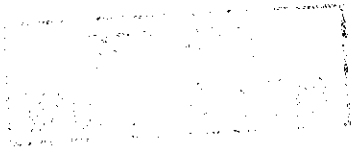
A mis padres:

A quienes no solamente me dieron la vida, sino que me formaron y motivaron para que naciera y desarrollara en mi el deseo por pretender ser mejor en todos los aspectos de mi vida;

A ustedes, porque dedicaron su vida por entero a formar una verdadera familia;

A ustedes padres, quienes con amor siempre me apoyaron para lograr todos mis anhelos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



5

Papá:

A ti, te dedico con especial cariño este trabajo; a ti de quien me siento tan orgullosa de ser tu hija y formar parte de la familia que has creado,

A ti, a quien desde niña hasta siempre he admirado por ser tan responsable y honesto, por ser EL MEJOR HOMBRE y EL MEJOR PADRE;

A ti, Padre, te agradezco tu amor, todo lo que me has brindado y sobre todo lo que me has enseñado.

Mamá:

A ti, también te dedico este trabajo con todo mi amor, ya que sin ti no sería lo que soy;

A ti, la que siempre has sido tan amiga, comprensiva y cariñosa;

A ti, que has sido sin condiciones LA MEJOR MUJER, LA MEJOR DE LAS ESPOSAS, y LA MEJOR MADRE.

A ti, que has dedicado tu vida entera a cuidarnos, siempre atenta a nuestras necesidades y dispuesta a ayudarnos;

A ti Madre, quien siempre con todo tu amor y cariño has confiado en mi y me has brindado tu apoyo

Le agradezco a Dios y a ustedes el tener la bendición de ser su hija.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

6

RECEIVED
MAY 10 1964
U.S. DEPARTMENT OF AGRICULTURE
WASHINGTON, D.C.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A mi Pau.

A mi hija, a mi amiga, a mi compañera, en fin al amor de mi vida;

A ti, quien eres la persona más importante en mi vida, el motor que me impulsa a intentar y hacer cosas para lograr mis objetivos, a pretender ser mejor cada día;

A ti, quien eres mi orgullo, y razón de mi existencia;

A ti la que con tu forma de ser tan hermosa e inocente me haces feliz, con tus risas, sentido del humor, conversaciones, llanto, inquietudes, dudas, etc.

A ti mi pequeña, quien siempre me ha alentado y apoyado a continuar; la que ha estado conmigo en mis desvelos;

A ti, a quien he robado horas de su niñez;

A ti, mi amor, por tu paciencia y no haberte dedicado ese tiempo, sin haber recibido de ti ningún reproche;

A ti, a quien deseo con este logro tan significativo para ambas, ser un ejemplo para que tú también alcances todas las metas que te propongas y que veas que nada es imposible y que por tu cabeza nunca pase EL NO PUEDO;

A mi Pau, quien gracias a Dios me dio la bendición de ser tu madre, te dedico este trabajo con todo mi amor.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

8

700 300
1000 1000

1000 1000
1000 1000

A mis hermanos:

A todos ustedes, JAVIER, LAURA, JULIETA, VERÓNICA, GERARDO, ALBERTO, GERMÁN y MAURICIO con gran respeto y cariño les dedico este trabajo, ya que siempre y en todo momento que lo he necesitado han estado conmigo.

A ustedes hermanos, por brindarme su cariño y apoyo en los momentos de éxito y acierto y sobre todo en los momento difíciles

A la familia Borja Navarrete

A mis muy queridos tíos, ANGEL, FRANCISCO, GILBERTO, TERE, RAÚL, LUPITA, ADOLFO Y JORGE les dedico este trabajo

A ustedes tíos, de quienes aprendí el significado de "TRABAJAR PARA LOGRAR ALGO", cumplir tus metas con ejemplo de trabajo, honestidad y responsabilidad

A ustedes, quienes en todo momento se han preocupado porque la familia esté unida y porque sus hijos y sobrinos sean las mejores personas, profesionistas, hijos, hermanos y padres.

A mi Tío Gilberto:

A ti tío, con especial cariño te dedico este trabajo, ya que gracias a tu incondicional apoyo pude ver realizada esta meta

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

700 2127
700 2127

UNAM

A ti, Institución Universitaria formadora de profesionistas, incluyéndome a mí;

A ti, que en tus aulas y a través de la enseñanza de mis maestros me dieron las herramientas y conocimientos para desarrollarme en mi carrera y así estar en posibilidad de aplicar todo lo aprendido, en beneficio principalmente, de nuestro país, y propio;

A ti, querida Universidad, te dedico con gran cariño este trabajo.

ICA

A ti queridísima ICA, Institución que me has dado la oportunidad de desarrollarme como profesionista y de la que me siendo tan orgullosa de formar parte, te dedico este trabajo con todo mi cariño.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1950 ZONE
PASSPORT ALIAN

INTRODUCCIÓN 25

CAPÍTULO PRIMERO
**METODOLOGÍA JURÍDICA COMPARADA SOBRE EL EQUILIBRIO
ECONÓMICO CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE OBRA** 31

I 1. Planteamiento del problema.	31
I.2. Colombia.	32
I.2.1. Derecho Público	32
I 2.1.1 Evolución en el Derecho Colombiano.	32
I 2.1.1.1. Principio del riesgo y ventura	33
I 2.1.1.2. Ruptura del principio del riesgo y ventura: la equivalencia económica del contrato.	36
I 2.1.2 Fundamento constitucional.	39
I 2.1.3. Concepto de equilibrio económico	44
I 2.1.3.1 Legal.	44
I 2.1.3.2 Doctrinal.	49
I 2.1.4 Rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato.	50
I 2.1.4.1. Concepto legal.	50
I 2.1.4.2 Concepto doctrinal.	51
I 2.1.4.3 Concepto jurisprudencial.	52
I 2.1.5 Causas del rompimiento del equilibrio contractual.	54
I 2.1.5.1 Hecho del Principio.	54
I 2.1.5.2. Teoría de la imprevisión	55
I 2.1.5.2.1 Antecedentes y conceptos doctrinal, legal y jurisprudencial.	55
I 2.1.5.2.2 Requisitos	57
I 2.1.5.3 Sujeciones imprevistas.	57
I 2.2. Derecho Privado	58
I 2.2.1 Introducción	58
I 2.2.2. Justificación de la teoría.	60
I 2.2.3 Antecedentes legislativos: consagración en el derecho positivo	60
I 2.2.4 Consideraciones de la teoría de la imprevisión.	64
I 2.2.5. La teoría de la imprevisión y el nuevo Estatuto Mercantil.	66

I.2.2.6. El áleas Normal.	67
I.2.2.7. Cláusulas de estabilización monetaria	
Consideraciones generales	69
I.2.2.8. Relaciones contractuales susceptibles de revisarse o terminarse por la vía judicial con base en la teoría de la impresión.	70
I.2.2.9. La excesiva onerosidad.	73
I.2.2.10. La alteración de la base del contrato	74
I.3. Venezuela.	76
I.3.1. Derecho Público.	76
I.3.1.1. Introducción.	76
I.3.1.2. Fundamento Jurídico	78
I.3.1.3. Doctrina.	79
I.3.1.3.1. Principios generales	79
I.3.1.3.2. Equilibrio económico del contrato.	80
I.3.1.3.2.1. Principios generales.	80
I.3.1.3.2.2. Ruptura del equilibrio financiero.	83
I.3.1.3.2.2.1. Por causas imputables a la Administración pública: <i>ius variandi</i>	83
I.3.1.3.2.2.2. Causas imputables a la administración por Responsabilidad contractual.	83
I.3.1.3.2.2.3. <i>ius variandi</i>	84
I.3.1.3.2.2.4. Teoría del Hecho del Príncipe.	85
I.3.1.3.2.2.5. Teoría de la Imprevisión.	87
I.3.1.3.2.2.5.1. Noción	87
I.3.1.3.2.2.5.2. Diferencia de la teoría del hecho del príncipe	91
I.3.1.3.2.2.5.3. Fundamentación.	91
I.3.1.3.2.2.5.4. Requisitos para que proceda.	93
I.3.1.3.2.2.5.5. ¿Quiénes pueden invocar la Teoría de la Imprevisión en el derecho administrativo?	95
I.3.1.3.2.2.5.6. Características	95
I.3.1.3.2.2.5.7. Principios que gobiernan la indemnización.	96
I.3.1.3.2.2.5.8. Inflación, teoría de la imprevisión y cláusulas de valor.	96

1.3.1.3.3. Inaplicabilidad de la excepción. <i>non adimpletis contractus.</i>	97
1.3.1.4. Jurisprudencia.	98
I.3.2. Derecho Privado.	102
I.3.2.1. Introducción	102
I.3.2.2. Principio del Contrato-Ley.	103
I.3.2.2.1. Justificación del principio.	104
I.3.2.3. La Teoría de la Imprevisión	106
I.3.2.3.1. La imprevisión en el derecho civil.	107
I.3.2.3.2. Requisitos para que proceda la imprevisión	107
I.3.2.3.2.1. Contrato conmutativo de ejecución continuada o diferida.	107
I.3.2.3.2.2. Se refiere a la dificultad, no a la imposibilidad.	108
I.3.2.3.2.3. Dificultad sobrevenida.	109
I.3.2.3.2.4. Evento extraordinario e imprevisible	109
I.3.2.3.2.5. No se aplica al álea propio del contrato.	110
I.3.2.3.2.6. La dificultad debe ser excesiva.	110
I.3.2.3.2.7. No puede surgir de la culpa del deudor	111
I.3.2.3.2.8. No procede en caso de mora.	111
I.3.2.3.3. Imprevisión y valorismo judicial.	111
I.3.2.3.4. Efectos del cambio de circunstancias por imprevisión.	112
I.3.2.3.4.1. Terminación anticipada del contrato.	112
I.3.2.3.4.2. Reajuste de las prestaciones.	113
I.4. Panamá.	113
I.4.1. Derecho Público	113
I.4.1.1. Integración en el ordenamiento panameño.	113
I.4.1.1.1. Principios de las actuaciones contractuales de las entidades públicas.	113
I.4.1.1.1.1. Principio de transparencia.	114
I.4.1.1.1.2. Principio de economía.	114
I.4.1.1.1.3. Principio de responsabilidad.	114
I.4.1.2. Fundamento legal	115

1.4.1.3. Doctrina.	117
1.4.1.3.1 Ruptura del equilibrio económico.	118
1.4.1.3.1.1. Incumplimiento del contrato.	118
1.4.1.3.1.2. Teoría del hecho del príncipe.	119
1.4.1.3.1.3. Teoría de la imprevisión.	119
1.4.1.3.1.4. Las sujeciones materiales imprevistas.	120
1.4.1.3.1.5. Principio de interpretación de la contratación estatal.	120
1.4.1.3.1.6. Principio de la selección objetiva.	121
1.4.1.4. Jurisprudencia.	121
1.4.1.5. Caso Práctico.	122
1.4.2 Derecho Privado.	126
1.4.2.1. Introducción	126
1.4.2.2. Fundamentos a favor de la imprevisión	128

CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTRATO DE OBRA EN MÉXICO	133
2.1. Derecho Público	134
2.1.1. Introducción.	134
2.1.2. Concepto de Obra Pública.	137
2.1.3. Concepto de Contrato de Obra Pública.	139
2.1.3.1. Concepto legal del contrato de obra pública.	140
2.1.3.2. Concepto de contrato de obra pública en la jurisprudencia.	140
2.1.3.3. Concepto de contrato de obra pública en la doctrina.	140
2.1.4. Clasificación Contractual del Contrato de Obra Pública	143
2.1.4.1. Contrato administrativo.	143
2.1.4.2. Contrato bilateral o sinalagmático	144
2.1.4.3. Contrato a título oneroso.	144
2.1.4.4. Contrato conmutativo.	144
2.1.4.5. Contrato principal	144
2.1.4.6. Contrato de ejecución diferida de tracto sucesivo	145
2.1.4.7. Contrato de ejecución escalonada.	145

2.1.4.8. Contrato formal.	145
2.1.4.9. Contrato típico	145
2.1.4.10. Contrato de adhesión.	145
2.1.4.11. Contrato <i>intuitu personae</i> .	146
2.1.5. Modalidades del contrato de Obra Pública	146
2.1.5.1. Contratos de precio alzado.	147
2.1.5.2. Contratos de obra a precios unitarios.	148
2.1.5.3. Obra a coste y costas o por administración.	148
2.1.5.4. Sistemas de excepción	149
2.1.6. Elementos del Contrato de Obra.	151
2.1.6.1. Elementos esenciales	151
2.1.6.1.1. Los sujetos.	151
2.1.6.1.2. Competencia y capacidad.	151
2.1.6.1.3. Consentimiento	152
2.1.6.1.4. Forma	152
2.1.6.1.5. Objeto del contrato	152
2.1.6.1.6. Causa	152
2.1.6.1.7. Régimen jurídico especial.	152
2.1.6.2. Elementos circunstanciales o no esenciales.	153
2.1.6.2.1. Plazo	153
2.1.6.2.2. Intransferibilidad.	153
2.1.6.2.3. Las garantías.	153
2.1.6.2.4. Sanciones	154
2.1.7. Modos de celebración de los contratos públicos	155
2.1.7.1. La adjudicación.	156
2.1.7.1.1. La adjudicación pública abierta.	156
2.1.7.1.2. La adjudicación restringida	156
2.1.7.2. Los contratos amistosos.	156
2.1.8. Forma, Pliego de Condiciones y Ejecución de los Contratos Administrativos	156
2.1.8.1. El pliego de cláusulas y condiciones generales o pliego de las cláusulas administrativas generales.	157
2.1.8.2. El pliego de prescripciones comunes.	157
2.1.8.3. El pliego de prescripciones especiales	157

2.1.9. Los derechos del contratista.	158
2.1.10. Obligaciones del contratista.	161
2.1.11. Derechos de la Administración	162
2.1.12. El Poder de Modificación Unilateral	163
2.1.13. Causas sobrevivientes en la ejecución de un Contrato.	167
2.1.13.1. Hechos del príncipe.	167
2.1.13.2. Teoría de la imprevisión	169
2.1.13.3. La Teoría de la Fuerza Mayor o Caso Fortuito.	171
2.1.14. La Extinción anticipada del Contrato.	172
2.1.15. Marco Jurídico Mexicano de Obra Pública.	172
2.1.15.1. Fundamento Constitucional.	173
2.1.15.1.1. Eficiencia.	176
2.1.15.1.2. Eficacia.	177
2.1.15.1.3. Honradez.	177
2.1.15.1.4. Idoneidad del gasto	178
2.1.15.2. Las Leyes de Secretarías y Departamentos de Estado	180
2.1.15.2.1. Primera Ley de Secretarías y Departamentos de Estado.	180
2.1.15.2.2. Segunda Ley de Secretarías y Departamentos de Estado.	182
2.1.15.2.3. Tercera Ley de Secretarías y Departamentos de Estado.	182
2.1.15.2.4. Cuarta Ley de Secretarías y Departamentos de Estado	183
2.1.15.3. Otros Ordenamientos Jurídicos Expedidos antes de 1966.	187
2.1.15.3.1. Ley Orgánica del Presupuesto de Egresos de la Federación de 1935.	187
2.1.15.3.2. Reglamento de la Ley Orgánica del Presupuesto de Egresos de la Federación.	188
2.1.15.3.3. Leyes de Ingresos del Erario Federal.	190
2.1.15.3.4. Los presupuestos anuales de Egresos de la Federación.	191

2.1 15 3.5	La Ley del Servicio de Inspección Fiscal	191
2.1 15.3.6	Primera Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal	194
2.1 15.4	La Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas.	200
2.1 15.4.1	Competencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.	200
2.1.15.4.2	Competencia de la Secretaría de Obras Publicas.	201
2.1 15.4.3	Competencia de la Secretaría de la Presidencia.	201
2.1 15.4.4	Competencia de la Secretaría del Patrimonio Nacional	202
2.1.15.4.5	El Padrón de Contratistas del Gobierno Federal.	203
2.1.15.4.6	Otros aspectos importantes de la ley en comentario.	207
2.1 15.5	Ley Orgánica de la Administración pública Federal.	212
2.1.15.5.1	Competencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.	214
2.1 15.5.2	Competencia de la Secretaría de la Defensa Nacional.	215
2.1 15.5.3	Competencia de la Secretaría de Marina.	216
2.1.15.5.4	Competencia de la Secretaría del Medio Ambiente, Recurso Naturales y Pesca.	216
2.1 15.5.5	Competencia de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.	217
2.1.15.6	Ley de Obras Públicas.	218
2.1 15.6.1	Competencia de la Secretaría de Programación y Presupuesto	218
2.1 15.6.2	Competencia de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación.	219
2.1.15.6.3	Otros aspectos relevantes de la Ley de Obras Públicas	219
2.1 15.7	Ley de Adquisiciones y Obras Públicas	222
2.1 15.7.1	Competencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público	223

2.1.15.7.2. Competencia de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo.	226
2.1.15.7.3. Competencia de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.	228
2.1.15.7.4. Otros aspectos relevantes de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.	229
2.1.15.7.5. Aciertos de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.	230
2.1.15.7.5.1. Errores de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.	231
2.1.15.8. Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.	232
2.1.15.9. Código Civil	233
2.1.15.10. Artículo 32-D del Código Fiscal de la Federación	234
2.1.15.11. Artículo 46 de la Ley del Banco de México.	235
2.1.15.12. Otros Ordenamientos Jurídicos.	236
2.2. Derecho Privado	236
2.2.1. Introducción.	236
2.2.2. Justificación.	239
2.2.3. Marco Legal del Contrato de Obra.	241
2.2.3.1. Concepto Legal.	241
2.2.3.2. Elementos esenciales y de validez.	242
2.2.4. La Teoría de la Imprevisión	245
2.2.4.1. Teoría de la Imprevisión en el Estado de Jalisco	252
2.2.4.2. Teoría de la Imprevisión en el Estado de Tamaulipas	253
2.2.4.3. Teoría de la Imprevisión en el Estado de Aguascalientes.	254
2.2.4.4. Teoría de la Imprevisión en el Estado de Guanajuato.	255

CAPÍTULO TERCERO

CONTRATACIÓN DE OBRA PÚBLICA Y PRIVADA UTILIZADA EN LA PRÁCTICA	257
3.1. Introducción.	257
3.2. Convenios y Contratos	257

3.2.1. Convenio.	257
3.2.2. Contrato	257
3.2.2.1. Contratos tradicionalmente usados para la ejecución de obra.	258
3.2.2.2. Niveles de la legislación en México para los contratos de obra:	258
3.3. Principios bajo los cuales se rige la contratación de Obra Pública.	258
3.3.1. Principio de Transparencia.	258
3.3.2. Principio de Economía.	259
3.3.3. Principio de Responsabilidad.	259
3.4. Artículo 134 Constitucional:	260
3.5. Ley de Adquisiciones y Obra Pública	260
3.5.1. Tipos de contratos de obra según la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.	261
3.5.2. Excepciones a la Licitación pública.	261
3.5.3. Procedimiento de invitación restringida.	261
3.6. Modalidades de contratación de obra utilizadas actualmente tanto en los contratos celebrados con la administración pública como entre los particulares.	263
3.6.1. Contratos "Constuir y Transferir".	264
3.6.2. Contratos "Constuir, Arrendar y Transferir".	264
3.6.3. Contratos "Constuir, Operar y Transferir".	264
3.6.4. Contratos "Constuir y Operar en Propiedad"	265
3.6.5. Contratos "Constuir, Transferir y Operar"	265
3.6.6. Contratos "Contratar, Adicionar y Operar"	265
3.6.7. Contratos "Desarrollar, Operar y Transferir".	266
3.6.8. Contratos "Rehabilitar, Operar y Transferir".	266
3.6.9. Contratos "Rehabilitar y Operar en Propiedad"	266
3.6.10. Contratos "Llave en mano".	266
3.6.11. Contratos "Ingeniería, Procuración y Construcción".	267
3.7. Cláusulas comunes utilizadas en los Contratos de Obra Pública y Privada	267
3.7.1. Definiciones	267
3.7.2. Precio del contrato	267
3.7.3. Forma de pago.	267
3.7.4. Anticipo.	269
3.7.5. Moneda de pago	270
3.7.6. Ajustes al precio.	270

3.7.7	Plazo de ejecución y prórrogas en el tiempo de terminación.	271
3.7.8	Ordenes de cambio o modificaciones a las obras.	271
3.7.9	Garantías: seguros y fianzas.	272
3.7.9.1.	Seguros.	272
3.7.9.2.	Garantías de aforo.	273
3.7.9.3.	Garantía del concedente.	273
3.7.10.	Subcontratos.	273
3.7.11.	Cesión de derechos y obligaciones.	274
3.7.12.	Impuestos.	274
3.7.13.	Supervisión e inspección.	274
3.7.14.	Daños al contratista.	275
3.7.15.	Daños al dueño: directos, consecuenciales y daños liquidados.	275
3.7.16.	Perjuicios.	275
3.7.17.	Caso fortuito y Fuerza mayor.	276
3.7.18.	Idioma del contrato.	277
3.7.19.	Interrupción de la construcción o explotación de las obras.	277
3.7.20.	Multas.	277
3.7.21.	Cláusula penal.	278
3.7.22.	Terminación anticipada.	278
3.7.23.	Rescisión del contrato.	278
3.7.24.	Solución de controversias.	279
3.7.25.	Arbitraje.	280
3.7.26.	Jurisdicción y legislación aplicable.	281
3.8.	Figuras generalmente usadas para asociarse.	281
3.8.1.	Convenios de asociación.	282
3.8.2.	Consortios, Joint Venture Agreements.	282
3.8.3.	Consortios.	282
3.8.4.	<i>Joint Venture</i> .	283
3.8.5.	Unión Temporal de Empresas (UTE s).	283
3.8.6.	Asociación en Participación (A. en P.).	283
3.8.7.	Sociedades.	284

CAPÍTULO CUARTO

PROPUESTA SOBRE LA EQUIVALENCIA ECONÓMICA CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE OBRA EN EL DERECHO MEXICANO	285
4.1 Introducción.	285
4.2 Concepto de equilibrio económico.	285
4.3. Fundamentos jurídicos.	286
4.3.1 La igualdad ante las cargas	287
4.3.2 El elemento motivo o fin	288
4.3.3. El principio de que todo contrato es ley para las partes.	288
4.3.4 Otras causas.	289
4.4 Rompimiento del equilibrio económico del contrato.	290
4.5 Elementos.	293
4.5.1. Existencia de un contrato de obra, de tracto sucesivo.	293
4.5.2. Acaecimiento de un hecho, evento, o circunstancia, que sea	293
4.5.2.1. Extraordinario o anormal.	293
4.5.2.2. Imprevisible al momento de celebrar el contrato.	293
4.5.2.3. Altere notablemente la equivalencia de las prestaciones originalmente pactadas.	293
4.5.2.4. Independiente de la voluntad de las partes.	293
4.5.2.5. Sobrevenida durante el desarrollo del contrato.	293
4.6. Causas del rompimiento del equilibrio contractual.	293
4.6.1. Causas imputables a las partes	294
4.6.1.1. Causas imputables a las partes y al Estado	294
4.6.1.1.1. Utilización de poderes excepcionales por parte de la administración contratante	294
4.6.1.1.2. Hecho del príncipe	297
4.6.1.2. Causas imputables a las partes, en los contratos celebrados entre el estado y los particulares, y los particulares mismos	303
4.6.1.2.1. Incumplimiento El equilibrio económico igualmente puede romperse cuando existe incumplimiento de las partes.	303
4.6.2. Causas ajenas a las partes.	304

4 6 2 1 Teoría de la imprevisión.	304
4 6 2 2 Requisitos. Los supuestos de aplicación de la teoría de la imprevisión son los siguientes:	307
4 6 2 3 Sujeciones imprevistas.	310
4 6 2 4 Caso fortuito o fuerza mayor.	311
4.7 El restablecimiento del equilibrio y su mantenimiento durante la ejecución del contrato	314
4 7.1. Medios de restablecimiento.	314
4 7.1 1 Revisión de precios.	318
4 7.1 2 Revisión de condiciones de ejecución	319
4 7 1 3 Indemnización	320
4 7 1.4. La revisión de los contratos por el Poder Legislativo.	321
4 7 1.5. La revisión de los contratos por el Poder Judicial (teoría de la imprevisión).	322
CONCLUSIONES	323
BIBLIOGRAFIA	333

INTRODUCCIÓN

La presente investigación surge debido a que dentro del plazo de ejecución de los contratos de obra por ser de tracto sucesivo, se pueden presentar cambios en las circunstancias sociales, económicas, políticas, o bien, producto de la naturaleza, existentes al momento de su celebración, que alteran la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas, sea por actuaciones imputables a una de las partes o por hechos completamente ajenos a los contratantes. Estos riesgos no se presentan en los contratos en que se pacta una entrega única e inmediata, como ocurre en la compraventa de bienes, que por su naturaleza no son susceptibles a sufrir modificaciones en las condiciones de ejecución en relación con las previstas al momento de la celebración.

Actualmente se experimenta una situación que por las causas anteriormente señaladas, ha desembocado en la imposibilidad en que se encuentra una de las partes dentro de una relación contractual en el cumplimiento de sus obligaciones.

En razón de esto, es necesario, por un lado, destacar la importancia que tiene que se reforme nuestras legislaciones civiles y mercantiles, con el propósito de que quede establecido un apartado que prevea y resuelva todos los casos que deriven de la "imprevisión", y por el otro, que en los contratos celebrados con la administración pública, constituya un principio especial que sirva de fundamento a los contratos administrativos. Que la aplicación de este principio denominado "de la equivalencia económica", permita encuadrar doctrinalmente esta institución dentro de la teoría general del contrato, pues a pesar del poder jurídico que la administración pública tiene de introducir unilateralmente modificaciones al objeto contractual, debe respetar íntegramente el valor real de la remuneración del contratista pactada al momento de su celebración, con lo cual se concilian las exigencias cambiantes del interés público con la fuerza obligatoria del contrato, el cual es ley entre las partes.

De ahí que sea imprescindible que la propuesta de reformas en materia civil, mercantil y administrativa sea aprobada por el Congreso de la Unión en materia de contratos, a fin de paliar la grave situación en que puede incurrir alguna de las partes.

En nuestro derecho positivo vigente, no es factible que el juez, pueda intervenir en orden a variar relaciones contractuales pendientes de ejecución, fijando su contenido futuro de modo divergente al previsto por las partes en el contrato (*pacta sunt servanda*), e incluso dando por terminado el acuerdo si bien debiera subsistir conforme a sus mismas cláusulas.

La investigación pretende dar respuesta a las siguientes interrogantes:

1. ¿Será necesario que el contrato una vez firmado permanezca inalterable?
2. ¿Se debería llevar a cabo una revisión del vínculo contractual cuando se presenten acontecimientos que son supervenientes, totalmente imprevisibles y ajenos a la voluntad de las partes?

Derivado de estas interrogantes es que las hipótesis que se plantean en esta tesis son:

1. El contrato una vez firmado no debe permanecer inalterable para que las circunstancias que racionalmente no se hayan podido prever al firmarse el convenio, conviertan en injusta la situación de las partes.
2. Se debe llevar a cabo una revisión del vínculo en virtud de esos acontecimientos que son supervenientes, totalmente imprevisibles y ajenos a la voluntad de las partes.

En el caso concreto que vivimos en nuestro país, dados los acontecimientos imprevistos derivados de circunstancias sociales, económicas o políticas, tales como acciones unilaterales de las partes, bien sea por las modificaciones introducidas al objeto del contrato por motivos de interés público, o por la expedición de normas jurídicas o actos administrativos por las autoridades

públicas que inciden indirectamente sobre el contrato, esto en el caso de los contratos celebrados con la administración pública; fenómenos de orden social (paros cívicos o laborales); económicos (crisis, devaluación de la moneda, cambios adversos en la miscelánea fiscal, altas tasas de interés, etc)); políticos (perturbación del orden público o guerra exterior); o que siendo previsibles desconoce la incidencia que puedan tener en el valor del contrato. Estos riesgos se enmarcan en las teorías de la imprevisión y la revisión de prestaciones contractuales.

3. La fundamentación científica de la teoría del riesgo imprevisible ha de deducirse de la relatividad de los derechos y de la solidaridad. Las nuevas tendencias dominantes en el derecho de obligaciones, consecuencia de la crisis de los conceptos tradicionales, nos brindan posibilidades técnicas para justificar la teoría de la imprevisión y el equilibrio económico contractual como institutos jurídicos justos y flexibles, constituyendo en definitiva, uno de los aspectos de la tendencia revisionista del Derecho

Para verificar las hipótesis planteadas, se han investigado los diversos factores que intervienen en la relación contractual.

Los objetivos que pretende esta tesis son los siguientes:

1. Analizar los diversos factores que intervienen en la relación contractual, en los contratos de obra, una vez firmado el convenio
2. Examinar circunstancias que racionalmente no se hayan podido prever al firmar el convenio original y que no conviertan en injusta la situación económica para alguna de las partes durante la ejecución del contrato de obra
3. Determinar la necesidad de una revisión del vínculo en virtud de esos acontecimientos que son supervenientes, totalmente imprevisibles y ajenos a la voluntad de las partes.

4. Establecer la necesidad de una fundamentación legal de la teoría del riesgo imprevisible.
5. Restituir la equivalencia económica contractual original al momento de contratar, derivada de la seguridad jurídica que un marco legal adecuado debe brindar a los contratantes.

Sirvió de base principal para desarrollar esta tesis: la investigación de campo, realizándose en países como Colombia, Venezuela, Panamá y por supuesto México. Asimismo se utilizaron las técnicas de investigación documentales; entre las que destacan los métodos inductivo y deductivo, histórico, comparativo y el crítico y propositivo.

Por lo que hace al contenido de la investigación, está dividido en cuatro capítulos. En el primero, se desarrolla un análisis comparativo sobre el tema a tratar, tocante a Colombia, Panamá y Venezuela, que son los países de Centro y Sudamérica que, de alguna manera, se identifican con él, existiendo no sólo doctrina y jurisprudencia al respecto, sino que también, lo han incorporado en sus legislaciones al ver la necesidad que existe en ello, regulándolo particularmente en muchos de los casos.

En este capítulo se pretende examinar cómo cada uno de estos países le da solución a las inquietudes planteadas en el tema a investigar, ya que debido a la incertidumbre económica, derivada de las crisis económicas por las que atraviesan, se ha hecho necesario tomar medidas que permitan a los contratistas obtener mayor seguridad jurídica, a través de los diferentes mecanismos que han adoptado en sus respectivas legislaciones tanto para la contratación administrativa, como para la privada en lo que se refiere a los Contratos de Obra.

El capítulo segundo estará encaminado a tratar cómo se encuentra actualmente regulado el Contrato de obra en México, tanto en Derecho Público, como en Derecho Privado. De igual manera, se abordará la manera como se emplea en estos dos Derechos la Teoría de la imprevisión, así como su requisito de aplicación.

Posteriormente se analizarán los diferentes puntos de vista de algunos autores, sobre si el contrato una vez firmado debe permanecer inalterable, aunque las circunstancias que

racionalmente no se hayan podido prever al firmarse el contrato, conviertan en injusta la situación de una de las partes.

Dentro del tercer capítulo del presente trabajo, se desarrolla la contratación de obra pública y privada utilizada en la práctica, lo cual comprende: el tipo de contratos tradicionalmente utilizados en la ejecución de las obras, los principios que los rigen, legislación aplicable, cláusulas comunes a los contratos de obra pública y privada, así como las figuras jurídica generalmente utilizadas en caso de que se asocien dos o mas empresas para participar conjuntamente en la ejecución de un contrato de obra.

El cuarto capítulo de la investigación, constituye un esfuerzo por precisar la equivalencia económica contractual, así como presentar una teoría convincente de acuerdo con lo señalado en el párrafo anterior, del porqué el contrato debe ser ajustado o rescindido en caso de que las circunstancias existentes al momento de la firma del contrato sean modificadas a lo largo de la ejecución del contrato de obra, por hechos que sean ajenos a la voluntad de las partes y que éstos no pudieron preverse en el momento de su firma, siempre y cuando el cambio en las condiciones bajo las que se contrató den origen a un desequilibrio en el valor económico de las contraprestaciones establecidas y ocasiones que su cumplimiento sea excesivamente oneroso para una de las partes.

Dentro de las dos partes que comprende el cuarto capítulo, se hará alusión a la equidad y la buena fe, estableciéndose que con fundamento en estos preceptos, el acuerdo de voluntades existe para lo previsible, y ante un cambio en las circunstancias que afectan al contrato, las partes deben reajustar de común acuerdo sus términos para acomodarlos a las nuevas circunstancias

CAPÍTULO PRIMERO

METODOLOGÍA JURÍDICA COMPARADA SOBRE EL EQUILIBRIO ECONÓMICO CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE OBRA

I.1. Planteamiento del problema

Dentro del plazo de ejecución de los contratos de obra por ser de tracto sucesivo, se pueden presentar cambios en las circunstancias sociales, económicas o políticas, existentes al momento de su celebración, que alteran la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas, sea por actuaciones imputables a una de las partes o por hechos completamente ajenos a los contratantes. Estos riesgos no se presentan en los contratos en que se pacta una entrega única e inmediata, como ocurre en la compraventa de bienes, que por su naturaleza no son susceptibles a sufrir modificaciones en las condiciones de ejecución en relación con las previstas al momento de la celebración.

Actualmente en México, se experimenta una situación que por las causas anteriormente señaladas, ha desembocado en la imposibilidad en que se encuentra una de las partes dentro de una relación contractual en el cumplimiento de sus obligaciones. De ahí que sea imprescindible que existan reformas a las legislaciones en materia civil y administrativa para contratos de Obra, a fin de paliar la grave situación en que puede incurrir alguna de las partes.

En el derecho positivo vigente, no es factible que el juez, pueda intervenir en las relaciones contractuales pendientes de ejecución, fijando su contenido futuro de modo diferente al previsto por las partes en el contrato (*pacta sunt servanda*), e incluso dando por terminado el acuerdo si bien debiera subsistir conforme a sus mismas cláusulas.

Es importante destacar, que también lo relacionado con el equilibrio económico del contrato, representaría un significativo avance, en tanto, que en el futuro se podría reconocer por los contratantes un incremento en el valor original del contrato de obra en

forma directa, de comprobarse fehacientemente por el contratante afectado, que en su perjuicio se ha presentado un desequilibrio económico contractual, ajeno a su voluntad, el cual en el mejor de los casos se podría resolver de manera ágil mediante el dictamen de un perito, sin necesidad de recurrir a un pronunciamiento judicial, o bien, en caso de que por cuestiones económicas no se pueda dar este incremento, que se restituyan las condiciones económicas pactadas inicialmente, que pueda ser rescindido el contrato sin pena para el contratista, realizándose una liquidación parcial de la obra ejecutada al momento de comprobarse el desequilibrio económico para una de las partes.

Ello constituye un justo reconocimiento a las calidades de los contratantes, según el cual, se parte del supuesto de que si alguno de los contratantes reclama por el presunto surgimiento de un desequilibrio económico del contrato, su actuación debe ser vista en virtud de que reacciona de una ganancia legítima pactada de común acuerdo.

Lo que se pretende con la regulación de esta figura, es pues, que permita un manejo rápido de las relaciones contractuales, para que se termine con una buena cantidad de innecesarios pleitos judiciales y así evitar injustos descalabros financieros para alguna de las partes que celebre este tipo de contratos.

I.2. Colombia

I.2.1. Derecho Público

I.2.1.1. Evolución en el Derecho Colombiano

En el ordenamiento colombiano, el principio de la equivalencia económica del contrato administrativo surge en la década de los sesenta, cuando a raíz de los problemas económicos derivados de la gran devaluación de la moneda, la legislación positiva consagra las técnicas de la revisión de precios y de los contratos adicionales para atender los mayores costos que sobrevinieran durante la ejecución del contrato, y de esta manera, progresivamente se presenta una

continua evolución hasta plasmarse con carácter general en la Ley 80 de 1993, que es el ordenamiento colombiano que rige la contratación estatal.

El tema de la distribución de los riesgos de la contratación en el Derecho Administrativo, experimentó una singular evolución jurídica a lo largo del desarrollo histórico, a partir de un sistema contractual en que imperó con todo su vigor el principio de riesgo y ventura (el cual se explicará en el numeral 1.2.1.1.1. en que consiste) de los mayores beneficios que sobrevinieran durante la ejecución del contrato debían ser soportados por el contratista, y que progresivamente se fue debilitando, hasta que se consolida un sistema basado en el principio de la equivalencia económica del contrato, como resultado de la fuerte influencia que tiene la realidad social en la elaboración, interpretación e integración del derecho y en menor medida, pero decisiva también, de los cambios ideológicos en torno a las relaciones entre el hombre, la sociedad civil y el Estado.

1.2.1.1.1. Principio del riesgo y ventura

En el derecho colombiano, se consagra el principio del riesgo y ventura del contratista, como criterio jurídico para distribuir los áleas o riesgos como son denominados en Colombia sobrevinientes acaecidos durante la ejecución de los contratos de la administración pública. Este principio, se formó paralelamente junto con el contrato de obra pública, que a su vez, sirvió de modelo básico para la regulación de los demás contratos administrativos. Sin embargo, el contrato de obra pública colombiano no es una figura jurídica que date de hace mucho tiempo, sino que surgió en el marco histórico del Siglo XIX como técnica generalizada para la ejecución de los proyectos oficiales. Anteriormente, según lo resalta Ariño Ortiz¹, la técnica contractual era excepcional, puesto que por regla general las obras se ejecutaban

¹ Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *La teoría de la equivalencia económica en los Contratos Administrativos* Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 66

directamente por el Estado mediante el sistema de prestación obligatoria de los pueblos, de los vecinos colindantes a los caminos, a los cuales se impone la obligación de ejecutar, siempre bajo la cooperación y dirección real, determinadas partes de la obra.

Para esa época en que imperaba el principio del riesgo y ventura del contratista, como sistema de distribución de los riesgos, al considerarse el contrato de obra pública un contrato a un precio alzado como ocurría en el derecho privado las partes acordaban la construcción de una obra por un precio determinado y el contratista tenía la obligación de entregarla a satisfacción de la administración pública, sin que le asistiera el derecho de solicitar el reconocimiento de reajustes o compensaciones económicas por cambios ocurridos con posterioridad a su celebración. El precio pactado por las partes tenía un carácter fijo e inmutable, lo que constituía una aplicación concreta y rígida de la ley de contratación que domina la construcción dogmática del contrato civil. El contrato de obra pública por un precio alzado, se configura como un contrato de resultado y no de medio, porque la obligación del contratista privado era realizar la entrega de la obra, tal cual se pactó, recibiendo en contraprestación, única y exclusivamente, la remuneración convenida²

Las consecuencias jurídicas de la conceptualización del contrato de obra pública como un contrato a precio alzado con unas obligaciones de resultado, es el riesgo de los mayores costos o la ventura de los mayores beneficios derivados de su ejecución, como consecuencia de hechos y circunstancias sobrevinientes, son a cargo del contratista, con excepción del incumplimiento imputable a una de las partes, que corresponde a la teoría de la

² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T I, 4ª Ed., editorial Civitas S.A. Madrid 1984, p. 678

responsabilidad contractual reconocida tradicionalmente en el Derecho Civil colombiano. De esta suerte, la mayor onerosidad sobreviniente, no legitima al contratista para excusarse del cumplimiento del objeto contractual o para solicitar un incremento del precio. El principio del riesgo ventura del contratista se plasma en el artículo 2060 del Código Civil colombiano, que consagra la regla que en los contratos de obra por un precio único prefijado:

‘El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales a los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo, salvo que se haya ajustado a un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones’.

La configuración del contrato de obra pública como un contrato a precio alzado con unas obligaciones de resultado, que dio origen a la teoría del riesgo y ventura, es en el derecho colombiano administrativo, la consecuencia jurídica de dos factores históricos y políticos plenamente determinados, como son la concepción liberal e individualista del contrato y la prevalencia del principio presupuestal de seguridad y certidumbre del gasto público.

Como se menciona, por la influencia de la concepción liberal e individualista del contrato imperante en el Siglo XIX, el contrato de obra pública se rige por el principio del riesgo y ventura, según el cual, el contratista debe asumir la mayor onerosidad sobrevinida durante la ejecución del contrato, derivados de los daños, pérdidas y averías no previstas, de las dificultades materiales no previstas y de los incrementos de los precios y los costos. La consecuencia de esta construcción dogmática, es que se toma jurídicamente irrelevante la igualdad o proporcionalidad real de las prestaciones recíprocas y el precio pactado por las partes siempre es justo y lícito.

La prevalencia del principio de seguridad y certidumbre presupuestal estriba en que la administración pública no puede contraer obligaciones económicas que no cuenten con partidas suficientes y disponibles en el presupuesto. Por lo tanto, las exigencias de seguridad y certidumbre del gasto público y la rigidez presupuestal, se traducen en el principio del precio cierto e invariable de los contratos administrativos, lo que implica que los riesgos sobrevinientes se imputan rígidamente al contratista, que corre con el riesgo de los mayores costos o la ventura de los mayores beneficios que se presenten durante la ejecución del objeto contractual.

1.2.1.1.2. Ruptura del principio del riesgo y ventura: la equivalencia económica del contrato

El derrumbamiento del principio del riesgo y ventura en los contratos administrativos colombianos se inicia a principios del Siglo XX, con el ocaso de la doctrina liberal e individualista que le sirve de soporte ideológico y con los grandes cambios políticos que se presentan en esta época. En el siglo anterior, el concepto del contrato administrativo y en especial el enfoque de la equivalencia de las prestaciones recíprocas, era la consecuencia como se vio en el punto anterior, de una administración pública liberal y abstencionista, cuyo papel en la sociedad civil se limitaba exclusivamente al mantenimiento del orden público y a preservar las libertades de los individuos mediante la sujeción de sus actuaciones al principio de la legalidad. El sentido del contrato administrativo se encontraba profundamente inspirado en el sistema político, que lejos de adoptar una actitud positiva del Estado encaminada a la realización de la justicia social, se preocupaba simplemente por alcanzar la seguridad jurídica de los individuos que les permitiera el goce de un cuadro de libertades eminentemente formales³

³ Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Op. Cit.* p 77

Las instituciones jurídicas del derecho público experimentan una transformación sustancial con los grandes cataclismos políticos y sociales que se presentan en la primera mitad del siglo que XX. Tres acontecimientos históricos causan el colapso del Estado liberal e individualista, como son las dos guerras mundiales y la depresión económica de 1929 y con ello se produce un notable cambio en las relaciones entre el Estado y la sociedad.⁴ El Estado y la administración pública que en el Siglo XIX habían tenido un carácter abstencionistas, dan un giro radical y se tornan decididamente intervencionistas bajo el influjo de las doctrinas sociales propugnadas desde flancos opuestos, por la derecha fascista y la izquierda comunista, e incluso por las encíclicas de los papas de la Iglesia Católica. La crisis social y económica por las guerras mundiales y la depresión de 1929, configura un nuevo modelo de Estado y de administración pública, fundado en la doctrina del estado social de derecho, conforme a la cual, el Estado no sólo tiene el deber de velar por el mantenimiento del orden público y de las libertades de los ciudadanos sino que también le incumbe el cometido fundamental de configurar un orden social justo.

El nuevo marco sociopolítico tiene una gran influencia en las instituciones del derecho administrativo. La responsabilidad patrimonial del Estado del contrato de la administración pública se desligan definitivamente de la regulación de las normas del Código Civil, bajo la inspiración de la concepción del estado social del derecho y el auge del intervencionismo del Estado. Así como la responsabilidad patrimonial de la administración pública se consolida como consecuencia de la intervención pública en la sociedad moderna,⁵

⁴ Cfr. BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Régimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía*. Editorial Tecnos, Madrid, 1963 p 19 y ss.

⁵ FORSTHOFF, ERNEST, *Tratado de Derecho Administrativo. Estudios de Administración*. Traducción de la 5ª Ed. Alemana, por Legaz y Lacambra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 419

también la doctrina de la equivalencia económica del contrato administrativo, es fruto de la misma construcción política. Estas dos instituciones del Derecho Administrativo, que tiene un fundamento unitario, en el principio de garantía del patrimonio económico, también han tenido en el derecho colombiano una evolución jurídica y paralela.

Paralelamente con la ruptura del riesgo y ventura en los contratos administrativos por el ocaso de las doctrinas liberales e individualistas, y por las grandes transformaciones institucionales del Siglo XX, surge la necesidad de atemperar los principios presupuestales para atender las exigencias del interés público, lo que se plasma en la fórmula de la "rigidez del servicio público" y la flexibilidad del contrato. El dogma de la inmutabilidad del contrato y la que imponía la necesidad de incorporar modificaciones al objeto o valor de los contratos, para asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios públicos por la ocurrencia de los riesgos anormales e incluso de situaciones normales y previsibles. De esta manera, se atenúa progresivamente la rigidez presupuestal mediante la aplicación de una serie de técnicas que le otorgan a la administración pública una mayor flexibilidad financiera para atender las nuevas necesidades que se presenten durante la ejecución del contrato. Tales como la consignación de partidas para imprevistos, los créditos suplementarios o extraordinarios, las transferencias o traslados de créditos de unas partidas a otras. Estas técnicas le permiten a las entidades públicas cubrir los pagos que deben realizar en exceso de las sumas aprobadas inicialmente sin afectar el principio de legalidad presupuestaria⁶

⁶ Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Op. Cit.* p. 100

I.2.1.2. Fundamento constitucional

El contrato en cualquier lugar donde nos situemos en su concepción genérica, ha sido concebido desde sus más remotos orígenes como un "instrumento" para alcanzar fines diversos y para satisfacer necesidades vitales. Ya en Roma se distinguía la "causa eficiente" de la "causa final", basando en esta última el concepto global del contrato, lo cual pone de manifiesto el carácter instrumental del mismo.

Los contratos de la administración, como es lógico, no escapan a ese concepto instrumental, en virtud del cual el contrato no constituye el fin mismo, sino uno de los mecanismos que utiliza la administración para cumplir como estado. Es más, ese carácter instrumental del contrato toma especial significancia cuando una de las partes contratantes es precisamente el Estado. "El contrato del Estado no es un fin en sí mismo, no agota su causa en el equilibrio de prestaciones determinadas, sino que todo el negocio se coloca en bloque al servicio de un interés público polifacético y móvil. Este fin es el verdadero fundamento del contrato del Estado, de tal forma que cuando aquel se desconecta de este, debe procederse a su modificación o liquidación"⁷

Entendiendo entonces los contratos administrativos como instrumentos o herramientas al servicio de la administración, se impone el análisis de su normatividad en el contexto que la Constitución colombiana de 1991 dio a la administración pública, en tanto ello determinará la eficacia de esa normatividad en el logro de la "causa final" que los justifica

Resulta importante, en primer término, fijar el alcance que dentro del nuevo orden constitucional adquiere la administración pública y que en principio se

⁷ MONEDERO. GIL, José Ignacio. *Doctrina del Contrato del Estado* Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, Madrid, 1977, p 225.

cataloga como el propio de un estado social de derecho, al encontrar en el servicio a los intereses generales, en el servicio al ciudadano y en la autonomía funcional, su esencia.

"Para el cumplimiento de los fines del Estado, es necesario el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. Luego el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz. Es por ello que el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado Social de Derecho, que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución"⁸

Destaca el artículo 209 de la Constitución Política Colombiana los principales lineamientos que han de orientar la función administrativa, y comienza señalando que esa función "está al servicio de los intereses generales". En relación con *este primer aspecto vale la pena llamar la atención que en Colombia, como en muchos otros países, se acostumbra leer la Constitución como un discurso político, no como una norma jurídica, y en tal sentido es obvio que las disposiciones no producen consecuencias en el mundo del derecho por sí mismas. La Constitución de 1991 se definió en el artículo 4° como una norma jurídica, obligó a que su texto fuera leído y entendido desde esa perspectiva que sí produce necesariamente consecuencias en el ámbito jurídico.*

Un postulado constitucional como este, impone al funcionario público una actitud especial, mucho más activa, que permita la consecución efectiva de los objetivos estatales. En efecto, aun cuando la actividad del empleado público continúa

⁸ WERNER Jaeger, *Paideia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid de Bogotá, 1976, p. 1025.

enmarcada dentro de la disposición constitucional que indica que solo le es dado hacer lo que la Constitución y la ley expresamente le permitan (artículo 6° de la Constitución), la misma Carta Magna en los artículos 2° y 209, les asigna el deber de cumplir con unos objetivos generales cuyo incumplimiento debe generar una responsabilidad a cargo de la administración y del empleado mismo. Disponen los mencionados artículos:

"Artículo 2: Son fines esenciales del estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa, y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo"

"Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares"

"Artículo 209: La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones".

"Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la Ley"

Al empleado público corresponde entonces alcanzar las metas que se le señalan, haciendo prevalecer los principios enunciados. Consecuencia fundamental que se desprende de lo anterior, es que el empleado y la administración deben evaluar su conducta, y si, pese a estar cumpliendo con las funciones señaladas legal y constitucionalmente, no se está realizando el contenido obligacional establecido para el Estado, para la administración, o si de alguna manera, aun cumpliendo dichos objetivos, se están violando los principios que deben orientar su actuación, sin lugar a dudas se encontrarían transgrediendo la Constitución, y por lo tanto deben responder por ello

Para el cumplimiento de servir al interés general y por ende al ciudadano, toda su estructura, organización y funcionamiento deben orientarse a la consecución de tal fin; lo que impone, en principio, un desmonte de todo aquello que entrase la relación administración-administrado, en el entendido de que el nuevo esquema no debe pretender simplemente que el particular acceda fácilmente a la administración, sino que debe inclinarse por un sistema en el que la administración llegue al ciudadano sin que exista un requerimiento previo y expreso por parte de este

Los primeros pasos en la reestructura de la administración, dentro de una concepción que pretende hacer de ella el instrumento idóneo para lograr los objetivos a que constitucionalmente está obligado el Estado, fueron dados por la misma Constitución Colombiana de 1991, al destruir, entre otros, la concepción preventiva de la libertad que se imponía como norma general. En relación con

este tema hay que señalar que la función limitativa que cumplen las normas en relación con el ejercicio de la libertad, se explica en la medida en que tutela los diferentes campos de acción de los individuos en la búsqueda de una efectiva realización del ideal de justicia; ello no justifica de manera alguna el que esas limitaciones sean tales que impidan el ejercicio normal de la libertad, pues se desnaturalizaría en esencia y perdería legitimidad la existencia de la norma.

El artículo 83 de la Constitución Política contiene el principio del derecho público que enseña que la buena fe se presume en todas las actuaciones de los particulares frente a las autoridades públicas; y que, igualmente, las actuaciones de estas últimas deben ceñirse a los postulados de la buena fe, de manera que, cualquier actitud de la administración que tienda a entorpecer el libre ejercicio de algún derecho, con base en una presunción de futura violación, constituye una traba en la relación administración-administrado, a todas luces inconstitucional de acuerdo a lo que se establece en esta Constitución Política Colombiana

En este mismo sentido encontramos jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la que señala:

“Se presume que los particulares en sus relaciones con el poder público actúan de buena fe. Este principio que parecería ser de la esencia del derecho en Colombia ha sido sustituido por una general desconfianza hacia el particular. Esta concepción negativa ha permeado todo el sistema burocrático colombiano, el cual, so pretexto de defenderse del asalto siempre mal intencionado de los particulares, se ha convertido en una fortaleza inexpugnable ante la cual sucumben las pretensiones privadas, enredadas en una maraña de requisitos y procedimientos que terminan por aniquilar los derechos sustanciales que las autoridades están obligadas a proteger.

Con la constitucionalización del principio de la buena fe, se logra que este se convierta en eficaz instrumento para lograr que la administración obre con el criterio rector de la efectividad del servicio público, por encima de las conductas meramente formales que han desnaturalizado su esencia (...)"

La ley colombiana que rige la Constitución Pública es la ley 80 de 1993, su análisis debe hacerse dentro del contexto señalado por la Constitución de 1991 para la administración pública, lo que podría llevar a afirmar que la bondad o no del estatuto contractual, entendido como instrumento de la administración para el cumplimiento de sus objetivos, dependerá de si resulta ser una herramienta acorde con los requerimientos de la administración colombiana

1.2.1.3. Concepto de equilibrio económico

1.2.1.3.1 Legal

El ordenamiento jurídico, en aras de procurar que la finalidad buscada por las partes al contratar y que se mantenga durante todo el desarrollo de la actividad contractual, ha consagrado el principio general del equilibrio económico del contrato. Es así como, dicho equilibrio se refiere a la conservación, durante la ejecución del contrato, de la correspondencia inicial de las prestaciones pactadas de modo que si, por circunstancias sobrevinientes a su perfeccionamiento y no imputables a quien resulta afectado el desarrollo del objeto contractual supone una pérdida para él con relación a las estipulaciones originales, la contraparte deba concurrir al restablecimiento de tales condiciones.

El anterior Estatuto de contratación administrativa colombiano sólo consagraba expresamente el equilibrio económico del contrato para el caso de la modificación unilateral por parte de la administración.

En su artículo 20 establecía que cuando fuera indispensable la modificación del contrato administrativo por motivos de interés público, debía “guardarse el equilibrio financiero del contrato, para ambas partes”, y “respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista” Esta protección legal al contratista fue consagrada como resultado de la precaria situación a la que tradicionalmente estuvo sometido frente al uso de los poderes exorbitantes de la administración, pues su interés económico particular era totalmente desconocido so pretexto de la salvaguardia del interés público

El nuevo Estatuto de Contratos consagra el equilibrio económico financiero como principio general en materia de contratación estatal, a favor del contratista y de la administración. Es así como el artículo 27 establece que “En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento (...)”. Este principio del mantenimiento de la ecuación contractual es desarrollado por diversas disposiciones de la ley 80 de 1993, entre ellas los artículos 4º 5º y 14, que establecen mecanismos a favor a cada una de las partes para que los hagan efectivos, en caso de que se vean perjudicados durante el desarrollo de la actividad contractual.

A continuación se hará referencia a las principales fases de la formación jurídica del principio de la equivalencia económica del contrato administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano, dentro del marco de la Ley 80.

- a) Por primera vez, el artículo 11 de la Ley 4ª de 1964 establece para los contratos de obra a precio alzado o precios unitarios, la revisión en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos.

Es preciso resaltar, que la *ratio ius* de la disposición legal, consistente en la garantía del valor real de la remuneración pactada a favor del contratista en el contrato de obra pública, permite su aplicación por vía de integración normativa o analógica (Ley 153 de 1887, art. 8º), a una amplia gama de supuestos, para preservar la equivalencia económica del contrato ante toda variación de precios que se presente durante la ejecución del contrato. El artículo 17 del Decreto Reglamentario 1518 de 1965 ordenó que las fórmulas matemáticas de reajuste de precios, debían ser incluidas en los pliegos de condiciones o especificaciones cuando se tratara de licitaciones o concursos.

- b) En principio del riesgo y ventura se derrumba completamente con la expedición de la Ley 36 de 1966, en la que se adopta la figura de los contratos adicionales, que le permitía a la administración pública compensar los riesgos anormales e imprevistos que se presentaran durante la vigencia del contrato

En efecto, el artículo 4º *Ibidem*:

“ . Cuando por reajuste de precios, cambio de especificaciones y otras causas imprevistas, haya necesidad de modificar el valor o el plazo, el Gobierno y las demás entidades de que trata la Ley 4ª, de 1964, celebrarán el contrato adicional, que quedará perfeccionado con la firma del Gobierno y de la entidad contratante”

Al consagrar la figura de los contratos adicionales, la ley otorga a las partes un medio para restablecer la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas, cuando ésta se altera por la acción unilateral del poder público (*potestas variandi, factum principis* o responsabilidad contractual), o por la modificación de las circunstancias económicas, sociales

y políticas, o por las pérdidas sufridas por el contratista como consecuencia de un hecho externo e irresistible. Si bien la norma antes citada, no consagraba expresamente la obligación a cargo de la administración pública de compensar al contratista los costos sobrevinientes, esta obligación se derivaba de las exigencias de la buena fe (Código Civil, artículo 1603), que le imponía el deber de prestar su colaboración a la contraparte con diligencia y lealtad para asegurar el cumplimiento del objeto del contrato y la continuidad del servicio público. De esta suerte, los contratos adicionales fueron el instrumento consagrado por el legislador colombiano, para permitirle a la administración pública, dentro del marco del principio de legalidad, modificar el valor del contrato cuando sobrevinieran situaciones anormales e imprevistas que alteraran la simetría económica de las prestaciones recíprocas.

Con la Ley 36 de 1966, se consagra implícitamente en el ordenamiento colombiano el principio del equilibrio económico del contrato administrativo, lo que le permite en esa época al Consejo de Estado declarar:

“El régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: si de una parte afirma la existencia a favor de la administración de prerrogativas exorbitantes de derecho común de los contratos, de otra reconoce el derecho del cocontratante al respecto del equilibrio financiero considerado en el contrato. Es en este equilibrio en el que se expresa realmente la existencia del contrato.”⁹

⁹ CONSEJO DE ESTADO S. *Consulta y Servicio Civil*. Dictamen del 11 de mar/72. Rad. 561. M.P. Alberto Hernández Mora, 1973.

La equivalencia económica se regula como un principio general de la contratación administrativa, y como tal, constituye el fundamento de esta categoría jurídica y cumple una importante función en la integración e interpretación de las normas que se refieren a la materia contractual. El estatuto de la contratación administrativa regula prolijamente el principio de la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas, en los artículos 4.8, 4.9, 5.1, 14.1, 25.13, 25.14, 27 y 28, entre otros

A diferencia de la legislación anterior, en que no existían normas que con carácter imperativo le impusieran a las partes la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato, en la Ley 80 de 1993 se consagra expresamente el deber de las entidades estatales y el derecho del contratista al mantenimiento de la intangibilidad de la remuneración pactada en el contrato. De esta manera, el derecho administrativo se pone a tono con los demás ordenamientos en el derecho comparado, que consagran las técnicas de compensación o indemnización al contratista enmarcadas dentro de las doctrinas de la *potestas variandi*, del *factum principis*, de la responsabilidad contractual, de la teoría de la imprevisión, de la revisión de precios, y de las dificultades materiales imprevistas.

Paralelamente, la legislación positiva establece unas técnicas en materia presupuestal que le permiten a la administración pública el reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones necesarias para preservar la equivalencia económica del contrato. Es así como se consagra la exigencia para las entidades públicas de elaborar las reservas o certificados de disponibilidad presupuestal con base en el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la actualización de precios y la obligación de incluir en los presupuestos anuales de las entidades públicas una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como

los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones, iniciales de los contratos por ellas celebrados (Ley 80/1993, artículo 25, numerales 13 y 14)

Si las apropiaciones de una determinada vigencia fiscal no son suficientes para el reconocimiento y pago de las compensaciones e indemnizaciones destinadas a asegurar la equivalencia económica del contrato, se deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar su efectividad en la siguiente vigencia (artículo 27 *ibidem*).

1.2.1.3.2 Doctrinal

En los contratos de tracto sucesivo cuyo pago se encuentra sometido a plazo, es factible que durante el tiempo que medie entre su celebración y la fecha de su cumplimiento, se presenten circunstancias que alteren el contenido original de las prestaciones, de tal suerte que el cumplimiento del contrato en la forma inicialmente pactada resulte más oneroso para las partes o alguna de ellas

Para el tratadista André de Laubedère el equilibrio económico "Es la relación aproximada entre cargas y ventajas que el contratante ha tomado en consideración como un cálculo al momento de contratar; cuando este balance razonable se rompe puede ser equitativo restablecerlo puesto que él había sido tomado como un elemento determinante del contrato"¹⁰

A su vez, Miguel S. Marienhoff explica el concepto de equilibrio económico y financiero de la siguiente forma: " El cocontratante, al celebrar su contrato con la administración pública lo hace con el objeto de obtener un beneficio,

¹⁰DE LAUBADÉRE, André. *Traité théorique et pratique des Contrats Administratif*, Tomo II, LGDJ, París, 1956, p 32

que generalmente resulta calculado no solo sobre la índole de la prestación que realizará (servicio público, obra pública, suministro, transporte, etc) sino también sobre el capital para invertir en maquinarias, útiles, combustibles, jornales, etc.” Y agrega que “El contrato celebrado con el compromiso recíproco de ambas partes, le asegura al cocontratante la obtención de ese beneficio. Precisamente, es ese el motivo que determinó al cocontratante a contratar. Cuando ese beneficio, sea por causas imputables a la administración pública o por causas no imputables a esta, sobrevinientes e impredecibles en el momento de contratar, sufra un menoscabo, el cocontratante tiene derecho a que el beneficio previsto sea restablecido” ¹¹

I.2.1.4. Rompimiento del equilibrio económico y financiero del contrato

I.2.1.4.1. Concepto legal

Se debe partir del principio contenido en el Código Civil Colombiano en su artículo 1602, que ordena que un contrato válidamente celebrado constituye ley para las partes. Al momento de la celebración de un contrato se entienden incorporadas en el acuerdo de voluntades las circunstancias económicas reinantes y el interés que lo motivó, de tal suerte que si por circunstancias imprevisibles – en algunos casos también irresistibles – se hace más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para una o todas las partes, deben procederse al restablecimiento del equilibrio inicial, el cual necesariamente se verá reflejado al rescatar las condiciones originales. A nuestro juicio, esta solución se llega interpretando el principio anterior, conjuntamente con otro principio de la contratación no menos importante como lo es el de la buena fe

¹¹ MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 469

Desde el punto de vista del desarrollo legislativo, el rompimiento del equilibrio contractual y su consecuencial restablecimiento, había tenido, además de la referencia expresa para el caso de la modificación unilateral, una referencia tácita en el decreto 222 de 1983, al consagrar la figura de la revisión y reajuste de precios en los contratos de tracto sucesivo de obra pública y suministro, que tenía lugar, respectivamente, en los eventos de alteración de los factores determinantes de los costos o cuando los productos objeto del contrato sufrieran fluctuaciones (artículos 86 y 133 del decreto 222 de 1983).

La ley 80 de 1993, por el contrario, ya no hace solo una referencia tácita sino que de manera expresa ordena el restablecimiento del equilibrio económico cuando el mismo se ha roto. Es así como el artículo 5º numeral 1, se establece que el contratista "... tendrá derecho, previa solicitud, a que la administración le restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a punto de no pérdida, por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no le sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato".

1.2.1.4.2. Concepto doctrinal

Jorge Escola señala en este sentido que "... si el contratista debe soportar a su costo y riesgo el álea normal de toda negociación, no debe hacerse cargo de la anormal; pues a nadie puede imponérsele el sacrificio de intereses particulares en beneficio público, sin el respectivo resarcimiento"¹²

¹² ESCOLA. Héctor Jorge, *Tratado integral de los Contratos administrativos*. Tomo I, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1977, p. 454.

A su vez, André de Laubadère, expresa que “El equilibrio financiero no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa y no constituye una especie de seguro del contratista contra déficits eventuales de explotación, sino que es una réplica de la inseguridad financiera causada por el poder de modificación unilateral de Estado que caracteriza al contrato administrativo. Es necesario garantizar el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato como un principio de equivalencia honesta ya que el desequilibrio en derecho privado solo da lugar a la excepción de inejecución”.¹³

1.2.1.4.3. Concepto jurisprudencial

Sobre el tema relativo a la forma de hacer concordantes los principios de *pacta sunt servanda* con los de buena fe y equilibrio económico del contrato en derecho colombiano, ha correspondido a la jurisprudencia del Consejo de Estado fijar los parámetros para ello.

Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia de 20 de septiembre de 1979, con ponencia Jorge Valencia Arango, estableció sobre el particular que “...la rigidez del principio de derecho privado contenido en el postulado” *pacta sunt servanda*”, que reflejaba la inmutabilidad impuesta por la ley (el contrato es ley para las partes contratantes, artículo 1 602 del C.C.) respecto de las obligaciones contraídas por las partes al celebrar el contrato y su mantenimiento invariable durante el tracto contractual, ha sido reemplazado por la flexibilidad del principio “*rebus sic stantibus*” el cual releva que el contrato debe mantenerse, únicamente en cuanto subsista inmodificada, durante la etapa de ejecución o cumplimiento, la situación de sacrificio o beneficio recíproco en que se hallaban las partes en el momento de la

¹³ DE LAUBADÈRE, André, *Op Cit*, Tomo II, p. 32

celebración, pero no la puede ni debe mantenerse (sic) cuando esa situación sufre modificaciones entre el referido momento inicial de su celebración y otro cualquiera posterior de su cumplimiento”.

La jurisprudencia citada corresponde a la necesidad de hacer compatibles, de una parte, la protección del interés económico del contratista y, de otra, el ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración que no puede significar el desconocimiento de quienes han contratado con ella en aras de proteger el interés público

Fue así como el Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – en concepto de 11 de marzo de 1972, con ponencia de Alberto Hernández Mora, se pronunció con relación a esta materia observando que “... si bien el rol del particular es colaborar con la administración en la consecución del interés público, la utilidad que él busca al contratar debe garantizarse en todo momento; por ello el contratista afectado por circunstancias ajenas tiene derecho a ser restablecido en su interés económico”.

El Consejo de Estado, en sentencia del 20 de septiembre de 1979 con ponencia del mismo Dr. Jorge Valencia Arango, que “... en el contrato administrativo, cuya parte débil es la personal del contratista privado, la mayor onerosidad sobreviniente que por cualquier causa recayere sobre la prestación a su cargo, haciéndola más gravosa, debe ser remediada por la administración...”, “No todas las hipótesis elaboradas por la doctrina y adoptadas por la jurisprudencia sobre las causas de mayor onerosidad que pueden aumentar la carga prestacional y ameritan su alivio, han sido acogidas por las legislaciones de los países...”, “Nuestra legislación, como va a verse, implícitamente incorpora todas las causas, al admitir la reinstauración del equilibrio financiero en función de la variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos (...)”.

1.2.1.5. Causas del rompimiento del equilibrio contractual.

Actualmente, la doctrina colombiana y la jurisprudencia francesas sintetizan los eventos de rompimiento de equilibrio financiero del contrato en tres grandes causales que pueden denominarse así:

- ♦ El hecho del príncipe
- ♦ la teoría de la imprevisión.
- ♦ la teoría de la sujeciones imprevistas,

A esta clasificación se analizarán las circunstancias imputables a las partes que afectan el equilibrio contractual y, por otro lado, aquellos acontecimientos ajenos a los contratantes con igual efecto

1.2.1.5.1. Hecho del Príncipe.

Refiriéndose al hecho del príncipe como causa del rompimiento del equilibrio contractual, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 9 de diciembre de 1988, siendo Magistrado ponente Carlos Betancour Jaramillo afirmó que se presenta "Cuando las autoridades de la colectividad actúan en virtud de una competencia diferente de la que tienen por el contrato, es decir, cuando ejercen sus competencias en materia de policía u organización o funcionamiento de los servicios públicos, en condiciones tales de que ellas derivan repercusiones sobre el contrato ...", " cuando se produce ese desequilibrio financiero por razón de un acto del legislador, como el decreto de alza de salarios, o el establecimiento, o el incremento de prestaciones sociales patronales ...".

Asimismo el Consejo de Estado en sentencia del 20 de septiembre de 1979, con ponencia del Dr Jorge Valencia señaló que "Cuando la causa de la agravación consiste en un acto de la propia administración contratante, o

en un acto, hecho u operación atribuibles al poder público en cualquiera de sus ramas, el origen del entuerto oneroso ha determinado que la figura se le denomine hecho del príncipe. ”.

A su vez, en la sentencia de 27 de septiembre de 1992, el Consejo de Estado se inclina por la tesis de que para ser considerada una circunstancia como hecho del príncipe esta debe ser de carácter general

1.2.1.5.2. Teoría de la imprevisión.

Al referirse el artículo 5° de la ley 80 de 1993 al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato por “ la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. ” y que tampoco obedecen al incumplimiento o conductas de la administración, se colige la consagración de la imprevisión como circunstancia que altera el equilibrio económico del contrato y da derecho al contratista a solicitar su restablecimiento.

1.2.1.5.2.1 Antecedentes y conceptos doctrinal, legal y jurisprudencial.

Como ya se había enunciado, en los contratos de cumplimiento futuro, en los cuales se difiere el cumplimiento de las prestaciones en el tiempo, es posible que las circunstancias existentes al momento de ellas sean distintas de aquellas que determinaron la celebración del contrato, por haber sobrevenido eventos que las partes no pudieron prever en ese momento haciendo más gravoso el cumplimiento del contrato para una de ellas.

La teoría de la imprevisión ha sido acogida por el Consejo de Estado Colombiano como puede apreciarse en las sentencias de junio 18 y 20 de septiembre de 1979, en la segunda de las cuales se dijo: “ el mantenimiento del desequilibrio sobreviniente significaría un enriquecimiento incausado para la parte que, no soportando la sobrecarga, va a disfrutar de mayores o iguales

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

beneficios a los que inicialmente eran materia del pacto Y si es la administración la que, so pretexto del bien común, impone el mantenimiento de tal desequilibrio...”

La teoría de la imprevisión cuyo fundamento se encuentra en la equidad y la buena fe que debe informar los contratos en todo momento, ha tenido desarrollo legal en el ordenamiento comercial. Es así como, el artículo 868 del Código de Comercio Colombiano consagra la figura al establecer que “cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o graven la prestación del futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en tal grado que resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión”

Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de septiembre de 1979 “La teoría de la imprevisión, también denominada del riesgo imprevisto, versa sobre la incidencia de las causas materiales y físicas y las alteraciones de la coyuntura económica que fueron imprevistas porque eran imprevisibles en el momento de la celebración del contrato, y que, surgidas en el curso de la ejecución, trastornan la ecuación financiera del mismo, tomando más gravosa la carga que venía soportando el contratista...”

Como puede verse de la sentencia citada, para el Consejo de Estado colombiano no es clara o no existe la diferenciación.

La teoría de la imprevisión, en contratación administrativa, se aplica en los mismos supuestos previstos para ello en la legislación mercantil; sin embargo, difieren en que en contratación administrativa la revisión del contrato ya sea para establecer el equilibrio económico existente al momento de contratar, o para terminarlo e indemnizar al contratista afectado, es una obligación de la administración y un derecho del contratista particular, que debe concretarse de ser posible, sin acudir al órgano judicial.



1.2.1.5.2.2. Requisitos.

Los supuestos de aplicación de la teoría de la imprevisión son los siguientes:

Las circunstancias que sobrevengan a la celebración del contrato y alteren el equilibrio del mismo, deben ser extraordinarias, imprevisibles, e imprevistas por las partes al momento de contratar.

Se entiende por circunstancias imprevistas e imprevisibles, aquellas que las partes no previeron al momento de perfeccionar el contrato, o al de la oferta, según el caso, y que con mediana diligencia no estaban en la obligación de considerar como posible su realización (razonablemente imprevisibles). No es preciso que el acontecimiento mismo haya sido imprevisible, solo se requiere que lo sean los efectos del suceso ya producido al momento de perfeccionarse el contrato

En sentencia del Consejo de Estado del 20 de septiembre, sobre el particular se manifestó "En presencia de esa mutación de las condiciones iniciales al formalizar el contrato (ya que de haber sido previstas, la parte que habría de padecer la agravación no habría consentido en formalizarlo), se impone la compensación del lastre obligacional, de forma que el sacrificio y el beneficio recíprocos de las partes tiendan a conseguir una situación de equilibrio análoga a la que existía al tiempo de la celebración del control . "

1.2.1.5.3. Sujeciones imprevistas

Jaime Vidal Perdomo ¹⁴ señala que las denominadas sujeciones imprevistas como causal de rompimiento del equilibrio financiero del contrato, son de elaboración jurisprudencial por parte del Consejo de Estado francés, y que

¹⁴ Cfr. VIDAL PERDOMO, Jaime, *El Contrato de Obras Públicas*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1989, p 95.

la teoría de las sujeciones imprevistas se distingue de la fuerza mayor en que no genera una imposibilidad del cumplimiento del contrato sino que lo hace más oneroso; del "hecho del príncipe", en cuanto proviene de factores ajenos a las partes; y de la teoría de la imprevisión; en cuanto que las dificultades no surgen de las condiciones económicas sino que son de orden material

Las sujeciones imprevistas se presentan especialmente en los contratos de obra pública y pueden nacer de complicaciones, factores no advertidos, y que no habían sido contemplados inicialmente por las partes.

Para que pueda hablarse de sujeciones imprevistas las dificultades materiales deben estar fuera de las que son normales en la ejecución de un contrato, ellas son las únicas que dan lugar a una indemnización, aunque en las cláusulas contractuales se haya rechazado la posibilidad de la misma, pues la indemnización que se prohíbe es la que puede provenir de la presencia de una dificultades normales

1.2.2.Derecho Privado

1.2.2.1. Introducción

Debido a que dentro de la legislación para regular la relación contractual entre los particulares en los contratos de obra, no existe algún apartado que haga referencia a ella de manera específica, como se contempla la figura del equilibrio económico contractual en los contratos que celebran los particulares con la administración pública, es que, por principio de orden será necesario atenernos a las cláusulas que regulan a los contratos en general; así como a los principios de justicia y equidad que prevalecen en esta figura contractual cuando se presenta algún imprevisto que varía las condiciones originalmente pactados entre los contratantes.

En el derecho positivo mexicano y colombiano, sigue subsistiendo el interrogante, al menos en abstracto, en el sentido de si es permitido que el juez, según las normas de un determinado orden jurídico, pueda intervenir en orden a variar relaciones contractuales pendientes de ejecución, fijando su contenido futuro de modo divergente al previsto por las partes en el contrato, e incluso dando por terminado el acuerdo si bien debiera subsistir conforme a sus mismas cláusulas

El interrogante anterior subsiste en el orden teórico, teniendo en cuenta que por regla general, cuando el contenido técnico del contrato es perfecto, es también intrínsecamente justo en el momento de perfeccionarse, pudiendo resultar posteriormente injusto desde el punto de vista objetivo, por una variación en las circunstancias que se alteren o modifiquen las prestaciones de las partes al momento de su cumplimiento

Es precisamente lo anterior lo que pueda dar lugar a que una de las partes pretenda la alteración del contenido del contrato, mediante la acción de revisión presentada ante juez competente. (artículo 868 Código de Comercio).

En realidad persiste el debate acerca de esta teoría, ya que en la ciencia contractual colombiana, no hay cuestión que revista más gravedad después del contrato de lesión, que ésta de la intervención del juez para impedir, modificar o demorar el cumplimiento de las obligaciones originadas en el contrato

Algunos tratadistas colombianos, siguiendo la idea predominante en la doctrina clásica de la soberanía del contrato, ni siquiera admiten la posibilidad de que la cuestión en estudio se plantee, partiendo básicamente del principio de *la pacta sunt servanda* conforme al cual el contrato es ley para las partes; ley que tiene que ser respetada por el juez

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.2.2.2. Justificación de la teoría

Emilio Betti¹⁵ señala que es el anhelo de justicia cuando la rigidez de preceptos como el antes indicado (*pacta sunt servanda*), lo que hace que la doctrina se dedique a fabricar soluciones, refugios equitativos que liberen de estos principios rígidos, de esos preceptos tajantes y rigurosos; también los tribunales acogen la vía de preceptos más flexibles, prefiriendo una decisión justa a una resolución técnicamente perfecta

Todos los ordenamientos jurídicos tradicionales prevén normas que exoneran al deudor del cumplimiento de sus obligaciones, en aquellos eventos en que la alteración de las circunstancias hacen imposible el cumplimiento del contrato. Así, por ejemplo, el Código Civil dice que queda extinguida la obligación de entregar determinada prestación, cuando la cosa se perdiere sin culpa del deudor y antes de que éste se constituya en mora. También queda liberado el deudor de la obligación de hacer, cuando la prestación resulte física o legalmente imposible.

Pero, en los casos indicados, se trata evidentemente de una imposibilidad total de cumplir (fuerza mayor o caso fortuito) y no de una dificultad grave y de carácter extraordinario, que no impide que el deudor pueda cumplir absolutamente con las obligaciones, sino que dichas circunstancias determinan que ese cumplimiento sea extremadamente gravoso para él; esa es la diferencia fundamental entre la teoría de la imprevisión y el concepto de fuerza mayor.

1.2.2.3. Antecedentes legislativos: consagración en el derecho positivo.

Ha sido ardua la tarea de la doctrina y la jurisprudencia en todos los países civilizados. con el fin de convertir la teoría de la imprevisión en precepto de derecho positivo.

¹⁵ Cfr. BETTI, Emilio. *Instituciones de Derecho Comercial*. Tomo III. Editorial Eliar, Colombia, 1998 pp. 110-117.

Sin embargo, no existe en Colombia un praxis jurisprudencial importante que pueda indicar que la teoría de la imprevisión efectivamente ha sido exitosa. Lo anterior si se tiene en cuenta que los únicos antecedentes jurisprudenciales en materia civil datan de los años 1936, 1937 y 1938, y que la Sala Civil del máximo organismo judicial no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la teoría que se examina, con posterioridad a la vigencia del Código de Comercio

Los antecedentes jurisprudenciales en materia civil colombiana datan de los años 1936, 1937 y 1938. Su Código Civil, con más de 100 años de vigencia, nunca tuvo en cuenta la teoría de la imprevisión, sino hasta hace aproximadamente dos décadas y media, precisamente por contrariar el espíritu individualista reinante en la fecha de su promulgación

Anzola Nicasio¹⁶ expresa que actualmente los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual se encuentran sumamente devaluados, aunque algunos pugnen, con razones de peso como ocurre actualmente en Francia, para que se retorne a ese imperio de la autonomía de los particulares, haciendo imposible que quienes se sienten vulnerados en sus derechos e intereses sean justamente resarcidos. Lo anterior no se opone en modo alguno a los fundamentos que se han esbozado, para que impere y siga vigente la teoría de la imprevisión.

Actualmente la teoría de la imprevisión es aceptada y elevada al rango de norma de derecho positivo. El Código Civil colombiano, trae una concepción del contrato que a priori parece absoluta: "Las convenciones tienen carácter de ley..." "El acuerdo de voluntades existe para lo previsible; no puede ser invocado si lo imprevisible se llega a realizar..." "El deudor no puede ser obligado desde el

¹⁶ Cfr. ANZOLA, Nicasio. *Curso Elemental de Derecho Mercantil*, volumen II, imprenta "La Luz" Colombia, 1926, pp. 276-277



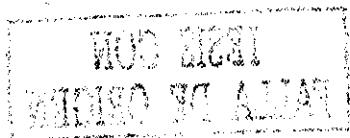
momento en que se haya pasado el límite obligatorio del contrato” (artículo 1602 y 868 y 1603 respectivamente).

Con relación a estos artículos Cesar Vivante¹⁷ comenta que se hace notar la teoría de la imprevisión que el tiempo y las necesidades de las nuevas relaciones de producción han afirmado su resistencia y perdurabilidad, no sólo a nivel de la jurisprudencia y la doctrina, sino también en el ámbito de las legislaciones más avanzadas, sobre todo en lo que toca con el derecho administrativo. Es que se ha dejado de rendir culto al derecho para tributarlo a la ley; para subsistencia y que no es necesario que la noción se consagre de manera expresa e inequívoca como se desprende la siguiente cita:

“Consideramos que la noción de imprevisión es admitida por el derecho civil actualmente en vigor al mismo título que las nociones de enriquecimiento sin causa y abuso del derecho, por razones de papel permanente que la noción de equidad tiene en el desenvolvimiento del derecho positivo. Por lo demás estimamos que lejos de ir contra los textos del Código Civil, esa solución se armoniza con las orientaciones generales que de él se desprenden. Es todo lo que importa: No es en manera alguno necesario un texto especial que consagre expresa y directamente la noción”.

En Colombia los principios generales del derecho, en armonía con las ramas del derecho positivo y mediante la aplicación de la equidad natural, han de servir no sólo para obviar los vacíos legislativos, sino para informar los criterios interpretativos de la ley, conforme a los artículos 4º, 5º y 8º, de la Ley 153 de 1887. Pero es que ya con anterioridad el artículo 32 del Código Civil veía en la equidad y en el espíritu general de la legislación, un medio idóneo de interpretación.

¹⁷ Cfr. VIVANTE, César, *Tratado de Derecho Mercantil* Tomo III, Colombia, Bogotá, pp. 486-492



Ahora bien, si el artículo 1602 puede aparecer en principio como un invencible obstáculo a la aplicación de la teoría de la imprevisión, al prescribir sintéticamente que el contrato es ley para las partes, no es menos cierto que, a renglón seguido se dispone que los contratos han de ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ella (artículo 1603 del Código Civil)

Pero no sólo es el enunciado general contenido en el artículo 1603 el que sustenta esta teoría en materia civil, pues también el artículo 1616 restringe los perjuicios a lo previsto al momento de celebrar el contrato, desechando aquellos perjuicios imprevistos

De igual manera, el artículo 2060 del mismo estatuto determina que: "si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehusa, podrá recurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de la obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda".

La disposición anterior no es otra cosa que un claro ejemplo de aplicación de la teoría que se estudia; se trata de un vicio oculto en el suelo, pero lo importante en él, para efectos de la teoría de la imprevisión, es que ocurran costos que no pudieron preverse.

Planteadas así las cosas, no cabe otra conclusión que afirmar que en Colombia es contrario a la equidad natural y a la buena fe que debe informar siempre la celebración y ejecución de los contratos, el que el acreedor pretenda que, no obstante la variación de las circunstancias por hechos imprevistos e imprevisibles, el deudor cumpla rigurosamente su obligación aunque sobrevenga para él la bancarrota económica

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Se trata, simplemente, de la aplicación de ley moral en los contratos, pues la justicia y la equidad deben nutrir siempre el ámbito de las relaciones jurídicas.

Como vimos en Colombia se ha implantado la teoría de la imprevisión en la órbita del derecho administrativo y en la jurisprudencia señalada en este apartado la Corte Suprema de Justicia se ha esforzado en tres ocasiones para aplicarla al derecho civil

Finalmente, el codificador comercial colombiano, como es denominado, lo que para México es el Código de Comercio, la ha considerado en el respectivo estatuto (artículo 868), como "un triunfo de los espíritus modernos y generosos sobre los espíritus pacatos e injustos ..."

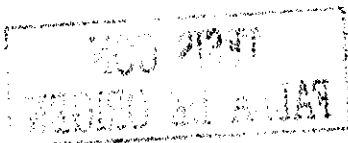
1.2.2.4. Consideraciones Francisco Morales de la teoría de la imprevisión.

A este respecto tratadistas Colombianos coinciden en que los excesos que se han presentado en los tiempos modernos en relación con la fuerza obligatoria de la autonomía de la voluntad; agudizados por la preponderancia jurídica que la concentración económica confiere a ese sujeto del derecho mercantil denominado empresa, han de ser objeto de oportunos correctivos a nivel del derecho positivo de cada país, con el fin de garantizar no sólo la igualdad entre las partes contratantes, sino también la equidad y la justicia en la ejecución de las prestaciones derivadas del contrato.

Se debe así propiciar la modificación y en algunos eventos extremos la terminación del acuerdo contractual, cuando haya una variación ostensible y grave de las circunstancias existentes al momento de su perfeccionamiento.

Sin embargo, autores como Arturo Valencia¹⁸ que, ante la dificultad de encontrar estructuras o fórmulas que puedan conciliar las necesidades de la seguridad con

¹⁸ Cfr. VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho Civil de las Obligaciones*. Tomo III. Edición Temis, Bogotá, 1968, p 333



las de equidad, piensan que instituciones como la teoría de la imprevisión no debe ser objeto de consagración general a nivel de las codificaciones que rigen las relaciones contractuales entre particulares.

En este sentido se pronuncian tratadistas como Guillermo Ospina Fernández y Ricardo Uribe Holguín,¹⁹ acérrimos enemigos de esta figura jurídica; otros propugnan porque la teoría tenga un carácter especial y se aplique sólo en determinadas coyunturas económicas, para lo cual se expedirán leyes específicas

Como el contrato constituye el instrumento por excelencia para la producción y circulación de los bienes y servicios, éste sólo tendrá eficacia jurídica cuando cumpla con esos objetivos.

Si con la exigencia de que se cumpla el contrato por parte del acreedor se abusa persiguiendo en forma indebida y desconsiderada la satisfacción de los intereses propios en detrimento grave de los de la otra parte, el interés de la comunidad exige del legislador la implementación de una fórmula, brinde una solución compensatoria que nivele las prestaciones a cargo de las partes.

Nicolás Pérez Serrano²⁰ en su obra señala que, "... para humanizar el frío derecho de las obligaciones es necesario propugnar por una fidelidad recíproca entre los contratantes, lo que exige como corolario una estructura socialista del derecho de las obligaciones que impida que el acreedor persiga despiadadamente su propio interés sin considerar el grado de angustia y el sacrificio patrimonial del deudor"

¹⁹ Cfr. OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y URIBE HOLGUIN, Ricardo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1967, p. 85.

²⁰ Cfr. PEREZ SERRANO, Nicolás, *De las Obligaciones*, Volumen I, Editorial Elia, Bogotá, 1986, p. 692.

Han sido éstas, entre otras, las consideraciones de orden jurídico y moral que han llevado a los legisladores de los diferentes países a consagrar, en el ámbito de la contratación mercantil, la revisión e incluso "la resolución" de los contratos por alteración sobrevvenida y extraordinaria de las circunstancias.

Este paso fue el que dio el legislador colombiano del año 1971 al expedir el nuevo Código de Comercio.

1.2.2.5. La teoría de la imprevisión y el nuevo Estatuto Mercantil.

Dice así la norma que plasma esa figura en el Decreto 410 de 1971:

Artículo 868: "Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación del futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato

Esta regla no se aplicará a los contrato aleatorios ni a los de ejecución instantánea".

Bonniecse²¹, menciona que se puede reducir el contenido de esta teoría al siguiente planteamiento: "Es justo admitir que un acuerdo contractual pueda ser modificado o darse por terminado en sus defectos por decisión judicial, cuando acontecimientos posteriores a su celebración, que no se tuvieron en cuenta (no

²¹ BONNECASE, Julien, *Elementos de Derecho Civil*, ts I y II, traducción español, Cárdenas Editor y Distribuidor, Ijuana, 1985, p. 247.

se previeron), crean una situación particularmente onerosa para las partes haciendo excesivamente gravoso el cumplimiento de las obligaciones originadas en el contrato”.

1.2.2.6. El áleas Normal.

El áleas normal como se denomina en Colombia sería lo que para nosotros se conoce como situaciones previsibles, que por otro lado, la realidad de las cosas y la vida cotidiana demuestran que no tiene ninguna justificación afirmar que el riesgo es inherente a la especulación propia de la contratación mercantil, y que aquel que celebra un contrato cuyas pretensiones quedan diferidas en el tiempo, debe someterse a los efectos dañinos de los advenimientos fortuitos, que puedan inopinadamente sobrevenir entre la celebración del contrato y su cumplimiento, resultando éste más gravoso de lo que fue posible prever.

Para cada especulación hay inherente un riesgo determinado dependiendo del tipo particular de contratación y que, los errores en la valoración subjetiva de ese riesgo, carecen de importancia jurídica alguna frente a la teoría de la imprevisión.

Al respecto Nicolás Pérez²² menciona que nadie asume voluntariamente y a sabiendas un riesgo, sin querer y tener una recompensa adecuada. Quien asume un riesgo en materia contractual, sin convenir un equivalente del mismo con la otra parte, está donando o ejerciendo la usura; así, por ejemplo, en los contratos de suministro de mercancías ni el suministrante ni el beneficiario del suministro tienen intención de asumir riesgos distintos de los que son propios y previsibles conforme a la naturaleza de este contrato.

²² Cfr. PEREZ SERRANO, Nicolás, *Op Cit* pp. 298-302

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

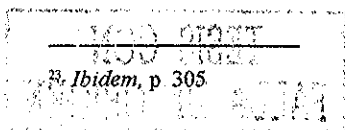
De lo anterior se deduce inferir que en los contratos conmutativos, está previsto por los contratantes la asunción de cierto riesgo normal, inherente al contrato específico celebrado (variación de precios en materias primas, razonable devaluación de la moneda, en el ejemplo del suministro), que no depende del advenimiento de circunstancias extraordinarias e imprevisibles que las partes no pudieron calcular al acordar las recíprocas relaciones de equivalencia

Por todo esto, cuando el equilibrio prestacional no se deba a fenómenos o circunstancias extraordinarias e imprevisibles, sino que se encuadra dentro de lo que la doctrina ha denominado "álea normal", será inaplicable este remedio revisor que constituye la teoría de la imprevisión

El Tribunal Supremo de Colombia, en sentencia de 15 de marzo de 1972, se expresa así sobre el particular: "En los contratos conmutativos, no obstante serlos, las partes asumen al celebrarlos un riesgo que es consustancial en el tráfico jurídico, es decir, existe en ellos cierta aleatoriedad pero esa onerosidad no es la extraordinaria, desproporcionada y fuera de lo normal que origine la ruptura de la exacción de las prestaciones, como sucede en la transmisión sin contraprestación."

Como la desigualdad o desequilibrio de las prestaciones debe acontecer por causa de circunstancias radicalmente imprevisibles, se entiende que lo previsto y, por supuesto, lo previsible, quedan bajo el alcance de la norma según la cual, el contrato es ley para las partes sin que pueda procederse a su revisión.

Lo radicalmente imprevisible sí queda por fuera del ámbito de configuración jurídica del precepto mencionado. Agrega Nicolás Pérez²³ que por previsible hay que entender aquello que no se tuvo expresamente en cuenta por las partes



al momento de la celebración del contrato, pero que bien pudieron tener en cuenta. Lo imprevisible es aquello que la diligencia normal de los contratantes no tenía por qué tener en cuenta. Se trata pues de una diligencia no exigible.

1.2.2.7. Cláusulas de estabilización monetaria. Consideraciones generales.

Jesús Vallejo²⁴ señala que al contratar se prevé. El contrato realmente es una empresa sobre el porvenir; todo contrato nos da una idea de certeza, de seguridad; es por eso que admitir la revisión del contrato en todos los casos en que se presente una situación que no ha sido prevista por las partes, sería quitarle al contrato su utilidad, su función económica, que consiste precisamente en garantizar o amparar al acreedor contra lo imprevisto.

Un deudor no puede faltar a su palabra e incumplir el contrato con el pretexto de que no previó la importancia de la deuda, por ejemplo aquel evento ordinario que las partes pudieron evitar, pactando en el acuerdo contractual los remedios oportunos en los casos en que las prestaciones se difieren en el tiempo tales como, revisión periódica del contrato, cláusulas de estabilización, corrección monetaria, etc., para garantizar al acreedor de la prestación que la cantidad a recibir no resultará afectada por la disminución del poder adquisitivo de la moneda, no puede entenderse como alteración extraordinaria, imprevista e imprevisible, porque si los remedios no fueron adoptados, es decir, no se previó lo que pudo haberse previsto racionalmente, se faltó a un deber, a una carga que está incluida en el espectro contractual. No prever lo que pudo haber previsto, vulnera principios como el de la diligencia y cuidados regulares que deben tener las partes en la vida negocial.

Es que los contratantes pueden mantener la equivalencia de las prestaciones mediante acuerdos en que se adopten las medidas correctoras del principio del

²⁴ Cfr. VALLEJO MEJÍA, Jesús, *Derecho Comercial* Leonor, Bogotá, 1989, pp. 45-47.

nominalismo, ya que toda prestación aplazada, sobre todo de dinero, implica un cierto riesgo para el acreedor. No solo el riesgo de la insolvencia, sino también de la depreciación monetaria.

La contratación mercantil en Colombia ofrece la posibilidad de que los contratantes remedien esas circunstancias, mediante la adopción de la llamadas "Cláusulas de Estabilización Monetaria", sobre todo en aquellos contratos que imponen a una de las partes una prestación diferida de dinero, fenómeno que ocurre en la mayoría de las modalidades de la contratación mercantil que conocemos en nuestro medio

1.2.2.8. Relaciones contractuales susceptibles de revisarse o terminarse por la vía judicial con base en la teoría de la impresión.

Según el texto del artículo 868, inciso primero del Código de Comercio, los sucesos extraordinarios e imprevisibles, deben ocurrir con posterioridad a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida.

Cuando la legislación colombiana se refiere a contratos de ejecución sucesiva o periódica nos remite a lo que la doctrina, principalmente la española, denomina contratos de duración en el sentido de que generan obligaciones duraderas a cargo de las partes; se contraponen así a los contratos de ejecución instantánea, que en el interés del contratante radica en que la prestación se realice en un momento determinado y sólo cuando así ocurre, se satisface plenamente la expectativa de dicho contratante.

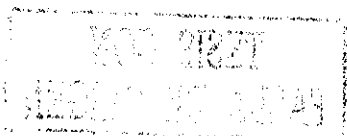
La alteración que origina el desequilibrio de prestaciones que haga excesivamente onerosa la carga del deudor, ha de producirse en el inter que va entre la celebración del contrato y su ejecución. Consecuentemente con este planteamiento, el inciso final del artículo 868 del Código de Comercio colombiano, de manera expresa indica que: "... esta figura no se aplica a los contratos de

ejecución instantánea, o sea, aquellos que por haber llegado a su perfección expiran, salvo que, esa relación contractual que conforme a su naturaleza es de ejecución instantánea, se haya sometido a su ejecución a la modalidad del plazo en cuyo caso las prestaciones quedan diferidas en el tiempo...”, quedando atenuado así el inciso final que señala que la teoría de la imprevisión respecto de los contratos de ejecución instantánea que se cumplen de inmediato, de una sola vez, no les es aplicable la teoría de la imprevisión.

Se puede concluir que se puede dar el caso que, en contratos que son normalmente de ejecución instantánea, las obligaciones queden sujetas a una modalidad como el plazo, en cuyo caso también pueden ser afectadas por los hechos extraordinarios e imprevisibles, siendo procedente la aplicación de este remedio legal abre la compuerta para que la teoría de la imprevisión se aplique no sólo a los contratos de duración, en el sentido en que los hemos examinado, sino también a todas aquellas relaciones contractuales en que por disposición de la ley, el acuerdo de las partes, o la naturaleza del contrato, el cumplimiento de las prestaciones se difiera en el tiempo como es el caso del contrato de obra

Así es posible aplicar la figura de la imprevisión al contrato de suministro, al contrato de arrendamiento, a una venta con plazo para el pago del precio o para la entrega de la cosa, a una promesa de contrato en cuanto el perfeccionamiento del contrato prometido esté sometido a plazo, etc.

Asimismo, la norma que nos sirve de fundamento al presente estudio nos indica, siguiendo los trazos del artículo 1469 del Código de Comercio italiano, que la figura de la imprevisión tampoco se aplica a los contratos aleatorios. Tal disposición se explica simplemente por la función que cumplen dichos contratos, caracterizados por la plena incertidumbre de cuál podrá ser el provecho final de cada contratante, lo que impide toda valorización de desproporción entre las prestaciones cuya revisión se invoca. Quedan pues excluidos del principio de la



revisión los contratos aleatorios, precisamente porque ellos se fundamenten sobre la idea de la imprevisión.

Vale la pena reiterar que en los contratos conmutativos, no obstante serios, las partes de todas maneras asumen un riesgo (áreas) que es consustancial en el tráfico jurídico, es decir, existe en ellos cierta aleatoriedad, un área a la que nos referimos con anterioridad, y que es totalmente distinta al evento en que las partes aceptan someterse al hecho incierto momento a partir del cual se excluye la posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión

De acuerdo con la legislación colombiana, los contratos susceptibles de revisarse judicialmente con base en el artículo 868 del Código de Comercio son los onerosos conmutativos, es decir, aquellos que no solamente tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes sino que, además, cada uno se grava en beneficio del otro. Es que el concepto de equilibrio de prestaciones que fundamenta la teoría de la imprevisión es realmente un tema propio y exclusivo de los contratos onerosos

Los artículos 1497 y 1498 del Código Civil, nos indican que la equivalencia de las prestaciones constituye la base de todo contrato oneroso conmutativo, es decir, es un elemento esencial de este tipo de contratos de tal manera que si con el transcurso del tiempo ese equilibrio se rompe en el sentido de que la prestación a cargo de uno de los contratantes resulta enormemente desproporcionado frente a la de la otra, y por ende, excesivamente onerosa para el deudor rompiéndose así la base del contrato conmutativo, puede dicho deudor acudir a la teoría de la imprevisión con el fin de obtener el restablecimiento de la ecuación prestacional.

Si el equilibrio prestacional o contractual como lo hemos venido definiendo a lo largo del presente trabajo, constituye la naturaleza del contrato oneroso y conmutativo, y el restablecimiento de ese equilibrio perdido se impone como consecuencia de esa misma naturaleza.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

La conservación del equilibrio contractual en Colombia, surge de lo dispuesto por el artículo 1498 del Código Civil, de acuerdo con el principio de la buena fe contractual. En última instancia es este principio de la buena fe, como se mencionó antes, el fundamento en que descansa la doctrina de la desaparición de la base del negocio por ruptura de la relación de equivalencia de las prestaciones.

1.2.2.9. La excesiva onerosidad.

En los contratos a título oneroso y conmutativo las partes son libres de establecer dentro del acuerdo las proporciones cuantitativas entre las recíprocas prestaciones de acuerdo a lo que más convenga a sus economías particulares, según la valoración que hagan de sus propios intereses

La relevancia de la excesiva onerosidad tiene su razón de ser y su trascendencia según algunos autores dentro de los que se encuentra Emilio Betti "cuando señala que..."²⁵ " en la necesidad de tutelar la voluntad de las partes según la cual, los contratantes celebran los contratos, sobre todo de tracto sucesivo, en la inteligencia de que la relación proporcional entre las prestaciones fijadas originalmente ha de permanecer invariable y sin alteraciones". A esa voluntad, se le ha conocido doctrinalmente como la cláusula "*rebus sic Stantibus*".

La razón del remedio a una excesiva onerosidad sobrevenida no se debe buscar ni en una voluntad marginal, ni en el elemento causal del negocio, ni en ninguna de las otras teorías que tratan de fundamentar la imprevisión ya que el derecho positivo sólo tiene en cuenta, de acuerdo con Betti²⁶, la exigencia de conservar objetivamente

²⁵ BETTI, Emilio, *Op Cit*, p. 119.

²⁶ *Ibidem*, p. 121.

el costo inicial de la prestación, respondiendo a las exigencia de la equidad en la cooperación que debe existir entre deudor y acreedor, en cuanto a la distribución de los riesgos que excedan el áleas normal del contrato. Es pues la exigencia de una justa distribución de los riesgos frente a cambios imprevisibles ocurridos fuera de la esfera patrimonial de una y otra parte, mediante una adecuada modificación de las condiciones contractuales, lo que da sustento a la tesis que se analiza.

Lo anterior explica que también en los contratos unilaterales pueda presentarse este remedio, al surgir una desproporción por hechos sobrevenidos al perfeccionamiento del contrato, entre la prestación asumida inicialmente por el único contratante obligado y la prestación posterior ostensiblemente más gravosa. El único remedio en presencia de este tipo de relaciones contractuales en que sólo una de las partes se obliga, consistirá en una reducción de la prestación o de una variación en la modalidad de su cumplimiento.

Siendo la excesiva onerosidad, el presupuesto básico para que opere la fórmula de la imprevisión, el artículo 868 de estatuto mercantil colombiano se abstiene de fijar la medida para que pueda considerarse excesiva la desproporción de las prestaciones.

Así las cosas, la solución queda al arbitrio del juez, quien deberá, en cada caso, ponderar y evaluar si la onerosidad de la prestación llega a una magnitud tal que pueda comprometer gravemente el equilibrio contractual a cargo de los contratantes.

1.2.10. La alteración de la base del contrato.

El inciso 2° del artículo 868 del Código de Comercio colombiano, al puntualizar la actividad que debe desplegar el juez, preceptúa que dicho funcionario "procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato".

Siguiendo de cerca los lineamientos de Betti²⁷ en que señala que la base del negocio objetiva consiste en “el conjunto de circunstancias y estado general de la cosa cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato, según la intención de ambos contratantes, pueda subsistir como regulación dotada de sentido para ellos”.

Así pues, se considera que en el derecho positivo colombiano, se han alterado las bases del contrato como lo expresa el artículo 868 del Código de Comercio, cuando la relación de equivalencia que las partes han presupuestado en el acuerdo se ha destruido o deteriorado en tal medida que no puede hablarse racionalmente de una ‘contraprestación’, todo ello por circunstancias extraordinarias e imprevisibles que hayan alterado el estado de cosas, el orden económico en torno al cual se mueve el objeto de los contratantes.

Se trata de la destrucción de la relación de equivalencia propia de los contratos onerosos que en un sistema libre de contratación como el colombiano, al menos desde el punto e vista nominal, viene establecido subjetivamente por las determinaciones de los contratos en cada caso

El equilibrio de las prestaciones constituye, el sentido de los contratos onerosos y por eso, el restablecimiento del equilibrio destruido es una de las consecuencias a que obliga la equidad y la buena fe contractual, además de la naturaleza del contrato oneroso.

El ordenamiento jurídico colombiano tiene en cuenta, como lo establece el propio artículo 868 del Código de Comercio, la desaparición o alteración de la base del negocio por destrucción de la relación de equivalencia propia de los contratos onerosos.

²⁷ *Ibidem* p 129



I.3. Venezuela

I.3.1. Derecho Público

I.3.1.1. Introducción

La regla fundamental de derechos de los contratos civiles y mercantiles venezolana viene expresada en el artículo 1134 del Código Civil Venezolano: "Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes". Esta fórmula implica a la vez el carácter obligatorio de los contratos, su inmutabilidad, que prohíbe toda modificación si falta el consentimiento de todas las partes (o la impone la ley) y la igualdad de los contratantes, ligados entre sí de forma idéntica

Ahora bien, Georges Vedel,²⁸ señala que la jurisprudencia, sistematizada quizá de forma excesiva por la doctrina, rechaza, al menos en su forma absoluta, los tres principios enumerados para los contratos administrativos; admite que, en ciertos casos, la administración puede desentenderse de sus obligaciones y anular el contrato unilateralmente, sin falta del co-contratante o contratista, lo cual pone en entredicho el carácter obligatorio del contrato; asimismo, al otorgar a la administración el derecho de modificar de forma sustancial las condiciones de la ejecución del contrato, pone en tela de juicio su inmutabilidad. Finalmente, al conceder a la administración a indemnizar al co-contratante por las pérdidas que pueda sufrir, o por las ganancias de que pueda verse privado, pero esto equivale solamente a admitir que la ley contractual se limita al equilibrio financiero, ya que las otras estipulaciones no tienen al menos en lo que respecta a la administración, una fuerza comparable.

²⁸ Cfr. VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo* Traducción de la 6ª edición Francesa por Juan Rincón Jurado, Aguilar, Caracas 1980, pp. 203-205

Sin embargo Enrique Sayaguez²⁹ ha negado que el mencionado artículo 1134 del Código Civil deba eliminarse del Derecho de los contratos administrativos. Este autor observa que numerosos casos en los que la administración puede modificar o anular el contrato están previstos por la ley o por los pliegos de condiciones. Añade a continuación que, en otros casos, los poderes de que disfruta la administración están previstos por el uso al que; según el artículo 1135 del Código Civil, deben referirse las partes, aun en los contratos de Derecho privado. Finalmente, Enrique Sayaguez demuestra que, en otros casos, los pretendidos poderes de la administración son afirmados por los autores en oposición a la jurisprudencia, mucho más moderada en cuanto a la flexibilidad de los contratos administrativos se refiere.

André de Laubadère³⁰ expone que, no obstante, la facultad de modificación que se reconoce a la administración no es ni absoluta ni uniforme. Se halla en su punto máximo cuando se apoya en la competencia de la autoridad administrativa para organizar el propio servicio público. Añade que de ahí, la importancia de la facultad de modificación de las condiciones de ejecución del servicio en el contrato de concesión de servicio público. Asimismo, el dominio de la administración en la obra pública, explica la jurisprudencia favorable a la facultad de modificación de la administración en materia de los contratos de obras públicas. Sin embargo, y dejando aparte toda estipulación formal en las otras categorías de contratos, la facultad de modificación solamente se reconoce en la medida en que las modificaciones del contrato administrativo sean determinadas por las mutaciones del propio servicio público.

²⁹ Cfr. SAYAGUEZ LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, I II, Temis, Caracas, 1985, pp 67-75

³⁰ Cfr. DE LAUBADÈRE, André, *Op. Cit*, pp 31-34

En Venezuela, la contextura general del régimen de los contratos administrativos se expresa por medio de estas dos nociones:

- ♦ La existencia, por parte de la administración, del derecho a prerrogativas exorbitantes del Derecho Común de los contratos; y
- ♦ El derecho del co-contratante o contratista respecto del equilibrio financiero.

1.3.1.2. Fundamento Jurídico

El principio de preservación del equilibrio económico financiero ha sido consagrado también a nivel legislativo, y lo encontramos en el artículo 43 del Decreto Ley No. 138, sobre Obras Públicas y Servicios Públicos Nacionales, el cual dispone que "En beneficio de la continuidad del servicio se mantendrá el equilibrio económico-financiero de la concesión en los términos establecidos en este decreto.

De acuerdo a lo expuesto por Rafael Badell³¹ el fundamento jurídico respecto del equilibrio económico contractual reconocido al contratante particular, se encuentra en el hecho de que teniendo en cuenta los fines de interés público que dan lugar a la contratación administrativa, y el papel que en ella tiene el contratista al constituirse en un colaborador activo para el logro de dichos fines, resulta justo que entre los derechos y las obligaciones del contratista exista una equivalencia honesta, una relación razonable, de modo que el particular no sea indebidamente sacrificado en aras de una finalidad cuya atención corresponde prioritariamente a la administración pública.

³¹ Cfr. BADELL MADRID, Rafael, *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*, Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991, p 85

Asevera que la idea de ecuación financiera surgió por elaboración pretoriana del Consejo de Estado Francés que, el 11 de marzo de 1910, siguiendo las conclusiones del Comisario de Gobierno León Blum quien sostuvo: "En todo contrato de concesión está implícita una cláusula, la equivalencia entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige. Si la economía financiera del contrato resulta lesionada, 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 en las obligaciones y derechos, éste debe restablecerse. Las ventajas y las cargas deben balancearse de modo que formen la contrapartida de los beneficios probables y de las pérdidas previstas".

Concluye este autor que la decisión del Consejo de Estado se aplicó a una concesión de servicios públicos, mas sin embargo sugiere de su lógico contenido que es extensible a todos los contratos administrativos. En todos ellos ha de respetarse la ecuación financiera, ocurriendo la Administración en la ayuda del co-contratante o contratista cuando las cargas provenientes de un acto suyo general imprevisible en el momento del contrato o de un acto ajeno a la Administración, también de carácter imprevisible e irresistible, hubiera dado lugar a la ruptura del equilibrio del contrato

I.3.1.3. Doctrina

I.3.1.3.1. Principios generales

Además del derecho del contratista, común en los contratos administrativos y privados, a obtener el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la otra parte, el cual involucra, naturalmente, el derecho a obtener el pago de las prestaciones ejecutadas, existen una serie de principios y garantías que exponen diversos autores venezolanos, aplicables exclusivamente cuando el contrato celebrado tiene carácter administrativo.

1.3.1.3.2. Equilibrio económico del contrato.

La Sala Político-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en decisión de fecha 14 de junio de 1983, enunció en términos generales el principio del equilibrio o intangibilidad de la ecuación económica del contrato administrativo, al señalar que en este tipo de contrataciones:

“Los particulares contratantes quedan, a su vez, protegidos (...) gracias a la intangibilidad de la ecuación económica del contrato, en virtud de la cual una lesión a su patrimonio derivada del incumplimiento por la administración de las cláusulas convenidas (rescisión por motivos supervivientes; “hecho del príncipe”, “circunstancias imprevisibles”, “fuerza mayor”) es compensada con la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios que pudieren habersele ocasionado”.

1.3.1.3.2.1. Principios generales

Sobre estos principios Rafael y Álvaro Badell³², mencionan que es esencia de toda relación contractual, y ello no escapa de ser así, en el caso de los contratos administrativos, que el contratante, al celebrar su contrato con la administración pública, lo hace con la intención o propósito de obtener un beneficio, que generalmente resulta calculado, no sólo sobre la índole de la prestación que se propone realizar sino también sobre el capital a invertir

³² Cfr: BADELL MADRID, Rafael y Álvaro, *Contratos Administrativos*. Badell de Graum 5, Caracas, 1999, p. 136.

El contratista es un particular que busca en el contrato administrativo su interés financiero, que a su vez se concreta en una remuneración que le reconoce el contrato.

La máxima de que los contratos deben ejecutarse de buena fe no es exclusiva del derecho privado; es de un principio general y por tanto aplicable también en el derecho administrativo. De ahí deriva que las potestades excepcionales que posee la administración para adecuar la ejecución de los contratos a los intereses públicos, no pueden significar el desconocimiento de los derechos de quienes han contratado con ella. Ello se logra protegiendo el resultado económico que perseguía el contratante, es decir, amparándose el denominando equilibrio económico. Rafael y Álvaro Badell³³ mencionan que, el régimen del contrato administrativo descansa en dos ideas fundamentales: de una parte se afirma la existencia a favor de la administración de prerrogativas exorbitantes del derecho común de los contratos, y de otra se reconoce al contratista al respecto del equilibrio financiero considerado en el contrato.

Cuando el beneficio que concierne al contratista, sea por causas imputables a la administración pública o por causas que no conciernen a ésta, sobrevivientes e imprevisibles en el momento de contratar y que reúnan determinadas características, sufre un menoscabo, y por lo tanto, el co-contratante o contratista tiene derecho a que el beneficio previsto sea restablecido, o que los perjuicios ocasionados sean atenuados, esto es, lo que se denomina "derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato", o "restablecimiento de la ecuación financiera". En este equilibrio se expresa realmente la existencia del contrato

³³ *Ibidem* p 134

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Aseveran estos autores que, es un principio aceptado por la doctrina y la jurisprudencia extranjera y venezolana el que en los contratos administrativos, además de las obligaciones y derechos establecidos en el texto del contrato, el contratista tiene derecho al mantenimiento de la ecuación o equilibrio económico del contrato, en caso de ruptura de la misma.

Así pues, el equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del co-contratante o contratista y un cúmulo de obligaciones de éste, consideradas equivalentes y equitativas.

A su vez, David Quiroz³⁴, menciona que el contrato administrativo en el momento en que es celebrado comporta para el co-contratante una situación general que es tenida en cuenta por él y que resulta de cierto equilibrio económico-financiero, y que surge de la idea de considerar el contrato como un todo en el cual los intereses de las partes que en él participan se condicionan; intereses que son, por un lado de la administración en satisfacer por ese medio el interés público y, por el otro, el del particular en lograr un beneficio inicialmente calculado.

En consecuencia de lo antes expuesto por estos autores, si bien es cierto que el co-contratante o contratista debe soportar, como en todo contrato, el riesgo normal propio de cualquier negocio, no es menos cierto que está exento de responsabilizarse de un riesgo anormal, que lo privaría de las ganancias razonables que hubiera obtenido si la relación contractual hubiera podido cumplirse en las condiciones tenidos en cuenta inicialmente.

³⁴ *Cfr.* QUIROZ RENDON, David, *Teoría de los Contratos Administrativos* I II, Tcmis. Caracas, 1997, p 36.

I.3.1.3.2.2. Ruptura del equilibrio financiero.

De acuerdo con la doctrina venezolana el equilibrio económico-financiero del contrato puede sufrir menoscabo por tres circunstancias fundamentales: (i) Las imputables a la administración en cuanto ésta no cumple con las obligaciones específicas o haga uso del *lus variandi*; (ii) por causa imputable al Estado inclusive, obviamente, a la administración pública, sea ésta o no la misma persona —en el caso venezolano: República, Estados y Municipios— que intervino en la celebración de contrato; (iii) por trastornos de la economía en general del contrato, debido a circunstancias externas, no imputables al Estado, y que inciden en el contrato por vía refleja.

De lo antes expuesto, vemos que el primer supuesto se refiere al Poder de Modificación del Contrato y al de Responsabilidad Contractual del Estado; el segundo concierne al Hecho del Príncipe y el último atañe a la Teoría de la Imprevisión.

I.3.1.3.2.2.1. Por causas imputables a la Administración pública: *lus variandi*.

I.3.1.3.2.2.2. Causas imputables a la administración por responsabilidad contractual.

La doctrina venezolana ha sido unánime en reconocer que cuando la administración pública no cumple con las obligaciones que el contrato pone a su cargo, alterando por esa vía el equilibrio económico financiero del mismo, determina un supuesto de responsabilidad contractual del Estado, que se regirá por los mismos principios que la información en el Derecho Civil.

Por lo anterior, se desprende que deberá la administración indemnizar al co-contratante o contratista, ya que se debe responsabilizar al Estado por el

incumplimiento de un contrato. Una "irresponsabilidad" semejante chocaría con el concepto mismo de "derecho".

1.3.1.3.2.2.3. *Ius variandi*

Al igual que en el Derecho Colombiano, tenemos que en el Venezolano, una de las características de los contratos administrativos es el poder de la administración para modificar unilateralmente su objeto, pero lo cierto es que existen límites a tal potestad, entre los cuales se encuentra la necesidad de mantener el equilibrio financiero a favor del contratante. En razón de ello, si la modificación del contrato por parte de la administración altera la ecuación económica del mismo traerá aparejada para el contratante una indemnización.

Así se señala por la doctrina venezolana, entre ellos José Ignacio Hernández³⁵ cuando expresa, que:

"... si bien es cierto que el interés público exige la modificación del contrato, no lo es menos que los quebrantos que ello ocasiona deben ser resarcidos". Por su parte García de Enterría³⁶, cuando analiza la legislación española refiere a este punto indica, que la compensación económica inherente a las modificaciones directas del objeto contractual debe ser integral y cubrir todos los perjuicios posibles, de forma que quede plenamente restablecida la ecuación financiera del contrato, siempre naturalmente, que dichos perjuicios queden realmente probados.

³⁵ Cfr. HERNÁNDEZ, José Ignacio, *Derecho Administrativo*, I. III, 9ª edición, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1984, p. 46.

³⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo Y FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Op. Cit.*, p. 668.

I.3.1.3.2.2.4. Teoría del Hecho del Príncipe.

Por lo que se refiere al Hecho del Príncipe como también lo vimos en el Derecho Colombiano es el resultado de una elaboración jurisprudencial antes que doctrinal, lo cual ha conspirado contra su mejor sistematización, para lo cual se hará un planeamiento breve en orden a concretar sus características.

En sentido general y amplio, la expresión "hecho del príncipe" viene a designar toda intervención de los poderes públicos que tenga por resultado afectar de una manera cualquiera, las condiciones jurídicas o solamente las condiciones de hecho en las cuales el contratante de la administración pública ejecute su contrato

De acuerdo a los conceptos antes expuestos, José Ignacio Hernández³⁷, señala que en primer lugar ese amplio concepto debe precisarse, sobre todo por lo que se refiere a qué debe entenderse por "poder" o "autoridad pública".

En ese sentido, parte importante de la doctrina estima que el hecho del príncipe, debe ser siempre una decisión o una conducta que puede imputarse a la misma autoridad pública que celebró el contrato, – Labaudere, Vedel, Miguel González, cuyas teorías quedaron expuestas en la parte referente al Derecho Público Colombiano. Estos mencionan que no quedan comprendidos dentro del hecho del príncipe aquellas decisiones y conductas que responden a autoridades públicas distintas a aquella que es parte en el contrato de que se trate, ya sea que pertenezcan al mismo orden jurídico o a otro distinto

³⁷ Cfr. HERNÁNDEZ, José Ignacio, *Op Cit* p 84

Dentro de esta postura no constituiría hecho del príncipe la ruptura del equilibrio financiero de un contrato celebrado por un instituto autónomo, pero si el hecho que proviene de la administración pública.

Posición contraria es la sostenida por Miguel S. Marienhoff³⁸ para quien la responsabilidad estatal por el hecho del príncipe, puede resultar del hecho o acto de cualquier órgano del Estado con la sola limitación que pertenezca a un mismo orden jurídico al de la autoridad que celebró el contrato. Consideramos que ningún principio de derecho se opone a ello; más aún, los fundamentos que soportan la teoría del hecho del príncipe no hacen ni permiten hacer distinción alguna entre hechos y actos procedentes de la propia autoridad pública que intervino en la celebración del contrato o de otra autoridad estatal. Así, tratándose de un contrato celebrado por el Estado, el daño puede emanar de cualquier órgano dependiente de ella misma esto es, del Estado, lo mismo puede decirse respecto de los distintos órganos que existen en el poder estatal y en el municipal.

Sin embargo, el contrato administrativo puede resultar alterado o vulnerable por una disposición emitida por una autoridad perteneciente a orden jurídico distinto. Así un contrato celebrado por el gobierno estatal venezolano, puede verse afectado por una decisión proveniente de la autoridad municipal. En tales supuestos, cuando el respectivo contrato resulta afectado o vulnerado por un hecho o acto ajeno o extraño a la autoridad nacional que lo celebró, es aplicable la teoría de la imprevisión, quedando regido por ésta el acto lesivo del contrato.

Tratándose de esferas jurídicas diferentes la situación es completamente asimilable a la del acontecimiento extraño o ajeno a la voluntad estatal;

³⁸ Cfr. MARIENHOFF, MIGUEL, *Op Cit.* p 471

igual caso ocurriría si el acontecimiento o hecho proviniera de un Estado extranjero.

La responsabilidad del Estado por el hecho del príncipe, permite que el co-contratante o contratista puedan requerir una reparación integral. Precisaremos posteriormente, que en la teoría de la imprevisión la reparación que recibe el co-contratante no es integral y no es imputable específicamente al Estado.

De igual manera concluye Eduardo García y Tomás Ramón Fernández,³⁹ al aseverar que el agravio al derecho del co-contratante o contratista pueden resultar de una medida o actitud estatal negativa, por ejemplo derogación o no aplicación de un texto legislativo o reglamentario, con cuya vigencia el co-contratante puede contar, ello ha permitido que un sector de la doctrina hable del hecho del príncipe negativo.

1.3.1.3.2.2.5. Teoría de la Imprevisión.

1.3.1.3.2.2.5.1 Noción

La teoría de la imprevisión, si en algún momento apareció como una doctrina novedosa, es hoy como lo hemos venido presentado en el presente trabajo, lugar común, tanto en su aplicación en el derecho público como en el privado y constituye, como señala Eduardo García y Tomás Ramón Fernández⁴⁰ un último paso en la línea evolutiva de la ejecución de los contratos y sus técnicas para el mantenimiento del equilibrio financiero.

³⁹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo Y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Op Cit* p. 680

⁴⁰ *Ibidem* p. 650



“Si a pesar de las circunstancias excepcionales, imprevisibles o independientes de la voluntad de las partes, que trastornan la economía del contrato, el contratante no interrumpe su colaboración con el servicio público y hace lo posible para proseguir dicha colaboración en las condiciones previstas en el contrato, tiene derecho a exigir, de la Administración, cierta participación en las pérdidas de la explotación”.

Las dificultades materiales imprevistas, cuya ocurrencia es particularmente tangible en los contratos de obra, se explica, pues en la ejecución de los contratos puede acontecer un evento de la naturaleza totalmente imprevisible e imprevisto que la dificulte en forma extraordinaria haciéndola muy onerosa como por ejemplo: la aparición inesperada de una capa de agua o de una capa rocosa bajo el terreno, en el contrato de obra pública; el cambio sorpresivo y anormal del curso de un río que haga más onerosa la recolección o el transporte de los productos a proveer en el contrato de suministro. Tales eventos de la naturaleza, sin hacer imposible el cumplimiento del contrato, lo afectan en forma directa e inmediata, haciendo excepcionalmente más onerosa su ejecución.

De acuerdo con lo que establece Allan Brewer⁴¹, se diferencia de la teoría de la imprevisión en *strictu sensu*, ya que en esta última la dificultad o la mayor onerosidad del cumplimiento del contrato, corresponde con carácter general al alea económica, es decir provocada por causas ajenas a las partes, pero originada por factores de tipo económico; en tanto que la

⁴¹ Cfr. BREWER-CARIAS, Allan R. *Contratos Administrativos*. Editorial Jurídica, Venezolana, 1992, p. 185.



dificultad material imprevista o los hechos imprevistos como la denominan varios doctrinarios, ocurren en el caso concreto del contrato de que se trate, por la aparición anormal de un elemento de la naturaleza imposible al momento de celebrarse.

Producida la dificultad material imprevista, el co-contratante o contratista tiene derecho a ser indemnizado mediante el pago de la mayor onerosidad resultante en la ejecución a un precio distinto del acordado en el contrato, conforme las erogaciones realmente hechas para superar el obstáculo.

Esta indemnización encuentra soporte en que la realización de la obra o de la provisión a un costo mayor del previsto en el contrato, sólo puede aceptarse a cargo del Estado que se beneficie por el cumplimiento del co-contratante o contratista de la prestación pactada, previo el pago de una indemnización, lo contrario implicaría un enriquecimiento sin causa.

La Procuraduría General de la República Venezolana, en opinión de fecha 20 de mayo de 1980 consideró que: "... tales hechos imprevistos forman parte de la teoría de la imprevisión, y, consideramos, que tiene que ser de ese modo, pues si bien en su origen la teoría de la imprevisión surge sólo por variación en los acontecimientos económicos en los contratos de concesión, su traslación a los de obra y suministro obliga a considerar también incluido dentro de su seno las variaciones concernientes a hechos de la naturaleza".

Comenta el mismo Allan Brewer⁴², que la teoría de la fuerza mayor también lleva de la mano los acontecimientos de la naturaleza para explicar su fundamentación, sin embargo, producida la fuerza mayor, la rescisión del

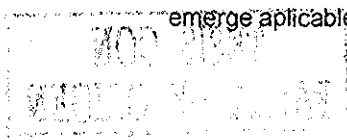
⁴² *Ibidem* p. 180



contrato libera al co-contratante de toda responsabilidad por incumplimiento del plazo. Trátase pues de un evento de tal entidad que impide la ejecución del contrato en tanto que la circunstancia material imprevista sólo hace más oneroso el cumplimiento del contrato sin que esté vedada su ejecución.

Otro asunto que es menester precisar, es el atinente a si continuamos dentro de los límites de la teoría de la imprevisión cuando sobreviene un desequilibrio contractual que afecta al co-contratante o contratista, proviene de una actividad del Estado. Anteriormente habíamos mencionado que de la doctrina que sostiene cuando la medida que causa el desequilibrio económico financiero del contratista lesionado proviene de una autoridad estatal, cualquiera fuera dicha autoridad, la situación encuadra dentro de la teoría del hecho del príncipe, salvo que la autoridad pública causante de dicha medida, pertenezca a una esfera u orden jurídico distinto del correspondiente a la autoridad que intervino en la celebración del contrato. Como ejemplo tenemos, el contrato celebrado con algún municipio que resulta alterado por una medida dictada por el Gobierno Federal, en cuyo supuesto tratándose de esferas jurídicas distintas, la situación mencionada es completamente asimilada a la de acontecimiento perturbador extraño o ajeno a la voluntad estatal, quedando ello encuadrado dentro de la teoría de la imprevisión y no dentro de la del hecho del príncipe.

Por tanto, de acuerdo a la doctrina expuesta, concluimos que para que sea procedente la Teoría de la imprevisión, el acontecimiento causante del desequilibrio no debe ser atribuible específicamente a la esfera u orden jurídico correspondiente a la autoridad que intervino en la celebración del contrato, sea Gobierno Federal, Gobierno Estatal y Gobierno Municipal, pues si se inserta dentro de la misma esfera jurídica que corresponde a la autoridad que celebró el contrato no existiría el hecho imprevisible como tal, por el contrario emerge aplicable la teoría del hecho del príncipe.



De modo que lo que da lugar a la teoría de la imprevisión son una serie de imponderables que actúan o se manifiestan por vía refleja y que se especifican por fluctuaciones del mercado, con las consiguientes alzas en los precios de costos y productos, mano de obra, desvalorización de la moneda, restricción en los gastos o consumos por parte de la administración o particulares, lejos de serle imputable al Estado, constituye en si mismo un fin no querido por éste, al cual en definitiva lo perjudica.

I.3.1.3.2.2.5.2. Diferencia de la teoría del hecho del príncipe.

Algunos autores como hemos apreciado en el desarrollo del presente trabajo presentan diferencias entre la teoría de la imprevisión y el hecho del Príncipe principalmente en cuanto a sus consecuencias, la diferencia esencial entre la teoría de la imprevisión y el hecho del príncipe radica en la extensión del resarcimiento que recibe el co-contratante o contratista señala Rafael Badell⁴³, que cuando se aplica la teoría de la imprevisión éste sólo tendrá derecho a resarcimiento parcial, ayuda estatal, en tanto que cuando lo que procede es el hecho del príncipe, el co-contratante o contratista se hace acreedor de una indemnización integral; por ello resulta de fundamental importancia distinguir debidamente entre una y otra figura.

I.3.1.3.2.2.5.3. Fundamentación

Variadas opiniones se han vertido respecto de la fundamentación de la teoría que se estudia, la mayoría como hemos apreciado, se han formulado en el campo del derecho privado, con relativa aplicación al del derecho administrativo, pues en este último el interés público que gestiona la administración, juega un papel que en cuanto a la teoría del hecho del príncipe, juega un papel distinto al del derecho privado.

⁴³ Cfr. BADELL MADRID, Rafael, *Op Cit* p. 70

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Como señalamos Héctor Jorge Escola⁴⁴, menciona que es justamente el interés público que tiene cabida especial en todo el derecho administrativo el que da fundamento jurídico a la teoría de la imprevisión.

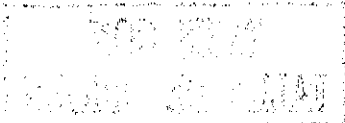
El contrato administrativo persigue un fin de intereses público y el co-contratante particular llega a él en busca de un interés propio, privado, pero se convierte, pese a su particular interés, en un colaborador de la administración pública en el logro de aquel fin. Ese colaborador ha aceptado la relación contractual y si ella llegase a quebrantarse, creándose un desequilibrio, no sería justo que el co-contratante o contratista cargara con sus efectos, cuando él está colaborando con el logro de un fin de interés general; por lo que la administración debe concurrir en su ayuda, para restablecer el equilibrio económico del contrato, tanto más cuanto que el co-contratante o contratista ha sido ajeno a aquella situación que lo perjudica.

Retomando, la idea de interés público que justifica y da fundamento a una institución o estructura del derecho administrativo, que de acuerdo a diversos autores con quienes no concordamos, no encuentra tan adecuada cabida en el derecho privado, donde es preciso atenerse a principios más complejos.

Por su parte, José Luis Villar⁴⁵ considera que la fundamentación de esta teoría puede encontrarse en la cláusula *rebus sic stantibus* o, si se quiere, y más generalmente, en los principios generales de la buena fe y de la equidad aplicados a la contratación administrativa. Lo cierto sin embargo, es que su admisión vendrá motivada por el propio interés de la administración ya que de otra forma, no podría encontrar particulares dispuestos a hacer frente a contratos de larga duración en el tiempo

⁴⁴ Cfr. ESCOLA, Héctor Jorge, *Op. Cit.* pp 451 y ss

⁴⁵ Cfr. VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis, *principios de Derecho Administrativo. Constatación Administrativa* T III, Universidad de Madrid, Madrid, 1983, p. 159



Autores como Miguel Marienhoff⁴⁶ encuentran su fundamentación en el derecho positivo, es decir, en las disposiciones que consagran la igualdad de los administrados frente a las cargas públicas y en las condiciones al derecho de propiedad. Explica este autor, que exigir el cumplimiento de un contrato administrativo, en detrimento del patrimonio, siendo que la ejecutada es buscando el beneficio del interés público, si ello fuere así, se estaría ante la injusta circunstancia de que las consecuencias de la variación de la coyuntura económica las habría soportado sólo el co-contratante o contratista y el resultado de su actividad se traduciría en beneficio público.

Tampoco sería concebible que en beneficio público, el contratante vea menoscabado su patrimonio sin la correspondiente indemnización, es decir, en beneficio de la colectividad se lesionaría el patrimonio del co-contratante o contratista.

1.3.1.3.2.2.5.4. Requisitos para que proceda

La mayoría de los autores señalados concuerdan que para que la teoría de la imprevisión en el derecho venezolano se aplique a un caso concreto, deben concurrir simultáneamente diversos requisitos, éstos son:

- a. El co-contratante o contratista no debe haber suspendido, por sí, la ejecución del servicio ya que la teoría de la imprevisión tiende, precisamente, a ayudar económicamente al co-contratante o contratista, evitando que éste suspenda la ejecución del contrato y facilitando el cumplimiento del mismo.

Este punto resulta cuestionable si analizamos el tiempo que tomaría para el co-contratante o contratista el demandar la restitución del equilibrio contractual, invocando la teoría de la imprevisión ya que por un lado, con

⁴⁶ Cfr. MARIENHOFF, Miguel, *Op Cit* p 471



esta medida se pretende resarcir el efecto del daño que produzca el evento imprevisible, y por el otro, también se procura el interés público. Sin embargo, la duda surge en el sentido del tiempo que tomaría hacer efectiva esta demanda la cual podría ocasionar, debido al tiempo, que el co-contratante o contratista se vea imposibilitado para cumplir con la ejecución de la obra, hasta que se dicte una sentencia

- b. El acontecimiento que causa el deterioro económico del contrato, debe ser extraño o ajeno a la voluntad de las partes. Implica también que la teoría de la imprevisión no tiene por objeto cubrir los quebrantos que resulten de la mala administración que efectúe el co-contratante o que sean hechos imputables al mismo.
- c. El acontecimiento que provoca el trastorno debe ser temporal o transitorio y en modo alguno definitivo
- d. Debe tratarse de un contrato que ya está en curso. El acontecimiento perturbador debe surgir y producir efectos después de la celebración del contrato, hallándose éste pendiente de ejecución o cumplimiento. Del mismo modo el contrato no debe estar concluido o terminado antes de que surja el acontecimiento perturbador.
- e. El equilibrio económico financiero del contrato debe haber sufrido un trastorno o quebranto con motivo del hecho o acto. Entre el acto y el trastorno debe existir una íntima correlación, la prueba de ello debe ser aportada por el co-contratante.
- f. El quebranto o trastorno ocasionado debe superar las previsiones normales, sólo los eventos extraordinarios dan lugar al resarcimiento, es decir, aquel que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron haber hecho en el momento de formalizar al contrato. Las variaciones de precios

provenientes de fluctuaciones económicas corrientes, constituyen eventos ordinarios; en cambio, pueden convertirse en extraordinarias cuando son de tal entidad que nunca pudieron estar previstas: guerras, depreciaciones monetarias, crisis económicas

- g. El hecho que da lugar a la imprevisión debe ser un acontecimiento razonablemente imprevisible, bastando a este objeto que la imprevisibilidad sea aplicable a las consecuencias del acto, y no a éste en sí mismo
- h. Por lo general la teoría de la imprevisión es aplicable a los contratos administrativos de cierta duración, que dan lugar a prestaciones sucesivas o múltiples u obligaciones a término. Pero ello no impide que también pueda aplicársele a contratos de cumplimiento inmediato, si las circunstancias hicieren equitativa su vigencia
- i. De acuerdo a algunos autores entre ellos el citado Héctor Jorge Escola, Debe tratarse de un contrato administrativo. Los contratos de derecho privado de la Administración quedan al margen de la teoría de la imprevisión. La razón según él es simple y ostensible, y se da en los contratos administrativos *strictu sensu*, donde aparece el interés general o público que hace evidente la teoría de la imprevisión.

1.3.1.3.2.5.5. ¿Quiénes pueden invocar la Teoría de la Imprevisión en el derecho administrativo?

Cabe señalar que la teoría de la imprevisión puede ser invocada por todo co-contratante o contratista de la administración en un contrato administrativo. La administración pública no puede invocar la teoría de la imprevisión a su favor.

1.3.1.3.2.5.6. Características

- a. Sobre este punto, la doctrina venezolana es coincidente al señalar que, la teoría de la imprevisión en el derecho Venezolano es de orden público, pues

no representa únicamente una ventaja económica para el co-contratante o contratista sino ante todo, es un medio de asegurar, en beneficio del interés público o general, los contratos administrativos. Por ello:

- a) Existe como principio general.
- b) Es implícita. No requiere estar pactada por las partes. Se aplica de pleno derecho.
- c) No requiere de norma expresa que la consagre.
- d) No puede ser objeto de renuncia por las partes.
- e) No apareja una reparación integral, es una mera ayuda del Estado para que se restablezca el equilibrio financiero.

1.3.1.3.2.2.5.7. Principios que gobiernan la indemnización.

La teoría de la imprevisión en Venezuela, como ya quedó dicho, no se traduce en una compensación completa, integral, sino la que sea necesaria otorgarle para asegurar la ejecución del contrato.

Por lo anterior, se debe enfatizar que la imprevisión no cubre ninguna ganancia, ni siquiera tendría que cubrir todas las pérdidas sufridas por el co-contratante o contratista, sino tan solo la que sea menester cubrir para que el desarrollo del contrato pase de un límite extraordinario a un límite normal.

1.3.1.3.2.2.5.8. Inflación, teoría de la imprevisión y cláusulas de valor.

A este respecto señala Enrique Sayaguez⁴⁷, que la experiencia de vivir en un país con economía inestable como Venezuela, marcada con constante inflación, ha hecho que la Administración pública y su co-contratante o contratista, puedan prever tales cambios económicos y, en consecuencia, puedan incorporar en

⁴⁷ Cfr. SAYAGUEZ LASO, Enrique, *Op. Cit.* p. 220.

el contrato algunas cláusulas destinadas, precisamente, a establecer mecanismos de ajustes de precios para contrarrestar el desequilibrio económico que podrían originarse en tal eventualidad.

1.3.1.3.3. Inaplicabilidad de la excepción *non ademptis contractus*.

Enrique Sayaguez⁴⁸ menciona que La doctrina y jurisprudencia Venezolana establecen que en materia de contratos administrativos, que el co-contratante o contratista no puede ampararse en el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la administración, para dejar de cumplir las suyas

Agrega que esta característica fue considerada un principio general, por la extinta Corte Federal y de Casación en la sentencia del 5 de diciembre de 1944 Sosteniéndose en dicho fallo que "en los contratos administrativos que interesan a un servicio público, el particular contratista no puede oponer a la autoridad pública con quien ha contratado la regla *inadimplenti non est adimplendum*" El fundamento de la inaplicabilidad de tal excepción, se encuentra a juicio de la doctrina y también de la decisión citada no sólo en el carácter de subordinación de la actividad del Contratista, al supremo interés del servicio, sino también partiendo de un nuevo concepto de la causa en los contratos bilaterales cuando se trata de contratos administrativos.

Sin embargo, de acuerdo a lo que hemos expuesto, la doctrina moderna venezolana admite, este principio no es del todo coincidente. Ya que si bien es cierto que debido a la continuidad del servicio público el co-contratante o contratista debe, en principio, mantenerse ejecutando el contrato a pesar del retardo en el cumplimiento por parte de la administración, y que no puede negarse a esa continuación por el solo hecho de que se produzca tal retraso En los supuestos en los cuales el incumplimiento de la administración

⁴⁸ *Ibidem* p 219

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

sobrepasa los límites razonables, el contratista queda facultado para dejar de cumplir el contrato e incluso pedir su terminación por incumplimiento de la Administración pública. Se afirma, por lo tanto, que si el incumplimiento de la Administración es de tal magnitud que práctica y razonablemente imposibilite a su cocontratante o contratista el cumplimiento de sus obligaciones, el incumplimiento del contrato por parte de este debe considerarse como un derecho que tiene en nuestra opinión, la conducta omisiva de la Administración debería asimilarse en este caso a la fuerza mayor.

Miguel Marienhoff,⁴⁹ justifica esta posibilidad, al señalar que: "... homenaje a la satisfacción del interés público, no puede pretenderse el sacrificio de una sola persona ni aceptarse, entonces, en el supuesto de una larga morosidad administrativa, no puede ser constreñido a cumplimiento igualmente del contrato, por cuanto ello implicará obligarlo a que actúe como financiador de la obra estatales".

1.3.1.4 Jurisprudencia

Derecho al mantenimiento de la ecuación económica o equilibrio financiero y el correspondiente deber de la Administración de indemnizar al participar por la ruptura del mismo Consideraciones sobre la teoría del hecho del príncipe y la teoría de la imprevisión

En sentencia del 30 de abril de 1998, la Sala Político-Administrativa señaló que la teoría de la imprevisión no puede utilizarse para reclamar indemnización alguna, sino en casos de extremo desequilibrio contractual en materia de inflación. El máximo Tribunal Venezolano sostuvo que: "... la inflación no es un acontecimiento absolutamente imprevisible y (...) sólo se podría decir que tiene tal condición un salto brusco del índice inflacionario, pero una alteración de los precios que se

⁴⁹ Cfr. MARIENHOFF, Miguel *Op. Cit.* p. 471.

mantenga en el promedio de los últimos 10 años, no puede ser considerado imprevisible en forma alguna”.

La misma sala Política-Administrativa, en sentencia del 19 de enero de 1999 señaló que: “la teoría de la imprevisión es inaplicable cuando el contrato celebrado contiene cláusulas de valor, mediante las cuales las partes regulan anticipadamente los mecanismos destinados a restablecer la ecuación económica, en casos de aumentos o variaciones de los costos y gastos del contratista” (...).

“...la imprevisión no es aplicable en aquellos casos, donde el contrato con la Administración pública, esté sujeto a las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras (.)

No se trata de la consagración en un texto legal de la imprevisión, sino por el contrario la consagración de cláusulas de valor. Los ajustes se hacen de acuerdo con términos contenidos en las propias Condiciones Generales de Contratación.

(artículo 62) (.)

En vista de que las variaciones en los precios están expresamente contenidas dentro de las Condiciones Generales, cuando se celebran contratos con la administración pública, que están sujetos a las normas establecidas en estas condiciones, ya no se puede hablar en el contrato de la teoría de la imprevisión del derecho administrativo, dado que las variaciones producidas por efecto de la inflación están expresamente previstas”

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A continuación se presenta un caso emitido por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia Venezolana:

"CJS-SPA (221)

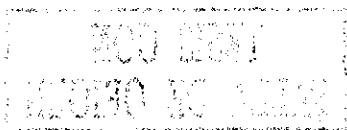
Caso: Constructora Guaritico C.A.

Magistrado Ponente: Humberto J. La Roche

No se puede aplicar la teoría de la imprevisión para los efectos de ajustar las prestaciones por dificultad sobrevenida como consecuencia de la inflación en aquellos casos en que la inflación pueda ser prevista por las partes como lo es el presente contrato suscrito entre la parte demandada, donde constituye un hecho notorio la inflación en los últimos años en nuestro país.

En este sentido no se puede aplicar la teoría de la imprevisión, por el simple hecho de que Constructora Guaritico C.A. alegue un aumento en la mano de obra y materiales, ya que la inflación en Venezuela no es imprevisible. La devaluación con lo imprevisible que pueda resultar a veces, es una posibilidad presente en una economía en dificultades, y no puede afirmarse, que sea un hecho imprevisible.

La teoría de la imprevisión, en caso de ser aceptada su aplicación, sólo sería útil para resolver casos extremos de desequilibrio contractual en materia de inflación. No siendo la inflación un acontecimiento absolutamente imprevisible y en consecuencia, sólo se podría decir, que tiene tal condición, un salto brusco del índice inflacionario, pero una alteración de los precios que se mantenga en el promedio de los últimos 10 años, no puede ser considerado imprevisible en forma alguna, como es el caso presente, donde la subida de los precios en mano de obra y materiales, pudo haber sido perfectamente previsible por las partes al momento de la celebración del contrato de obra. En consecuencia, se declara sin lugar la pretensión formulada por la parte actora, de que al contrato



de obra que suscribió con Corpoven S.A. le pueda ser aplicable la teoría de la imprevisión.

Por otra parte, la imprevisión no es aplicable en aquellos casos, donde el contrato con la Administración pública, esté sujeto a las Condiciones Generales de Contratación para la Ejecución de Obras; como es el caso del contrato suscrito entre Corpoven S.A. y Constructoras Guaritico C.A.

No se trata de la consagración de un texto legal de la imprevisión, sino por el contrato, la consagración de cláusulas de valor. Los ajustes se hacen de acuerdo con términos contenidos en las propias Condiciones Generales de Contratación (artículos 62 y siguientes).

No se puede afirmar que se está aplicando la imprevisión en este caso; donde precisamente se han previsto los ajustes de acuerdo a las Condiciones Generales de Contratación, las cuales forman parte integrante del contrato de obra.

Por cuanto las Condiciones Generales de Contratación, no son una consagración legal de la imprevisión, la misma se aplica independientemente el concepto de servicio público del contrato, que se celebra con la administración pública, e independiente de la calificación del contrato, como un contrato administrativo o un contrato privado de la administración.

Los contratos sujetos a las Condiciones Generales de Contratación, como es el caso bajo análisis, son ajustes que derivan de la aplicación de las cláusulas que regulan los precios, es decir, cláusulas de valor contenidas en las Condiciones Generales de Contratación.

En vista de que las variaciones en los precios están expresamente contenidas dentro de las Condiciones Generales, cuando se celebran contratos con la administración pública, que estén sujetas a las normas de estas condiciones, ya

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

no se puede hablar en el contrato de la teoría de la imprevisión del derecho administrativo, dado que las variaciones producidas por efecto de la inflación en el contrato, están expresamente previstas. Así se declara”.

I.3.2. Derecho Privado

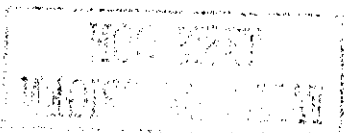
I 3 2.1. Introducción

Al igual que en el derecho colombiano, en el venezolano, para regular la relación contractual entre particulares en los contratos de obra, no existe reglamentación específica que se refiera al restablecimiento del equilibrio económico contractual en los contratos celebrados entre particulares, cuando se presenten situaciones imprevisibles, por lo que en este apartado mencionaremos los principios que regulan a los contratos en general, principios de buena fe, justicia y equidad.

En Venezuela, el Código Civil, expresamente prevé la imposibilidad de cumplimiento sobrevenida como un caso de eximente de responsabilidad civil, artículo 1272 Código Civil. En un contrato la parte que no puede cumplir con su prestación por causa extraña a su propia conducta, queda liberada de toda responsabilidad frente a la otra parte. Sin embargo, el mismo Código Civil, no hace referencia alguna a lo que sucede si en lugar de tornarse imposible el cumplimiento por una circunstancia sobrevenida, se hace difícil, más oneroso o en un sentido económico diferente a lo que originalmente habían previsto las partes.

Como se pudo apreciar del apartado anterior que se refiere a los contratos celebrados con la administración pública, en los casos de excesiva onerosidad sobrevenida, puede el contratante pedir, fundado en la teoría de la imprevisión, la revisión del precio.

En el caso de los contratos de derecho privado como veremos más adelante, no existe desarrollo en la jurisprudencia respecto a la posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión para efecto de la revisión del contrato en caso de dificultad



sobrevenida imprevista. Sin embargo, dentro de la doctrina, encontramos argumentos a favor de la aplicación de la imprevisión en el contrato de derecho privado, pero sólo en casos excepcionales y sujeto a que se cumplan ciertos requisitos

1.3.2.2. Principio del Contrato-Ley

En la legislación venezolana, en el artículo 1159 del Código Civil se establece que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y que no pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley. Como se ve, este artículo consagra el "principio de autonomía de la voluntad" y de acuerdo a como lo denominan los venezolanos al "principio de intangibilidad del contrato", lo que comúnmente se denomina "principio del contrato-ley".

El autor José Melich-Orsini⁵⁰, hace referencia al principio de la intangibilidad del contrato, en cuanto que homologa la fuerza obligatoria del contrato entre las partes a la de la propia ley. Señala que, siguiendo este principio de intangibilidad del contrato, éste es una expresión de la voluntad soberana de los contratantes. Lo que se estipule en el contrato debe reputarse tan sagrado como la propia ley, y aún más sagrado para las propias partes que si se lo estipulara el legislador, pues por tratarse de una ley particular que ellas se han dado a sí mismas y a la que se han sometido libremente, en ejercicio de su propia soberanía, concluye que resultaría, de acuerdo con este mismo principio, una contradicción lógica admitir que su voluntad fuera sustituida por la de otro sujeto. Además de contener un fundamento moral como el respeto a la palabra dada, (*pacta sunt servanda*).

Para este mismo autor, el término "fuerza de ley", no puede darse en un sentido literal, ya que significa la necesidad de un respeto incondicionado a los términos

⁵⁰ Cfr. MELICH-ORSINI, José, *Doctrina General del Contrato*. 3ª Edición, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, pp 435-439



del contrato por las propias partes que lo han concertado, por el juez ante quien se le haya invocado y comprobado por una de esas partes contra su contraparte, y en un cierto sentido por el legislador.

Para el autor como José Puig⁵¹, la expresión "los contratos tienen fuerza de ley", es muy criticada, ya que en primer lugar, la voluntad privada no puede crear efectos jurídicos de modo independiente de la ley, pues la eficacia jurídica del contrato deriva precisamente del reconocimiento de la ley. En segundo lugar, el decir que el contrato tiene fuerza de ley entre las partes, equivale a sugerir la idea, inadmisibles para este autor, del reconocimiento a las partes de un poder de sustraerse a la voluntad de la ley, además de que la parte que pretenda prevalecerse de lo estipulado en un contrato tiene la carga de invocarlo y de probarlo, ya que el juez no puede hacerlo valer de oficio y no puede tampoco fundar su decisión sino sobre los hechos alegados y probados que formarían parte de un debate judicial. Al juez no le estaría permitido ignorar la ley y debe sujetarse a ella una vez que los hechos que son supuestos de la aplicación de la misma, hayan sido establecidos ante él.

1.3.2.1. Justificación del principio

Señala José Melich-Orsini⁵², que el legislador al consagrar en el artículo 1159 del Código Civil venezolano, que los contratos no pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por ley, es porque para él existen pocas razones que puedan justificar una intervención extraña a la propia voluntad de las partes que lo formaron

⁵¹ Cfr: PUIG BRUTAU, José, Fundamentos de Derecho Civil, I I, Volumen I, 2ª Edición ampliada, Barcelona, 1978, pp 417 y ss

⁵² Cfr: MELICH-ORSINI, José, *Op Cit* p 440



Las partes no pueden sustraerse a su deber de observar el contrato tal como fue contraído, en su conjunto y en cada una de sus cláusulas. Ninguna consideración de piedad o de equidad, por mucho que golpee su conciencia, autoriza al juez para modificar los efectos de un contrato, ni de oficio ni a petición de parte, ya que al juez no le está permitido preocuparse por la mayor o menor severidad de las cláusulas aceptadas libremente y por las consecuencias más o menos perjudiciales que de las mismas pueden seguirse para alguna de las partes.

Agrega este autor, que esta intangibilidad del contrato, sería una garantía otorgada al acreedor por el ordenamiento de poder doblegar a su deudor al exacto cumplimiento de su obligación contractual y tampoco tiene por que conformarse el acreedor con un cumplimiento por equivalente, esto es, con los daños y perjuicios, en caso de que su deudor rehuse prestar su cooperación. Éste puede exigir directamente el cumplimiento de lo pactado tal como fue estipulado, sin que su deudor pueda liberarse ofreciéndole en su lugar el pago de daños y perjuicios o una cosa distinta. Esto también aparece reflejado en el Código Civil venezolano, artículos 1264, 1259, 1290, 1266, 1268. En la medida en que la ejecución forzosa en especie, sea prácticamente imposible cuando al acreedor no le quedara más remedio que conformarse con una ejecución por equivalente.

De acuerdo con lo establecido por la legislación venezolana, las partes pueden revocar los contratos por mutuo consentimiento, o por las causas que la ley autorice

Dentro de las causas autorizadas por la ley para poder dar por terminado un contrato sin responsabilidad para la parte que lo motive, está la resolución por incumplimiento, artículo 1167 del Código Civil, la imposibilidad sobrevinida del cumplimiento por una causa extraña no imputable a él artículos 1271, 1272, 1293 y 1344 del mismo ordenamiento.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.3.2.3. La Teoría de la Imprevisión

Angel Navas⁵³, señala que esta teoría surge como una solución para remediar los efectos de situaciones adversas para una de las partes en los contratos bilaterales, de tracto sucesivo. Siguiendo esta teoría, el contrato se celebra bajo el supuesto de que las condiciones económicas existentes al momento del nacimiento de la relación contractual, llamado en este trabajo, equilibrio económico contractual, permanecerán inalteradas durante la vigencia del mismo, de donde se presume que los contratos se celebraran sujetos a la cláusula *rebus sic stantibus*.

Si después del nacimiento del contrato, por circunstancias imprevistas y sobrevenidas, éstas condiciones económicas iniciales son alteradas en perjuicio de una de las partes, ésta puede pedir que las prestaciones sean revisadas para devolver a las partes las condiciones económicas existentes al momento del nacimiento del contrato o, en su defecto, dar por terminado el mismo. La imprevisión se refiere a una dificultad o excesiva onerosidad sobrevenida en el cumplimiento; en cierta forma sería una lesión sobrevenida en el contrato.

Cuando alguna causa ajena a la voluntad, afecta los valores relativos de las contraprestaciones en un contrato, normalmente el acreedor de la prestación, sufre un desequilibrio en el valor de la prestación que recibe, lo cual hace que su cumplimiento sea más oneroso de lo originalmente previsto.

Añade este mismo autor de manera muy clara y entendible, que esta teoría surge para cubrir la excesiva dificultad u onerosidad imprevista en la prestación de una de las partes en un contrato bilateral. No se estudia la imposibilidad del cumplimiento contractual, sino el cumplimiento bajo condiciones económicas diferentes a las existentes al momento del nacimiento del contrato.

⁵³ Cfr. NAVAS GONZÁLEZ, Angel, *Curso General de los Contratos*. Publicaciones Colegio de Abogados del Estado Lara, Caracas, 1992, pp 67-79



Cuando se aplica la imprevisión en el derecho venezolano, opera como un atenuante de la responsabilidad civil, y no como un eximente, por lo cual la imprevisión que causa dificultad no justifica un incumplimiento total sino sólo una variación en las prestaciones: las cuales se ajustan para restablecer el equilibrio contractual perdido por el hecho imprevisto.

I.3.2.3.1. La imprevisión en el derecho civil

En Venezuela, el Código Civil, expresamente prevé la imposibilidad de cumplimiento sobrevinida, como un caso de eximente de responsabilidad civil de acuerdo con lo señalado en el artículo 1272. En un contrato la parte que no puede cumplir con su prestación por causa extraña a su propia conducta, queda liberada de toda responsabilidad frente a la otra parte. Sin embargo, el Código Civil venezolano como se señaló anteriormente, guarda silencio respecto a lo que sucede si en lugar de tomarse imposible el cumplimiento por una circunstancia sobrevinida, se hace difícil, más oneroso o en un sentido económico, diferente a lo que originalmente habían previsto las partes.

I.3.2.3.2. Requisitos para que proceda la imprevisión

Dentro de la doctrina venezolana, existe coincidencia entre los diversos autores sobre los requisitos para que resulte procedente imprevisión, alterando la relación contractual.

I.3.2.3.2.1. Contrato conmutativo de ejecución continuada o diferida

José Melich-Orsini⁵⁴, establece que la imprevisión sólo se aplica en los contratos de ejecución diferida, sucesiva (continuada o periódica), ya que

⁵⁴ Cfr. MELICH-ORSINI, José. *Op Cit* p. 453



en los contratos de ejecución instantánea no se puede hablar de imprevisión, puesto que ésta sólo alcanza la dificultad y onerosidad sobrevinida en el contrato. En caso de que exista una excesiva onerosidad inicial en el contrato se estará frente a un caso de lesión y no de imprevisión.

Se refiere este autor a que también la imprevisión aplica a contratos conmutativos, es decir, cuando la prestación es determinada al momento de la celebración del contrato.

1.3.2.3.2.2. Se refiere a la dificultad, no a la imposibilidad

Eloy Maduro⁵⁵, al igual que José Melich-Orsini⁵⁶, coinciden que es un requisito que la imprevisión se refiera a una dificultad y no a una imposibilidad. Si el deudor de una prestación no puede cumplir su prestación por cuanto ésta se ha tornado imposible, el deudor queda exonerado de responsabilidad por incumplimiento sobrevinido por causa extraña no imputable, artículo 1272 Código Civil, (caso fortuito o fuerza mayor en derecho mexicano)

La dificultad sobrevinida abarca, la excesiva onerosidad en el cumplimiento, o sea, cuando el deudor puede cumplir pero dicho cumplimiento es más costoso en un sentido económico. La mayoría de los contratos, en el fondo, sería cuando se presente la dificultad en el cumplimiento de manera directa o indirecta, a un exceso de onerosidad o carga económica en el cumplimiento

⁵⁵ Cfr. MADURO LUYANDO, Eloy, *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*, 9ª. Reimpresión, Caracas, 1993, p 842

⁵⁶ Cfr. MELICH-ORSINI, José, *Op Cit* p 454

I.3.2.3.2.3. Dificultad sobrevenida

Eloy Maduro⁵⁷, hace hincapié en un apartado especial que la dificultad debe ser sobrevenida y no una dificultad inicial, o sea, debe surgir después del nacimiento del contrato y antes de la fecha de cumplimiento; ya que una dificultad existente al momento de celebrarse el contrato, generalmente se refiere a un problema de error, cuando éste es desconocido, o a un problema de lesión, cuando es inducido

I.3.2.3.2.4. Evento extraordinario e imprevisible

Angel Navas, José Melich-Orsini y Eloy Maduro, señalan en las obras antes señaladas, que la dificultad sobrevenida en el cumplimiento, debe ser el resultado de un evento extraordinario e imprevisible, esto es, que la dificultad sobrevenida debe ser el resultado de un evento. Este evento que produce la dificultad debe ser un evento extraordinario y además imprevisible. Como acontecimiento pudiera ser, por ejemplo, una guerra, condiciones climatológicas que afecten ciertas materias primas, etc. y debe tener una relación causa-efecto con la dificultad que se está alegando, o sea, una relación causa-efecto con la excesiva onerosidad sobrevenida.

El evento que produzca la onerosidad sobrevenida debe ser un evento extraordinario. De acuerdo con lo que mencionan estos autores el carácter extraordinario del evento, se mide de manera objetiva y se refiere a una medida o impresión del carácter estadístico extraordinario del evento, esto es que la probabilidad de que ocurriera el evento fuera, en un sentido estadístico, sumamente baja, en cuyo caso, aunque el evento es ordinario, el efecto es extraordinario.

⁵⁷ Cfr. MADURO LUYANDO, Eloy, *Op. Cit.* p 843



Cuando éstos autores se refieren a que el evento debe ser imprevisible, se trata de que las partes en el contrato no han podido preverla en el momento de la celebración por cualquier conocimiento ordinario o extraordinario que tuvieran.

1.3.2.3.2.5. No se aplica al álea propio del contrato

Angel Navas⁵⁸, menciona que la imprevisión no se refiere al alea propia del contrato; por lo cual se excluyen todas las dificultades presentes o sobrevenidas que se originan del objeto mismo del contrato. Un ejemplo típico de éstos contratos serían los de desarrollo de tecnología

1.3.2.3.2.6. La dificultad debe ser excesiva

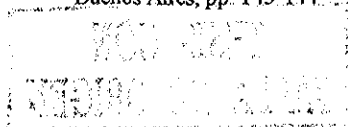
Eloy Maduro⁵⁹, establece que la dificultad u onerosidad sobrevenida debe ser excesiva, ya que la simple dificultad ordinaria es el riesgo de todo contrato, o sea, corresponde al álea propio del contrato. La dificultad debe ser tal que, de haber sido conocida al momento del nacimiento del contrato no se hubiera celebrado.

Para Francesco Messineo⁶⁰, la medición de carácter excesivo de la dificultad sobrevenida produce ciertos problemas, ya que este carácter excesivo debe concebirse no solamente como agravación de la onerosidad de la prestación, lo que es obvio, sino también, como disminución de la utilidad de la contraprestación. La onerosidad es excesiva si ella sobrepasa el alea propio del contrato

⁵⁸ Cfr. NAVA GONZÁLEZ, ANGEL, *Op. Cit.* pp 70-71

⁵⁹ Cfr. MADURO LUYANDO, Eloy, *Op. Cit.* p 843

⁶⁰ Cfr. MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*. I II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, pp. 143-144.



1.3.2.3.2.7. No puede surgir de la culpa del deudor

En este punto la doctrina venezolana es coincidente en que la dificultad sobrevenida no puede surgir de la culpa del deudor de la prestación, lo cual significa que no debe ser imputable al deudor el efecto de la onerosidad sobrevenida. Si la dificultad es el producto de la culpa del deudor, éste deberá cargar con los efectos de la misma.

1.3.2.3.2.8. No procede en caso de mora

Como se indica en el numeral anterior, existe unanimidad en la doctrina, en que si el deudor de la prestación onerosa se encuentra en mora del cumplimiento y sobreviene una dificultad imprevista, no procede la imprevisión, sino únicamente a favor de la persona que no está en mora, al momento en el cual se produjo la alteración de la circunstancia.

1.3.2.3.3. Imprevisión y valorismo judicial

En los años recientes, la Corte Suprema de Justicia venezolana ha ordenado, bajo diferentes fundamentos, ajustes en las diferentes prestaciones. Estos ajustes en algunos casos corresponden a sentencias que contienen obligaciones de valor y en algunos casos corresponden a ajustes que aplica el juez de acuerdo con su propio criterio, o sea, que constituye lo que en Venezuela se denomina "valorismo venezolano".

Para James-Otis Rodner⁶¹, el valorismo es el resultado de la determinación del juez en un caso concreto, de que existan condiciones que hagan necesario alterar el equilibrio contractual. Su aplicación no tiene fundamento legal alguno y por lo mismo genera un desorden en las reglas de derecho

⁶¹ Cfr. RODNER S., James-Otis, *La Teoría de la Imprevisión*. Barquisito Tribunal Jurídica de Venezuela, Caracas, 1994, pp. 505-509



Las diferencias entre el valorismo judicial y la imprevisión son las siguientes:

- El valorismo se aplica independientemente de la previsibilidad o no del evento futuro. La imprevisión, requiere que el evento sea imprevisible a la celebración del contrato
- El valorismo ajusta las prestaciones en dinero de acuerdo con la pérdida del poder adquisitivo (inflación). La imprevisión restablece el equilibrio contractual.
- La imprevisión requiere que exista una excesiva onerosidad en el cumplimiento de una prestación

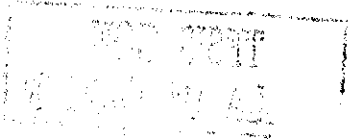
1.3.2.3.4. Efectos del cambio de circunstancias por imprevisión

James-Otis Rodner⁶², menciona en su obra dos conceptos que denomina remedios, para la dificultad sobrevenida por la imprevisión: la resolución del contrato y el ajuste en las prestaciones para restablecer el equilibrio económico del contrato.

1.3.2.3.4.1. Terminación anticipada del contrato

Señala este mismo autor que la resolución por imprevisión sólo es aplicable en aquellos países donde el derecho positivo prevé expresamente la resolución de un contrato por dificultad sobrevenida. No se aplica la resolución por imprevisión, donde la jurisprudencia y la doctrina construyen una teoría de imprevisión basada en fundamentos generales del derecho. La resolución de un contrato perfecto por evento sobrevenido, solamente sería aplicable en caso de que esté expresamente en la ley.

⁶² *Ibidem* p. 511.



I.3.2.3.4.2. Reajuste de las prestaciones

Un segundo efecto para el contrato excesivamente oneroso, es el de reajustar las prestaciones recíprocas de las partes para atenuar el efecto de la prestación excesivamente onerosa. Por cuanto la imprevisión ordinariamente se produce como efecto de la promesa de un precio insuficiente, el reajuste se produce ordinariamente como un aumento en el precio para compensar al acreedor del precio por costo o carga económica sobrevinida en el cumplimiento del mismo

I.4. Panamá

I.4.1. Derecho Público

I.4.1.1. Integración en el ordenamiento panameño

En la legislación panameña, el principio del equilibrio contractual, como lo denominan los panameños, es relativamente nuevo, data de los noventa, cuando debido a la creciente participación extranjera, se vió obligado el gobierno a modificar sus leyes a efecto de brindar mayor seguridad jurídica a los contratistas nacionales y extranjeros, surgiendo así, la Ley N° 56 de 1995 por la cual se regula la contratación pública

La distribución de riesgos sobrevinientes posteriores a la contratación con la administración pública, anteriores a esta ley, debían ser soportados por el contratista, hasta que se consolida el sistema basado en el equilibrio contractual que encuentra su sustento en los principios que regulan la contratación pública

I.4.1.1.1. Principios de las actuaciones contractuales de las entidades públicas

Estos principios regulan principalmente las actuaciones del estado con los particulares, las cuales deberán desarrollarse con fundamento en los

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

principios de transparencia, economía y responsabilidad, artículo 15 de la Ley N° 56.

1.4.1.1.1. Principio de transparencia

Este principio hace referencia a las reglas a las que debe sujetarse el estado para elegir a los contratistas, las cuales tienen que versar sobre seguir ciertos criterios para actos de selección, todos los actos administrativos deben estar fundados, no deben actuar con desviación o abuso de poder, etc., artículo 16 de la Ley N° 56.

1.4.1.1.2. Principio de economía

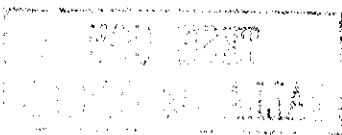
En este principio se señalan cuales son las normas y procedimientos que deben adoptar las autoridades, con el fin de que tanto en la etapa de licitación o adjudicación de las obras o servicios a ejecutar por parte del contratante sean más ágiles y económicos para el estado.

También se señala la obligación por parte del estado, de adoptar los procedimientos que permitan garantizar la pronta solución de cualquier diferencia y/o controversia que se presente, con motivo de la celebración y ejecución del contrato que celebren los particulares con las autoridades.

Se señala que las autoridades respectivas deben tomar precauciones para el caso de que existan variaciones o ajusten en la contraprestación, que resulte necesario ajustar con motivo de algún desequilibrio contractual.

1.4.1.1.3. Principio de responsabilidad

Este principio alude a la responsabilidad por parte de los servidores públicos de vigilar que se cumpla el acuerdo contractual celebrado entre los particulares con el estado, a través de procurar el cumplimiento de los fines de la contratación y proteger los derechos del estado y del contratista



1.4.1.2. Fundamento legal

Como se había mencionado, los contratos administrativos son instrumentos o herramientas al servicio de la administración, y en el derecho panameño encuentra su fundamento a lo largo de toda la Ley N° 56, creada especialmente para regular la contratación pública que se celebre entre las diferentes dependencias gubernamentales y los particulares

En especial encontramos en la mencionada Ley N° 56, que en el artículo 19 señala lo siguiente:

“En los contratos públicos de duración prolongada, tales como los contratos de concesión de servicios públicos, se podrán pactar cláusulas y condiciones encaminadas a mantener, durante la vigencia del contrato, el equilibrio contractual existente al momento de celebrar el contrato de que se trate, con la finalidad de que, si tales condiciones se quiebran o rompen por causas extraordinarias e imprevisibles, éste se pueda modificar para mantener tal equilibrio.

Las partes podrán suscribir los acuerdos y pactos que resulten necesarios para restablecer el equilibrio contractual, incluyendo montos, condiciones, forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, en la forma prevista en la modificación del contrato, cuyo pago adicional, si lo hubiere, se realizará en la forma prevista en el contrato modificado y de acuerdo con las disposiciones sobre erogaciones previstas en el Presupuesto General del Estado, de la vigencia en que se deba hacer dicha erogación.”

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Dentro de esta misma ley encontramos en el artículo 20, que establece que para interpretar las reglas contractuales en las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios señalados anteriormente, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y derechos que caracterizan los contratos conmutativos.

De todo lo anterior, podemos apreciar que la legislación panameña a diferencia de la colombiana y la venezolana establece en su artículo 19 de la Ley N° 56 que las partes libremente pueden suscribir dentro del contrato que celebren el mecanismo para restablecer el equilibrio económico contractual, dejando al arbitrio de las partes la negociación que da origen a las causas que originan tal desequilibrio, ya que en ningún momento se refiere en particular a que tengan que ser hechos imprevisibles, de sujeciones imprevistas, caso fortuito o fuerza mayor, dejando que las partes sean quienes en el documento contractual, fijen las causas que puedan producir el desequilibrio en el contrato.

Siguiendo con lo anterior, también podemos apreciar que en el cuerpo del ordenamiento señalado, a diferencia del colombiano o venezolano previamente analizados, no se establecen mecanismos para el restablecimiento del equilibrio financiero originalmente pactado, ni la incorporación de formulas para la revisión periódica de la contraprestación determinada, o bien, algún mecanismo para que proceda la indemnización a la parte afectada.

La legislación panameña prevé, únicamente para el caso de que las partes de común acuerdo así lo convengan, la incorporación de la cláusula del equilibrio contractual. En caso de que las partes, o alguna de ellas no opte por su inclusión, se atenderán a los principios que señala la ley, de buena fe, igualdad y el equilibrio entre obligaciones y derechos.

Consideramos que en caso de que se presente un desequilibrio contractual, y no se haya estipulado la cláusula del equilibrio contractual, la parte afectada

tendrá que recurrir a la buena fe y sentido de equidad de la otra parte, para que consienta restablecer por su propia voluntad las condiciones originalmente pactadas; y en caso contrario, tendrá la parte afectada, que demandar ya sea vía arbitral si es que se pacto contractualmente, o por vía judicial. Esto conllevaría a entorpecer el desarrollo de la ejecución del contrato, ya que, dado este supuesto de desequilibrio, se estaría causando un perjuicio en detrimento de una de las partes que hace más gravoso su cumplimiento, pudiendo inclusive causarse la paralización o afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer.

Si dentro de la ley aplicable se obliga a que se contemple, en el cuerpo del contrato, el mecanismo para restablecer el equilibrio económico de las prestaciones originalmente pactadas, se podría evitar la inseguridad contractual e injusticia, en caso de que se alteren estas prestaciones; pudiendo además, por estar previamente pactado, ser más ágil el mecanismo para su restablecimiento

1.4.1.3. Doctrina

El autor Miguel González Rodríguez⁶³, establece que de acuerdo con lo estipulado en la Ley N° 56 artículos 19 y 20, señalado en los puntos anteriores, las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán de acuerdo con los principios señalados, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Agrega que igualmente se aplicarán en estas actuaciones las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

⁶³ Cfr: GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel, *Derecho procesal administrativo*. I. I. 8ª. Edición, Biblioteca de Derecho, Universidad Santa María La Antigua, Panamá, 1983, pp 325-332.



Este mismo autor, señala que de acuerdo con el principio de equilibrio contractual, el cual en su opinión debe ser obligatorio su contemplación, debería consistir, en que los contratos estatales deben mantener la igualdad o equivalencia entre los derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de tal manera que si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes deben adoptar en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para los efectos anteriores, se hace necesario que las partes suscriban los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales que las entidades deben prever para estas situaciones. En todo caso las entidades deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista

I.4.1.3.1. Ruptura del equilibrio económico

De acuerdo con las situaciones prácticas que se presentan en el derecho panameño en la ejecución de los contratos y con las teorías doctrinales, más no legales, que se han elaborado al respecto, la ruptura del equilibrio económico de los contratos del estado puede presentarse en varias circunstancias:

I.4.1.3.1.1. Incumplimiento del contrato

Por lo que hace al incumplimiento del contrato el mismo autor Miguel González Rodríguez⁶⁴, alude a que el incumplimiento de las obligaciones y deberes que corresponden a una de las partes puede traer como

⁶⁴ *Ibidem*, p 331



consecuencia un mayor costo del contrato para la otra, adquiriendo esta última el derecho a recuperar el equilibrio inicial, lo cual se traduce en un problema de responsabilidad contractual por incumplimiento

I.4.1.3.1.2. Teoría del hecho del príncipe

Para Libardo Rodríguez⁶⁵, se presenta al igual que en el derecho colombiano y venezolano, cuando el equilibrio económico del contrato se rompe en virtud del ejercicio, por parte de la entidad pública contratante, de alguno de sus poderes o prerrogativas, es decir, cuando la entidad pública (el príncipe) agrava por un hecho suyo las condiciones de ejecución del contrato, caso en el cual es obligada a indemnizar al contratista.

I.4.1.3.1.3. Teoría de la imprevisión

Libardo Rodríguez⁶⁶, considera que se presenta cuando el equilibrio económico se rompe por causa de un hecho excepcional e imprevisible, independiente del contrato de la voluntad de las partes, que trastorna las condiciones de ejecución de aquel hasta el punto que ellas se tornaría prácticamente imposible, la persona pública contratante, debe pagar una indemnización al contratista que le permita a este último continuar la ejecución.

Agrega que los eventos generadores de la imprevisión pueden ser de diversa índole, pero se caracterizan por tener una incidencia económica fundamental en la ejecución del contrato, aunque en su origen son independientes del mismo, como una guerra, una crisis económica, un hecho

⁶⁵ Cfr. RODRÍGUEZ R Libardo, *Derecho Administrativo* 8ª Edición, Biblioteca de Derecho, Universidad Santa María La Antigua, Panamá, 1995, p 103

⁶⁶ *Ibidem* pp 104-106



natural catastrófico, la intervención de una autoridad pública diferente de la contratante a través de una medida de carácter general, como una devaluación, congelación de precios, etc.

1.4.1.3.1.4. Las sujeciones materiales imprevistas

Miguel González Rodríguez⁶⁷, al igual que muchos autores colombianos que tratamos en el primer apartado, señalan a las sujeciones imprevistas como una causante del rompimiento económico contractual. Para este autor, que trata de una manera más clara las sujeciones imprevistas, son aquellas dificultades materiales que se presentan estrechamente relacionadas con la ejecución del contrato, y que aunque pudieran ser previsibles por la administración aparecen de manera imprevista para el contratista, haciendo más difícil y gravosa dicha ejecución. Tal es el caso, por ejemplo, de unas condiciones del terreno en que se va a realizar una obra pública, que no coinciden con los estudios de suelos entregados al contratista y que por su naturaleza (terreno rocoso, fangoso, etc.), implican un mayor costo de la obra. En esas circunstancias, el contratista tiene derecho a recobrar el equilibrio económico del contrato, a través del pago de los mayores costos necesarios para superar la dificultad.

1.4.1.3.1.5. Principio de interpretación de la contratación estatal

Siguiendo a este último autor⁶⁸, el cual incluye éste y el siguiente principio de la selección objetiva que se presentan como causal de ruptura del equilibrio económico contractual, señalando que este principio, consiste, en que la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a

⁶⁷ Cfr. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. *Op. Cit.* p. 332.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 333.



procedimientos de selección de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, tendrán en consideración los fines y los principios de buena fe, equidad e igualdad entre las prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

1.4.1.3.1.6. Principio de la selección objetiva

Consiste en que la selección del contratista debe hacerse a favor de aquel que hace el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

1.4.1.4. Jurisprudencia

El Primer Tribunal Superior de Justicia de Panamá en proceso ordinario propuesto por Luis Héctor Alido, contra José Martín Moreno Pujol en sentencia apelada el M.P. Nelson H. Ruíz C. el día 23 de julio de 1996, se pronunció en este sentido: "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas "

Lo anterior arriba transcrito es determinante al establecer que cuando los términos del contrato no dejan dudas sobre la intención de los contratantes, se debe entender el sentido literal de sus cláusulas. Siendo esto así, esta superioridad ha de interpretar o atenerse al sentido literal de las cláusulas convenidas en el contrato que dio origen a esta controversia.

El Primer Tribunal Superior de Justicia de Panamá, en proceso ordinario propuesto por American Securities contra Juan García Rodríguez, en sentencia apelada el M.P. Nodier Jaramillo el día 16 de febrero de 1997, se pronunció en este sentido: "Cuando el contrato ha quedado perfeccionado, él adquiere fuerza de ley entre las partes". Esto se puede entender que con esa expresión no se

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

pretende que el contrato sea equiparado, en su eficacia, a la ley, tal concepto a nuestro juicio sería, totalmente extraño al pensamiento del legislador; con dicha expresión se limita a expresar algo más sencillo, si bien muy significativo; que las partes no pueden sustraerse al deber de observar el contrato de acuerdo con su tenor, en su conjunto y en cada una de sus cláusulas.

El Primer Tribunal Superior de Justicia de Panamá, en proceso ordinario propuesto por Rubén Virgilio Ortiz Murgas contra Martín Espinosa, en sentencia apelada el M. P. Raúl Trujillo Miranda el día 22 de agosto de 1998, se pronunció en este sentido: “ el papel del contratista particular es colaborar con la administración en la consecución del interés público, por lo que la utilidad que busca él al contratar debe garantizarse en todo momento; por lo que cuando por causas ajenas al contratista éste se vea afectado, tendrá derecho a que se le restablezca el equilibrio económico, originalmente convenido al momento de la celebración del contrato”

1.4.1.5. Caso Práctico

A manera de ver la ventaja y utilidad práctica que tiene en la actualidad la inclusión de la cláusula del equilibrio económico en los contratos de obra celebrados entre las autoridades gubernamentales y los particulares a continuación transcribiremos la cláusula que se refiere al equilibrio contractual en un contrato de obra pública, celebrado entre el estado Panameño e ICA Panamá, S.A.⁶⁹

Lo que es importante resaltar en esta cláusula es que se están señalando concretamente las causas por las que puede presentarse algún desequilibrio

⁶⁹ Contrato de obra pública para la construcción, mantenimiento, administración y explotación del CORREDOR SUR, ubicado en Panamá, República de Panamá, celebrado el día seis de agosto de mil novecientos noventa y seis, entre el Ministerio de Obras Públicas (MOP) e ICA Panamá



contractual, el mecanismo para resarcir este desequilibrio, y que las prestaciones esperadas al momento de la celebración del contrato, sean las que efectivamente se reciban.

"DÉCIMA OCTAVA: EQUILIBRIO CONTRACTUAL

El riesgo que asume EL CONCESIONARIO, de conformidad con lo previsto en el párrafo final de la cláusula Tercera, es el normal y predecible para la actividad económica de que trata este contrato; por lo tanto, EL CONCESIONARIO no está obligado a asumir las pérdidas o déficit producto de situaciones extraordinarias e imprevisibles

En beneficio de la continuidad del servicio y con fundamento en lo previsto en el artículo 19 de la Ley 56 de 1995, EL ESTADO, por medio del MOP y durante la vigencia del presente contrato, mantendrá el equilibrio contractual de la Concesión existente en el momento de la celebración de este contrato, procediendo a restablecerlo cuando ocurra su ruptura en virtud de hechos extraordinarios o imprevisibles

A los efectos de este contrato, se considerará que exista un desequilibrio contractual económico financiero cuando ocurran cualquiera de los siguientes eventos:

- a. La expedición de una ley o decreto que afecte económica o financieramente a EL CONCESIONARIO. En este caso EL CONCESIONARIO tendrá derecho a que le sea reconocida dicha afectación de la recuperación de su inversión a través de incremento en las tarifas de peaje o mediante el otorgamiento de derechos de relleno en el lecho marino en el área comprendida entre el Aeropuerto Marcos A Gelabert y el Centro de Convenciones Atlapa, en el supuesto de que el mercado no permita el incremento de la tarifa. Al traspaso de los terrenos resultantes del relleno en el lecho marino le será aplicable lo estipulado en las cláusulas Décimo Quinta y Décimo Sexta de este contrato.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- b. En el supuesto de que EL ESTADO incumpla su obligación de entregarle a EL CONCESIONARIO el Aeropuerto Marcos A. Gelabert (Paitilla) en los términos, plazos y condiciones estipulados en este contrato. A tales efectos, las partes convendrán un mecanismo de compensación que permita a EL CONCESIONARIO lograr el flujo de ingresos proyectados para la etapa de construcción de la obra derivados de la venta de estos terrenos de acuerdo a los términos y condiciones de que trata el literal M de LA PROUESTA denominado "Propuesta Financiera." Si las partes no logran pactar ese mecanismo de compensación entonces darán por terminado este contrato, quedando EL ESTADO obligado a pagarle a EL CONCESIONARIO, a título de indemnización, una suma equivalente a la inversión realizada que incluya los intereses causados para la porción de crédito de entidades financieras y para el capital propio de EL CONCESIONARIO la tasa interna de retorno (TIR) real indicada en LA PROUESTA por el tiempo transcurrido.
- c. Si por culpa de EL ESTADO se origina un atraso en el programa de obra. En este caso los gastos que se originen por este atraso serán reconocidos en la inversión total para que sean recuperados a través de incremento en las tarifas de peaje o mediante el otorgamiento de derechos de relleno en el lecho marino en el área comprendida entre el Aeropuerto Marco A. Gelabert y el Centro de Convenciones Atlapa, en el supuesto de que el mercado no permita el incremento. Al traspaso de los terrenos resultantes del relleno en el lecho marino le será aplicable lo estipulado en las cláusulas Décima Quinta y Décima Sexta de este contrato
- d. En el evento de que EL CONCESIONARIO, por razones de cualquier naturaleza imputables a EL ESTADO, se vea impedido de llevar a cabo el cobro de los peajes, o las actualizaciones de los peajes aprobados por el Consejo de Gabinete, EL ESTADO permitirá a EL CONCESIONARIO resarcirse de los ingresos dejados de percibir mediante el otorgamiento de derechos a rellenar



en el lecho marino en el área comprendida entre el Aeropuerto Marcos A. Gelabert y el Centro de Convenciones ATLAPA por un valor equivalente a las sumas de dinero dejados de cobrar en concepto de peaje. Este otorgamiento de derechos de relleno en el lecho marino y su posterior traspaso en propiedad estará sujeto a todo lo dispuesto en las Cláusulas Décima Quinta y Décima Sexta en lo que respecta al traspaso de terrenos a EL CONCESIONARIO. En este evento, los ingresos derivados por el traspaso adicional de los terrenos producto de los rellenos de mar se imputarán a los ingresos brutos del peaje como parte del monto total recuperable.

e. Si la obra sufre daños causados por actos de la naturaleza fuera de lo común, por acciones de EL ESTADO, de enemigos públicos y demás causas imprevisibles y ajenas a todo control de EL CONCESIONARIO. En tales casos, EL ESTADO y EL CONCESIONARIO negociararán para el restablecimiento del nivel de servicio de la vía de conformidad a lo establecido en el párrafo tercero del numeral 10.2 de las Condiciones Especiales del Pliego de Bases.

Las partes se obligan de buena fe, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 56 de 1995 y cuando ello proceda, a suscribir los acuerdos y pactos que resulten necesarios para mantener el equilibrio contractual, cuando se produzcan otros eventos distintos a los supuestos de que tratan los literales a, b, c, d y e de esta cláusula, incluyendo montos, condiciones, forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si ello hubiera lugar en la forma prevista en la modificación del contrato, cuyo pago adicional, si lo hubiera se realizará en la forma establecida en el contrato modificado y de acuerdo con las disposiciones sobre erogaciones previstas en el presupuesto general de EL ESTADO, de la vigencia en que se deba hacer dicha erogación”.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.4.2. Derecho Privado

1.4.2.1. Introducción

El equilibrio económico contractual no tiene en la mayoría de los países fundamento en el derecho positivo, en materia civil, o sea, no está previsto en un texto legal. Más aún, el pensar que una circunstancia sobrevenida o imprevista que afecte las relaciones económicas de un contrato, pueda usarse como fundamento para alterar (revisar o terminar) un contrato, contradice el principio de que el contrato es ley entre las partes, así como el principio de *pacta sunt servanda*, precepto según el cual los contratos, excepto cuando adoleceren de vicio o han sido celebrados en contravención del orden público deben ser cumplidos exactamente como han sido celebrados

La ausencia de norma coercitiva, igualmente está acompañada de una ausencia de jurisprudencia panameña (reportada hasta el presente), donde se haya tratado la aplicabilidad del concepto del equilibrio económico contractual

A pesar de esta ausencia de disposiciones legales y de desarrollo en la jurisprudencia, la doctrina panameña ha previsto, manera clara, la posibilidad de aplicar la teoría de la imprevisión en Panamá. Luis Felipe Urbaneja⁷⁰, sostiene que, en virtud de la ausencia de disposiciones legales, doctrinales y jurisprudenciales sobre el equilibrio económico contractual en el derecho civil, corresponde a la teoría de la imprevisión, dictaminar sobre su procedencia en caso de que se afecten o sufran cambios las condiciones originalmente pactadas en el contrato que celebren las partes.

⁷⁰ Cfr. URBANEJA, Luis Felipe, *Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencia Políticas y Sociales. Conceptos sobre la teoría de la Imprevisión en los Contratos Privados*. Panamá, 1994, pp. 30-32.



Concluye Luis Felipe Urdaneja⁷¹, que al estudiar la teoría de la imprevisión, en Panamá, existe la disposición expresa que regula la terminación del contrato por excesiva onerosidad en su artículo 1161^a del Código Civil panameño, al establecer que: "En los contratos bilaterales de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes llegare a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que deba tal prestación podrá pedir la terminación del contrato

No podrá pedirse la terminación, si la onerosidad sobrevenida entrara en el álea normal del contrato

La parte contra la cual se hubiere demandado la terminación podrá evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato".

Este autor comenta que por otro lado corresponderá a la doctrina y a la jurisprudencia dictaminar sobre la procedencia de la aplicación de la teoría de la imprevisión y sus alcances y efectos

A efecto de confirmar lo sostenido por Luis Felipe Urdaneja, respecto de la ausencia de disposiciones legales, doctrinales y jurisprudenciales del equilibrio económico contractual y de que no se ha encontrado jurisprudencia alguna que como tal mencione el concepto de imprevisión, se cuestionó a diversos abogados panameños el motivo de ellos, entre los cuales el licenciado Dídimo Ríos⁷² respondió que se debe a que considera que se estaría violando el principio de intangibilidad del contrato, principio, que es necesario, para mantener el orden en las relaciones económicas; adicionalmente porque las adaptaciones frecuentes a los contratos conducen al desarrollo de los movimientos inflacionarios

⁷¹ *Ibidem* p 34

⁷² Entrevista realizada al licenciado Dídimo Ríos M, del despacho Galindo, Arias & López en Panamá, República de Panamá, 25 mayo 2000

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Luis Felipe Urdaneja⁷³, desarrolla varios argumentos a favor de la aplicación de la teoría de la imprevisión en Panamá.

1.4.2.2. Fundamentos a favor de la imprevisión

En primer lugar, Luis Felipe Urdaneja sostiene que el artículo 1161^a del Código Civil, donde se exonera al deudor de responsabilidad cuando su incumplimiento proviene de una causa extraña no imputable, ha sido interpretado por la doctrina panameña bajo una influencia francesa, en el sentido de hablar de una imposibilidad absoluta y material de cumplimiento. De aquí que la causa extraña al contrato como fundamento para liberar al deudor de responsabilidad civil, ha sido interpretada como una imposibilidad absoluta en un sentido material. Sin embargo, el fundamento legal en el Código Civil panameño donde se consagra la causa extraña, no requiere que la imposibilidad que exonera al deudor de responsabilidad civil sea una imposibilidad en un sentido material y absoluto. De aquí, concluye Luis Felipe Urdaneja, que el juez está en libertad de apreciar el grado de intensidad del motivo que causó el incumplimiento con la causa extraña no imputable como eximente de responsabilidad civil, sin tener necesariamente que referirse a una imposibilidad material absoluta, de lo cual se desprende del artículo 1161^a del Código Civil, que se crea un eximente de responsabilidad civil para el deudor en aquellos casos donde la causa extraña no imputable al deudor, por supuesto, haga el cumplimiento de la obligación del deudor excesivamente onerosa o difícil.

El segundo fundamento esbozado para la aplicación de la imprevisión en Panamá, es la equidad, tercer párrafo del artículo 1161^a del Código Civil, obliga a las partes contratantes a que en caso de que se presentare una situación que fuese excesivamente onerosa para alguna de las partes, a que esté en posibilidad

⁷³ Cfr. URBANEJA, Luis Felipe, *Op. Cit.*, p. 36



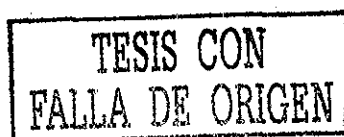
de terminar el contrato, o bien, a que se evite la terminación, modificándose equitativamente para las partes las condiciones contractuales. Cuando el cumplimiento de las prestaciones contractuales por una circunstancia extraña y sobrevenida se hace excesivamente oneroso, la aplicación rigurosa de las cláusulas contractuales sería la de exigir un cumplimiento del contrato en contra de los principios de equidad. Sostiene Luis Felipe Urdaneja⁷⁴, que la equidad sirve como un correctivo contractual y que su aplicación se debe a una apreciación objetiva, para el caso de la excesiva onerosidad del valor económico recíproco de las prestaciones entre las partes contratantes.

El tercer argumento de importancia presentado para incorporar la teoría de la imprevisión en Panamá, es el principio de la buena fe como norma para la ejecución de los contratos. El artículo 1160 del Código Civil panameño, invoca la buena fe como una norma para la ejecución de los contratos y no como una norma para la interpretación de los mismos, pero sin restarle importancia a la buena fe como un elemento para determinar el contenido de las prestaciones contraídas. Entre otros, con la buena fe como un principio aplicable a la ejecución de las prestaciones, el acreedor se obliga a no exigir el cumplimiento de una prestación por parte del deudor, traspasando los límites propios de la buena fe, la cual a su vez, se comporta como un elemento subjetivo y no objetivo. Las condiciones particulares de las partes en la ejecución del contrato, se apreciarán en el momento en que el deudor deba ejecutar su prestación, y si dicha ejecución de la prestación se está realizando con base a los principios de la buena fe que llevaron a las partes a celebrar el contrato.

De los argumentos expuestos en los párrafos anteriores, Bonifacio Diferman⁷⁵ opina que, el fundamento más importante y posiblemente el que mejor encuadra

⁷⁴ *Ibidem* p 36

⁷⁵ *Cfr.* DIFERMAN, Bonifacio. *Curso de Derecho Civil Panameño*. I IV, Biblioteca de Derecho, Universidad Santa María La Antigua, Panamá, 1995, p 527



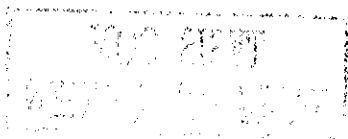
para la aplicación de la teoría de la imprevisión, por lo menos en aquellos casos donde se está frente a una excesiva onerosidad es el concepto de la buena fe. Cuando un contrato o el cumplimiento de ciertas prestaciones se hace excesivamente oneroso para una de las partes del contrato, la aplicación de la buena fe atenuaría el rigor del cumplimiento de las prestaciones en la forma como habían sido contraídas.

Agrega este mismo autor, que si se aplica el principio del artículo 1160 a del Código Civil, se pudiera correr el riesgo de que se revierta la inequidad del contrato en contra del contratante, ya que el deudor pudiera pensarse que queda liberado de la responsabilidad civil por una excesiva onerosidad sobrevenida, liberando este mismo artículo, al deudor de toda responsabilidad. El deudor no cumple su obligación y las prestaciones convenidas quedan sin ejecución, efecto que parece contrario al efecto que busca la teoría de la imprevisión, que es la de mitigar los efectos de una onerosidad excesiva sobrevenida.

Sobre la equidad Bonifacio Diferman, realiza una conclusión muy interesante, al mencionar que el tratar de buscar en la equidad, el equilibrio de los contratos en los casos de excesiva onerosidad sobrevenida, daría al juez prácticamente la facultad de revisar los contratos traspasando los límites dentro de lo que las partes han querido celebrarlo, y daría una potestad al juez para medir objetivamente las prestaciones en el momento de su ejecución, lo que traspasaría los límites generales de la libertad contractual. Añade que para él, sería casi como decir que, en los contratos, el juez tiene facultad de revisar el carácter lesivo de las prestaciones de manera permanente.

Por lo que hace a la buena fe, como argumento para la ejecución de las prestaciones contractuales, señala Bonifacio Diferman⁷⁶, que éste parece estar

⁷⁶ *Ibidem*. p 528



más acorde con el efecto social y económico que busca la aplicación de la teoría de la imprevisión, ya que el concepto de buena fe en la ejecución de las prestaciones se refiere, en los casos de imprevisión, no solamente a la ejecución de la prestación del deudor, como lo señala la doctrina panameña, sino a la *ejecución de las prestaciones recíprocas*.

Añade este autor, en los contratos de derecho privado no se aplica la teoría de la imprevisión, en todos aquellos casos en que las partes expresamente han previsto una alteración en la economía del contrato, como por ejemplo, los efectos de ajustar las prestaciones por dificultad sobrevenida como consecuencia de la inflación en aquellos casos en que la inflación, haya podido ser prevista por las partes, o por el simple hecho de que ocurra una variación en el nivel general de precios. Considera que si puede aplicarse la imprevisión para ajustar ciertas prestaciones sólo donde el grado de inflación varía materialmente, en relación al grado de inflación en años anteriores, o en caso de un aumento desproporcionado de precios de determinado bien, o cuando el grado de desproporción o desuniformidad en relación al contenido general del contrato debe ser grave o cuando se cambian sustancialmente las condiciones originalmente pactadas en un contrato.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

132



CAPÍTULO SEGUNDO

EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA EN MÉXICO

Como pudimos observar, en el capítulo anterior se abordó de manera mas precisa el tema principal de este trabajo sobre el equilibrio económico contractual en los contratos de obra, debido a que tanto en Colombia, Venezuela y Panamá, sus legislaciones han avanzado y desarrollado disposiciones concretas sobre este importante concepto, de manera tal, que se ha convertido en un principio en aras de procurar que la finalidad buscada por las partes al contratar, se mantenga durante todo el desarrollo de la actividad contractual.

Este principio se refiere a la conservación, durante la ejecución de los contratos de tracto sucesivo, como el contrato de obra, que de la correspondencia inicial de las prestaciones pactadas si, por circunstancias sobrevinientes a su perfeccionamiento y no imputables a quien resulta afectado el desarrollo del objeto contractual supone una pérdida para él en relación con las estipulaciones originales, la contraparte deba recurrir al restablecimiento de tales condiciones.

En la legislación mexicana y en particular en la Ley de Obras Publicas no se prevé el equilibrio económico del contrato, por lo tanto durante este capítulo se explicará de que manera se regula el contrato de obra en nuestro país, y en especial el tratamiento que se da a una situación de desigualdad entre las prestaciones originalmente pactadas entre las partes, sobrevenida posteriormente al perfeccionamiento del contrato, durante su ejecución, así como la necesidad imperiosa de que se incluya en nuestra legislación un ordenamiento jurídico, en aras de procurar que la finalidad buscada por las partes al contratar se mantenga durante todo el desarrollo de la actividad contractual. Es así como dicho equilibrio se refiere a la conservación, durante la ejecución del contrato, de la correspondencia inicial de las prestaciones pactadas de modo que si, por circunstancias sobrevinientes a su perfeccionamiento y no imputable a quien resulta afectado el desarrollo

del objeto contractual supone una pérdida para él en relación con las estipulaciones originales, la contraparte deba concurrir al restablecimiento de tales condiciones

2.1. Derecho Público

2.1.1. Introducción

La administración pública utiliza personas y cosas para satisfacer las necesidades colectivas y para justificar su propia existencia. Lograr esto requiere la colaboración de los particulares, cuya obtención puede ser obligatoria o en forma voluntaria, atendiendo a la clase de bienes o de servicios, así como del mayor o menor apremio de la necesidad a satisfacerse dentro del ordenamiento jurídico de cada país.

Cuando la administración obra unilateralmente, sin considerar la voluntad del particular, nos encontramos ante un actuar con *imperium*, manifiesto en la sanción de una ley o en la emisión de un acto administrativo. Asimismo puede actuar libremente por medio de un acuerdo de voluntades, es decir, contractual.⁷⁷

En relación a los contratos administrativos, dentro de las variaciones que presentan respecto a los regulados por el derecho común, entre estos caracteres denominados exorbitantes, se encuentran: la limitación de la libertad de las partes en la formación del contrato (licitación); la posibilidad de alteración de las obligaciones contraídas (flexibilidad y conmutabilidad); la actuación especial de la administración pública con relación a el contratista (suspensión, revocación, rescisión y cancelación); la producción de efectos a terceros; interpretación especial; y la intransferibilidad.⁷⁸

⁷⁷ Cfr. CANALES ARENAS, Jorge, *El Contrato de Obra Pública*. 1ª Edición, Trillas, México, 1991, pp. 31 y 32.

⁷⁸ Cfr. BERCAIZ, Miguel Angel, *Teoría General de los Contratos Administrativos*. 2ª Edición, corregida y actualizada, Buenos Aires, 1980, pp. 343-363.

En la contratación, la administración procura satisfacer el interés público de las necesidades colectivas, y el contratista a pesar de su intención de colaborar, busca una colocación productiva para su capital, con lo cual se tienen dos postulados que encierra esta clase de contratación, por una parte la satisfacción del interés público como la concretización del bien común en las acciones de la administración,⁷⁹ derivando para ello en las cláusulas exorbitantes que podrán o no estar en la letra pero siempre en su esencia,⁸⁰ y por otra parte la inafectabilidad de la ecuación económica-financiera del convenio, o sea, el mantenimiento del equilibrio económico contractual.

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 adecuado, como regla general, ajustándose al artículo 134 de la Constitución, que es nuestro punto de partida de la primera parte de este capítulo para el tema que nos ocupa, buscando asegurar las mejores condiciones posibles de precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, así como una administración eficiente, eficaz y honrada.

Este principio de conmutabilidad y flexibilidad del contrato administrativo conlleva el derecho de la administración para modificar el contrato, pero respetando la voluntad particular y el contenido económico.⁸¹ El interés público no se podrá satisfacer si los supuestos que existieron al celebrar el contrato cambian, de forma tal que las prestaciones o acciones se vuelvan inoperantes para la satisfacción de ese interés, por lo que estos contratos portan implícitamente la cláusula *rebus sic stantibus*.⁸²

⁷⁹ Cfr. DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis, 'Los Fines de interés público como causa y como límite de la competencia y como medio y medida de control jurídico' en *Revista de Administración pública Centro de Estudios Constitucionales*, num. 85, enero-abril, Madrid, 1978, pp. 167 y 168

⁸⁰ Cfr. BERCAITZ, Miguel Angel, *Op. Cit.* pp. 42 y 43.

⁸¹ Cfr. CANALES ARENAS, Jorge, *Op. Cit.* p. 173

⁸² Cfr. BERCAITZ, Miguel Angel, *Op. Cit.* p. 348

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Cuando las variaciones afecten el interés patrimonial del contratista o rompan el equilibrio del convenio, este último tiene el derecho al resarcimiento que le garantice la intangibilidad de su patrimonio.⁸³

El contratista es un colaborador de la administración y por lo mismo debe aceptar las modificaciones que ésta haga por los fines que persigue. Este denominado hecho del príncipe, como se ha mencionado en el capítulo anterior, puede resultar de un hecho o de un acto general o particular, directo o indirecto, pero siempre lícito, sin que constituya violación contractual.⁸⁴ Cabe recordar que las dependencias o entidades no pueden violar los contratos administrativos por acuerdos gubernativos, ya que esto importaría una violación de los artículos 14 y 16 Constitucionales.⁸⁵

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.
- b) Se debe mantener incólume la ecuación económico-financiera del contrato, pues en caso de ruptura afectando el interés patrimonial de contratista, nace para éste el derecho a ser indemnizado.

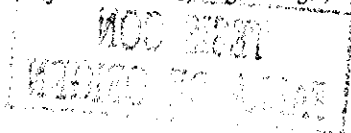
Para Bercaitz⁸⁶, la indemnización tiene un carácter compensatorio de índole contractual, razón por la cual previamente tendrá que sufrir un perjuicio el contratista o haberle privado de una ventaja que el contrato le aseguraba, por la modificación introducida; que ese daño o beneficio perdido resulten ser consecuencia directa de la modificación, (nexo causal); el deber de resarcir íntegramente el monto del perjuicio experimentado.

⁸³ *Idem*

⁸⁴ *Ibidem*, p 175.

⁸⁵ *Cfr. Semanario Judicial de la Federación XIV, Quinta Época, Compañía de Tranvías, Luz y Fuerza de Monterrey, p 1085.*

⁸⁶ *Cfr. BERCAITZ, Miguel Angel, Op Cit p 412.*



La flexibilidad del contrato administrativo para la obra pública, se contiene en el artículo 59 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, el cual prevé actualmente dos posibilidades modificativas: La primera cuando no exceda de un veinticinco por ciento en el monto o plazo pactados en el contrato y no implique variaciones sustanciales al proyecto original, pudiendo en este supuesto, existir uno o más convenios modificatorios. La segunda cuando excedan del porcentaje indicado o varíen sustancialmente el proyecto original.

2.1.2. Concepto de Obra Pública

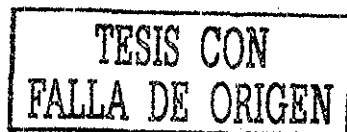
Serra Rojas⁸⁷, define a la obra pública como "... una cosa hecha o producida por el Estado o a su nombre, sobre un inmueble determinado con un propósito de interés general, destinada al uso público, a un servicio público o a cualquier finalidad de beneficio general".

Podemos considerar a la obra pública como la construcción, reparación o conservación de un inmueble, realizada por la administración pública, ya sea de manera directa con sus propios medios o indirectamente por medio de contratistas.

Serra Rojas⁸⁸ sostiene también que el término de obra pública se emplea con frecuencia en el sentido de una obra material, como un camino, un ferrocarril, un puente, un faro, una escollera, en edificio público, un sistema de saneamiento, un sistema de agua potable, el dragado de un puerto, la reforestación de una zona, u otros análogos. Además es importante entender que obra pública no es sólo la que se construye o edifica por primera vez, sino también las modificaciones materiales a las obras existentes, como correcciones y ampliaciones.

⁸⁷ Cfr. SERRAROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo* Segundo Curso, Vigésima edición, Porrúa, México, 2000, p. 663.

⁸⁸ *Idem*.



La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 4 de enero del 2000, en su artículo 3º, coincide con la idea señalada de obra pública, puesto que considera que ésta comprende:

- a) La construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de bienes inmuebles;
- b) Los servicios relacionados con la misma, incluidos los trabajos que tengan por objeto concebir, diseñar, proyectar y calcular los elementos que integran un proyecto de obra pública, así como los relativos a las investigaciones, asesorías y consultorías especializadas; la dirección o supervisión de la ejecución de las obras; los estudios que tengan por objeto rehabilitar, corregir o incrementar la eficiencia de las instalaciones cuando el costo de éstas sea superior al de los bienes muebles que deban adquirirse; y, los trabajos de exploración, localización y perforación que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos petroleros que se encuentren en el subsuelo:
- c) Los proyectos integrales, que comprenderán desde el diseño de la obra hasta su terminación total;
- d) Los trabajos de exploración, localización y perforación distintos a los de extracción de petróleo y gas; mejoramiento del suelo, subsuelo, desmontes, extracción; y, aquellos similares, que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentren en el suelo o en el subsuelo;
- e) Instalación de islas artificiales y plataformas utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos;
- f) Los trabajos de infraestructura agropecuaria, y
- g) Todos aquéllos de naturaleza análoga.

La obra pública se suele agrupar para su análisis, en distintas categorías y de acuerdo a criterios diferentes. Así, se habla de obra agropecuaria, industrial, de comunicaciones, de transporte, de saneamiento y de edificios públicos, entre otras.



Según Jorge R. Canales⁸⁹, la obra pública se divide en siete subgrupos:

- a) Agua, riego y saneamiento, en las que quedan comprendidas entre otras, las presas, las obras para irrigación, el sistema de agua potable y el drenaje urbano
- b) Transporte, siendo en este renglón las principales obras: el metro, las carreteras, la urbanización, la pavimentación, el alcantarillado, las arterias viales, los aeropuertos, etc
- c) Electricidad y comunicaciones, refiriéndose sobre todo a: instalaciones telefónicas y telegráficas, instalación de postes de teléfonos y telégrafos, plantas de generación y transmisión de energía eléctrica, básicamente de alta tensión, etc.
- d) Edificios públicos, como escuelas, viviendas, edificios para oficinas y plantas industriales, para hospitales, para oficinas gubernamentales, etc.
- e) Infraestructura para la explotación de los recursos no renovables, siendo uno de los principales el petróleo y la petroquímica: así tenemos la perforación de pozos, plantas e instalaciones de refinamiento, sistema de conducción por tuberías y oleoductos, plantas de almacenamiento y distribución.
- f) Agropecuarias y de recursos naturales, como las instalaciones para la cría y desarrollo pecuario, desmontes, subsuelos, nivelación de tierra. Obras para la conservación de tierras, agua y aire en general.
- g) Varias otras obras públicas, conteniéndose en este renglón obras poco frecuentes, de mantenimiento en general o cuyo monto de inversión sea muy pequeño".

2.1.3 Concepto de Contrato de Obra Pública

En México, como en Colombia, Panamá, Venezuela, Francia, España y otros países, el concepto de contrato de obra pública tiene un trasfondo inmobiliario tomado de la

⁸⁹ CANALES ARENAS, Jorge. *Op Cit.*, pp 76-77



acepción de obra pública que identifica a ésta con los trabajos encaminados a modificar o afectar el estado o la situación física que guarda un inmueble al momento de celebrar el negocio contractual, según se ha manifestado tanto en la ley como en la jurisprudencia y la doctrina.

2.1.3.1 Concepto legal del contrato de obra pública

En México, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, como las leyes que en el ámbito federal, le precedieron en la regulación del contrato de obra pública, se abstiene de dar un concepto de dicho contrato, aun cuando sí precise el de obra pública como pudimos ver en apartados anteriores.

2.1.3.2. Concepto de contrato de obra pública en la jurisprudencia.

La jurisprudencia ha establecido que la característica especial que distingue al contrato de obra pública de otros similares de derecho público y de derecho privado, es la de que aquél versa sobre la necesidad pública justificada por una razón actual y que la administración dirige la obra por medio de sus técnicos con facultad de impartir órdenes al contratista, aplicar por sí las sanciones previstas, sustituirse provisionalmente al contratista y hasta declarar la rescisión del contrato en caso de incumplimiento.

El contrato de obra pública, pertenece a la familia de los contratos administrativos y por ende, participa de las características esenciales de estos. En principio, tiene por objeto la realización de una obra pública, y es el concepto de ésta el que le tipifica e individualiza frente a los otros contratos administrativos.

2.1.3.3. Concepto de contrato de obra pública en la doctrina

Este contrato ha sido definido por juristas como Miguel Acosta Romero⁹⁰, quien considera al contrato de obra pública como: "Un acuerdo de voluntades por medio

⁹⁰ ACOSTA ROMERO, Miguel, *Segundo Curso de Derecho Administrativo*. México, Porrúa, Segunda edición, 1993, p. 501



del cual la Administración pública Federal, Local o Municipal, por conducto de sus dependencias, ordena a una persona física o jurídica, la construcción o reparación de una obra pública. Siempre deberá constar por escrito”

André de Laubadère⁹¹, sostiene sobre dicho contrato: “El contrato de obra pública es aquél por el cual una persona de derecho público encarga a una persona física o jurídica, ejecutar un trabajo de construcción, reparación, conservación o demolición de un inmueble, mediante el pago de un precio”.

Para el autor Manuel María Diez⁹², es: “Aquél por medio del cual una persona, sea física o jurídica, en general una empresa, se encarga, con relación al Estado, de construir, demoler o conservar una obra pública en las condiciones que fueren establecidas y mediante un precio que debe abonar el dueño de la obra, vale decir, el Estado”

Alfonso Nava Negrete⁹³, Considera que “En principio, es un contrato administrativo que tiene por objeto la realización de una obra pública y es el concepto de ésta el que le tipifica e individualiza frente a los otros contratos administrativos”. Y en una segunda aproximación agrega: “Contrato de obra pública es el contrato administrativo cuyo objeto es la realización de una obra material por el Estado, al través de procedimientos públicos, con la finalidad de satisfacer intereses colectivos”

⁹¹ DE LAUBADÈRE, André, *Op. Cit* pp. 105

⁹² DIEZ, Manuel María *Derecho Administrativo* T III, 2ª edición, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, p 193

⁹³ NAVA NEGRETE, Alfonso, “Contrato de Obra Pública”, *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983, II, p 302



Héctor Jorge Escola⁹⁴, define: "El contrato de obra pública es el contrato administrativo que celebra la administración pública para la realización de una obra pública, mediante el pago de un precio al cocontratante particular". Esta definición coincide con la propuesta por la De Laubadère, que citamos anteriormente.

Se puede coincidir con los citados autores en el sentido de que el de obra pública es el contrato administrativo que tiene por objeto la realización de alguna de las modalidades de la obra pública, que en el ámbito federal mexicano señala el artículo 3º de la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas; mas para no incurrir en petición de principio y enfatizar su acento inmobiliario, se puede decir que el contrato de obra pública es el negocio jurídico bilateral sujeto a un régimen jurídico especial, celebrado voluntariamente por la administración pública con un contratista a efecto de que éste, mediante el pago de un precio, realice ciertos trabajos de utilidad pública encaminados a modificar o afectar el estado, la forma o la situación física que guarda un inmueble al momento de celebrar dicho negocio contractual.

El negocio jurídico de referencia se lleva a cabo mediante la libre concurrencia de voluntades de la administración pública y de su cocontratante, cada una orientada por sus propios fines: la primera se guía por el beneficio general y el interés público, mismo que anima el propósito intrínseco de tal obra de satisfacer una necesidad pública o una necesidad de carácter general; en tanto que la voluntad del contratista o empresario cocontratante está motivada por su interés privado de obtener un lucro; lo que explica que en la confrontación de tales intereses habrá de prevalecer el interés público de la administración pública contratante

⁹⁴ ESCOLA, Héctor Jorge, *Op Cit* p. 180.



Al hacer referencia a la necesidad que tiene el Estado –Federación, entidades federativas o municipios- o las personas jurídicas de derecho público por él creadas –órganos constitucionales autónomos u organismos descentralizados; en cambio, cuando hablamos de necesidad de carácter general, aludimos a la suma de muchas necesidades individuales iguales o similares en la que muchos pueden identificar su propia necesidad

2.1.4. Clasificación Contractual del Contrato de Obra Pública

En México, el contrato de obra pública se puede clasificar como administrativo, bilateral o sinalagmático, a título oneroso, formal, conmutativo, principal, de ejecución continua, nominado, de adhesión, *intuitu personae* y eventualmente contrato base⁹⁵

2.1.4.1. Contrato administrativo

Como se pudo ver tanto la legislación como la jurisprudencia y la doctrina clasifican como administrativo al contrato de obra pública, carácter que se confirma por ser siempre la administración pública una de sus partes, así como por tener como finalidad el interés público, contener cláusulas inadmisibles en el derecho privado, y estar regulado, en buena medida, por un régimen jurídico de derecho público, lo que no impide que, como establece el artículo 13 de la Ley de Obras y Servicios Relacionados con las Mismas: En lo no previsto por esta ley y demás disposiciones que de ella se deriven, serán aplicables supletoriamente el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos Civiles

⁹⁵ Cfr. FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge, *Derecho Administrativo-Contratos*. primera edición, Porrúa, México, 2000, pp 239-245



2.1.4.2. Contrato bilateral o sinalagmático

Se sostiene el carácter bilateral o sinalagmático del contrato de obra pública toda vez que tanto la administración pública contratante como su cocontratante asumen obligaciones mutuas y recíprocas, las cuales derivan todas del contrato mismo, de ahí que los contratantes tengan el mutuo y recíproco carácter de deudores y acreedores entre sí, al haberse obligado el uno reciprocamente respecto del otro.

2.1.4.3. Contrato a título oneroso

El de obra pública se identifica como contrato a título oneroso porque ambos contratantes pretenden obtener un provecho o ventaja a cambio de una compensación equivalente, por lo que uno y otro tienen un interés pecuniariamente apreciable

2.1.4.4. Contrato conmutativo

Además de oneroso, el contrato de obra pública es conmutativo, porque desde su celebración las prestaciones a que se obligan los contratantes son ciertas, circunstancia que les permite apreciar desde entonces, en principio, el beneficio o pérdida que les habrá de generar. Lo que no impide que, como en todo contrato, exista un álea implícitamente aceptada por los contratantes, que determinará en la práctica que las partes obtengan beneficios o menoscabo; mas dicha álea no está pactada en el contrato, por lo que resulta de carácter extracontractual, al ser producto de la circunstancia, por cuya razón no convierte al contrato de obra pública en aleatorio.

2.1.4.5. Contrato principal

Es un contrato principal o independiente, ya que existe por sí solo y tiene un propósito contractual propio y específico, sin supeditar a otro contrato su validez y existencia.



2.1.4.6. Contrato de ejecución diferida de tracto sucesivo

A diferencia de los contratos de ejecución instantánea que se agotan en un solo momento, la eficacia del contrato de obra pública perdura esparcida en un lapso de tiempo más o menos amplio por ser de tracto sucesivo, lo que predica su eficacia duradera.

2.1.4.7. Contrato de ejecución escalonada

Es un contrato de ejecución escalonada, porque su ejecución se lleva a cabo en momentos separados entre sí por intervalos desiguales.

2.1.4.8. Contrato formal

En México, el de obra pública es un contrato formal, ya que debe constar por escrito, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en su artículo 46.

2.1.4.9. Contrato típico

El contrato de obra pública se identifica como típico porque, además de estar denominado expresamente con ese nombre en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, tiene una normatividad jurídica particular para todos los de su especie contenida en el título tercero de dicho ordenamiento legal.

2.1.4.10. Contrato de adhesión

Se caracteriza al contrato de obra pública como un contrato de adhesión, porque su contenido contractual es predeterminado casi exclusivamente por uno solo de los contratantes: la administración pública, al que se deberá adherir el cocontratante que desee celebrarlo; debe tenerse presente que la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

predeterminación contractual de dicho contrato por parte de la administración pública contratante debe hacerse obligadamente con apego a lo dispuesto en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas

El precio del contrato de obra pública derivado de licitación será el establecido en la oferta presentada por el cocontratante en el procedimiento respectivo.

2.1.4.11. Contrato *intuitu personae*

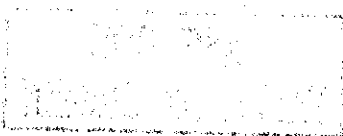
Se identifica como un contrato *intuitu personae*, ya que la dependencia o entidad de la administración pública contratante lo puede celebrar en razón de su competencia, y el cocontratante resulta serlo por sus cualidades específicas de carácter legal, técnico, financiero, económico y moral.

Por ser *intuitu personae*, el contrato de obra pública no puede ser transferido por el cocontratante, toda vez que adquirió tal carácter en virtud de sus cualidades personales, por cuya razón, en principio, no lo puede ceder ni tampoco recurrir a subcontratar con un tercero la ejecución de dicha obra, medida que se justifica por evitar la especulación y el intermediarismo en perjuicio del erario y del interés público.

En México se prohíbe la cesión del contrato de obra pública; sin embargo, con autorización de la administración pública contratante, es posible que un tercero ejecute partes de la obra.

2.1.5. Modalidades del contrato de Obra Pública

De acuerdo con algunos autores, se pueden señalar como modalidades del contrato de obra pública las siguientes categorías: contratos de precio alzado; contratos por precios unitarios; contratos por administración o contratos a coste y costas; y contratos de excepción



De acuerdo con la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas en su artículo 45, señala que los contratos de obras públicas pueden ser de tres tipos: contratos de precios unitarios; a precio alzado; y mixtos (una base de precios unitarios y otra de precio alzado).

2.1.5.1. Contratos de precio alzado

Los administrativistas franceses lo conocen con el nombre de *à forfait*, por el cual se contrata la ejecución de una obra exactamente definida, por un precio total fijo. Este contrato presenta características como: un precio fijo e invariable cuya revisión no pueden solicitar ni la administración ni el contratista. Sin embargo, cuando un evento posterior traiga aparejado un desequilibrio económico imprevisto, debería dar lugar para la revisión y modificación del precio. Esta modificación debería efectuarse mediante un acuerdo entre la administración y el contratista o eventualmente, por resolución judicial.

Otra característica es que la naturaleza e importancia del trabajo a realizar son invariables y no pueden modificarse, sino mediante convenio entre las partes. De acuerdo con De Laubadère, estos contratos lo aconsejan para obras pequeñas, puesto que no resulta conveniente aplicarlas a grandes obras en las que puedan producirse fuertes variaciones durante su ejecución, aunque en la práctica no ocurra así, ya que el contratante con este tipo de contrato le traslada todos los riesgos al contratista.

A pesar de que existan autores que sostengan que este sistema no es conveniente, puesto que el contratista puede tratar de economizar al máximo los gastos en detrimento de la buena construcción y de la solidez de la obra, consideramos que estos problemas se pueden evitar con especificaciones detalladas en el contrato de acuerdo a como lo establece el artículo 45 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para De laubadère⁹⁶, el sistema de precio alzado se divide en absoluto y relativo. Es absoluto cuando el precio y el volumen total de la obra son invariables. Es relativo cuando en el contrato se ha establecido la posibilidad de un aumento o rebaja del precio según el monto de la obra ejecutada.

2.1.5.2. Contratos de obra a precios unitarios

En este tipo de contratos se realiza un cómputo métrico de la obra que se va a efectuar. Se va a fijar el precio para cada uno de los conceptos de obra.

Sarait Badaoui⁹⁷, sostiene que existen dos tipos de contratos por precio unitario: el llamado contrato de unidad simple y el contrato de unidad de medida. En el contrato de unidad simple se han fijado los precios unitarios pero queda sin determinar la cantidad de obra a ejecutar en cada uno de los *items* o necesidades y en el caso del contrato por unidad de medida, hay establecimiento del precio unitario y de la cantidad aproximada de obra a ejecutar en cada uno de los *items* o conceptos.

2.1.5.3. Obra a coste y costas o por administración

La tercera categoría es la de los contratos de obra a coste y costas o por administración, que De Laubadère lo llama *au cost-plus*. Sarait Badaoui, lo llama *le marché sur dépense contrôlée*. Se entiende por coste todos los gastos de la construcción, incluso los generales, y por costas la utilidad del empresario. En este sistema debe llevarse una contabilidad completa de la obra, anotando los gastos efectuados, tanto en concepto de materiales, como de mano de obra y de gastos generales. Aquí todos los gastos los adelanta el contratista, pero el Estado

⁹⁶ Cfr. DE LAUBADÈRE, André, *Op. Cit.*, pp. 183-195

⁹⁷ Cfr. BADAOUJ, Sarait, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, I, II, Pichon et Durand-Auzias, París, 1955, pp. 117-126.



se los reembolsa. De ahí la necesidad de una contabilidad exacta para tener conocimiento acabado de los gastos efectuados por cada concepto. En este sistema el contratista no corre ningún riesgo, ya que los soporta la administración. La ganancia del contratista se determina, ya sea pagándole un cierto porcentaje de los gastos realizados, ya abonándole una cantidad fija y determinada con antelación.

Es importante mencionar que cualquier sistema o categoría de contrato de obra, sin control, representa un grave riesgo para la administración pública, por cuya razón es indispensable no sólo un adecuado control en la inspección de las obras, sino un preciso detalle de sus características.

2.1.5.4. Sistemas de excepción

Sarait Badaoui⁹⁸, se refiere a otros sistemas llamados de excepción. Podría ocurrir, por ejemplo, que se contratara solamente la mano de obra y la dirección de los trabajos, en cuyo caso los materiales los proporcionaría el Estado. Considera que en todos los casos la contratación podrá hacerse con o sin provisión de materiales por parte del Estado.

Como se señaló en el caso de nuestro país, sólo son factibles de aplicación tres tipos de contratos: los contratos de precio unitario, los de precio alzado y los mixtos. La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 4 de enero del 2000, como a continuación se muestra:

"CAPITULO PRIMERO
DE LA CONTRATACIÓN"

Artículo 45. Para los efectos de esta Ley, los contratos de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas podrán ser de tres tipos:

⁹⁸ *Ibidem* p 126.



- I. Sobre la base de precios unitarios, en cuyo caso el importe de la remuneración o pago total que deba cubrirse al contratista se hará por unidad de concepto de trabajo terminado;
- II. A precio alzado, en cuyo caso el importe de la remuneración o pago total fijo que deba cubrirse al contratista será por los trabajos totalmente terminados y ejecutados en el plazo establecido

Las proposiciones que presenten los contratistas para la celebración de estos contratos, tanto en sus aspectos técnicos como económicos, deberán estar desglosadas por lo menos en cinco actividades principales, y

- III. Mixtos, cuando contengan una parte de los trabajos sobre la base de precios unitarios y otra, a precio alzado.

Las dependencias y entidades podrán incorporar en las bases de licitación las modalidades de contratación que tiendan a garantizar al Estado las mejores condiciones en la ejecución de los trabajos, siempre que con ello no desvirtúen el tipo de contrato que se haya licitado

Los trabajos cuya ejecución comprendan más de un ejercicio presupuestal deberán formularse en un solo contrato, por la vigencia que resulte necesaria para la ejecución de los trabajos, quedando únicamente sujetos a la autorización presupuestal para cada ejercicio, en los términos del artículo 30 de la Ley del Presupuesto Contabilidad y Gasto Público Federal¹⁰.

Al analizar este artículo podemos apreciar que esta ley permite a la administración pública optar entre tres tipos de contratos con la finalidad de aplicar de manera conveniente las partidas presupuestales destinadas a la obra pública, además de satisfacer el interés público, de manera eficiente.



2.1.6. Elementos del Contrato de Obra

Andrés Serra Rojas⁹⁹ y Miguel Bercaitz¹⁰⁰, consideran que los contratos administrativos de los cuales forman parte los contratos de obras públicas están integrados principalmente con elementos esenciales y circunstanciales o no esenciales, como los llamaría Bercaitz.

2.1.6.1. Elementos esenciales

Algunos elementos del contrato son de tal importancia que, sin ellos el contrato no existe o no adquiere validez, de ahí que se les conozca como elementos esenciales; gran parte de la doctrina coincide en considerar como elementos esenciales de los contratos administrativos los siguientes: los sujetos, la competencia y capacidad, el consentimiento, la forma, el objeto, la causa, y el régimen jurídico especial

2.1.6.1.1. Los sujetos:

Por definición en el contrato administrativo, cuando menos uno de ellos es una entidad de la administración pública.

2.1.6.1.2. Competencia y capacidad:

La administración contratante debe ser competente, es decir, debe estar autorizada por la ley para celebrar el contrato; por su parte, el particular contratante debe contar con la capacidad jurídica para obligarse en sus términos; en este orden de ideas, se entiende por capacidad a la aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones; y por competencia a la facultad o aptitud legal de ejercitar, el poder jurisdiccional con relación a un

⁹⁹ Cfr. SERRA ROJAS, Andrés, *Op Cit* p 665

¹⁰⁰ Cfr. BERCAITZ, Miguel Angel, *Op Cit* p. 416



caso concreto

2.1.6.1.3. Consentimiento:

Es acuerdo o coincidencia de voluntades entre los contratantes, para obligarse en los términos establecidos en el contrato

2.1.6.1.4. Forma:

Es la manera de exteriorizar la voluntad de las partes de acuerdo con la ley; es el modo como se documenta el vínculo contractual.

2.1.6.1.5. Objeto del contrato:

Es la consecuencia o efecto que produce y que se persigue al celebrarlo; existen dos tipos de objeto, el directo y el indirecto, siendo el directo las obligaciones de dar, hacer o no hacer y el indirecto, el objeto material

2.1.6.1.6. Causa:

La causa o motivo de un contrato administrativo debe ser un fin público, un servicio público, una necesidad colectiva que debe satisfacerse; la administración pública debe cuidar en forma muy especial de establecer expresamente los motivos determinantes de su obrar. Cuando la ley obliga esta motivación, su omisión provoca la nulidad del acto o contrato que realice o ejecute.

2.1.6.1.7. Régimen jurídico especial:

Consiste en que los contratos administrativos como el contrato de obra pública, se rigen por reglas de Derecho Público exorbitantes del Derecho Privado, esto significa que sólo por excepción debe remitirse al Derecho Privado



2.1.6.2 Elementos circunstanciales o no esenciales

Los elementos circunstanciales, no son esenciales pero sí propios de la naturaleza de los contratos administrativos, es decir, pueden ser parte del contrato, pero su falta no es un impedimento para que el contrato exista; a falta de éstos sólo se provocaría una nulidad, la cual desaparecería en el momento de convalidar el acto jurídico ya sea por el mero transcurso del tiempo o por ratificación el contrato. Los elementos no esenciales de los contratos administrativos se muestran a continuación:

2.1.6.2.1. Plazo:

Es el acontecimiento futuro de realización siempre cierta. En el contrato de obra pública, el plazo está en función de los trabajos que deben realizarse. Juega para la administración y para el contratista; origina obligaciones para la primera y para el segundo; para la primera: término en que han de entregarse al contratista el terreno en el cual ha de levantarse la obra, o los materiales que deben emplearse en su fabricación; los planos conforme a los cuales debe ejecutarse; para el segundo: fecha de iniciación de los trabajos, de conclusión total o parcial de cada una de las etapas en que se divide su realización.

2.1.6.2.2. Intransferibilidad:

Los contratos administrativos se celebran fundamentalmente *intuitu personae*; por tanto, la administración pública no tiene libertad para admitir la libre sustitución del contratista en una obra pública.

2.1.6.2.3. Las garantías:

Para el exacto cumplimiento de las obligaciones asumidas por el contratista, la administración pública establece en sus contratos un sistema de garantías

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que responde por las sanciones que aplica al primero, en caso de mora o inejecución parcial o total del convenio.

El sistema de garantías consiste, en principio, en un depósito en títulos y dinero, que debe hacerse para concurrir a las licitaciones en prueba de la seriedad y mantenimiento de la oferta que se hace, depósito que luego es devuelto al adjudicatario del contrato, quien posteriormente deberá garantizar el cumplimiento de los trabajos a ejecutar mediante una garantía que es una suma establecida en relación con la importancia económica del contrato; *el depósito indicado también puede reemplazarse con garantías bancarias o con documentos comerciales a entera satisfacción de la administración pública*

La garantía en el contrato administrativo constriñe al cumplimiento de obligaciones. La pérdida de la garantía dada por parte del contratista, no exime a éste del pago de los daños y perjuicios que su ejecución tardía o defectuosa, o su inejecución parcial o total, puede ocasionar a la administración pública.

2.1.6.2.4. Sanciones:

No es esencial, porque en determinadas circunstancias puede existir el contrato administrativo sin necesidad de un régimen especial de sanciones que asegure compulsivamente el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. El objeto de la sanción es constreñir al contratista al más exacto cumplimiento de sus obligaciones¹⁰¹

A pesar de que ya existen maneras de agrupar a los elementos del contrato de obra pública, a continuación se presentan los elementos que se considera, conforman en específico al contrato de obra pública:

¹⁰¹ Cfr. SERRA ROJAS, Andrés, *Op Cit*, p 651.

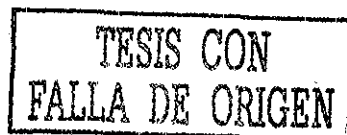


- ♦ Partes contratantes: administración pública y particulares. Es posible que las partes fueran dos órganos públicos, pero nunca existirá esta posibilidad entre particulares exclusivamente.
- ♦ Consentimiento de las partes: el acuerdo de voluntades es para la realización de una obra material, sobre bienes inmuebles y sus accesorios que son propiedad del Estado.
- ♦ Interés público: el carácter público de la obra se debe a la finalidad a que se destina la misma o que se persigue con su realización, o sea a la satisfacción de intereses o necesidades públicas.
- ♦ Procedimiento público de celebración: el contrato está sujeto a condiciones o requisitos previos que fija la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, para su posible celebración; su contenido y su ejecución están igualmente sometidos a datos impuestos por esta ley.
- ♦ Precio: el realizador de la obra material, recibe de la administración un precio. Existen dos tipos de precio como ya vimos anteriormente, los precios unitarios y los precios alizados.

2.1.7. Modos de celebración de los contratos públicos

Andrés Serra Rojas¹⁰², nos señala que el procedimiento de la contratación administrativa comprende en general, estas etapas: el referente a la preparación del contrato; el relativo al problema de la elección de la otra parte contratante; y por último, el de la forma que debe revestir el negocio contractual. En todos los casos la celebración de los contratos debe estar apegada al artículo 134 constitucional, que señala que: "El Estado, como cualquier contratante, tiene el derecho legítimo de obtener de los particulares las

¹⁰² *Ibidem*, pp. 649 y 650.



mejores condiciones en su contratación, las más económicas, las más eficientes y las que ofrezcan mayores garantías de seriedad en su realización”.

Los modos de celebración de los contratos administrativos son:

2.1.7.1. La adjudicación:

Que es el concurso entre las personas interesadas en celebrar con la administración pública determinado contrato, que ofrezcan las mejores ofertas o condiciones de contratación, y puede ser realizada bajo cualquiera de las siguientes formas:

2.1.7.1.1. La adjudicación pública abierta:

Que es sobre la base de comparación de los precios propuestos por las personas interesadas

2.1.7.1.2. La adjudicación restringida:

La administración escoge discrecionalmente a los postores sobre la base de comparación de los precios.

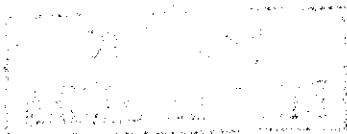
2.1.7.2. Los contratos amistosos:

Éstos se celebran con amplia libertad y comprenden un llamado a los postores, para que la administración escuche las ofertas y está obligada a estas formas y elige libremente

2.1.8. Forma, Pliego de Condiciones y Ejecución de los Contratos Administrativos.

Siguiendo a este mismo autor, Serra Rojas¹⁰³, señala que los contratos que los particulares celebren con el Estado, deberán celebrarse con los funcionarios que señalan las leyes, para realizar los actos administrativos

¹⁰³ *Ibidem*. pp 650 y 651



Por regla general revisten la forma escrita, ya que en ella se precisan las circunstancias y condiciones del mismo. En ocasiones excepcionales se requiere de la presencia de Notario Público.

El contrato escrito contiene el pliego de condiciones o conjunto de documentos escritos que determinan las condiciones del contrato. Estas condiciones pueden ser:

2.1.8.1. El pliego de cláusulas y condiciones generales o pliego de las cláusulas administrativas generales:

Estas condiciones administrativas se fijan en términos generales en todos los Ministerios o Secretarías para cada tipo de contrato.

2.1.8.2. El pliego de prescripciones comunes:

Que son las normas especiales o particulares del contrato, también son objeto de regulaciones tipo aplicables a contratos análogos

2.1.8.3. El pliego de prescripciones especiales:

Que son sobre consideraciones de precios, de calidad, de sanciones y de otras circunstancias.

Como se ha visto es en materia de ejecución de los contratos administrativos, en los que la administración tiene prerrogativas exorbitantes que le permiten el control del contrato, y la determinación unilateral de su ejecución. Es por eso que con este trabajo se pretende que dada esa circunstancia por parte de la administración, que el contratista pueda invocar a su favor un desequilibrio económico contractual, cuando por causas supervenientes y ajenas a su voluntad se presenten; a manera de hacer del contrato un acuerdo justo y equilibrado para las partes contratantes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.1.9. Los derechos del contratista

Serra Rojas¹⁰⁴, señala con acierto que los particulares que contratan con el Estado, lo hacen como en los actos comerciales, por los beneficios que les reportan las obras que tendrán a su cargo

Por supuesto que las obras son estimadas en dinero, bajo un plan financiero debidamente considerado, y se toman en cuenta los costos directos e indirectos, es decir, precios de materias primas, sueldos, empleo de maquinaria y equipo y de acuerdo con este autor agrega que todos los pormenores del equilibrio financiero del contrato.

También señala que el Estado, al contratar, conoce estas circunstancias, los precios unitarios, los porcentajes legítimos que deben abonarse a las empresas como utilidades lícitas y los demás datos de carácter económico. Y por supuesto que cualquier empresa que celebre algún contrato con la administración pública, es debido a que tiene un conocimiento técnico de las obras que va a realizar.

Para el trabajo que estamos desarrollando resulta muy interesante la aseveración que hace Serra Rojas¹⁰⁵ y que a continuación se transcribe:

“El co-contratante tiene derecho a mantener un determinado equilibrio financiero en su empresa, percibiendo oportuna y justa remuneración de sus trabajos, y a que se le cubran todas las indemnizaciones por trabajos no estipulados en el pliego de condiciones”

De acuerdo a lo tratado a lo largo del presente trabajo y a la postura presentada en esta tesis, por supuesto que el contratista tiene todo el derecho de que se mantenga en todo momento un equilibrio financiero de su empresa en el contrato que está

¹⁰⁴ *Ibidem* pp. 651 y 652

¹⁰⁵ *Ibidem* pp. 651

ejecutando a favor de la Administración pública; sin embargo, la actual Ley de Obras y Servicios Relacionados con las Mismas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 4 de enero de 2000, aun deja algunas en algunas situaciones en desventaja al contratista frente a la administración pública

Si bien es cierto, que esta ley en su artículo 59 incluyó un párrafo que actualmente permite a las partes contratantes, que se reconozcan algunos incrementos o reducciones no considerados en la propuesta originalmente presentada por el contratista, siempre y cuando sea por causas ajenas a la responsabilidad de las partes, y que por lo mismo no haya sido posible incluirlas en dicha propuesta, también lo es, el hecho de que por el hecho del príncipe, el contratista queda en desventaja frente a la administración pública, ya que en el artículo 60 de la Ley de Obras y Servicios Relacionados con las Mismas, se señala que: " se podrán suspender temporalmente, en todo o en parte, los trabajos contratados por cualquier causa justificada"

Resulta obvio señalar que dado este supuesto la administración pública, podría argumentar cualquier situación como "causa justificada". Peor aun resulta el hecho de que la misma ley en su artículo 62, fracción I, únicamente, está reconociendo en este caso, como indemnización para el contratista, el que " se le paguen los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables, siempre que éstos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato de que se trate".

Lo anterior, de acuerdo a lo expuesto por Serra Rojas, es ¿Tener derecho el contratista a que mantenga un determinado equilibrio económico en su empresa, percibiendo oportuna y justa remuneración de sus trabajos?..

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.1.9.1. La determinación del precio:

El precio de las obras se determina por diversas circunstancias de carácter económico. La administración pública competente para celebrar un contrato tiene que tomar en cuenta:

- 2.1.9.1.1. La existencia de una partida en el presupuesto de egresos que considere la obra por realizar.
- 2.1.9.1.2. En obras que implican grandes inversiones públicas, éstas tienen que distribuirse en varios años, con cargo a sus respectivas propuestas.
- 2.1.9.1.3. Puede usarse del crédito, con la autorización de la misma dependencia en obras, tanto nacional como extranjero. En estos casos, se grava el presupuesto próximo de una dependencia en la proporción anual que se señale.
- 2.1.9.1.4. Las Secretarías y Departamentos de Estado, en el ejercicio de las partidas de su presupuesto, se sujetarán estrictamente al calendario de pagos que las aprueba la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la que dictará las medidas que estime pertinentes para el estricto cumplimiento de esta disposición. Artículo 5° de la Ley del presupuesto de egresos de la Federación.
- 2.1.9.1.5. Será causa de responsabilidad de los secretarios, jefes de Departamento de Estado y Procurador General de la República, conforme al artículo 126 constitucional, contraer compromisos fuera de las limitaciones de sus presupuestos y, en general, acordar erogaciones en forma que no permita, dentro del monto autorizado a las partidas respectivas, la atención de los servicios públicos durante el ejercicio fiscal, así como del secretario de Hacienda y Crédito Público,



autorizar los compromisos y erogaciones que por este artículo se prohíben. Artículo 11 de la Ley del presupuesto de egresos de la Federación.

Serra Rojas¹⁰⁶, menciona que la administración tiene a su cargo la responsabilidad de cubrir el precio, pero también asume la tarea de coadyuvar con las empresas en su plan de financiamiento, realizando expropiaciones, otros actos jurídicos que beneficien al servicio y necesarios para la obra, subsidios complementarios, importación de maquinaria extranjera, o estímulo de las empresas industriales nacionales constructoras de maquinaria. Asimismo, anticipos, exenciones de impuestos, subsidios, créditos en instituciones nacionales o particulares, créditos en el extranjero y todos los medios que sean necesarios para llevar a cabo una obra nacional.

A lo anteriormente expresado por este autor, consideramos que en la práctica a excepción de las expropiaciones, por lo general la administración pública en las obras que licita, deja como responsabilidad del contratista todos los conceptos antes señalados.

2.1.9.2. Pedir autorización a la administración para ceder, transferir o subcontratar.

2.1.9.3. Derecho a la recepción de la obra por parte de la administración.

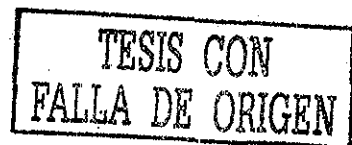
2.1.9.4. Derecho de contar con un plazo para subsanar los defectos de la obra.

2.1.9.5. Derecho a rescindir el contrato por caso fortuito o fuerza mayor.

2.1.10. Obligaciones del contratista

2.1.10.1. El contratista está obligado a ejecutar las estipulaciones del pliego de condiciones, determinado por la autoridad convocante con apego a la

¹⁰⁶ *Ibidem* p. 652.



ley del cual sólo se libra por eventos de caso fortuito o fuerza mayor de acuerdo a lo establecido en la fracción IV del artículo 62 de la Ley de Obras y Servicios Relacionados con las Mismas.

Es una obligación personal que prohíbe cesiones y contratos parciales, salvo que lo autorice la administración.

El Estado es quien, en la mayoría de los casos a través de un tercero, vigila el cumplimiento exacto del contrato

2.1.11. Derechos de la Administración

2.1.11.1. El derecho del cumplimiento del contrato *intuitu personae*

2.1.11.2. El poder de sanción en los contratos administrativos a diferencia de los contratos privados, constituye una facultad exorbitante por parte de la administración. El incumplimiento de un contrato se penaliza con sanciones pecuniarias eficientes para el cumplimiento del contrato, ya que un contratista puede comprometerse a entregar una obra pública en un plazo determinado, y a cubrir una suma determinada por cada día de retardo sobre las cantidades de obra a ejecutar, salvo los casos de fuerza mayor o caso fortuito, ya que de acuerdo con este principio nadie está obligado a lo imposible

2.1.11.3. La rescisión es la sanción más efectiva de que dispone la administración pública; tiene por finalidad dar por terminado un contrato manteniendo la responsabilidad que resulte al contratista.

Vale distinguir: la rescisión como sanción y la rescisión que se dicta en interés general, artículos y respectivamente de la Ley de Obras y Servicios Relacionados con las Mismas



2.1.11.4. Derecho a la garantía de ejecución contractual.

2.1.11.5. Derecho a que se inicien los trabajos una vez firmado el contrato y dadas las condiciones.

2.1.11.6. Derecho de conocer el plan de trabajo, el equipo y mantenimiento de éste hasta la conclusión de la obra.

2.1.11.7. Derecho de designar un inspector de obra.

2.1.11.8. Derecho a recibir provisionalmente la obra hasta que se subsanen o corrijan las deficiencias

2.1.12. El Poder de Modificación Unilateral

Un derecho de la administración pública es la facultad para interpretar y modificar los contratos, de conformidad con el artículo 59 de la Ley de Obras y Servicios Relacionados con las Mismas.

En nuestra opinión, esto podría originar una imposición de cargas al contratista, ya que podrían obligarlo a modificar sustancialmente su obligación contractual, pudiendo originarse una alteración al contenido del contrato

De acuerdo con el artículo 59 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la administración puede introducir modificaciones en el proyecto (aumentos o reducciones de costos o trabajos) que obligan al contratista a aceptarlos si la alteración del valor total de las obras contratadas no excede en general de un 25%. Pasado este porcentaje se origina la obligación de celebrar convenios adicionales.

Serra Rojas¹⁰⁷, distingue tres momentos de modificación de las cláusulas contractuales por parte de la administración pública:

¹⁰⁷ *Ibidem* pp. 654 y 655.



- 2.1.12.1.** Cuando las partes en el contrato han convenido en que el Estado varíe las condiciones del contrato o declare la caducidad. Por lo general, cuando se plasma en el contrato esta cláusula, se prevé que por razones de interés público la administración pueda modificar el contrato administrativo y que en caso de discrepancias sobre los perjuicios, que los particulares ocurran ante algún tribunal de arbitraje que se haya establecido, o bien, ante los tribunales y deducir sus acciones
- 2.1.12.2.** Cuando en el contrato, las partes no han pactado las facultades de la administración para modificar las cláusulas
- 2.1.12.3.** Cuando la ley prevé variación en el contrato.

En estos dos últimos casos, en que no se estableció en el contrato la modificación unilateral por parte de la administración, de acuerdo con lo que señala Serra Rojas el particular tiene derecho a que se le indemnice, sin embargo, como pudimos apreciar en el apartado anterior y de acuerdo con lo que establece la fracción I del artículo 62 de la Ley de Obras y Servicios Relacionados con las Mismas y la fracción I del artículo 52 de la misma ley, el particular sólo tendrá derecho a que se le paguen los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables, lo cual desde nuestro punto de vista y como ya se dijo anteriormente, esto no representa una indemnización justa ya que desde la suscripción del contrato las partes habían determinado las prestaciones que iban a recibir, y en el caso del particular, la utilidad que la ejecución de la obra le iba a generar, y por mucho lo que en estos artículos están manejando como indemnización, es únicamente el cubrir los gastos erogados por el particular, sin que se estipule ganancia alguna por el perjuicio que se le está causando al particular.

Se desprende de esta Ley de Obras y Servicios Relacionados con las Mismas, que cuando en el contrato no se contempló la facultad de la administración para modificar el contrato, el particular tiene derecho a que se le indemnice, pero no a

continuar en una actividad que vaya en perjuicio del interés general. Queda claro, que sobre los derechos de un particular, siempre estimables en dinero, está el interés de la comunidad, que puede recibir perjuicios de otro tipo diverso a los pecuniarios.

El autor Jorge Pino Ricci¹⁰⁸, señala que cuando la administración modifica unilateralmente el contrato, y como consecuencia la prestación se hace más gravosa para el particular en términos económicos, es obligación del Estado restablecer el equilibrio financiero del contrato, siempre que haya alterado la voluntad inicial de las partes con ocasión del ejercicio indebido del poder excepcional.

Roberto Dromi¹⁰⁹, menciona que cuando la persona pública usa legítimamente sus prerrogativas de tal forma que impone nuevas cargas a su contratante, debe indemnizarlo por la totalidad de estas cargas. No se trata de daños y perjuicios que deben pagarse en razón de una falta contractual consistente en el incumplimiento de sus obligaciones, sino de una indemnización fundada en la necesidad de conservar el equilibrio de gastos y beneficios según lo previsto por los contratantes.

Por su parte Víctor Fairén¹¹⁰, menciona que: "La administración es titular de una serie de poderes exorbitantes con relación a los particulares, que se explican por la necesidad de proteger el interés público, concebido como fin estatal de primer

¹⁰⁸ Cfr. PINO RICCI, Jorge *Régimen de Contratación Estatal*. Universidad Externado de Colombia, Santa fé de Bogotá, D.C. 1996, p. 264.

¹⁰⁹ Cfr. DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*. 4ª edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 261.

¹¹⁰ Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El defensor del pueblo -Ombudsman-*. Centro de Estudios Constitucionales, Constitucionales, Madrid 1982, p. 113.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

orden. No obstante la existencia de estas facultades excepcionales, la administración no puede desconocer los derechos del contratista, quien interviene en la actividad contractual no solo como colaborador de la administración, sino movido por su interés de lucrar. Es por ello que si con el ejercicio de alguno de los poderes exorbitantes, la entidad estatal contratante altera el equilibrio económico del contrato en contra del contratista, este tiene derecho a que se le restablezca en los términos iniciales”.

La Jurisprudencia de la Suprema Corte señala: “Sólo los tribunales de Justicia pueden, mediante el juicio correspondiente, declarar rescindidos los contratos administrativos y decidir los litigios que surjan con motivo de ellos”.

Jur. Tesis 283, p. 5538.

Ejecutoria de la Suprema Corte Toca 6209/951, primer informe del Presidente de la Suprema Corte al terminar el año de 1958; p 42

Contratos administrativos. Su rescisión puede declararse administrativamente cuando se ha establecido expresamente dicha facultad en el convenio respectivo.

“Las autoridades administrativas pueden declarar la caducidad de un contrato-concesión cuando ha sido establecida expresamente tal facultad en el contrato, siempre que previamente den oportunidad al concesionario para hacer defensa de sus derechos, por lo que si está demostrado fehacientemente que el propio concesionario ha incurrido en violaciones, que de acuerdo con el mismo convenio son causa de rescisión, resulta evidente que tal rescisión puede ser declarada administrativamente sin necesidad de acudir ante los tribunales para solicitarla”.



2.1.13. Causas sobrevinientes en la ejecución de un Contrato.

Durante la ejecución de un contrato administrativo pueden sobrevenir situaciones posteriores a su perfeccionamiento y no imputables a quien resulta afectado el desarrollo del objeto contractual supone una pérdida para él en relación con las estipulaciones originales, por lo que la contraparte debe restablecer tales condiciones originalmente pactadas.

2.1.13.1. Hechos del príncipe

En sentido general y amplio, la expresión "hecho del príncipe" viene a designar toda intervención de los poderes públicos que tenga por resultado afectar de una manera cualquiera, las condiciones jurídicas o solamente las condiciones de hecho en las cuales el cocontratante de la administración pública ejecute su contrato.

En primer lugar ese amplio concepto debe precisarse, sobre todo por lo que se refiere a qué debe entenderse por "poder" o "autoridad pública".

En este sentido, tal y como se expresó en el capítulo anterior, parte importante de la doctrina estima que el hecho del Príncipe debe ser siempre una decisión, una conducta que puede imputarse a la misma autoridad pública que celebró el contrato. De tal modo que no quedan comprendidos dentro del hecho del Príncipe aquellas decisiones y conductas que corresponden a autoridades públicas distintas a aquella que es parte en el contrato de que se trate, ya sea que pertenezcan al mismo orden jurídico o a otro distinto.

Dentro de esta postura no constituiría hecho del príncipe la ruptura del equilibrio financiero de un contrato celebrado por un Instituto Autónomo, si el hecho proviene de la administración central.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Posición contraria es la sostenida por Marienhoff¹¹¹ para quien la responsabilidad estatal por el hecho del Príncipe, puede resultar del hecho o acto de cualquier órgano del Estado con la sola limitación que pertenezca a un mismo orden jurídico, esto es Nacional, Estatal o Municipal.

En efecto la medida puede proceder de cualquier autoridad pública siempre que ésta corresponda al mismo orden jurídico a que pertenece la autoridad que celebró el contrato. Pensamos que ningún principio de derecho se opone a ello; más aún, los fundamentos que soportan la teoría del hecho del príncipe no hacen ni permiten hacer distinción alguna entre hechos y actos procedentes de la propia autoridad pública que intervino en la celebración del contrato o de otra autoridad estatal

Así, tratándose de un contrato celebrado por el Estado, o cualquiera de sus dependencias, la medida lesiva puede emanar de cualquier órgano dependiente de ella misma

Reconocemos sin embargo, que el contrato administrativo puede resultar alterado o vulnerado por una disposición emitida por una autoridad perteneciente a un orden jurídico distinto. Así, un contrato celebrado por el Estado, puede verse afectado por una decisión proveniente de la autoridad municipal. En tales supuestos, cuando el respectivo contrato resulta afectado vulnerado por un hecho o acto ajeno o extraño a la autoridad Nacional que lo celebró, es aplicable la Teoría de la Imprevisión, quedando regido por ésta el acto lesivo del contrato

En efecto, tratándose de esferas jurídicas diferentes la situación es completamente asimilable a la del acontecimiento causante "extraño" o "ajeno" a la voluntad estatal; igual caso ocurriría si la medida o hecho causante proviniera de un gobierno extranjero

¹¹¹ Cfr. MARIENHOFF, Miguel. *Op Cit.* p 135

Tal distinción es un extremo importante, pues la responsabilidad del Estado por "hecho del príncipe" permite que el contratista pueda requerir una reparación integral. Precisaremos, que en la teoría de la imprevisión la reparación que recibe el contratista no es integral y no es imputable específicamente al Estado.

De otro lado, la teoría del hecho del príncipe sólo se aplica tratándose de actos de carácter general, pues los de alcance particular dan lugar a la responsabilidad contractual.

2.1.13.2. Teoría de la imprevisión

La teoría de la imprevisión, si en algún momento apareció como una doctrina novedosa, es hoy lugar común, tanto en su aplicación en el derecho público como en el privado y constituye como señala García de Enterría¹¹² un último y decisivo paso en la línea evolutiva de la ejecución de los contratos y sus técnicas para el mantenimiento del equilibrio financiero.

La teoría de la "Imprevisión" o "Imprevisibilidad", que defiende la vida del contrato, a diferencia de la fuerza mayor o el caso fortuito que producen su extinción.

De manera que podemos señalar que la "teoría de la imprevisión" o "riesgo imprevisible" o "lesión sobreviente", como es denominada por algunos autores, es el medio que la ciencia jurídica proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles posteriores a la celebración del contrato pero temporales y transitorias, que alteran la ecuación económica-financiera del contrato, deteriorando dicha ecuación en perjuicio del contratista, y éste puede requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder así, cumplir o seguir cumpliendo el contrato. Obviamente, como se ha mencionado, tales circunstancias han de ser ajenas a la voluntad del contratista.

¹¹² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, I R. *Op. Cit.* p 245



La lógica de la Ley de Obras Pública y Servicios Relacionados con las Mismas, así como del contrato que se celebre, es que si se impulsa a la rescisión por incumplimiento, se puede perjudicar a la colectividad, por la interrupción de algún servicio, por lo que se debe buscar una solución que garantice la continuidad del mismo

De ese conflicto, precisamente, nace la teoría de la imprevisión o del riesgo imprevisible, conforme a la cual la administración debe, en estos casos, acudir también en ayuda del contratista, compartiendo con él los riesgos que de forma imprevista hayan podido surgir a modo de evitar el colapso total del servicio concedido

La Jurisprudencia española recibió la teoría de la imprevisión de manera tímida, pues se aceptó tal medio para restablecer limitativamente el equilibrio de las prestaciones si imperiosamente lo demandasen circunstancias muy calificadas, pero sin dejar de subrayar la conveniencia de proceder con cautela y prudencia en esta materia, ya que una excesiva y generalizada aplicación de la doctrina podría afectar sin sobrada razón la estabilidad de las convenciones tal como inicialmente se establecieron por la voluntad de las partes.

Asimismo, la doctrina francesa incluye, de una parte, aquellos supuestos en que la ejecución de un contrato de obra pública ofrece ciertas dificultades materiales que no pueden preverse en el momento de su conclusión y, de la otra, los supuestos en que un cambio general de las circunstancias de orden económico altera a tal punto las bases del contrato que determina la procedencia de una indemnización a favor del contratista

En relación con el primero de los supuestos sólo es aplicable, desde luego, cuando las dificultades materiales de ejecución del contrato presenten un carácter anormal, y es incluso invocable por el contratista frente a una determinación expresa



en contra de las cláusulas contractuales. La segunda, como lo explica muy bien el fallo del Consejo de Estado Francés¹¹³, vino impuesta por una realidad que siguió a las dos últimas guerras mundiales, que convirtió algunos contratos a largo plazo celebrados con la administración, en extraordinariamente oneroso para el contratista: la solución de equidad que arbitró la jurisprudencia, fue la de, admitir la obligación del contratista para seguir prestando el servicio, decretar que el déficit de la explotación se repartiera entre las partes.

2.1.13.3. La Teoría e la Fuerza Mayor o Caso Fortuito.

La Fuerza Mayor es un acontecimiento exterior producido por el hombre, independiente de la voluntad de los contratantes que impide la ejecución del contrato y Caso Fortuito es el acontecimiento de la naturaleza, también independiente de la voluntad de los contratantes que va a impedir la ejecución del contrato¹¹⁴.

La teoría de la Fuerza Mayor o Caso Fortuito, también lleva de la mano los acontecimientos de la naturaleza para explicar su fundamentación, sin embargo, producida la fuerza mayor o el Caso Fortuito, la rescisión del contrato libera al contratista de toda responsabilidad por su inejecución o lo exonera de responsabilidad por incumplimiento del plazo, fracción IV artículo 63 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y párrafo 2º del artículo 53 del reglamento de dicha ley. Trátese pues de un evento de tal entidad que impide la ejecución del contrato en tanto que la circunstancia material imprevista sólo hace más oneroso el cumplimiento del contrato sin que esté vedada su ejecución.

¹¹³ Cfr. DE LAUBADÈRE, *Op. Cit.*, 1978, p. 430

¹¹⁴ Cfr. BORJA, SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, T II, segunda edición, Porrúa, México, 1956, p. 109.



2.1.14. La Extinción anticipada del Contrato.

Serra Rojas¹¹⁵, menciona que los contratos se pueden extinguir por su conclusión o cumplimiento. Como se ha venido tratando, son diversas las causas de resolución de los contratos, se mencionan: la muerte del contratista individual; la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, la quiebra del contratista o suspensión de pagos, el mutuo acuerdo de la administración y el contratista, y aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.

La doctrina menciona también causas específicas como: las modificaciones del proyecto, alteraciones de los precios o del proyecto, la suspensión definitiva de las obras, el incumplimiento de las cláusulas del contrato.

Este mismo autor, señala que las consecuencias se pueden originar por dos causas: cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista. En este caso le será incautada la fianza y deberá indemnizar los daños y perjuicios, y cuando la administración es la responsable, esta deberá pagar los perjuicios que por tal causa se originen al contratista: del precio de las obras e instalaciones; en caso de rescate, los beneficios futuros que deje de percibir (situación que diferimos con este autor, de acuerdo a los que se señaló establece la fracción 3ª del artículo 62 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, ya que únicamente menciona, dado este caso, que se indemnizará por los trabajos ejecutados, así como por los gastos no recuperables) y la liquidación del contrato por el órgano de la administración competente.

2.1.15. Marco Jurídico Mexicano de Obra Pública

Una de las actividades más importantes llevadas a cabo por el Estado a través de su administración es la obra pública; para la realización de ésta se requiere un marco legal que regule su planeación, presupuestación, ejecución y control, además de la buena aplicación de los recursos económicos destinados para la misma.

¹¹⁵ Cfr. SERRA ROJAS, Andrés, *Op Cit* p. 659



Muchas han sido las leyes y disposiciones que se han formulado y establecido respecto de esta materia; algunas de ellas obedecieron a circunstancias y condiciones particulares, las que a su cambio se modificaron o desaparecieron

De este modo expondremos a continuación la evolución de tal regulación jurídica, tratándola desde sus orígenes, y comenzando desde la de mayor jerarquía hasta la secundaria o reglamentaria

2.1.15.1. Fundamento Constitucional

El artículo 134, en su texto original establecía: "Todos los contratos que el Gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública".

Por Decreto del 27 de diciembre de 1982, publicado al día siguiente en el Diario Oficial de la Federación, se reformó este artículo que no tiene antecedente alguno en el proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, ni existió norma similar en ninguno de los documentos constitucionales mexicanos anteriores. En la presentación del artículo ante el Congreso Constituyente de 1916-1917, la Comisión indicó que aunque dicho precepto no formaba parte del proyecto, "ha creído conveniente agregar un artículo que tiene por objeto asegurar los concursos de todos los trabajos públicos, para obtener así para el servicio de la nación, las mejores utilidades posibles, evitando los fraudes y los favoritismos, bien conocidos del antiguo régimen" ¹¹⁶

En el breve debate que se suscitó con motivo de este artículo, y en el cual participaron los diputados Ibarra y Machorro Narváez, el primero de ellos hizo notar

¹¹⁶ Diario de los Debates del Congreso Constituyente, 64ª Sesión ordinaria, del 27 de enero de 1917, II, número 77. Imprenta de la Cámara de Diputados. México, pp. 725, 731-732, 739-740

que pudieran presentarse casos en que, pese a que se emitiera una convocatoria, no hubiera personas que realizaran proposiciones para efectuar la obra, o bien que ninguna de dichas proposiciones fuera aceptada, y que en virtud de que se preveía su realización sólo mediante convocatoria, era pertinente hacer una modificación para que, en caso de que no se pudiera realizar la obra por esta vía, la administración misma procediera a su ejecución. La propuesta fue rechazada tomando en cuenta la argumentación de Machorro Narváez en el sentido de que en todo caso el gobierno podría mejorar las bases del contrato para celebrar, a fin de propiciar la presentación de postores para el mismo. El texto del artículo presentado por la Comisión y que permaneció invariable desde 1917 hasta 1982, fue el siguiente: "Todos los contratos que el gobierno tuviere que celebrar para la ejecución de las obras públicas, serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en junta pública."¹¹⁷

Es un hecho que pese a las prudentes previsiones del Constituyente de 1917, y a las normas que con el propósito de regular la adjudicación de contratos por parte de la administración pública, se han expedido a lo largo de la vigencia de la Constitución, no se han erradicado vicios e irregularidades que preocupan a la sociedad mexicana y que en 1982 durante la campaña electoral del entonces candidato a la Presidencia, licenciado Miguel De la Madrid, se manifestaron con insistencia en torno a la necesidad de garantizar, de mejor manera, el uso debido de los recursos administrados por el gobierno.

En la iniciativa que el titular del Ejecutivo envió durante diciembre de 1982 a la Cámara de Senadores puede leerse al respecto en el primer párrafo lo siguiente: "Y en el México de nuestros días, nuestro pueblo exige con urgencia una renovación moral de la sociedad que ataque de raíz los daños de la corrupción en el bienestar de su convivencia social".

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 785



En el quinto párrafo del propio documento se fundamenta la necesidad de diversas reformas constitucionales contenidas en la iniciativa entre las cuales se incluía la del artículo 134 al señalar:

"Las leyes vigentes han sido desbordadas por la realidad y ya no ofrecen bases sólidas para prevenir y sancionar la corrupción que la conciencia moral nacional exige erradicar. Si la renovación moral de la sociedad que ordena el pueblo de México ha de cumplirse, hay que empezar renovando las leyes e instituciones que tutelan la realización de nuestros valores nacionales".

La renovación moral a la que hace alusión en la cita anterior, había sido considerada una de las siete tesis básicas de la campaña electoral del licenciado De la Madrid, como candidato del PRI a la presidencia de la República. Una vez iniciado su gobierno, se planteó la expresión jurídica que debería darse a esta tesis de la renovación moral y al respecto se señala en la propia iniciativa que venimos comentado:

"La renovación moral exige que el Estado asuma tres responsabilidades fundamentales: La primera es prevenir la corrupción en sus relaciones con la sociedad. Para ello, la administración pública debe ser honesta, profesional y eficaz; se deben remover cargas burocráticas que agobian a la sociedad. Es indispensable poner a disposición del pueblo el poder del Estado para que sea el mismo la gran fuente de protección de sus derechos"¹¹⁸

¹¹⁸ Presidencia de la República Mexicana, El margo legislativo para el cambio, diciembre de 1982, II, Talleres Gráficos de la Nación, 1983, pp. 11-107

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Es justamente el primer párrafo, referente a aspectos preventivos, el que encuentra expresión constitucional en el artículo 134, el cual señala los principios sobre los que debe sustentarse la administración de recursos de la Federación y del Distrito Federal. Aunque se hizo así seguramente con un propósito federalista, en el sentido de que la regulación de estos aspectos debía corresponder a cada estado, el establecimiento de los principios generales para el manejo de los recursos públicos, bien pudo señalarse para toda la Federación, indicando que en cada estado se expedirían las leyes relativas para la aplicación de los mencionados principios. En el propio precepto se extiende su acatamiento a las administraciones públicas paraestatales, es decir, a los organismos descentralizados, fideicomisos públicos y empresas de participación estatal que correspondan tanto al ámbito federal como al Distrito Federal.

Los principios señalados son los siguientes: eficiencia, eficacia, honradez, y el que podríamos llamar de idoneidad respecto del ejercicio del gasto.

Estos principios se han venido manejando en la doctrina de la administración pública mexicana y de manera muy sintética podrían explicarse del modo siguiente:

2.1.15.1.1. Eficiencia

Existen diversas opiniones respecto de la caracterización de este principio. Para algunos tiene una mera connotación técnica que vincula las metas previstas en un programa con su realización, independientemente de que la obtención de las metas administrativas logren efectivamente el resultado práctico que se pretende, o resuelva el problema específico a cuya solución tiende.

En otra perspectiva, la eficiencia se entiende como la virtud administrativa consistente en alcanzar los fines propuestos con el uso más racional posible de los medios existentes, o dicho de otra manera: obtener el fin, al menor costo posible.

A mi entender, la segunda concepción parece más lógica, puesto que la primera atendería solamente a un aspecto teórico que no satisfaría los requerimientos de la práctica al no exigir un resultado eficaz. No es concebible que el constituyente se haya propuesto elevar al rango de norma suprema la mera verificación de la obtención de metas sin constatar que el alcance de las mismas efectivamente atiende a la solución de problemas concretos.

2.1.15.1.2. Eficacia

En el sentido que hemos dado a la eficiencia queda por supuesto, comprendida la eficacia, entendida ésta como la obtención del resultado práctico deseado. Cabría preguntarse entonces, si es necesario identificar a la eficacia como un principio administrativo distinto. La respuesta debe ser afirmativa si se considera que no todas las acciones gubernamentales pueden estar regidas por un cálculo de costo-beneficio y que existen casos, como pueden ser determinadas situaciones de emergencia, en los que se exige del administrador público capacidad de respuesta inmediata para resolver un problema, sin que necesariamente determine con antelación cuál es la opción menos costosa pues la demora podría provocar daños irreparables.

2.1.15.1.3. Honradez

Este principio se explica por sí mismo y se refiere a la propia acepción gramatical del vocablo, que supone la manera de obrar del que no roba, estafa, defrauda o engaña o bien la forma de comportarse de quien cumple escrupulosamente sus deberes profesionales. Puede apreciarse que este principio hace alusión no sólo al aspecto económico de no apoderarse de los bienes ajenos o aprovechar la posición para obtener ventajas indebidas sino, en general, al comportamiento responsable del administrador público que consiste en el cumplimiento puntual de sus obligaciones, así como el servicio oportuno y debido a los administrados.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Es de entenderse que siempre existe una vinculación entre eficacia y eficiencia, y que *no puede aplicarse ciegamente uno u otro principio de manera indiscriminada, sino siempre atendiendo a las circunstancias del caso concreto.*

2.1.15.1.4. Idoneidad del gasto

Aunque no está expresamente denominado de esta manera, en la parte final del primer párrafo del artículo comentado se hace referencia a la relación de adecuación que debe existir entre el empleo de los recursos económicos que se administran y los objetivos que se persiguen. Debe entenderse que la correcta administración no puede sustentarse en un ejercicio desordenado del gasto que alcance ciertos fines en detrimento de otros, distraendo indebidamente recursos; todo ello sin perjuicio de los necesarios reordenamientos debidamente normados que la práctica aconseja

En el segundo párrafo de la disposición constitucional que nos ocupa, se amplía el concepto original que contenía este artículo, en cuanto a la realización de obras por medio de convocatorias públicas, para ampliarlo a todo tipo de contratos que suscriba el sector público, comprendiendo adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones - esto es, el traslado de dominio de bienes por parte de la administración pública -, servicios y obras. Se prevé que la manera de efectuar estos actos debe ser por medio de licitaciones públicas. El término licitación implica la idea de subasta, es decir, ofrecimiento al mejor postor, a fin de que el acto jurídico de que se trata se efectúe en las mejores condiciones posibles, no solamente en cuanto al precio, sino como el propio artículo señala, estimando aspectos como la calidad, el financiamiento, la oportunidad y otras circunstancias. Es fácil entender que el administrador público debe tomar en cuenta todos estos elementos, pues en un momento dado un oferente de servicios o bienes, puede otorgarlos a un precio más reducido que otros, pero de calidad inferior o bien, el tiempo de entrega que puede no ser oportuno.



La licitación pública debe estar precedida de una convocatoria igualmente pública de modo que puedan acudir a aquélla todos los interesados. Se prevé también el procedimiento para la presentación de las proposiciones por parte de los interesados que deberán hacerlas en sobre cerrado que será abierto públicamente con el propósito de garantizar la imparcialidad de la decisión.

Se previó, en el tercer párrafo del artículo, el caso en que la licitación no sea el medio más idóneo para asegurar las mejores condiciones de la contratación pública. Esta situación puede darse por razones de oportunidad, en las que debe privar el principio de eficacia, o bien porque circunstancias obvias hagan aconsejable no someter un determinado contrato a una oferta de esta naturaleza. Pensemos en una dependencia a que tiene requerimientos urgentes de más espacio y junto a a cuya ubicación se encuentra un edificio disponible en arrendamiento; es claro que una oferta pública no sería útil en tales condiciones y que debe procederse de otra manera. No obstante, se señala que las bases para tomar este tipo de decisiones quedarán establecidas en las leyes.

Entre las leyes que pretenden reglamentar el artículo 134 constitucional están: la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas y la Ley General de Bienes Nacionales en muchos de sus artículos. Además de estas leyes, están sus respectivos reglamentos, acuerdos, circulares y disposiciones administrativas, haciendo complicada, imprecisa, parcial y confusa la regulación de la contratación gubernamental.

Finalmente, se establece la responsabilidad, que puede ser política, administrativa o penal, por el incumplimiento de lo dispuesto en estas normas, de acuerdo a los procedimientos señalados en el Título cuarto de la propia Constitución.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por nuestra parte consideramos que fue un gran acierto después de casi sesenta y cinco años, ampliar el artículo 134 de la Constitución

Después de comentar el artículo 134 de nuestra Carta Magna, procederemos a analizar las disposiciones reglamentarias derivadas de este precepto constitucional, en correspondencia con la obra pública.

2.1.15.2. Las Leyes de Secretarías y Departamentos de Estado

Como se recordará, cuatro fueron las Leyes de Secretarías y Departamentos de Estado, mismas que fueron sucesivamente publicadas el 31 de diciembre de 1935, el 30 de diciembre de 1939, el 13 de diciembre de 1946 y el 24 de diciembre de 1958

2.1.15.2.1. Primera Ley de Secretarías y Departamentos de Estado.

Para el despacho de los negocios del orden administrativo de la Federación, la primera Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, publicada el 31 de diciembre de 1935, consideraba la existencia de ocho secretarías y siete departamentos; el grueso de la obra pública se atribuía, en los términos de la fracción X de su artículo 8º., a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, la que así resultaba competente para:

- a) Construcción, reconstrucción y conservación de caminos carreteros nacionales e inspección de los privados de concesión federal
- b) Construcción de caminos directamente por la Federación.
- c) Construcción de caminos en colaboración con los estados
- d) Conservación de caminos nacionales
- e) Concesiones para construcción y explotación de caminos.
- f) Concesiones para construcción y explotación de puentes.

(...)



- i) Las que se ejecuten en terrenos nacionales, bien sean costeadas por la Federación o por concesión otorgada a particulares.
- j) Construcción, reconstrucción y conservación de edificios públicos, monumentos y todas las otras de utilidad y ornato costeadas por la Federación, excepto las de carácter estratégico, en el ramo de guerra.

De conformidad con lo dispuesto en la fracción IX del Artículo 7º de la ley en análisis, quedaba a cargo de la Secretaría de Agricultura y Fomento, todo lo referente a obras de captación y derivación de aguas nacionales y a riego, desecación y mejoramiento de los terrenos

De igual manera, de acuerdo con lo establecido en las fracciones XII y XIII de la referida ley, era de la competencia de la Secretaría de Guerra y Marina, la construcción y reparación de fortificaciones, fortalezas y toda clase de recintos militares destinados al ejército o armada nacionales, así como la construcción de arsenales y diques para la armada nacional.

A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la primera Ley de Secretarías y Departamentos de Estado confería implícitamente no sólo la autorización de actos y contratos de los que derivaran derechos u obligaciones para el gobierno federal, al incluir dentro de su competencia lo relativo a presupuesto federal, bienes nacionales y nacionalizados, inspección y política fiscales, contabilidad general de la Federación, glosa de egresos e ingresos federales, medidas administrativas sobre responsabilidad en contra y a favor de la Federación, crédito público, deuda pública, moneda, Banco de México, instituciones de crédito, instituciones de seguros y fianzas, crédito agropecuario, y pensiones civiles

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.1.15.2.2. Segunda Ley de Secretarías y Departamentos de Estado.

Esta segunda Ley de Secretarías y Departamentos de Estado no varió en esencia la distribución de competencia en materia de obra pública, y aunque convirtió a la Secretaría de Guerra y Marina en la Secretaría de la Defensa Nacional y en el Departamento de Marina Nacional - a las que se atribuyó la competencia en materia de obra pública militar - , mantuvo el control interno de la administración en general, y de la contratación de la obra pública en particular, asignado básicamente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

2.1.15.2.3. Tercera Ley de Secretarías y Departamentos de Estado.

La tercera versión de la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado creó la Secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa, que vino a compartir las facultades de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público respecto del control de la administración pública, al disponer:

"Art. 15.- Corresponderá a la secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa el despacho de los asuntos relacionados con la conservación y administración de los bienes nacionales, con la celebración de actos y contratos de obras de construcción que se realicen por cuenta del Gobierno Federal, de los territorios Federales y del Departamento del Distrito Federal; con la vigilancia de la ejecución de los mismos y la intervención de las adquisiciones de toda clase. Igualmente será de su competencia realizar los estudios y sugerir las medidas tendientes al mejoramiento de la administración pública"



En lo tocante a competencia en materia de obra pública, la tercera Ley de Secretarías y Departamentos de Estado creó la Secretaría de Recursos Hidráulicos, a la que, en los términos de su artículo 10, encomendó la construcción de obras de riego, drenaje, abastecimiento de aguas potables y defensa contra inundaciones, ya fuera directamente o en cooperación con las autoridades locales o los particulares— que antes fuese de la competencia de la Secretaría de Agricultura —, dejando el grueso de la obra pública civil a cargo de la Secretaría de Comunicaciones y Obras Públicas (artículo 11).

2.1.15.2.4. Cuarta Ley de Secretarías y Departamentos de Estado.

Abrogada en los términos del artículo primero transitorio de la Ley Orgánica de la Administración pública Federal, la cuarta Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, de acuerdo con sus últimas reformas, contaba, dentro de un total de diecisiete, con cuatro nuevas secretarías: de la Presidencia, de Obras Públicas, de la Reforma Agraria, y de Turismo, y con un solo departamento: el del Distrito Federal.

En lo concerniente a la obra pública, atribuía la de carácter militar a la Secretaría de la Defensa Nacional y a la Secretaría de Marina, en sus respectivos ámbitos, en tanto que la de carácter civil - excepción hecha de la relativa a la construcción y conservación de las obras de riego, desecación, drenaje, defensa y mejoramiento de terrenos y de las obras hidráulicas derivadas de tratados internaciones, que se asignaban a la Secretaría de Recursos Hidráulicos - se encomendaba básicamente a la Secretaría de Obras Públicas, a la que, en los términos de su artículo 11, correspondía:

- I Construir, reconstruir y conservar los edificios públicos, monumentos y todas las obras de ornato realizadas por la Federación, excepto las encomendadas expresamente por esta ley a otras dependencias;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- II. Proyectar, realizar directamente o contratar y vigilar, en su caso, en todo o en parte, la construcción de las obras públicas, de fomento o de interés general, que emprenda el Gobierno Federal, por sí o en cooperación con otros países, con los Estados de la Federación, con los municipios o con los particulares, y que no se encomienden expresamente a otras dependencias;
- III. Conservar directamente o controlar y vigilar la conservación, en todo o en parte, de las obras de propiedad federal, de uso común destinadas a un servicio público de la jurisdicción federal o en cuyo uso o aprovechamiento intervenga el Gobierno Federal en cooperación con autoridades o empresas extranjeras, con los estados de la Federación y con los municipios, o con empresas o particulares mexicanos;
- IV. Establecer las bases y normas y, en su caso, intervenir para la celebración de contratos de construcción y conservación de obras federales o de las que señala este artículo, o asesorar a la dependencia a que corresponda expresamente la obra;
- V. Construir y conservar los caminos federales;
- VI. Construir y conservar los puentes federales, incluso los internacionales;
- VII. Construir y conservar caminos y puentes, en cooperación con los gobiernos de las entidades federativas, con los municipios y los particulares;
- VIII. Construir aeropuertos federales y cooperar con los gobiernos de los estados y las autoridades municipales, en la construcción y conservación de obras de este género;
- IX. Construir vías férreas de jurisdicción federal;



X Otorgar concesiones o permisos para construir obras que le corresponda ejecutar;

()

En la ley en comentario, el control interno de la administración pública en general, y de la contratación de obra pública en particular, resultó fortalecido, por lo menos aparentemente, especialmente en lo relativo a la administración paraestatal, habiéndose encomendado de manera mancomunada a tres secretarías: la de Hacienda y Crédito Público, la de la Presidencia - de nueva creación —, y la del Patrimonio Nacional, que sustituyó a la de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa

De esta suerte, por ejemplo, en los términos del artículo 6° De esta Ley, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público correspondió:

(..)

VII: Llevar a cabo las tramitaciones y registros que requiere el control y la vigilancia del ejercicio de los presupuestos de egresos de la Federación y del Distrito Federal, de acuerdo con las leyes respectivas;

(..)

IX. Autorizar los actos y contratos de los que resulten derechos y obligaciones para el Gobierno Federal y para el Departamento del Distrito Federal con la intervención de las secretarías de la Presidencia y del Patrimonio Nacional, en los casos previstos por esta misma ley;

X Dictar las medidas administrativas sobre responsabilidades que afecten la Hacienda Pública y del Departamento del Distrito Federal;

XI Intervenir en todas las operaciones en que se haga uso del crédito público

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

(...)

De acuerdo con el artículo 7° de la Ley en comentario, a la Secretaría del Patrimonio Nacional correspondía:

XI. Controlar y vigilar financiera y administrativamente la operación de los organismos descentralizados, instituciones, corporaciones y empresas que manejen, posean o que exploten bienes y recursos naturales de la nación, o las sociedades e instituciones en que el gobierno federal posean acciones o intereses patrimoniales, y que no estén expresamente encomendados o subordinados a otra secretaría o departamento de Estado.

(...)

XVI. Intervenir en los actos o contratos relacionados con las obras de construcción, instalación y reparación que se realicen por cuenta del Gobierno Federal y del Departamento del Distrito Federal, así como vigilar la ejecución de los mismos, conjuntamente con la Secretaría de la Presidencia;

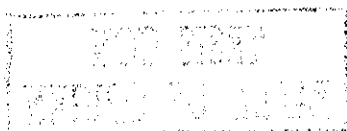
(...)

En cuanto a la Secretaría de la Presidencia, entre sus facultades se incluyeron, en el artículo 16 de dicha Ley, las de:

(...)

II. Recabar los datos para elaborar el plan general del gasto público e inversiones del Poder Ejecutivo y los programas especiales que fije el Presidente de la República;

III. Planear obras, sistemas y aprovechamiento de los mismos; proyectar el fomento y desarrollo de las regiones y localidades que le señale el Presidente de la República, para el mayor provecho general;



IV. Coordinar los programas de inversión de los diversos órganos de la administración pública y estudiar las modificaciones que a ésta deban hacerse;

V. Planear y vigilar la inversión pública y la de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal.

2.1.15.3. Otros Ordenamientos Jurídicos Expedidos antes de 1966.

Como dijimos, la regulación de la contratación de la obra pública, aparte de la contenida en la leyes de secretarías y departamentos de Estado, antes de la expedición de la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas publicada en enero de 1966, consistió en disposiciones aisladas contenidas en diversos ordenamientos jurídicos, de los cuales comentamos a continuación los más importantes

2.1.15.3.1. Ley Orgánica del Presupuesto de Egresos de la Federación de 1935.

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1935, la Ley Orgánica del Presupuesto de Egresos de la Federación, que abrogó a la Ley Orgánica del Presupuesto expedida el 28 de mayo de 1928, mantuvo su vigencia durante cuarenta y un años; luego fue abrogada por la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, publicada el 31 de diciembre de 1976.

En materia de contratación de obra pública, la referida ley orgánica, en la fracción VI de su artículo 1º, facultaba a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a: "Examinar en su aspecto legal y autorizar dentro de los límites presupuestales, los contratos y demás actos que impongan obligaciones pecuniarías para el Estado". Y en su artículo 36 se reiteraba: "La Secretaría de Hacienda y Crédito Público examinará y autorizará los actos y contratos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que impliquen el gasto de fondos públicos, que se comprometa el crédito público, que afecten bienes de propiedad federal o que estén simplemente al cuidado del Gobierno.”

2.1.15.3.2. Reglamento de la Ley Orgánica del Presupuesto de Egresos de la Federación.

En el capítulo V de su título segundo, el Reglamento en análisis establecía un procedimiento para la autorización de los contratos, en los siguientes términos:

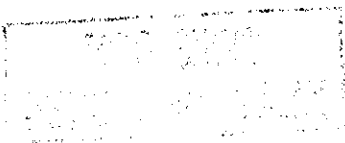
Art. 130 - La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por conducto de la Dirección General de Egresos, intervendrá y autorizará los contratos a que se refiere el artículo 1º. Fracción VI de la Ley Orgánica del Presupuesto de Egresos de la Federación, limitando su intervención a los siguientes puntos:

(..)

Art 132 - Previamente a la celebración de los contratos concertados por las dependencias, que impliquen gastos de fondos federales, la Secretaría de Hacienda, por conducto de la Dirección General de Egresos, certificará:

- a) Que en el Presupuesto de Egresos existe partida destinada precisamente al objeto que persigue el contrato;
- b) Que el saldo de dicha partida es suficiente para cubrir los compromisos que se contraen en virtud del contrato.

Art 133 - Las dependencias federales que soliciten la certificación a que se refiere el artículo anterior, remitirán en ocho tantos los contratos relativos.



Art. 134.- Si fuere de expedirse la certificación, por encontrarse reunidos los requisitos señalados en el artículo 132 y si no hubiere ninguna observación que formular por algún otro de los conceptos señalados en el artículo 130, la Dirección General de Egresos remitirá el contrato a la Oficina de Inspección Fiscal para que sea revisada la parte técnica en lo relativo a precio, costes, especificaciones y programa de trabajos, y lo devuelva a la propia Dirección

Art. 135 - Devuelto el contrato por la Oficina de Inspección Fiscal, sin ninguna observación, se autorizarán todos los tantos, distribuyéndose en la siguiente forma:

Un ejemplar se reservará para el expediente; dos se enviarán a Inspección Fiscal; uno se remitirá a la Tesorería de la Federación cuando deba garantizarse el cumplimiento de la operación; y los cuatro restantes se devolverán a la dependencia de origen para su cumplimiento, entregándose el original con las estampillas de ley al contratista y el duplicado se acompañará a la Orden de Pago respectiva.

Art 136 - Si la Dirección General de Egresos estimare que deben formularse objeciones al contrato, hará saber a la dependencia respectiva, que se suspende la expedición del certificado, comunicándole las objeciones formuladas.

Art. 137 - Si la dependencia federal correspondiente contestare las objeciones, rebatiéndolas, la Secretaría de Hacienda determinará en forma definitiva si debe aprobarse o no el contrato, expidiendo el certificado respectivo.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Art. 138 - Cuando alguna obra o reparación se ejecute por administración sin que medie contrato, las Ordenes de Pago deberán acompañarse con un presupuesto detallado de la obra, con especificación de precios y visado por Inspección Fiscal, debiendo manifestarse en las propias Ordenes que los pagos se harán con intervención del Delegado de Inspección Fiscal que al efecto se designe.

2.1.15.3.3. Leyes de Ingresos del Erario Federal.

Las leyes anuales de ingresos de la Federación también contuvieron, en mayor o menor medida, disposiciones reguladoras de la contratación de la obra pública; así, por ejemplo, la Ley de Ingresos del Erario Federal para el año de 1936, publicada el 31 de diciembre de 1935, reprodujo literalmente en su artículo 14 la disposición del artículo de igual numeral de la ley homónima para el año de 1935, publicada un año antes, el 31 de diciembre de 1934, que preceptuaba:

Art. 14.- Las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos, previamente al otorgamiento de los contratos y convenios que pretendan celebrar, en los que se afecte un ingreso federal, se especifique una reducción en su monto, se conceda alguna franquicia o en cualquier otra forma se pretenda modificar la aplicación de alguna o algunas disposiciones fiscales aplicables, someterán las cláusulas relativas del contrato o convenio a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la que las examinará a efecto de comprobar que no pugnan con lo dispuesto en el artículo 28



constitucional, sus disposiciones reglamentarias o alguna otra de las disposiciones fiscales en vigor, ni afectan a la economía nacional.

La falta de aprobación de esas cláusulas por parte de la Secretaría de Hacienda, será causa de nulidad.

2.1.15.3.4. Los presupuestos anuales de Egresos de la Federación.

Aun cuando de manera indirecta, los decretos de autorización de los respectivos presupuestos anuales de egresos de la Federación contribuyeron también a la regulación jurídica de la contratación de obra pública; así, por ejemplo, en su parte relativa, el Decreto que autoriza el Presupuesto de Egresos de la Federación, para 1945, publicado el 30 de diciembre de 1944, dispuso:

Art 5º - Será causa de responsabilidad de los Secretarios y Jefes de Departamento de Estado, conforme al artículo 111 constitucional, contraer compromisos fuera de las limitaciones de sus presupuestos y en general acordar erogaciones en forma que no permita, dentro del monto autorizado a las partidas respectivas, la atención de los servicios públicos durante todo el ejercicio fiscal; así como del Secretario de Hacienda y Crédito Público autorizar los compromisos y erogaciones que por este artículo se prohíben.

2.1.15.3.5. La Ley del Servicio de Inspección Fiscal.

Publicada el 13 de abril de 1936, la Ley del Servicio de Inspección Fiscal atribuyó el servicio de inspección fiscal a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y determinó como objeto de tal inspección, vigilar, mediante el examen de la actuación administrativa, la correcta gestión y manejo de los intereses

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

fiscales del gobierno federal, incluyendo en la fracción III de su artículo 4º, dentro de la materia de inspección fiscal:

Vigilar que los actos que se lleven a cabo con motivo del manejo de fondos, valores o bienes de la Federación, o de los que estén bajo su administración o guarda, se ajusten, en cada caso, a las leyes respectivas.

La ley en comentario resultó ser como una aspirina en el combate al cáncer de la corrupción, más aún, a muchos encargados de la inspección fiscal les reportó pingües beneficios en lo particular; empero, aportó disposiciones trascendentes para la vigilancia y control de los contratos de obra pública, a la sazón *muy poco regulados, según se aprecia en sus artículos siguientes:*

Art. 29 - Las intervenciones de inspección fiscal se efectuarán con relación a los actos siguientes:

(..)

III. Actos y contratos relacionados con las obras de construcción, reparación e instalación que se lleven a cabo por cuenta del Gobierno Federal

IV. Entrega de las obras de construcción, instalación y reparación que se lleven a cabo por el Gobierno Federal

(.)

Art. 34 - Los actos y contratos del Gobierno Federal, relacionados con la ejecución de obras de construcción, instalación y reparación, se someterán al examen de la inspección fiscal, previamente a su autorización

La intervención de la inspección fiscal tendrá por objeto revisar la parte técnica en lo relativo a precios, costes, especificaciones y programas de trabajos.



Art 35 - La intervención a que se refiere el artículo anterior, se llevará a cabo en los casos y conforme a las reglas que establezcan las disposiciones reglamentarias de esta Ley, además de lo cual se tomará en consideración lo que prevengan las disposiciones que rijan la autorización de actos y contratos de los que resulten derechos y obligaciones para el Gobierno Federal.

Art 36 - La entrega de las obras de construcción, instalación y reparación que se lleven a cabo por el gobierno Federal, mediante contrato o directamente por personal de su dependencia, se hará con la intervención de las autoridades de inspección fiscal, para comprobar que la obra que se entrega se ha realizado de acuerdo con el contrato o proyecto respectivo.

Art 43 - Las inspecciones de que trata el artículo anterior, comprenderán los casos siguientes:

()

II. Inspección en el cumplimiento de los contratos de que trata la fracción III del artículo 29.

III. Inspección en la ejecución de las obras que señala la fracción IV del artículo 29.

()

Art. 47 - Las autoridades de Inspección Fiscal vigilarán que los contratos del Gobierno Federal a que se refiere la fracción V del artículo 4º, se lleven a cabo, por lo que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

refiere a las obligaciones señaladas, en la forma y dentro de los términos legalmente establecidos.

Art. 48.- Las autoridades de Inspección Fiscal vigilarán, durante la ejecución de las obras de construcción, instalación y reparación que el Gobierno Federal lleve a cabo mediante contrato o directamente por personal de su dependencia, que éstas se efectúen de acuerdo con el contrato o proyecto respectivos y que no se haga ningún pago o ministración sin que se hayan cumplido las obligaciones y satisfecho los requisitos que en cada caso corresponda.

2.1.15.3.6. Primera Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal.

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1947, la Ley para el Control por parte del gobierno Federal, de los organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, constituye la primera de una trilogía de leyes homónimas publicadas: la segunda, el cuatro de enero de 1966, y la tercera el 31 de diciembre de 1970. La vigencia de esta última concluyó al ser abrogada por la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, publicada el 14 de mayo de 1986

Según quedó dicho, el 31 de diciembre de 1947 se publicó la primera Ley para el Control por parte del Gobierno Federal de los organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, la cual vino a ser el primer ordenamiento legal que trató de establecer un sistema de control y vigilancia de tales entidades paraestatales, hasta entonces con escasa



regulación jurídica. Emprero, a pesar de su brevedad - apenas 19 artículos, sin incluir los transitorios - configuró una amplia colección de errores y defectos trascendentales.

Definió, la ley en comentario, a los organismos y empresas de referencia, y encargó su control administrativo y supervisión financiera a las Secretarías de Hacienda y Crédito público y de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa, para someterlas tanto a un control financiero, programático, presupuestal y contable, como a una vigilancia de sus contratos de obras y de la ejecución de las mismas, de sus adquisiciones y de las enajenaciones de sus bienes inmuebles y derechos.

La ley de referencia en su artículo 1º excluyó expresamente del control administrativo y de la supervisión financiera del Ejecutivo Federal, aplicables a los organismos descentralizados y empresas de participación estatal, a las instituciones docentes y culturales; en cambio, rebasando los límites enunciados en su rótulo, dicha Ley facultó a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para supervisar también a los fideicomisos que constituyera el gobierno federal.

Figura, entre los defectos de esta Ley, su trascendental definición de organismo descentralizado, contenida en su artículo 2º, que a la letra dice:

Para los efectos de esta Ley, son organismos descentralizados, las personas morales creadas por el Estado, mediante leyes expedidas por el Congreso de la Unión o por el Ejecutivo Federal en ejercicio de sus facultades administrativas, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten y siempre que, además, satisfagan algunos de los siguientes requisitos:

- a) Que sus recursos hayan sido o sean suministrados en su totalidad o en parte por el Gobierno Federal, ya en virtud de participaciones en la constitución del

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

capital, de aportación de bienes, concesiones o derechos, o mediante ministraciones presupuestales, subsidios, o por el aprovechamiento de un impuesto específico.

- b) Que su objeto y funciones propias, impliquen una atribución técnica especializada para la adecuada prestación de un servicio público o social, explotación de recursos naturales o la obtención de recursos destinados a fines de asistencia social

El citado texto de este artículo 2º dio lugar a confundir el organismo descentralizado con la empresa de participación estatal constituida como sociedad mercantil o civil, al señalar para el primero "cualquiera que sea la forma jurídica que adopte", habida cuenta que tales formas societarias del derecho privado son formas jurídicas, cuando el organismo descentralizado, como su modelo francés, el establecimiento público, viene a ser (debe ser), una persona de derecho público sujeta a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado

El error tratado en el párrafo anterior, que propicia confundir al organismo descentralizado con la empresa de participación estatal constituida bajo una forma societaria civil o mercantil, fue incorporado a la segunda Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, al incluir una disposición similar, también en el primer párrafo de su artículo 2º, conforme al texto siguiente:

Para los fines de esta ley, son organismos descentralizados las personas morales creadas por Ley del Congreso de la Unión o Decreto del Ejecutivo Federal, cualquiera que sea la forma o estructura que adopten, siempre que reúnan los siguientes requisitos: (. .)

También en la tercera Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal,



publicada el 31 de diciembre de 1970, persistió el error en comentario al disponer, igualmente en el primer párrafo de su artículo 2°:

Lamentablemente, la Ley Orgánica de la Administración pública Federal mantuvo el error citado, al definir en su artículo 45 al organismo descentralizado, situación que se agravó al tratar de explicar tal definición en el artículo 14 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales

Otro defecto que subsiste y proviene desde la primera Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, es el también incluido en dicho primer párrafo de su artículo 2°, consistente en que los organismos descentralizados sean creados por decreto presidencial

La doctrina critica la creación del organismo descentralizado mediante decreto del Ejecutivo, por estimar que tal acción corresponde al órgano legislativo, ya que implica la realización de gastos no contemplados en el presupuesto ni determinados en ley posterior; y, además, porque la creación de semejantes personas de derecho público debe ser producto de la actividad del cuerpo legislativo, cuyo debate permite evaluar la conveniencia o inconveniencia de su creación.

La Ley en comentario confirió amplias facultades a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para controlar y vigilar las operaciones de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal, lo que le permitía solicitarles informes financieros; revisar, vetar o reformar presupuestos y programas anuales de operación e inversiones, con lo que en realidad asumía las funciones del órgano de gobierno o consejo de administración respectivo; practicar toda clase de auditorías, glosar las cuentas y revisar los balances; calificar las erogaciones previamente a su

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

pago, pudiendo vetar las que considerase indebidas, y promover innovaciones en su organización y funcionamiento, entre otras.

Además, la ley en análisis facultó a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a designar al personal encargado de la inspección material de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal, al que se dio la más amplia libertad para revisar la contabilidad, los libros de actas, archivos, y documentos en general.

Asimismo, la ley en comento, en evidente infracción a la fracción I del artículo 89 constitucional, delegó la facultad reglamentaria presidencial, a efecto de facultar, en su artículo 15, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para crear el organismo administrativo encargado de aplicar la referida ley y ser el contacto entre la Secretaría y los organismos descentralizados y empresas de participación estatal; pues si ya se impugnaba la creación de organismos por la vía del reglamento, con mayor razón que esto se efectuara, mediante delegación, por una dependencia del Ejecutivo.

En lo relativo al contrato de obra pública, en su primera versión, la Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, otorgó modestas atribuciones a la Secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa, al disponer:

Art. 11 - La Secretaría de bienes Nacionales e Inspección Administrativa, intervendrá en la selección de contratistas, formulación de contratos de obras e inspección de las mismas, que se lleven a cabo en los organismos y empresas objeto de esta Ley, de acuerdo con los términos de la Ley de Inspección Administrativa (sic), cuando el



importe de las obras objeto del contrato, excedan del límite que señale el Ejecutivo. (.)

Como no localizamos la Ley de Inspección Administrativa, consideramos su posible inexistencia, en cuyo caso, la referencia hecha por el artículo 11 antes transcrito sería errónea, por tratar de referirse posiblemente a la Ley del Servicio de Inspección Fiscal, lo que se confirma con lo expuesto al inicio del dictamen de las comisiones Unidas de Bienes y Recursos Nacionales y de Estudios Legislativos de la Cámara de Diputados, respecto del proyecto de la Ley de Inspección de Adquisiciones, leído por el diputado Humberto Velasco Avilés, en la sesión del viernes 26 de noviembre de 1965, al señalar:

Los instrumentos legales con que actualmente cuenta la Secretaría del Patrimonio Nacional, o sea la Ley del Servicio de Inspección Fiscal, el acuerdo presidencial del 30 de junio de 1959, y las reglas que norman la intervención de las mismas en las adquisiciones, resultan a la fecha inoperantes para que realice adecuadamente la función que se le encomienda. (.)

A lo anterior agréguese que, como ya vimos, la inspección fiscal, según la Ley de tal servicio, tenía a la sazón por objeto vigilar, por el examen de la actuación administrativa, la correcta gestión y manejo de los intereses fiscales del gobierno federal; y tenía por materia, entre otras, la de intervenir en los actos o contratos relacionados con las obras de construcción, instalación y reparación que se lleven a cabo por cuenta del gobierno federal y vigilar la ejecución de los mismos.

Las amplísimas facultades discrecionales conferidas por la ley cuyo comentario nos ocupa, a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, así como las facultades otorgadas por dicho ordenamiento a la Secretaría de Bienes Nacionales e Inspección Administrativa, lejos de significar una

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

reducción de la corrupción pareció promoverla, al aumentarse el número de receptores de los sobornos, en un sexenio históricamente caracterizado como uno de los de más elevada corrupción. Moraleja: si la ley destinada a combatir la corrupción, cuando está bien hecha no basta para combatir la corrupción, la mal hecha la promueve

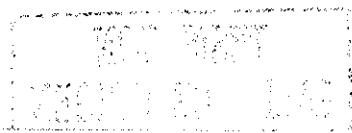
2.1.15.4. La Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas.

Con el ánimo de perfeccionar la actuación de la administración pública y erradicar de ella la corrupción, mediante el mejoramiento de su control y vigilancia, se elaboró un paquete de iniciativas de ley enviado por el presidente Adolfo López Mateos del Congreso de la Unión en 1965 integrado por el proyecto de Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, junto con el de la Ley de Inspección de Adquisiciones, y el de la segunda Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal

La Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, publicada el 4 de abril de 1966, representó, aun cuando de manera rudimentaria y defectuosa, el primer esfuerzo sistemático de regular el contrato de obras públicas, habiendo mantenido su vigencia durante quince años, hasta ser abrogada por la Ley de Obras Públicas, publicada el 30 de diciembre de 1980; en la primera de las dos leyes citadas se establecen normas para la contratación y ejecución de la obra pública a cargo de la administración pública federal y del Distrito y territorios federales, incluidas sus entidades paraestatales; así como mecanismos de control atribuidos a cuatro secretarías de Estado: de Hacienda y Crédito Público, de Obras Públicas, de la Presidencia, y del Patrimonio Nacional

2.1.15.4.1. Competencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Independientemente de la intervención que a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público le conferían diversas leyes - anual de Ingresos, Orgánica del



Presupuesto de Egresos, Orgánica de la Tesorería de la Federación, y del Servicio de Inspección Fiscal -, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 18 de la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, las dependencias y organismos públicos no podían iniciar la obra sin la autorización expresa de dicha Secretaría, la que, además, según el artículo 12, debía formar parte, por medio de un representante, de la Comisión Técnico-Consultiva de Contratos y Obras Públicas

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, y siempre que el contrato debiera cubrirse con cargo al Presupuesto de Egresos de la Federación; era indispensable para su validez la aprobación previa de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público

2.1.15.4.2. Competencia de la Secretaría de Obras Públicas.

A través de su representante, la Secretaría de Obras Públicas presidía la Comisión Técnico-Consultiva de Contratos y Obras Públicas (artículo 12); además, junto con la Secretaría del Patrimonio Nacional, y con fundamento en los estudios y opiniones de la mencionada Comisión Técnico-Consultiva, emitía las bases, las normas generales y los criterios para la integración de los precios unitarios aplicables a la contratación y ejecución de la obra pública, así como las bases y normas a que debía ajustarse la realización de las subastas para la adjudicación de los contratos respectivos (artículo 13)

2.1.15.4.3. Competencia de la Secretaría de la Presidencia.

De conformidad con el artículo 15 de la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, antes de contratar o expedir el acuerdo para la ejecución de obra pública, la institución debía obtener la autorización de la Secretaría de la Presidencia para realizar la inversión correspondiente; asimismo, de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

conformidad con el artículo 24, debía remitirle informe mensual de avance de obra, con detalle de las erogaciones hechas.

Por otra parte, según el artículo 25 de la Ley en análisis, la Secretaría del Patrimonio Nacional debía remitir, a la de la Presidencia, una copia de los contratos y presupuestos de obras públicas y una lista de las que hubiera programado inspeccionar, a las cuales, la segunda de las secretarías recién mencionadas podía agregar otras que considerara conveniente investigar.

2.1.15.4.4. Competencia de la Secretaría del Patrimonio Nacional.

El control previsto en la Ley de Inspección de Contratos y obras Públicas se encomendaba, en su mayor parte, a la Secretaría del Patrimonio Nacional, dado que, de acuerdo con los artículos 3º, 6º y 8º, llevaba el Padrón de Contratistas del Gobierno Federal y, por ende, resolvía las solicitudes de inscripción y revalidación, así como la cancelación en el mismo, en el entendido de que la administración pública sólo podía contratar la obra pública con las personas inscritas en dicho Padrón.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley en análisis, el representante de la Secretaría del Patrimonio Nacional era el secretario de la Comisión Técnico-Consultiva de Contratos y Obras Públicas, cuyos estudios y opiniones, como ya se dijo, servían de base a dicha Secretaría para dictar, junto con la de Obras Públicas, las bases, normas generales y criterios para la integración de los precios unitarios aplicables a la contratación y ejecución de obras, así como las bases y normas a que debía ajustarse la realización de las subastas para la adjudicación de los contratos respectivos

Correspondía, además, a la Secretaría del Patrimonio Nacional vigilar, en los términos del artículo 14 del citado ordenamiento legal, que la licitación



de la adjudicación de los contratos de obra pública, así como su contratación y su ejecución, se ajustaran a las bases, normas y criterios para la integración de los precios unitarios referidos en el párrafo anterior.

Previamente a la iniciación de la obra pública, la institución responsable de la misma estaba obligada, según los artículos 18 y 19 de la Ley en comentario, a comunicarlo a la Secretaría del Patrimonio Nacional, y a poner a su disposición las bases a las que debía sujetarse, remitiendo dentro de los 60 días siguientes a su firma, todo contrato de obra celebrado o, en el caso de obra por administración directa, el acuerdo que aprobara su ejecución, junto con el presupuesto y las especificaciones correspondientes.

Asimismo, la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas obligaba a los organismos públicos y empresas de participación estatal a enviar a la Secretaría del Patrimonio Nacional, un informe mensual respecto del avance de obras, con detalle de las erogaciones hechas (artículo 24); así como a darle todas las facilidades para que pudiera realizar satisfactoriamente la inspección y vigilancia de las obras (artículo 27), tareas en cuya realización estaba facultada a recurrir a los servicios de perito, empresas o instituciones especializadas en la materia (artículo 33)

2.1.15.4.5. El Padrón de Contratistas del Gobierno Federal.

La Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas optó por el sistema de preinscripción de aspirantes a contratistas en un registro público especial, al disponer en su artículo 5º: "La dependencia sólo podrá celebrar contratos de obra con las personas inscritas en el Padrón de Contratistas del Gobierno Federal, que llevará la Secretaría del Patrimonio Nacional, salvo en los casos a que se refiere el artículo 32 de esta ley."

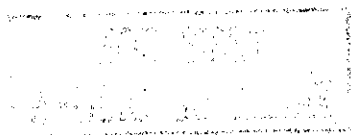
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Como hemos visto, la doctrina se ha pronunciado a favor de este sistema que predetermina la idoneidad jurídica, técnica, económica y financiera de los aspirantes a co-contratantes de la administración pública, para imprimir mayor celeridad a la licitación y a la celebración del contrato de obra pública y, en la práctica, confiere a la licitación pública la modalidad de restringida, dado que solo pueden participar en la licitación quienes estén inscritos en el registro

El Padrón de Contratistas del Gobierno Federal y su gemelo Padrón de Proveedores del Gobierno Federal- previsto en la Ley de Inspección de Adquisiciones publicada el 30 de diciembre de 1965 - , sustituyeron al Padrón de Contratistas y Proveedores del Gobierno Federal, creado bajo un procedimiento anticonstitucional, por carecer del debido fundamento, toda vez que los preceptos jurídicos invocados para tal efecto no acreditan la facultad del Ejecutivo Federal para crear un registro público, cual pretendía ser el Padrón de Contratistas y Proveedores del Gobierno Federal, en el que se trataba de obligar a inscribirse a quienes aspiraran a serlo

En efecto, el decreto presidencial que creó el Padrón de Contratistas y Proveedores del Gobierno Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 22 de mayo de 1962, pretendía infructuosamente fundarse en la fracción I del artículo 89 constitucional, en la fracción XVI del artículo 7º de la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, y en los artículos 1º, fracción XIV, apartado 6, inciso H), y 26, de la Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio fiscal de 1962, ninguno de los cuales le daban fundamento, como se demuestra a continuación.

No podía válidamente invocarse como fundamento para la creación del referido padrón la fracción XVI del artículo 7º de la Ley de



Secretarías y Departamentos de Estado, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 24 de diciembre de 1958, a la sazón vigente, porque tal precepto sólo facultaba a la Secretaría del Patrimonio Nacional a "Intervenir en los actos o contratos relacionados con las obras de construcción, instalación y reparación que se realicen por cuenta del Gobierno Federal y del Departamento del Distrito Federal, así como vigilar la ejecución de los mismos, conjuntamente con la Secretaría de la Presidencia."

Importa hacer notar que, en cambio, el citado artículo 7º de la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, en su fracción XI, facultaba expresamente a la Secretaría del Patrimonio para "Tener a su cargo el registro de la propiedad federal, y elaborar y manejar el inventario general de los bienes de la nación", mas en ninguna de sus fracciones le autorizaba a hacerse cargo del Padrón de Contratistas y Proveedores del Gobierno Federal, que ni siquiera estaba previsto en el texto de dicho ordenamiento legal

Tampoco podía fundarse válidamente el referido decreto presidencial en los artículos 1º, fracción XIV, apartado 6, inciso H, y 26 de la Ley de Ingresos de la Federación, porque tales preceptos no hacían alusión a la creación o existencia del Padrón de Contratistas y Proveedores del Gobierno Federal y menos a la obligación de que los interesados en serlos se inscribieran en el mismo, como se puede apreciar en sus respectivos textos que se reproducen a continuación:

Art. 1º - Los ingresos de la Federación para el ejercicio fiscal de 1962, se integrarán con los provenientes de los conceptos que a continuación se enumeran:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

XIV DERECHOS POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

(...)

6. Registro:

- A. De bebidas alcohólicas, productores, almacenistas, expendedores y porteadores de estos productos.
- B. De envasamiento de bebidas alcohólicas:
 - a) De personas.
 - b) De establecimientos
 - c) De vehículos
- C. Inscripción en el Registro Público de Minería.
- D. Registro de extranjeros en los términos de la Ley General de Población.
- E. Registro Federal de automóviles, camiones, ominubuses, chassies, tractores (no agrícolas) y tractores con carros remolque.
- F. Relacionados con la propiedad industrial
- G. Expedición de cédulas de empadronamiento, a los causantes de impuestos federales
- H. Otros servicios

(...)

Art 26.- Compete al Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, crear, suprimir o modificar las cuotas, tasas o tarifas de los derechos, productos y aprovechamientos y las cuotas que tengan



el carácter de cooperación con fines específicos, así como determinar, contractualmente o por medio de tarifas, las compensaciones que deban pagar las personas o empresas a las que se autorice la explotación de recursos naturales en tierras o en aguas nacionales. Para fijar el importe de los derechos, se tendrá en cuenta su costo o el uso del servicio hecho por el usuario

Las cuotas correspondientes a impuestos, derechos y productos que deben pagarse en el extranjero, podrán establecerse y recaudarse en moneda extranjera.

No habiendo existido ley que dispusiera la creación del Padrón de Contratistas y Proveedores del Gobierno Federal y menos la obligación de inscribirse en él de quienes aspiraran a tener dicha calidad de contratistas o proveedores, resultaba inoperante invocar la facultad reglamentaria contenida en la fracción I del artículo 89 constitucional para tratar de fundar jurídicamente la creación de dicho registro público imprevisto en la ley.

2.1.15.4.6. Otros aspectos importantes de la ley en comentario.

La Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, en su artículo 1º, limitó su aplicación a los contratos relativos a las obras de construcción, instalación, conservación, reparación y demolición de bienes inmuebles, así como a la inspección y vigilancia de tales obras, a cargo de las Secretarías y Departamentos de Estado, el Departamento del Distrito Federal, los gobiernos de los territorios federales, los organismos públicos y las empresas de participación estatal, con exclusión (artículo 2º) de las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones nacionales auxiliares de crédito, las instituciones nacionales de seguros y fianzas, así como las empresas cuyo capital social estuviera suscrito en su mayoría por tales instituciones y organizaciones.

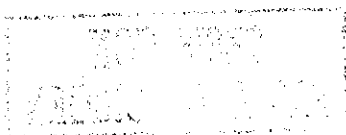
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El artículo 2° de la ley en comento consideraba organismos públicos no sólo a los organismos descentralizados, sino también a las comisiones, juntas, patronatos, instituciones y demás entidades creadas por la Federación con un patrimonio o presupuesto integrado con fondos o bienes federales; en tanto que, para definir a las empresas de participación estatal se remitía a la Ley para el Control, por parte del Gobierno Federal, de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal

En los términos del artículo 6° de la ley cuyo análisis nos ocupa, los requisitos de inscripción en el Padrón de Contratistas del Gobierno Federal consistían en solicitarlo por escrito, acompañando copia certificada de la escritura constitutiva cuando se tratara de persona moral, comprobar su inscripción en el Registro Federal de Causantes y en la cámara de industria que le correspondía, así como su afiliación al Instituto Mexicano del Seguro Social, y pagar la cuota reglamentaria

Mención especial amerita la anticonstitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 13 de la Ley en comentario, por asignar conjuntamente a las Secretarías de Obras Públicas y del Patrimonio Nacional, la atribución de dictar, en base en los estudios y opiniones de la Comisión Técnico-Consultiva de Contratos y Obras Públicas, "las bases y normas a que se ajustará la realización de las subastas para la adjudicación de los contratos", cuando tal atribución, por rebasar el ámbito interno de dichas secretarías, debiera haberse ejercido en la propia ley, y detallada en el reglamento

En consecuencia, la multicitada Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas vino a ser una especie de ley en blanco o ley hueca, como se les ha llamado a las que se abstienen de regular lo relativo a un tema que les corresponde, limitándose a anunciar que será un reglamento el que lo haga,



para cubrir el vacío dejado por la ley, con lo que se incurre en una indebida delegación de funciones, ya que, como bien explica Luis Humberto Delgadillo Gutiérrez:

El artículo 49 de la Constitución establece la prohibición de que se reúnan dos poderes en una sola persona, y esto sería lo que sucedería si el legislativo emitiera una "ley en blanco", o "ley hueca", como se ha denominado, para dejar que el Presidente de la República a través de un reglamento estableciera los elementos que faltan.¹¹⁹

Mas, en la especie, la inconstitucionalidad es más grave, porque no es mediante un reglamento expedido por el ejecutivo, sino a través de "Bases y normas" dictadas por dos dependencias del Ejecutivo con lo que se pretendió suplir la disposición legal.

Téngase presente que las disposiciones administrativas de carácter general, emitidas bajo diversas denominaciones, tales como bases, normas, circulares, instructivos, directrices, criterios de aplicación general, lineamientos generales, metodologías y demás ordenamientos que contienen disposiciones generales, abstractas, impersonales, obligatorias y coercitivas, expedidas por funcionarios de la administración pública, ubícanse en el nivel más modesto de la normativa jurídica; su obligatoriedad, en rigor, se circunscribe a quien la emite a sus subordinados, mas no a los gobernados, por lo que éstos pueden impugnarlas con éxito cuando rebasen o contradigan, en su perjuicio, la Constitución, la ley o el reglamento. A este respecto, la Suprema Corte de Justicia sentó la siguiente jurisprudencia:

¹¹⁹ Cfr. DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *Elementos de derecho administrativo*, Trillas, México 1991, p. 64



"Las circulares no pueden ser tenidas como ley, y los actos de las autoridades que se funden en aquéllas, importan una violación a los artículos 14 y 16 constitucionales" (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917 y 1975, 3ª Parte, Segunda Sala, Tesis 352, p 584)".

Posiblemente para subsanar, aun cuando fuera en parte, tamaña violación a la constitución, el Reglamento de la Ley de Inspección de contratos y Obras Públicas, respecto del mencionado artículo 13 de la ley de referencia, estableció lineamientos para el dictado de las bases y normas referidas, al disponer:

Art. 22 - Las Secretarías del Patrimonio y de Obras Públicas, para los efectos del artículo 13 de la Ley, tomando en cuenta los estudios y opiniones de la Comisión Técnico-Consultiva de Contratos y Obras Públicas:

- I. Dictarán las bases y normas generales a que deberán sujetarse los concursos en materia de sistemas, convocatorias, procedimientos, condiciones, penas convencionales, calificación de posturas y adjudicación, según las características cuantitativas y cualitativas de las obras públicas y determinarán las circunstancias, materias y condiciones de excepción a esas bases y normas, cuando el interés público lo exija por razón de urgencia, oportunidad, economía, conveniencia, eficiencia o alguna otra modalidad de la inversión;
- II. Señalarán los casos excepcionales en que los concursantes extranjeros puedan participar en los concursos para adjudicación de obras públicas,



cuando medien razones que lo ameriten en materia de financiamiento, técnicas u otras equivalentes;

IV. Fijarán los criterios conforme a los cuales deberán celebrarse todos los contratos en materia de:

- a) Forma y contenido, tomando en cuenta, además los requisitos que al respecto señale la Secretaría de Hacienda y Crédito Público;
 - b) Integración de los precios unitarios;
 - c) Catálogo de los conceptos de obra, y
 - d) Especificaciones de construcción
- ()

Art. 24 - Las bases y normas generales que dicten las Secretarías de Obras Públicas y del Patrimonio Nacional en los términos del artículo 13 de la Ley, deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación

Mas los vicios de que adoleció la Ley de Inspección de Contratos y Obra Pública, en su artículo 13, que la caracterizaron como una 'ley hueca' o "ley en blanco", no quedaron subsanados por los preceptos que acabamos de transcribir ni por ningún otro del Reglamento de dicha Ley, habida cuenta que un ordenamiento de esta naturaleza no puede sustituir, rebasar ni contrariar a la Ley, sino sólo proveer en la esfera administrativa, a la exacta observancia de la misma. Recuérdese, además, que los reglamentos están destinados a detallar los supuestos genéricos previstos en la ley, a efecto de que sea clara, inequívoca y precisa, la aplicación individualizada de la norma legal.

Independientemente de lo anterior, téngase presente que ni la ley ni el reglamento pueden autorizar la delegación de la facultad reglamentaria

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

establecida en la fracción I del artículo 89 constitucional a ninguna dependencia del Ejecutivo para que la ejercite a través de bases, normas u otras disposiciones administrativas, habida cuenta que la facultad reglamentaria del presidente de la República es indelegable: ni los secretarios de Estado ni ningún otro funcionario de la administración pública pueden expedir reglamentos ni disposiciones complementarias de cualquier otra denominación, de carácter general, abstracto, impersonal, obligatorio y coercitivo para los gobernados, que sustituyan a aquéllos.

En consecuencia, las Bases y Normas Generales para la Contratación y Ejecución de Obras Públicas, dictadas conjuntamente por los secretarios de Obras Públicas y del Patrimonio Nacional el 20 de enero de 1970 y publicadas el 26 del mismo mes y año, en los términos de la tesis de jurisprudencia citada, no podían tenerse como norma de conducta externa, general, abstracta, impersonal, coercitiva y obligatoria para todos los gobernados, por lo que los actos de las autoridades que se fundaron únicamente en ellas, para efectos que rebasaron el ámbito interno de dichas dependencias, importaron sendas violaciones a los artículos 14 y 16 constitucionales.

Por lo demás, la coparticipación de cuatro Secretarías de Estado en el control y vigilancia de la contratación y ejecución de la obra pública, dispuesta por la Ley de Inspección de Contratos y Obras Públicas, dio lugar a un trámite lento, costoso, complejo y farragoso, que no logró evitar la corrupción.

2.1.15.5. Ley Orgánica de la Administración pública Federal

La Ley Orgánica de la Administración pública Federal fue la primera iniciativa enviada por el presidente José López Portillo al Congreso de la Unión, misma que, una vez aprobada, publicóse en el Diario Oficial de la Federación del 29 de



diciembre de 1976; esta Ley abrogó a la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado publicada el 24 de diciembre de 1958; en ella se dispuso de manera expresa, antes que en la Constitución, la bifurcación de la administración pública en centralizada y paraestatal.

Entre otras innovaciones importantes de la Ley Orgánica de la Administración pública Federal, que permanecen vigentes hasta la fecha, recordamos la relativa a la posibilidad de que las secretarías de Estado y los departamentos administrativos cuenten con órganos desconcentrados que les estén jerárquicamente subordinados; la concerniente a la sectorización administrativa, merced a la cual el presidente de la República está facultado para determinar agrupamientos de entidades de la administración pública paraestatal, por sectores definidos, coordinados por la secretaría de Estado o departamento administrativo del sector correspondiente, a fin de darle coherencia y congruencia a la actuación de la administración pública; así como la referente a la facultad otorgada al Ejecutivo Federal para constituir, con carácter transitorio o permanente, comisiones intersecretariales para el despacho de asuntos en que deban participar varias secretarías de Estado o departamentos administrativos

En cuanto al control y vigilancia de la contratación y ejecución de la obra pública, se encomienda básicamente, de acuerdo con las últimas reformas de la ley en comento, a la Secretaría de Hacienda y Crédito público y a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo; en tanto que la competencia para la ejecución y, en su caso, contratación de la obra pública, se parte, la de carácter militar, entre la Secretaría de la Defensa Nacional y la de Marina; en tanto que la de carácter civil se distribuye entre la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo y - de acuerdo con sus respectivas leyes orgánicas- a diversas entidades paraestatales.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.1.15.5.1. Competencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Administración pública Federal, en materia de inversiones y obras públicas, corresponde a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público:

- ♦ Autorizar todas las operaciones en que se haga uso del crédito público (fracción VI).
- ♦ Evaluar y autorizar los programas de inversión pública de las dependencias y entidades de la administración pública federal (fracción XVI).
- ♦ Efectuar los trámites y registros que requiera la vigilancia y evaluación del ejercicio del gasto público federal y de los presupuestos de egresos (fracción XVII).
- ♦ Opinar, previamente a su expedición, sobre los proyectos de normas y lineamientos en materia de ejecución de obras públicas de la administración pública federal (fracción XXI).

En los términos del artículo 37 de la Ley Orgánica de la Administración pública Federal, compete a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, en materia de inversión y obra pública:

- ♦ Vigilar el cumplimiento, por parte de las dependencias y entidades de la administración pública federal, de las disposiciones en materia de inversión (fracción V).
- ♦ Inspeccionar y vigilar, directamente o a través de los órganos de control, que las dependencias y entidades de la administración pública federal cumplan con las normas y disposiciones en materia de contratación y ejecución de obra pública (fracción VIII).
- ♦ Designar a los auditores externos de las entidades, así como normar y controlar su desempeño (fracción X).

- ♦ Designar, para el mejor desarrollo del sistema de control y evaluación gubernamentales, delegados de la propia Secretaría ante las dependencias y órganos desconcentrados de la administración pública federal centralizada, y comisarios en los órganos de gobierno o vigilancia de las entidades de la administración pública paraestatal (fracción XI)
- ♦ Establecer normas, políticas y lineamientos en materia de obras públicas de la administración pública federal (fracción XIX).
- ♦ Construir, rehabilitar, conservar o administrar, directamente o a través de terceros, los edificios públicos de la Federación (fracción XXI).

Entre las reformas de este ordenamiento legal llama la atención la contenida en esta fracción XXI de su artículo 37, en virtud de la cual, la dependencia del Ejecutivo encargada de organizar y coordinar el sistema de control y evaluación gubernamental y de vigilar el cumplimiento de las normas de control y fiscalización - léase Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo-, tiene a la vez la atribución de "construir, rehabilitar, conservar o administrar, directamente o a través de terceros, los edificios públicos", lo que la convierte en juez y parte.

2.1.15.5.2. Competencia de la Secretaría de la Defensa Nacional.

En materia de obra pública, compete a la Secretaría de la Defensa Nacional, según lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley Orgánica de la Administración pública Federal:

- ♦ Construir y preparar las fortificaciones, fortalezas y toda clase de recintos militares para uso del Ejército y de la Fuerza Aérea, así como la conservación de cuarteles y hospitales y demás establecimientos militares (fracción VII).
- ♦ Asesorar militarmente la construcción de toda clase de vías de comunicación terrestres y aéreas (fracción VIII)



2.1.15.5.3. Competencia de la Secretaría de Marina.

Corresponde a la Secretaría de Marina, en materia de obra pública, según lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica de la Administración pública Federal:

- ♦ Construir, reconstruir y conservar las obras portuarias que requiera la Armada (fracción IX).
- ♦ Construir, mantener y operar, astilleros, diques, varaderos y establecimientos navales destinados a los buques de la Armada de México (fracción XIV)
- ♦ Asesorar militarmente a los proyectos de construcción de toda clase de vías generales de comunicación por agua y sus partes integrantes (fracción XV).

2.1.15.5.4. Competencia de la Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca.

En materia de obra pública compete a la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y pesca, según el artículo 32 bis de la ley en comentario:

- ♦ Proyectar, construir y conserva, con la participación que corresponda a la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural, las obras de riego, desecación, drenaje, defensa y mejoramiento de terrenos y las de pequeña irrigación, de acuerdo con los programas formulados y que compete realizar al gobierno federal, por sí o en cooperación con las autoridades estatales y municipales o de particulares (fracción XXV).
- ♦ Ejecutar las obras hidráulicas que deriven de tratados internacionales (fracción XXX).
- ♦ Proyectar, construir y conservar las obras de infraestructura pequeña y de acuicultura que requiera el desarrollo del sector pesquero, con la



participación de las autoridades estatales, municipales o de particulares (fracción XXXIII).

2.1.15.5.5. Competencia de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

Tratándose de obra pública, a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes le corresponde, en los términos del artículo 36 de la Ley Orgánica de la Administración pública Federal:

- ♦ Construir las vías férreas, patios y terminales de carácter federal para el establecimiento y explotación de ferrocarriles, y la vigilancia técnica de su funcionamiento y operación (fracción VII)
- ♦ Construir, reconstruir y conservar las obras marítimas, portuarias y de dragado, instalar el señalamiento marítimo y proporcionar los servicios de información y seguridad para la navegación marítima (fracción XVIII)
- ♦ Construir y conservar los caminos y puentes federales, incluso los internacionales; así como las estaciones y centrales de autotransporte federal (fracción XXI)
- ♦ Construir y conservar caminos y puentes, en cooperación con los gobiernos de las entidades federativas, con los municipios y los particulares (fracción XXII)
- ♦ Construir aeropuertos federales y cooperar con los gobiernos de los estados y las autoridades municipales, en la construcción y conservación de obras de ese género (fracción XXIII):
- ♦ Otorgar concesiones o permisos para construir las obras que le corresponda ejecutar (fracción XXIV).

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.1.15.6. Ley de Obras Públicas

El 30 de diciembre de 1980 se publicó la Ley de Obras Públicas, cuya vigencia duró trece años - del primero de enero de 1981 al 31 de diciembre de 1993- , fue explicitada como de orden público e interés social, y tuvo por objeto regular el gasto y las acciones relativas a la planeación, programación, presupuestación, ejecución, conservación, demolición y control de la obra pública realizada por la administración pública federal.

La Ley en análisis, aun cuando erróneamente, lo que para sus efectos se consideraba obra pública: "todo trabajo que tenga por objeto crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles por su naturaleza o por disposición de la ley", definición excesiva que incluye la obra pública y la privada; y mantuvo las modalidades de precio alzado y precios unitarios.

Por otra parte, dicho ordenamiento simplificó su aplicación al encomendar sus mecanismos de interpretación, control y vigilancia a las Secretarías de Programación y Presupuesto de la Contraloría General de la Federación.

2.1.15.6.1. Competencia de la Secretaría de Programación y Presupuesto.

En los términos de la Ley de Obras Públicas, correspondía a la Secretaría de Programación y Presupuesto, ser el conducto del Ejecutivo Federal para aplicarla; además, le competía interpretarla para efectos administrativos y, oyendo la opinión de la Comisión Intersecretarial Consultiva de la Obra Pública - cuya presidencia correspondía ex officio al titular de dicha Secretaría, expedir las disposiciones administrativas que en su aplicación debieran observarse en la contratación y ejecución de las obras.

Asimismo, correspondía a la Secretaría de Programación y Presupuesto llevar el Padrón de contratistas de Obras Públicas; resolver sobre las solicitudes de inscripción de dicho padrón; suspender y cancelar el registro de los contratistas e imponerles multas que podían ir de diez a mil veces el salario mínimo diario; y fijar los criterios y procedimientos para clasificar a las personas inscritas en él.

2.1.15.6.2. Competencia de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación.

De acuerdo con la Ley en comentario, la Secretaría de la Contraloría General de la Federación tenía, entre otras facultades, las de verificar en cualquier tiempo que las obras y los servicios relacionados con ellas se realizaran conforme a lo establecido en ella o en otras disposiciones aplicables y a los programas y presupuestos autorizados; realizar visitas e inspecciones a las dependencias y entidades a cuyo cargo estuvieran las obras públicas y solicitar a los servidores públicos de las mismas y a los contratistas respectivos, los datos e informes relacionados con dichas obras.

2.1.15.6.3. Otros aspectos relevantes de la Ley de Obras Públicas.

La ley cuyo examen nos ocupa dedicó todo un capítulo a la planeación, programación y presupuestación de las obras públicas, en cuya realización debían ajustarse a los objetivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo y de los programas sectoriales, institucionales, regionales y especiales

Con acierto, la ley en análisis sometió a sus disposiciones los contratos de servicios relacionados con la obra pública, de acuerdo con el principio de accesoria reconocida en la doctrina, conforme al cual lo accesorio sigue la suerte principal, lo que permite dar al contrato de obra pública un carácter extensivo, derivado de la fuerza atractiva de la noción de obra pública.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Marienhoff menciona como ejemplos de contratos de obra pública por accesoriedad, los relativos a los estudios y proyectos, así como los de dirección y vigilancia de las obras, y los de transporte de materiales destinados a las mismas.¹²⁰

Manuel María Díez explica el carácter extensivo del contrato de obra pública en los siguientes términos:

(...) se considera contrato de obra pública aquel cuyo objeto sea la ejecución de la obra pública, considerando en primer lugar, naturalmente, el contrato que a tal objeto se hubiera concluido entre la administración y el contratista, pero también serán considerados como tales los acuerdos accesorios que puedan haber sido concertados en ocasión del contrato. En tal carácter podrían situarse las convenciones que hiciera el contratista para el transporte de los materiales necesarios, a los efectos de la construcción de un camino; los acuerdos que hicieren la administración y los técnicos en vista de la dirección y de la vigilancia del trabajo.¹²¹

Otro acierto de la ley en análisis fue desaparecer la Comisión Técnico-Consultiva de Contratos y Obras Públicas y crear la Comisión Intersecretarial Consultiva de la Obra Pública, como órgano de asesoría y consulta para la aplicación de la propia ley, presidida por el secretario de Programación y Presupuesto e integrada también con representantes de las Secretarías de

¹²⁰ Cfr. Marienhoff, Miguel S., *Op. Cit.*, pp 537 y 538

¹²¹ DÍEZ, Manuel María, *Op. Cit.*, p. 34.

Hacienda y Crédito Público; Contraloría General de la Federación; Energía, Minas e Industria Paraestatal; Comercio y Fomento Industrial; Agricultura y Recursos Hidráulicos; Comunicaciones y Transportes; Desarrollo Urbano y Ecología y del Departamento del Distrito Federal.

Igualmente conveniente fue la disposición de la ley en análisis, de mantener en vigor el Padrón de Contratistas de Obras Públicas (artículos 19 y siguientes), así como la de inhabilitar como cocontratantes a las empresas en que participaran como accionistas o funcionarios quienes resolvieran la adjudicación del contrato, o sus cónyuges o parientes por consaguinidad o afinidad hasta el cuarto grado (artículo 37)

Con el propósito de hacer prevalecer el interés general, autorizó a las dependencias y entidades para suspender total o parcialmente la obra contratada, por causa justificada (artículo 42), y para rescindir administrativamente los contratos de obra por razones de interés general o por contravención de los términos del contrato o de las disposiciones de la ley (artículo 43); previó, además, la nulidad de pleno derecho de los actos,

Convenios, contratos y negocios jurídicos realizados en contravención de la propia ley (artículo 72)

Otro aspecto encomiable de la Ley de Obras Públicas fue el contenido en su artículo tercero transitorio, en el sentido de imponer al titular del Ejecutivo Federal, la obligación de expedir el reglamento de dicha ley, a más tardar ciento ochenta días después de la publicación de ésta; obligación que, por cierto, se incumplió, porque la Ley en comentario se publicó el 30 de diciembre de 1980, y su primer Reglamento se expidió el 3 de septiembre de 1981 y se publicó el 11 del mismo mes y año.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.1.15.7. Ley de Adquisiciones y Obras Públicas

Con una tendencia codificadora, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, publicada el 30 de diciembre de 1993, abrogó no sólo la Ley de Obras Públicas de 1980, sino también la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y prestación de Servicios relacionados con Bienes Muebles, publicada el 8 de febrero de 1985, para fusionar en un ordenamiento único la regulación de los contratos más comunes de la administración pública en ejercicio de función administrativa, cuales son los de obra pública, los de adquisición de bienes muebles, los de arrendamiento de bienes muebles - incluido el financiero -, y los de prestación de servicios

En la práctica, esta Ley de Adquisiciones y Obras Públicas distó mucho de ser lo que ambiciosamente pretendía, en su respectiva exposición de motivos:

Un marco jurídico idóneo para que la obra pública, así como las adquisiciones, arrendamientos y prestación de servicios en general, que lleven a cabo las dependencias y entidades de la administración pública federal, se realice con criterios de eficacia y eficiencia; con transparencia en su invitación y adjudicación; con un equilibrio en cuanto a la integración de los referidos contratos; con estricta disciplina y control presupuestal; promoviendo la simplificación administrativa y la descentralización de funciones; y facilitando la coexistencia de tratados internacionales que abarquen estas disciplinas

El universo de instituciones cuyos contratos de las referidas materias quedan regulados por la ley en análisis se integró, en los términos de su artículo primero, por:

- I Las unidades administrativas de la Presidencia de la República;
- II Las secretarías de Estado y departamentos administrativos;
- III. Las procuradurías generales de la República, y de Justicia del Distrito Federal;



IV. El gobierno del Distrito Federal;

V. Los organismos descentralizados, y

VI. Las empresas de participación estatal mayoritaria y los fideicomisos públicos que, de conformidad con las disposiciones legales aplicables, sean considerados entidades paraestatales.

En su artículo 3º, la Ley en comentario explicitó, para los efectos de la misma, las principales adquisiciones, arrendamientos y servicios que comprende; y en su artículo 4º lo que, también para sus efectos, consideró obra pública.

La aplicación de la Ley en estudio se encargó principalmente a las Secretarías de Hacienda y Crédito Público, de la Contraloría - ahora de Contraloría y Desarrollo Administrativo-, y, en menor medida, a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, por lo que en su artículo 8º las facultó para interpretar dicha ley, para efectos administrativos, en el ámbito de sus respectivas competencias, y en el segundo párrafo de dicho artículo 8º dispuso:

La Secretaría y la Contraloría dictarán las disposiciones administrativas que sean estrictamente necesarias para el adecuado cumplimiento de esta ley, tomando en cuenta la opinión de la otra, así como, cuando corresponda, de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. Tales disposiciones se publicarán en el Diario Oficial de la Federación

2.1.15.7.1. Competencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

De conformidad con la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas publicada el 30 de diciembre de 1993, en materia de obra pública correspondía a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, además de la ya indicada, las facultades siguientes:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- ♦ Contratar, en el ámbito de su competencia, asesoría técnica para el mejoramiento del sistema de obra pública, la verificación de precios, pruebas de calidad, y otras vinculadas con el objeto de dicha ley (artículo 11).
- ♦ Con la opinión previa de las Secretarías de Contraloría y desarrollo Administrativo y de Comercio y Fomento Industrial, dictar reglas de carácter general para resolver en juicio arbitral las controversias que se susciten, con motivo de los contratos de obra pública, en que puedan pactarse cláusula arbitral (artículo 15).
- ♦ Requerir a las dependencias coordinadoras de sector y, en su caso, a las entidades no sectorizadas, el envío de sus programas y presupuestos de obra pública, para su examen, aprobación e inclusión, en lo conducente, en el proyecto de presupuesto de egresos correspondiente (artículo 22).
- ♦ Establecer los requisitos para la licitación de obra pública financiada con créditos externos otorgados al gobierno federal o con su aval (artículo 33, penúltimo párrafo).
- ♦ Determinar los requisitos que deban contener las publicaciones en la sección especializada del Diario Oficial de la Federación, a que se refiere el artículo 32 de la Ley, para hacer del conocimiento general la identidad del participante ganador de cada licitación pública de obra pública (artículo 37).
- ♦ Hacer del conocimiento de las entidades de la administración pública federal el nombre o razón social de los contratistas que, por causas imputables a ellos mismos, les hayan rescindido administrativamente un contrato, en más de una ocasión, dentro de un lapso de dos años calendario contado a partir de la primera rescisión (artículo 41-IV).
- ♦ Expedir las disposiciones para el cálculo y la integración de los precios unitarios (artículo 59).



- ♦ Determinar la base para calcular los relativos a índice de incrementos y decrementos de los costos de los insumos en los contratos de obra pública; así como en los lineamientos y la metodología utilizables procedan a calcularlos, cuando los que requiera el contratista o la contratante no se hayan publicado (artículo 68-II).
- ♦ Establecer de manera sistemática y en coordinación con las Secretarías de Contraloría y Desarrollo Administrativo y de Comercio y Fomento Industrial, la forma y términos en que las dependencias les deban remitir la información relativa a los actos y contratos de esta ley (artículo 84).
- ♦ Verificar, en el ejercicio de sus facultades, en cualquier tiempo, que la obra pública se realice con apego a lo dispuesto en esta ley o en otras disposiciones aplicables y a los programas y presupuestos autorizados; a cuyo efecto podrá realizar las visitas e inspecciones que estime pertinentes a las dependencias y entidades que realicen obra pública (artículo 85).
- ♦ Imponer sanciones a quienes infrinjan las disposiciones contenidas en esta Ley, en los términos de su título quinto.
- ♦ Tramitar los recursos de revocación que promuevan los interesados, en contra de las resoluciones que dicte la propia Secretaría, en los términos previstos en el capítulo II del título sexto de la Ley (artículo 99) Acerca de este recurso de revocación debe tenerse presente que fue derogado por el artículo 2º transitorio de la ley Federal de Procedimiento Administrativo, publicada el 4 de agosto de 1994, cuyo texto es el siguiente:

"Se derogan todas las disposiciones que se opongan a lo establecido en esta Ley, en particular los diversos recursos administrativos de las diferentes leyes administrativas en las materias reguladas por este

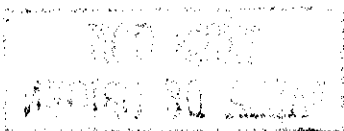
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ordenamiento. Los recursos administrativos en trámite a la entrada en vigor de esta Ley, se resolverán conforme a la ley de la materia.”

En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en el capítulo primero del título sexto de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, procedía el recurso de revisión contra las resoluciones que dictasen las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Contraloría y Desarrollo Administrativo, en las materias de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas

2.1.15.7.2. Competencia de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo.

- ♦ Contratar, en el ámbito de su competencia, asesoría técnica para el mejoramiento del sistema de obra pública, la verificación de precios, pruebas de calidad, y otras vinculadas con el objeto de dicha ley (artículo 11).
- ♦ Conocer, en la esfera administrativa, de las inconformidades que presenten los particulares en relación con los contratos de obra pública, en los términos del título sexto de la Ley (artículo 15).
- ♦ Opinar ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, respecto de las reglas de carácter general que esta última pretenda dictar para resolver en juicio arbitral las controversias que se susciten, con motivo de los contratos de obra pública, en que pueda pactarse cláusula arbitral (artículo 15).
- ♦ Intervenir en cualquier acto que contravenga las disposiciones que rigen las materias objeto de la Ley y, en su caso, determinar la cancelación del proceso de adjudicación del contrato de obra pública correspondiente, supuesto en el cual la dependencia o entidad reembolsará a los participantes los gastos no recuperables en que hayan incurrido, siempre y cuando se comprueben debidamente y se relacionen directamente con la respectiva operación (artículo 33, párrafo final).



- ♦ Otorgar autorización previa y específica para que las dependencias y entidades les puedan recibir propuestas en convocatorias a servidores públicos o empresas en que éstos formen parte, o celebrar con ellas contrato de obra pública (artículo 41-II).
- ♦ Establecer de manera sistemática y en coordinación con las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Comercio y Fomento Industrial, la forma y términos en que las dependencias les deban remitir la información relativa a los actos y contratos de esta ley (artículo 84).
- ♦ Verificar, en el ejercicio de sus facultades, en cualquier tiempo, que la obra pública se realice con apego a lo dispuesto en esta ley o en otras disposiciones aplicables y a los programas y presupuestos autorizados; a cuyo efecto podrá realizar las visitas e inspecciones que estimare pertinentes a las dependencias y entidades que realicen obra pública (artículo 85).
- ♦ Proponer a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la imposición de las sanciones a que se refiere el título quinto de la Ley y, a la dependencia o entidad contratante, la suspensión de la ejecución de la obra en que incida la infracción; además, aplicar a los servidores públicos que infrinjan esta Ley, las sanciones que procedan, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
- ♦ Tramitar las inconformidades - verdaderos recursos de inconformidad- que promuevan los interesados, en contra de los actos que contravengan las disposiciones que rigen las materias de esta ley, en los términos previstos en el capítulo I del título sexto de la Ley (artículo 95).¹²²

¹²² En los términos del artículo 2º transitorio de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, tales inconformidades - que no son otra cosa que recursos de inconformidad- quedaron derogados en lo concerniente a los actos de la administración pública federal descentralizada, por ser éstos los únicos a los que se aplican las disposiciones de dicha ley procedimental, por lo que sólo subsisten los referidos a los actos de la administración pública federal paraestatal que contravengan las disposiciones que rigen las materias objeto de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas

- ♦ Tramitar los recursos de revocación que promuevan los interesados, en contra de las resoluciones que dicte la propia Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, en los términos previstos en el capítulo li del título sexto de la Ley Sin embargo, como hemos visto al tratar de la competencia de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por haberse derogado este recurso de revocación, y de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo primero del título sexto de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, procede el recurso de revisión contra las resoluciones que dicten las Secretarías de Hacienda y Crédito público y de Contraloría y Desarrollo Administrativo en los términos de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas

2.1.15.7.3. Competencia de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

- ♦ Contratar, en el ámbito de su competencia, asesoría técnica para realizar investigaciones de mercado; la verificación de precios, y otras vinculadas con el objeto de dicha ley (artículo 11)
- ♦ Opinar ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, respecto de las reglas de carácter general que esta última pretenda dictar para resolver en juicio arbitral las controversias que se susciten, con motivo de los contratos de obra pública, en que pueda pactarse cláusula arbitral (artículo 15)
- ♦ Establecer de manera sistemática y en coordinación con las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Contraloría y Desarrollo Administrativo, la forma y términos en que las dependencias les deban remitir la información relativa a los actos y contratos de esta ley (artículo 84)

2.1.15.7.4. Otros aspectos relevantes de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

En cuanto a su supletoriedad, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas determinaba que en lo no previsto por ella sería aplicable el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, y el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Al igual que la Ley de Obras Públicas, la de Adquisiciones y Obras Públicas también dedicaba todo un capítulo a la planeación, programación y presupuestación de las obras públicas; asimismo, equiparaba el contrato de obra pública a los contratos de servicios relacionados con la misma, de acuerdo con el ya citado principio de accesoriedad, conforme al cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, lo que permitía dar al contrato de obra pública un carácter extensivo derivado de la fuerza atractiva de la noción de obra pública.

En la ley en análisis se mantenían como modalidades del contrato de obra pública la de precios unitarios y la de precio alzado, sin prever la posibilidad de mezclar ambas.

Junto con el Padrón de Contratistas de Obras Públicas, desapareció la Comisión Intersecretarial Consultiva de la Obra Pública.

A diferencia de la Ley de Obras Públicas, que en su artículo 43 expresamente facultaba a las dependencias y entidades para rescindir administrativamente los contratos de obra por razones de interés general o por contravención de los términos del contrato o de las disposiciones de la ley, la de Adquisiciones y Obras Públicas dispuso tratamiento diferente para cuando se rescinda el contrato de obra pública por causas imputables a la dependencia o entidad, que para cuando se rescinda por causas imputables

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

al contratista, o para cuando por razones de interés general se termine el contrato de manera anticipada, y también para cuando por caso fortuito o fuerza mayor se imposibilite la continuación de los trabajos (artículo 72).

2.1.15.7.5. Aciertos de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

- ♦ Entre los aciertos de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas señalamos, en primer término, el de fusionar en un solo ordenamiento legal la regulación de los contratos administrativos de más frecuente celebración en la administración pública federal
- ♦ Otro acierto es el de reproducir textualmente en el último párrafo de su artículo 15, el texto del artículo 72 de la ley de Obras Públicas: "Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen en contravención a lo dispuesto por esta ley, serán nulos de pleno derecho".
- ♦ Igualmente encomiable resulta la disposición contenida en el artículo 20 de la ley en comento, que impone a las dependencias y entidades la obligación de prever los efectos que en el medio ambiente puedan causar la ejecución de obra pública, actualizando la disposición equivalente contenida en la fracción VI del artículo 13 de la Ley de Obras Públicas.
- ♦ También es plausible su disposición de inhabilitar como potenciales licitantes o cocontratantes, entre otras personas, a las empresas en que participen como accionistas o funcionarios, los servidores públicos que en cualquier forma intervengan en la adjudicación del contrato, lo mismo que sus cónyuges o parientes por consanguinidad, afinidad o civiles, hasta el cuarto grado (artículo 41)
- ♦ Haciendo prevalecer el interés general, al igual que lo hizo la ley de Obras Públicas, autoriza a las dependencias y entidades para suspender total o parcialmente la obra contratada, por causa justificada (artículo 71).

2.1.15.7.5.1 Yerros de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

En nuestra opinión el principal error de la Ley en análisis consistió en eliminar el Padrón de Contratistas de Obras Públicas, contemplado en la Ley de Obras Públicas, sin que la implícita exposición de motivos de la iniciativa de ley correspondiente ni el dictamen respectivo emitido por la Comisión de Programación, Presupuesto y Cuenta Pública hayan justificado la supresión de dicho padrón, ya que una y otro soslayan por completo comentar siguiera la medida en cuestión.

La eliminación del registro de contratistas de obras públicas, cualquiera que sea su nombre, lejos de simplificar el procedimiento de licitación y adjudicación del contrato de obra pública, lo complica, habida cuenta que en cada caso, quienquiera que pretenda participar en una licitación de esa índole, habrá de acreditar su solvencia financiera, económica y moral, así como su experiencia y capacidad técnica. Además, en los casos de adjudicación directa y de invitación a cuando menos tres proveedores, se pierde toda oportunidad de asegurar que el contratista tenga las mínimas cualidades morales, financieras y técnicas exigibles, lo que abre un espacio enorme para la corrupción

Otro grave error de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas consiste, en nuestra opinión, en haber establecido en su artículo 15 la posibilidad de pactar cláusula arbitral en los contratos celebrados con base en ella, pues ello conlleva someter eventualmente la mayestas del Estado a la potestad de particulares, lo que contraría lo dispuesto en la fracción III del artículo 104 constitucional, que atribuye a los tribunales federales la competencia para conocer de las controversias en que la Federación sea parte

Otro aspecto mal visto de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas es el no haber incluido entre sus artículos transitorios, un plazo determinado para

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

la expedición de las disposiciones reglamentarias de la misma, por lo que durante la vigencia de la ley jamás se expidieron; consecuentemente, en todo ese lapso continuó parcialmente en vigor el Reglamento de la ley de Obras Públicas, lo que causó gran confusión

La Ley de Adquisiciones y Obras Públicas quedó abrogada el cuatro de marzo del año dos mil, según lo dispuesto en los artículos transitorios primero y segundo de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, publicada en el Diario Oficial de la Federación. Dichos artículos son del tenor siguiente:

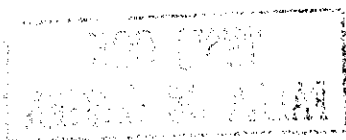
Primero.-La presente ley entrará en vigor a los sesenta días siguientes al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Segundo.- Se abroga la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas.

Así pues, la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, expedida el 18 de diciembre de 1993 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 del mismo mes y año estuvo vigente seis años, dos meses y tres días, desde el día primero de enero de 1994 hasta el 4 de marzo del año dos mil, fecha esta última en que, como acabamos de decirlo, quedó abrogada.

2.1.15.8. Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

El 4 de enero del año dos mil se publicó en el Diario Oficial de la Federación - páginas 29 a 58 - la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, expedida desde el 30 de noviembre de 1999, y vigente a partir del 4 de marzo de dos mil; curiosamente, de acuerdo con su artículo segundo transitorio, pretendió derogar, en lo relativo a las disposiciones en materia de obra pública, a la ley de Adquisiciones y Obras Públicas, que fue abrogada, en los términos del artículo segundo transitorio de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y



Servicios del Sector Público, publicada en las páginas anteriores - 7 a 29 - del mismo Diario Oficial de la Federación.

En una labor típica de Penélope, el legislador mexicano, a través de las nuevas leyes mencionadas en el párrafo anterior, disocia en sendos ordenamientos legales la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, que apenas un sexenio antes fusionó en un solo cuerpo legal la regulación de los contratos administrativos de más frecuente celebración en la administración pública federal: adquisiciones, arrendamientos, servicios y obra pública. En el capítulo decimoséptimo habremos de analizar a detalle la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las Mismas.

2.1.15.9. Código Civil

De conformidad con el artículo 13 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, es supletorio de ésta el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, por cuya razón resulta aplicable en diversos aspectos, como el relativo al arrendamiento de bienes muebles - en lo no previsto en la referida ley -, destacando también, entre otros, sus siguientes artículos:

Art. 5º - A ninguna ley ni disposición gubernativa se dará efecto retroactivo en perjuicio de personas alguna.

Art. 6º - La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Art. 10.- Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.

Art. 18 - El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

Art. 19 - Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho.

Art. 20 - Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se resolverá a favor del que trata de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro.

2.1.15.10. Artículo 32-D del Código Fiscal de la Federación.

De conformidad con el artículo primero del Decreto por el que se modifican diversas leyes fiscales y otros ordenamientos federales, publicado en el Diarios Oficial de la federación de 31 de diciembre de 1998, se adiciona un artículo 32-d al Código Fiscal de la Federación, que inhabilita como posibles cocontratantes de la administración pública federal, en ciertos contratos administrativos, a quienes no se encuentren al corriente en sus obligaciones fiscales, de acuerdo con el texto siguiente:

‘La Administración pública Federal, Centralizada y Paraestatal, así como la Procuraduría General de la República en ningún caso contratarán adquisiciones, arrendamientos, servicios u obra pública, con los contribuyentes que no se encuentren al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales de conformidad con las disposiciones de este Código y las leyes

tributarias. Igual obligación tendrán las entidades federativas cuando realicen dichas contrataciones con cargo total o parcial a fondos federales”.

Como salta a la vista, resulta muy difícil que la administración pública o la Procuraduría General de la República, al contratar adquisiciones, arrendamientos, servicios u obra pública, pueden tener la certeza de que el cocontratante está o no al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, por lo que para no incurrir en responsabilidad, habrán de exigir en el capítulo de declaraciones del contrato, una manifestación del cocontratante, bajo protesta de decir verdad, en el sentido de que se encuentra la corriente en el cumplimiento de todas sus obligaciones fiscales exigible conforme al orden jurídico mexicano.

Por otra parte, de acuerdo con la técnica legislativa, hubiera sido preferible que una disposición como ésta, que atañe a los impedimentos para ser como ésta, que atañe a los impedimentos para ser cocontratante de la administración pública en contratos de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas, figurase en la legislación de la materia

Además, un impedimento de tal naturaleza debiera afectar no sólo al cocontratante, sino desde al oferente de toda licitación relativa a los mencionados contratos, porque en sus actuales términos, puede ser que quien gane licitación no pueda convertirse en cocontratante por no estar al corriente en sus obligaciones fiscales, con la consiguiente pérdida de tiempo y otros trastornos por la dependencia o entidad convocante.

2.1.15.11. Artículo 46 de la Ley del Banco de México

En la configuración del régimen jurídico que regula el contrato de obra pública participa, en todo aquel que celebre el Banco de México, el artículo 46 de su Ley, por cuanto faculta a su Junta de Gobierno para:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

XII. Expedir, con sujeción a los criterios de carácter general señalados en el artículo 134 constitucional, las normas conforme a las cuales el Banco deba contratar las adquisiciones y enajenaciones de bienes muebles, los arrendamientos de todo tipo de bienes, la realización de obra inmobiliaria, así como los servicios de cualquier naturaleza

Empero, en la actualidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo primero de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, el Banco de México - como cualquier otra persona de derecho público de carácter federal con autonomía derivada de la Constitución-, aplicará "los criterios y procedimientos previstos en esta ley, en lo que no se contraponga a los ordenamientos legales que los rigen, sujetándose a sus propios órganos de control".

2.1.15.12. Otros Ordenamientos Jurídicos

Desde luego, otros ordenamientos jurídicos- como la segunda y tercera Ley para el Control de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal- contribuyeron en el pasado a conformar el régimen jurídico del contrato de obra pública, en cuya configuración participan actualmente, en ciertos aspectos, la Ley General de Deuda Pública (artículo 18), la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas (artículo 18) y la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal (artículos 30 y 31), para no citar sino tres ordenamientos legales

2.2. Derecho Privado

2.2.1. Introducción

A pesar de que el contrato de obra es regulado por el Código Civil, en la actualidad se estima que éste debería estar regulado por la legislación mercantil, ya que siguiendo la definición que reza la fracción II del artículo 3º del Código de Comercio, esta actividad



es desarrollada por empresas constituidas con arreglo a las leyes mercantiles. En nuestro país en la práctica, difícilmente un particular podría como persona física ejecutar una obra, esto es por cuestiones de reconocimiento y prestigio de un nombre como empresa ante el contratante, además de otras razones de índole fiscal, laboral, etc.

Independientemente de lo anterior, considero que debido a que dentro de la legislación que existe para los contratos de obra que son de ejecución diferida, no existe algún apartado que haga referencia específica cuando se presenta algún desequilibrio económico contractual, es por eso, que los contratos de obra celebrados entre los particulares será necesario atenernos a las cláusulas que regulan a los contratos en general; así como a los principios de justicia y equidad que prevalecen en esta figura contractual cuando se presenta algún imprevisto que varía las condiciones originalmente pactadas entre los contratantes, ya que lo que ordena el Código Civil para el Distrito Federal en los artículos que van del 2616 al 2645, que regulan el contrato de obra a precio alzado a quedando muy rezagado contra los contratos de obra privada que en la actualidad se celebran, debiendo por ello normarse el tipo de contratos de obra que existen, causas claras de rompimiento del equilibrio contractual y los mecanismos para su restablecimiento.

La vida económica moderna, ha dado una complejidad mayor a la contratación mercantil. No son ajenas al campo jurídico, las innumerables situaciones que se presentan en la vida diaria y que pueden afectar el cumplimiento de las obligaciones en los contratos de obra. No se trata de incumplimientos injustificados, sino provocados por causas ajenas a la voluntad de quienes intervienen en la contratación.

Tal es la situación en que se vive a diario en la actualidad mexicana. Las devaluaciones de la moneda, la inestabilidad económica del país, la inconsistencia de las políticas y el endeudamiento externo, son algunas de las causas que ha creado una incertidumbre creciente con relación a los deudores de las obligaciones contractuales, que se ven imposibilitados de llevar a vías de efecto los pactos asumidos en otras circunstancias.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De acuerdo al tiempo en que se cumplen los contratos, pueden ser clasificados en instantáneos o de tracto instantáneo; de efectos continuados o de tracto sucesivo o de ejecución diferida. Tracto es el tiempo en que se realiza el acto jurídico.

El contrato de obra, sin lugar a dudas es un contrato de tracto sucesivo, que es aquel en el que perfeccionado el acto, el contrato no concluye, sino que las partes se siguen haciendo prestaciones continuas o periódicas.

Es importante que se reflexione sobre dos valores opuestos que el derecho intenta cultivar: la seguridad por una parte y la equidad por la otra.

En los contratos de ejecución diferida, como el contrato de obra, la oposición es particularmente evidente cuando el estado de cosas que prevalecía en el momento en que se perfeccionó el contrato se transforma radicalmente por acontecimientos que razonablemente estaban fuera de toda previsión en la época en que debe ser cumplido o ejecutado, haciendo exageradamente onerosa para una de las partes el cumplimiento de sus obligaciones.

La disyuntiva en estos casos está entre la estabilidad del contrato, que obliga a los contratantes a cumplir puntualmente aquello que en forma legal han convenido, y la educación del contrato que las circunstancias imprevisibles obligan a verificar con base en la equidad y a la buena fe. De acuerdo con nuestro derecho civil no está claro si debe obligarse a los contratantes a cumplir puntualmente con lo pactado, a pesar de que el cambio de circunstancias haga exageradamente onerosa la carga de uno de los contratantes, ni tampoco está claro si debe permitirse que aquel que resiente los efectos de la imprevisión pueda solicitar la reducción proporcional de sus obligaciones o, en su caso, la resolución del contrato.



2.2.2. Justificación

En México, tanto en la doctrina¹²³ como los tribunales¹²⁴, reconocen el principio de *Pacta Sunt Servanda*, por virtud del cual los contratos deben cumplirse conforme a lo establecido.

No obstante lo anterior, en nuestra opinión el propio Código Civil para el caso de que en un contrato surgiera un desequilibrio económico contractual para una de las partes, sin ser muy claro en su concepto, podría aplicarse la Teoría de la imprevisión, si nos basamos en el principio de buena fe y en la celebración del contrato conmutativo. El artículo 1796 del Código Civil reconoce implícitamente que en los contratos existe la cláusula *Rebus Sic Stantibus*, ya que dicho artículo reza: "Los contratos obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley".

Es claro el principio que no solamente los contratos cumplen conforme a lo literalmente pactado, sino a otros principios como pueden ser la buena fe, o la costumbre. Por lo que respecta a la buena fe, si bien no hay una definición legal ni jurisprudencial, la doctrina nos dice en términos generales que: "la buena fe es un estado del ánimo que debe ir conforme a la creencia que se profese, en una época y

¹²³ Cfr. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *Derecho de las Obligaciones* editorial Cajica Puebla, Puebla, 1974, pp 377 y ss; BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 7ª edición, Porrúa, México, 1971, p 329

¹²⁴ PAGO DE LA RENTA EN DOLARES, ES LÍCITO SI ASÍ LO ESTABLECIERON LAS PARTES. El axioma *Pacta Sunt Servanda* determina que la voluntad de los contratantes es la ley suprema en el acto jurídico que realizan, y si a ello se suma que en la interpretación de los contratos, según lo prescribe el numeral 1851 del Código Civil para el Distrito Federal, debe estarse al sentido literal de sus cláusulas cuando sus términos son claros y no dejan duda sobre la intención de las partes, lógicamente es viable inferir que la arrendataria cumplirá debidamente su obligación entregando la suma pactada en dinero extranjero

Amparo Directo 11910/84, Constructora y Perforadora Itáloc, S.A. 16 de febrero de 1987, 5 votos, ponente. Jorge Olivera Toro. Secretario: Agustín Urdapilleta Itreuba, Segunda parte Civil, p-16.



en una colectividad determinada, acorde a la razón y a la ley, considerado útil y a propósito para la convivencia humana”.

Podemos suponer que dicha creencia es vigente por la concepción que tenía una de las partes en el momento del nacimiento de la obligación y que era conocida de la otra parte, o bien, de la concepción común de las dos partes relativa a la existencia, la realización futura o la persistencia de ciertas circunstancias sobre las cuales descansa y se basa la voluntad contractual.

Basado en las condiciones imperantes, las partes establecen la equivalencia de las prestaciones y manifiestan su voluntad por celebrar un contrato conmutativo, pues la esencia de estos contratos es que las partes puedan apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. artículo 1838 del Código Civil para el Distrito Federal. Al momento de la celebración de estos contratos es evidente la voluntad de las partes de no celebrar un contrato aleatorio, que es aquél para lo cual la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida. sino hasta que ese acontecimiento se realice, artículo 1838 del Código Civil para el Distrito Federal.

Esto es lo que consideramos ocurre cuando se presenta alguna situación imprevista en el contrato, en donde se convierte un contrato conmutativo en aleatorio, viciando de error de hecho el consentimiento de una e las partes, invalidando el contrato, pues el motivo determinante de la voluntad de las partes era celebrar un contrato conmutativo en donde las partes apreciaban el beneficio o la pérdida que les cuasare esta relación, y no un contrato aleatorio en el cual las partes no puedan evaluar las ganancias o las pérdidas en función de eventos futuros, artículo 1813 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por lo anterior, considero que la teoría de la imprevisión sí puede aplicarse en México tanto en los contratos administrativos que se celebren, como en los contratos privados, pues, por un lado, existen los fundamentos jurídicos basados en la buena fe

y en el error de hecho en la voluntad de los contratantes, artículos 1796, 1838, y 1813 del Código Civil para el Distrito Federal y, por otro lado, existen los presupuestos mencionados de la imprevisión

Vale la pena analizar el enriquecimiento ilícito como hipótesis para reducir los efectos del desequilibrio económico contractual en los contratos de obra, el cual en su artículo 1882 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que: "El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en medida de que él sea enriquecido"

En este supuesto no podrá aplicarse a la depreciación monetaria tratándose de obligaciones, toda vez, que uno de los presupuestos es que el desplazamiento patrimonial carezca de causa jurídica, contractual o extracontractual, de modo que la persona empobrecida no tenga otro medio de obtener la indemnización¹²⁵, lo cual tratándose de obligaciones, siempre hay una causa jurídica ya sea contractual o extracontractual

2.2.3. Marco Legal del Contrato de Obra.

2.2.3.1. Concepto Legal

De acuerdo a lo establecido en el artículo 2616 del Código Civil para el Distrito Federal, que únicamente regula dentro del contrato de obras la modalidad de "a precio alzado", lo define así: "El contrato de obras a precio alzado, cuando el empresario dirige la obra y pone los materiales, se sujetará a las reglas siguientes" y conforme al artículo 2617 del Código Civil para el Distrito Federal: "Todo el

¹²⁵ Sexta época: Vol XV, p 154, Amparo Directo 5889/57, Manuel Melo Ríos, 5 votos, Vol XXXII, p 152, Amparo Directo 2190, Isaac Landau Eidels, 5 votos, Vol XLVI, p 81 Amparo Directo 7233/58, Arturo Gómez Nuñez, 4 votos. Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación, 4ª parte, Tercera Sala, p 572 (467)"



riesgo de la obra correrá a cargo del empresario hasta el acto de la entrega a no ser que hubiere morosidad de parte del dueño de la obra en recibirla o convenio expreso en contrario”

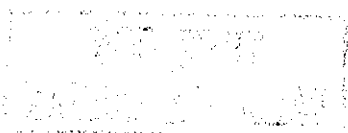
Del concepto anteriormente mencionado vemos que el riesgo de la obra es a cargo del constructor, salvo que hubiere pacto en contrario y para reforzar esto basta ver los artículos 2626 y 2627 del Código Civil para el Distrito Federal que a continuación establecen:

“Artículo 2626 - El empresario que se encargue de ejecutar alguna obra por precio determinado no tiene derecho de exigir después ningún aumento, aunque lo haya tenido el precio de los materiales o de los jornales”.

“Artículo 2627 - Lo dispuesto en el artículo anterior, se observará también cuando haya habido algún cambio o aumento en el plano o diseño, a no ser que sean autorizados por escrito por el dueño y con expresa designación del precio”

2.2.3.2. Elementos esenciales y de validez

Por lo que se refiere al consentimiento, es indistinto quien ofrezca y quien acepte. Ambas partes requieren gozar plena capacidad de goce y de ejercicio. La voluntad debe manifestarse sin vicios y sin excepción alguna. Es un contrato formal que debe constar por escrito de acuerdo a lo establecido en el artículo 2618 que señala que: “Siempre que el empresario se encargue por ajuste cerrado de la obra en cosa inmueble cuyo valor sea de más de cien pesos. se otorgará el contrato por escrito, incluyéndose en él una descripción pormenorizada, y en los casos que lo requieran, un plano, diseño o presupuesto de la obra”.



Las consecuencias jurídicas que son el objeto directo del contrato, se traducen en la obligación del empresario de realizar la obra con materiales propios y con la asunción del riesgo de la terminación de la misma. Además, el empresario debe desempeñarse personalmente, pues el artículo 2633 le impide hacer ejecutar la obra por otro, salvo que se haya pactado o permitido ello expresamente por el dueño de la obra, pero en todo caso, será bajo la responsabilidad del empresario

El dueño de la obra está por su parte obligado a cubrir el importe de la misma, lo que deberá ser al entregarse aquélla, salvo que se hubiese pactado lo contrario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2625 del Código Civil para el Distrito Federal.

El autor Jorge Alfredo Domínguez¹²⁶, señala que este contrato de obras a precio alzado no es un contrato de aplicación constante, sin embargo, tampoco puede considerársele en completo desuso y que para que se den las condiciones de su celebración es necesario que exista estabilidad económica, para que el empresario pueda desde la celebración del contrato calcular las erogaciones a su cargo por la construcción de la obra, así como la utilidad que va a recibir, la cual tiene todo derecho de percibir, en virtud de que es quien arriesga al estar contratando pudiendo variar tanto los precios de materiales, como las condiciones de trabajo.

Añade este autor que por el contrario, las épocas de inflación acelerada y constante devaluación, no son propicias para la celebración del contrato. La construcción de obras ajenas ha dado lugar a otro tipo de acuerdos vinculatorios, en los más de los cuales el dueño de la obra hace ministraciones al constructor en la medida del avance de aquélla.

¹²⁶ Cfr. DOMÍNGUEZ MARIÑEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil-Teoría del Contrato-Contratos en Particular*, Porrúa, México, 2000, p 639



De lo expuesto por este autor diferimos en que este es un contrato de aplicación constante, como él lo denomina ya que actualmente, es una de las formas más comunes de contratación de obras, tanto públicas como privadas.

Existen en la práctica además algunas otras formas de contratación distintas de las aquí mencionadas o que prevé la ley, las cuales veremos con detenimiento en el siguiente capítulo de este trabajo de investigación dentro de las cuales podemos mencionar:

- ♦ Contratos de Construir y Transferir
"Build and Transfer"
- ♦ Contratos para Construir, Arrendar y Transferir
"Build, Lease and Transfer"
- ♦ Contrato para Construir, Operar y Transferir
"Build, Operate and Transfer"
- ♦ Contrato para construir y operar en propiedad o
"Build, Own and Operate"
- ♦ Contrato para Construir, Transferir y Operar
"Build, Transfer and Operate"
- ♦ Modalidad de contratación para Adicionar y Operar,
"Contract, Add and Operate"
- ♦ Contrato para Desarrollar, Operar y Transferir,
"Develop, Operate and Transfer"
- ♦ Contrato para Rehabilitar, Operar y Transferir,
"Rehabilitate, Operate and Transfer"
- ♦ Contrato para Rehabilitar y Operar en propiedad,
"Rehabilitate, Own and Operate"
- ♦ Contratos "Llave en mano"
- ♦ Contratos de Ingeniería, Procuración y Construcción,
"Engineering, Procurement and Construction Contract"



Como se puede apreciar existen diversos tipos de contratos de obra que no están específicamente regulados en la legislación mexicana, situación preocupante si tomamos en cuenta que en la práctica y en el medio de la construcción, son contratos utilizados cotidianamente, perfectamente conocidos y aceptados, quedando sus reglas de contratación plasmadas en el documento contractual. Es por ello, que consideramos de suma importancia que se analice por parte del legislador, las partes estructurales más importantes de cada uno de los contratos, para que así, puedan plasmarse dentro de la regulación de los contratos de obra, cláusulas comunes a los diversos tipos de contratos de obra, generales, justas y equitativas para las partes que en ellos intervienen. Más aún, si estimamos que los contratos de construcción representan para sus contratantes, en la mayoría de los casos, negocios que implican fuertes cantidades de dinero, inversiones que desde nuestro punto de vista no deben quedar al margen de la ley, ni mucho menos ponerse en duda, el que en caso de surgir un desequilibrio económico del contrato, resulte en la imposibilidad de continuar con la ejecución del mismo, por lo gravoso que se haga para alguna de las partes, y que también se prevean mecanismos ágiles, que resuelvan estas controversias.

2.2.4. La Teoría de la Imprevisión

Eugene Petite¹²⁷ menciona que si partimos del Derecho romano, cabe recordar que el mismo existieron contratos de derecho estricto y contratos de buena fe. En los primeros de ellos, en caso de conflicto el juez debería atenerse a la letra misma del contrato, sin poder realizar ninguna consideración de equidad, en tanto que tratándose de los contratos de buena fe cualquier controversia debería arreglarse tomando en cuenta la equidad. Por ende, existían acciones de derecho estricto y acciones de buena fe. Los contratos sinalagmáticos o bilaterales eran de buena fe, en tanto que las obligaciones

¹²⁷ Cfr. PETITE, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducido de la 1ª edición francesa, Editora Nacional. México, 1971 p 213

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

nacidas de los contratos unilaterales eran de estricto derecho. Comenta Floris Margadant¹²⁸, que por ello se consideraba que si el cumplimiento de un contrato de buena fe se hacía excesivamente oneroso por hechos posteriores e imprevistos, el acreedor no podría aprovecharse de esa situación, al haberse modificado el equilibrio entre la prestación y la contraprestación pactada.

Guillermo Cabanellas¹²⁹, que desde luego, que de presentarse esta cuestión, la resolución quedaría al arbitrio del juez tomando en cuenta la buena fe; "*Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat*" (La buena fe exigida en los contratos, requiere una suma equidad).

Francesco Messineo¹³⁰, hace referencia a que los juristas de la Edad Media consideraron que los contratos de ejecución diferida, continuada o periódica, mantenían su obligatoriedad únicamente cuando en su etapa de ejecución subsistiera un equilibrio en las obligaciones recíprocas tomadas en cuenta por las partes en el momento de celebrar el contrato, pero no conservaría esa obligatoriedad cuando tales circunstancias sufrieran una modificación posterior a la fecha en que se perfeccionó el mismo y que rompieran el equilibrio entre las prestaciones originalmente pactadas

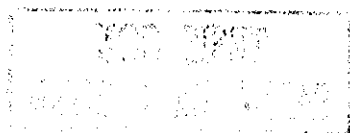
A fin de entender la tan mencionada Teoría de la Imprevisión, es importante también referirnos a la cláusula *rebus sic stantibus*, la cual como lo señala Planiol¹³¹, es una regla de interpretación que los glosadores creyeron encontrar en el *Digesto*

¹²⁸ Cfr. FLORIS MARGADANI, Guillermo, *El Derecho Romano Privado Como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*. Editorial Esfinge. S A 5ª edición. México, 1972, p. 342

¹²⁹ Cfr. CABANELLAS, Guillermo, *Repertorio Jurídico de Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos*. Editorial Bibliográfica Argentina. Única Edición, Buenos Aires, 1959, p. 17.

¹³⁰ Cfr. MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*. I II, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 373

¹³¹ PLANIOL, Marcel, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Vol VII, traducción de la 12ª edición francesa por el licenciado José M. Cajica Jr, México, 1947, p. 104



Etimológicamente esta locución latina significa "quedando las cosas así como están, en el mismo estado"¹³². Dicha cláusula se consideraría implícita en todos los contratos conmutativos con prestaciones recíprocas y de tracto sucesivo o de ejecución continuada o periódica, como regla general de interpretación. El objeto de la misma sería obtener la revisión o en su caso la resolución del negocio jurídico, en el supuesto de una excesiva onerosidad superveniente no prevista por los contratantes.

La doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* se desarrolló en tiempos pasados y según la misma todo contrato conmutativo únicamente sería vinculante para las partes siempre y cuando las circunstancias fundamentales bajo las cuales el mismo se perfeccionó no se hubieran modificado sustancialmente, ya que en caso de presentarse una situación futura que no fue prevista al momento de otorgarse el negocio jurídico, provocándose así un desequilibrio entre las prestaciones recíprocas de cada parte, ese acto jurídico podría ser resuelto o revisado.

Al hacer referencia a la Teoría de Imprevisión el Diccionario de Derecho Privado¹³³ explica que en la primitiva forma de la cláusula *rebus sic stantibus*, el deudor sólo podía liberarse de sus obligaciones ante una alteración de las circunstancias que provocara onerosidad excesiva.

"Lo que se hacía, pues, era introducir una regla de interpretación de la voluntad de las partes. Así entendida esta teoría, supone una ficción y es arbitrario afirmar que todo contrato se debe entender concluido con esta reserva. Pero el problema es hasta que límite goza el juez de libertad en sus

¹³² CABANELLAS, Guillermo, *Op Cit* p 131.

¹³³ DE CASSO y ROMERO, Ignacio y CERVERA, Francisco, 1ª edición, Editorial labor, S.A., Barcelona, España, 1950, p 908.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

fallos, frente a los preceptos de la ley, pues si el juez romano gozaba de libertad para decidir por el dictado de la *bona fides*, sin más que preguntarse que dificultades de ejecución eran las que según la buena fe, debían liberar al deudor de su obligación, el jurista moderno, por el contrario se encuentra ante un código con normas definidas, sin que en general se aluda al problema en los códigos modernos, que sólo contemplan la imposibilidad del cumplimiento de la obligación”

Desde luego debemos distinguir entre la imposibilidad jurídica o material para el cumplimiento de una obligación, de la onerosidad exorbitante sobrevenida con posterioridad a la celebración del acto jurídico. Es importante recordar, que el hecho positivo o negativo objeto del contrato debe ser posible y lícito, artículo 1943 del Código Civil para el Distrito Federal; imposible es el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que necesariamente debe regirlo y que constituye un obstáculo insuperable para su realización. Sin embargo, el hecho física o jurídicamente imposible es una causa que provocaría la inexistencia del acto jurídico (o la nulidad absoluta del mismo, dependiendo de la teoría que se adopte). Por lo anterior, no debemos confundir la imposibilidad de cumplir una obligación contraída bajo determinadas circunstancias presentes al momento de contratar, con la onerosidad exorbitante sobrevenida que modifique radicalmente las circunstancias tomadas en cuenta al perfeccionarse el contrato, toda vez que en el primer supuesto el negocio jurídico será inexistente, en tanto que en el segundo la obligación podrá cumplirse aun cuando ello sea con un gran sacrificio.

Siguiendo este orden de ideas, la Teoría de la Imprevisión se entiende como una excepción al principio de obligatoriedad de los contratos y al cumplimiento de buena fe de los mismos. En la legislación, doctrina y jurisprudencia extranjera se ha llegado a aceptar su aplicación, en determinados casos especiales, y

algunos códigos civiles de México también la regulan, como lo veremos más adelante. Esta excepción tendría lugar en los siguientes supuestos:

- a. Que hubiera sobrevenido, con posterioridad a la celebración del contrato, un cambio en las circunstancias de hecho tomadas en cuenta al momento de contratar;
- b. Que dicho cambio de circunstancias no se hubiera previsto por las partes o no se hubiera podido prever;
- c. Que se hubieran modificado sustancialmente las obligaciones pendientes de cumplir pactadas por los contratantes;
- d. Que resulte una onerosidad excesiva para alguna de las partes contratantes, recurriéndose para ello a un criterio objetivo;
- e. Que la modificación de las circunstancias tomadas en cuenta al contratar obedezca a causas extraordinarias;
- f. Que la modificación de las circunstancias se genere por causa ajena a la parte que la invoca.
- g. Que se provoque una ruptura en la equivalencia de las obligaciones recíprocas convenidas al momento de celebrarse el contrato.

Concurriendo los elementos anteriores la parte afectada podría pedir la resolución o la revisión del contrato, en este último supuesto para obtener el restablecimiento en la paridad o equilibrio de la prestación y contraprestación, siempre y cuando el afectado no hubiese incurrido en mora.

Para la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, se requiere que la onerosidad sobrevenida obedezca a circunstancias de carácter extraordinario e imprevisible.

Para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* es necesario el concurso de las dos características mencionadas. Así las cosas, si la onerosidad sobreviene por un acontecimiento extraordinario, pero previsible, no tendrá aplicación esta cláusula. Lo mismo se puede decir cuando se trate de un acontecimiento normal pero imprevisible.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En el derecho mexicano como se ha venido mencionando reiteradamente, es una regla general que los contratos sean cumplidos siguiendo el principio fundamental *pacta sunt servanda*¹³⁴. Es decir, los contratos una vez perfeccionados obligan a las partes a lo expresamente pactado así como a las consecuencias, que según su naturaleza son conforme a la buena fe al uso o a la ley. Este principio parte de la idea de que quien realiza un acto jurídico debe tomar en consideración determinadas circunstancias de hecho (económicas, políticas o jurídicas) que justifican su voluntad de realizar ese negocio jurídico con el objeto de alcanzar un fin determinado, por lo que debe prever el alcance de las obligaciones que asume y las consecuencias de dicho acto jurídico. En el supuesto de que el contrato deba continuar surtiendo sus efectos en el futuro por ser de ejecución diferida o de tracto sucesivo, también tienen importancia los acontecimientos que pudieran ocurrir en el momento de su ejecución. Sin embargo, autores como Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff¹³⁵ coinciden al señalar lo siguiente a este respecto: "Las representaciones de las circunstancias que las partes no hayan llevado al contenido del negocio son, en principio, extrañas a la apreciación judicial."

Siguiendo este orden de ideas, por estos autores, en nuestro sistema jurídico no tiene aplicación la Teoría de la Imprevisión en razón de un principio de seguridad jurídica y a fin de garantizar el cumplimiento y ejecución de los contratos válidamente celebrados por las partes.

¹³⁴ Los pactos jurídicos han de cumplirse. En el *Repertorio Jurídico de Locuciones Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos* se indica lo siguiente: "Esta afirmación, que tan natural se estima hoy, constituyó en su momento una revolución jurídica frente al rígido formalismo contractual romano que solo reconocía acción procesal a ciertos pactos; mientras los restantes, los no incluidos en el favor de las fórmulas del Derecho vigente, los pactos nudos, quedaban entregados al espontáneo cumplimiento de las partes que los hubieran concertado", México, 1989, p. 194.

¹³⁵ ENNECCERUS, Ludwiv; THEODOR, Kipp; y MARTÍN WOLFF, Boch, *Tratado de Derecho Civil*, I II, Editorial Casa, 2ª edición, Barcelona, España, 1954, p. 214.

A este respecto, Planiol¹³⁶ se pronuncia diciendo: "Cuando un contrato impone por cierto lapso prestaciones sucesivas al deudor, el acreedor ha querido garantizarse contra todas las eventualidades posteriores, y particularmente contra la variación en los precios"

De conformidad con lo expuesto, a pesar de nuestra opinión sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, la legislación en general, así como los tribunales, no aceptan esta cláusula, ya que prevén que de acuerdo con el texto expuesto del artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, si bien es cierto que en este precepto se hace referencia directa a la buena fe y ésta constituye un principio general del derecho, será precisamente en consideración a la buena fe que el obligado debe conducirse como persona consciente de su responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones que asumió contractualmente, aun cuando sobrevengan acontecimientos que no se previeron y que la modifiquen, de acuerdo al criterio sostenido por la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver los juicios de amparo directo números 1947/80 (resuelto el día 15 de octubre de 1980). En relación a lo expuesto y para una mayor claridad transcribo literalmente la siguiente Tesis:

"CONTRATOS, INAPLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN LOS El artículo 1625 del Código Civil del Estado de México, igual al 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, supletoriamente aplicado (tratándose de una compraventa mercantil), siguiendo el sistema rígido de los contratos, acorde con el principio relativo a los efectos de la declaración de voluntad, dispone que aquéllos obligan a las partes al exacto cumplimiento de las prestaciones expresamente pactada, y además, a las consecuencias que e los mismos se deriven según su naturaleza, conforme a la buena fe, al uso o a la ley, precepto que, en esas condiciones, no deja

¹³⁶ PLANIOL, Marcel, *Op Cit* p 105



lugar a su interpretación a fin de aplicar la teoría de la imprevisión en razón de esa buena fe, que obviamente constituye un principio general de derecho, pues precisamente, con base a ella, el obligado debe conducirse como persona consciente de su responsabilidad en el cumplimiento cabal de sus obligaciones, "cualquiera que resulte la magnitud de su contenido, aun cuando sobrevengan acontecimientos que no se previeron o no pudieron preverse y que la modifiquen", como lo estima Trinidad García en su *Teoría de la imprevisión en los contratos bajo el régimen de Derecho Civil y del Common Law*, máxime si se toma en cuenta que de acuerdo con lo estatuido en el artículo 385 del Código de Comercio, las ventas de naturaleza mercantil no se rescinden aun por causa de lesión, sin que ello impida, por otra parte, que de existir causas imprevisibles que alteren fundamentalmente a la economía de un determinado grupo social, no apreciado por las partes, se modifiquen las condiciones de los contratos relativos, mediante disposiciones de carácter general."

"Amparo directo 1947/80 Hidrogenadora Nacional, S.A., 15 de octubre de 1980. 5 votos Ponente: J. Ramón Palacios Vargas"
"Semana Judicial de la Federación. Séptima Época. Tercera Sala. Tomo: 139-144 Cuarta Parte. P.29"

2.2.4.1. Teoría de la Imprevisión en el Estado de Jalisco.

En algunos códigos civiles como el del Estado de Jalisco, el de Tamaulipas Aguascalientes y Guanajuato, se regula de forma expresa la Teoría de la Imprevisión.

Por lo que se refiere a la legislación vigente en Jalisco, en el artículo 1266 del Código Civil del Estado se contempla una hipótesis similar a la establecida en el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, con la salvedad de que en el mismo se prevé de manera expresa la Teoría de la Imprevisión en los numerales 1787 y 1788. En el primer precepto se establece que:

"Consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato y por lo tanto, salvo aquéllos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los negocios de ejecución a largo plazo de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios que rompan con la reciprocidad, la equidad o la buena fe de las partes, podrá intentarse la acción tendente a la recuperación de ese equilibrio y cuando el demandado no estuviera de acuerdo con ello, podrá optar por su resolución."

En ese supuesto, la parte que hubiera obtenido la cesación de los efectos de un contrato deberá indemnizar a la otra, por mitad, de los perjuicios que le ocasione la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato, incluyendo gastos y demás erogaciones que tuvieran que hacerse para lograr las mismas prestaciones en los términos en que sean usuales o justos en ese momento, como se establece en el artículo 1788 del mismo Código Civil

2.2.4.2. Teoría de la Imprevisión en el Estado de Tamaulipas.

Por lo que se refiere al Código Civil del Estado de Tamaulipas, los artículos 1261 y 1262 establecen lo siguiente:

"Artículo 1261 - En los contratos bilaterales de ejecución diferida o de tracto sucesivo, cuando las circunstancias que prevalecían en el momento de su celebración y que influyeron de manera importante en la determinación de

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

las partes para celebrarlo sufren alteración sustancial por un hecho imprevisible, de manera que el cumplimiento de sus cláusulas tal como fueron estipuladas rompería el equilibrio de las prestaciones, el juez podrá dictar las modificaciones necesarias para restablecer la equidad en la ejecución del contrato”

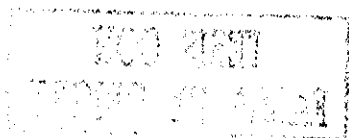
“Artículo 1262.- El juez sólo podrá acordar la modificación del contrato:

- I. Por sentencia que pronunciará a instancia del perjudicado;
- II. Si en el juicio se prueba que la alteración de las circunstancias fue imprevisible y general en la región o país;
- III. Sin modificar la naturaleza y los elementos sustanciales del contrato”

2.2.4.3. Teoría de la Imprevisión en el Estado de Aguascalientes.

En el artículo 1733 del Código Civil de Aguascalientes se prevé que:

“El consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el acto; por tanto, salvo aquellos que aparezcan celebrados, los contratos podrán declararse rescindidos cuando, por haber variado radicalmente las condiciones generales del medio en que debían tener cumplimiento, sea imposible satisfacer la verdadera intención de las partes y resulte, de llevar adelante los términos aparentes de la convención, una notoria injusticia o falta de equidad que no corresponda a la causa del contrato celebrado. Este precepto no comprende las fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico o social ni los cambios de posición o circunstancias de los contratantes en la sociedad, sino sólo aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevienen por



hechos de carácter general y que establecen una desproporción absoluta entre lo pactado y lo que actualmente debiera corresponder a la terminología empleada en el contrato”.

En el artículo 1734 del mismo ordenamiento consultado se establece que:

“En todos los casos de aplicación del artículo anterior, la parte que hubiera obtenido la cesación de los efectos de un contrato deberá indemnizar a la otra, por mitad, de los perjuicios que le ocasione la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato, demás de los gastos que ello genere ”

Obviamente las disposiciones legales comentadas tendrán aplicación exclusivamente para los negocios jurídicos que se celebren en los Estados de Jalisco, Tamaulipas, Aguascalientes o aquéllos en cuya legislación existan preceptos similares a los comentados, o cuando los contratos tengan su ejecución en dichas entidades, por tratarse de disposiciones imperativas de tal suerte que debe prevalecer el orden público interno

2.2.4.4. Teoría de la Imprevisión en el Estado de Guanajuato.

Para el Estado de Guanajuato, en su artículo 1351 del Código Civil admite expresamente la imprevisión, pero únicamente en su aspecto negativo, esto es, que actualmente el afectado sólo puede aspirar a la resolución del contrato, pero no a su persistencia con modificaciones equitativas

En efecto, la fracción III del artículo referido, sólo permite que el contratante, cuya obligación ha llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles ajenos a su voluntad, tenga acción para intentar que el contrato se resuelva; pero no le autoriza a solicitar la modificación equitativa de las condiciones del mismo, ya que esto último sólo es motivo de excepción que

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

puede ser opuesta por el otro contratante a quien le interesa la persistencia del contrato

La excepción de modificación equitativa de las condiciones del contrato es de naturaleza perentoria, porque su procedencia destruye la acción tendiente a resolver el contrato

La redacción actual de la fracción comentada no toma en cuenta que también al actor puede interesarle la subsistencia del contrato siempre y cuando sus condiciones se modifiquen equitativamente.



CAPÍTULO TERCERO

CONTRATACIÓN DE OBRA PÚBLICA Y PRIVADA UTILIZADA EN LA PRÁCTICA

3.1. Introducción

Una vez analizado este concepto del equilibrio económico contractual bajo los diferentes puntos de vista que nos presentan varios autores, así como las legislaciones de los países a que se hace referencia en el primer capítulo del presente trabajo, y expuesto el contrato de obra pública y privada en México conforme a nuestra legislación, es que consideramos oportuno en el presente capítulo, desarrollar en principio, la manera que son celebrados y ejecutados actualmente en la práctica los contratos de obra pública y privada en nuestro país

Antes de iniciar mencionando los diferentes tipos de contratos utilizados comúnmente en la práctica, consideramos necesario hacer un repaso somero a conceptos y marcos legales propios de nuestro tema de tesis.

3.2. Convenios y Contratos

3.2.1. Convenio

Conforme lo dispone el artículo 1792 del Código Civil para el Distrito Federal, un Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones

3.2.2. Contrato

Los Convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de Contratos, artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.2.2.1. Contratos tradicionalmente usados para la ejecución de obra

Durante muchos años, en México y en otros países, para la ejecución de obras públicas o privadas se utilizaron los contratos de obra, tanto el contrato de obra a precio alzado que se encuentra como se señaló en el capítulo anterior, regulado en lo que respecta a México, en los artículos 2616 a 2645 del Código Civil, como el contrato de obra pública, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

3.2.2.2. Niveles de la legislación en México para los contratos de obra:

- ❖ Legislación Federal
- ❖ Legislación Estatal
- ❖ Legislación Municipal

3.3. Principios bajo los cuales se rige la contratación de obra pública

Existen determinados principios bajo los cuales se contrata una Obra Pública, entre los que se encuentran:

3.3.1. Principio de Transparencia

De acuerdo con este principio:

- ♦ El contratista se elige mediante un acto de selección
- ♦ En el proceso de selección los proponentes tienen oportunidad de conocer toda la información posible
- ♦ Los actos de la autoridad son públicos y los expedientes están abiertos a los postores
- ♦ Las actuaciones de la autoridad pueden ser objeto de observaciones o ser controvertidas cuando proceda.



- ♦ Los actos administrativos son motivados en forma detallada.
- ♦ Las autoridades no pueden actuar con desviación o abuso de poder y se sujetan a la Ley.

3.3.2. Principio de Economía

En cumplimiento de este principio:

- ♦ En los procesos de selección se establecen y cumplen los procedimientos y etapas estrictamente necesarios
- ♦ Las normas se siguen de manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los previstos.
- ♦ Se busca evitar dilaciones y retardos en la ejecución del Contrato.
- ♦ Se adoptan procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias
- ♦ Las autoridades iniciarán los procedimientos cuando existan las partidas o disponibilidades presupuestarias
- ♦ El acto de adjudicación, el Contrato y demás actos se ajustan a lo dispuesto en la Ley

3.3.3. Principio de Responsabilidad

De acuerdo con este principio:

- ♦ Los servidores públicos están obligados a procurar el cumplimiento de los fines de la contratación, y a proteger los derechos de la entidad licitante, sin perjuicio de los intereses de contratistas y terceros.
- ♦ Los servidores serán legalmente responsables por sus actuaciones y omisiones antijurídicas
- ♦ Las actuaciones de los servidores públicos estarán regidas por conducta ajustada a la Ley, y son responsables por infracciones a la Constitución,

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

y por extralimitación de funciones o por omisiones en el ejercicio de éstas.

- ♦ Es responsabilidad del jefe o representante de la entidad licitante la dirección del proceso de selección

3.4. Artículo 134 Constitucional:

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

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

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

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

3.5. Ley de Adquisiciones y Obra Pública

Conforme se señaló claramente en el capítulo anterior, en México, el contrato de obra pública se encuentra regulado por la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas que entró en vigor el 4 de marzo de 2000; Ley que es reglamentaria del artículo 134 constitucional.

Cabe mencionar, que la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas rige en materia federal, por lo que aplica cuando se trate de ejecutar obras públicas en el Distrito Federal, o bien dentro de la República Mexicana, pero con fondos federales.

En el caso de obras públicas que se ejecuten en los Estados, y no se financien con fondos federales, total o parcialmente, son aplicables las legislaciones locales

3.5.1. Tipos de contratos de obra según la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Como también ya se mencionó en el capítulo anterior, de acuerdo con la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en su artículo 45, señala que los contratos de obra pública pueden ser de tres tipos: sobre la base de precios unitarios, a precio alzado y mixtos.

3.5.2. Excepciones a la Licitación pública

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas establece en su artículo 41 que en ciertos supuestos, las dependencias y entidades de la administración pública federal pueden omitir el procedimiento de licitación pública y celebrar contratos de obra pública a través de lo que Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas llama un procedimiento de invitación restringida

El procedimiento de invitación restringida, señalado en esta ley en su artículo 42, consiste en cualquiera de las dos opciones siguientes:

- ❖ Invitación a cuando menos tres contratistas, ó
- ❖ Adjudicación directa

3.5.3. Procedimiento de invitación restringida

Este procedimiento sólo puede seguirse, bajo la responsabilidad de la dependencia o entidad, en los casos siguientes:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- ❖ Si el contrato sólo puede celebrarse con determinada persona, por tratarse de obras de arte, titularidad de patentes, derechos de autor u otros derechos exclusivos.
- ❖ Peligro o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, la seguridad o el ambiente de alguna zona, como consecuencia de desastres producidos por fenómenos naturales, por casos fortuitos o de fuerza mayor.
- ❖ Se hubiere rescindido el contrato respectivo por causas imputables al contratista.
- ❖ Se realicen dos licitaciones públicas sin que en ambas se hubiesen recibido proposiciones solventes.
- ❖ Se trate de obras que, de realizarse bajo un procedimiento de licitación pública, pudieran afectar la seguridad de la Nación o comprometer información confidencial para el Gobierno Federal.
- ❖ Se trate de trabajos de conservación, mantenimiento, restauración, demolición de inmuebles en los que no sea posible precisar su alcance, establecer el catálogo de conceptos, cantidades de trabajo, especificaciones y programa de ejecución.
- ❖ Se trate de trabajos que requieran fundamentalmente de mano de obra campesina o urbana marginada y se contrate directamente con los habitantes beneficiarios de la obra.



3.6. Modalidades de contratación de obra utilizadas actualmente tanto en los contratos celebrados con la administración pública como entre los particulares¹³⁷

Debido a las dificultades económicas por las que ha atravesado el país en las últimas fechas, el gobierno ha reducido su inversión en el sector de la construcción en obras que eran detonantes en el desarrollo del país, dependiendo su ejecución casi totalmente de la participación del estado; ahora en fechas recientes, la inversión pública ha dejado de ser el impulsor del crecimiento, convirtiéndose en menor escala, la iniciativa privada en el sector que ha dado respuesta a las necesidades de inversión.

Es por ello, que se han desarrollado al margen de la ley nuevos modelos de contratación de obra diferentes de los contratos tradicionales antes mencionados, los cuales están siendo desplazados y como veremos en este tipo de contratación el derecho se ha quedado atrás en su regulación, siendo una necesidad que se adecue a los cambios y necesidades reales que la contratación moderna demanda, para así evitar injusticias y desigualdades y sobre todo que las partes tengan la seguridad, que el tipo de contrato que celebren, se encuentra regulado dentro del marco de la legislación mexicana

Como se puede ver en los diferentes tipos de contrato que a continuación se presentan, en cada uno de ellos, se congregan dos o tres distintos contratos típicos regulados legislaciones de distintos países:

¹³⁷ Estas modalidades de contratación utilizadas en la práctica nacional e internacionalmente, no están reguladas por alguna ley en particular, así como tampoco existe doctrina que se refiera a ellas, haciéndose imprescindible regularlas, que se genere doctrina y diferenciarlas claramente. Son producto de la cultura Norteamericana, las cuales dada la globalización bajo la cual está rigiendo al mundo, las empresas constructoras, si pretenden obtener contratos para ejecutar obras, se ven en la necesidad de celebrar cualquiera de este tipo de contratos, sujetándose casi siempre a las condiciones dadas por los clientes, que son los que fijan las reglas

3.6.1. Contrato de Construir y Transferir "CT" o "Build and Transfer" "BT"

En este tipo de contratos el contratista provee el financiamiento y ejecuta la construcción del proyecto, y una vez terminada la obra la entrega al contratante, el cual pagará bajo los términos acordados al contratista, la inversión total para el proyecto más una utilidad. Pueden ser utilizados en la construcción de cualquier tipo de infraestructura, incluyendo aquella que por razones estratégicas o de seguridad deben ser operadas directamente por el contratante

3.6.2. Contrato para Construir, Arrendar y Transferir "CAT" o "Build, Lease and Transfer" "BLT"

En este sistema de contratación, el contratista puede efectuar desde la planeación, financiamiento, ingeniería, construcción de la obra, y la entrega al contratante, bajo la figura del arrendamiento por un periodo determinado. Al terminar el plazo del arrendamiento, la obra se transfiere al contratante libre de toda obligación.

3.6.3. Contrato para Construir, Operar y Transferir "COT" o "Build, Operate and Transfer" "BOT"

Bajo este tipo de contrato, el contratista lleva a cabo la construcción, incluyendo su financiamiento, de una obra determinada, así como su operación y mantenimiento. El contratista opera la infraestructura por un periodo determinado, durante el cual se le autoriza para cobrar a los usuarios del proyecto alguna tarifa, honorario, o derecho por el uso del mismo, con objeto de que recupere la inversión realizada, así como los costos de operación y mantenimiento. Una vez concluido el plazo fijado para la explotación, el contratista entrega el proyecto al contratante, libre de todo gravamen y en buen estado para continuar operando.



3.6.4. Contrato para Construir y Operar en Propiedad “COP” o “Build, Own and Operate” “BOO”

Mediante este tipo de contratos, el contratista está autorizado para financiar, construir, ser propietario, operar y mantener el proyecto durante un plazo determinado, en el cual recuperará su inversión, costos de operación y mantenimiento, y obtendrá una utilidad razonable, a través del cobro de honorarios, derechos, tarifas, rentas u otros cargos a los usuarios del proyecto. El contratista puede ceder la operación y mantenimiento a algún operador.

3.6.5. Contrato para Construir, Transferir y Operar “CTO” o “Build, Transfer and Operate” “BTO”.

Mediante este sistema de contratación, el contratante encomienda la construcción de una obra determinada generalmente bajo un esquema llave en mano, asumiendo el contratista los riesgos derivados de la construcción. Una vez concluida la obra, el contratista la transfiere al dueño. Posteriormente, el contratista opera el proyecto en nombre del contratante.

3.6.6. Modalidad de Contratación para Adicionar y Operar, “CAO” o “Contract, Add and Operate” “CAO”

Es aquel contrato por el cual el proponente adiciona bienes a una infraestructura existente, misma que está arrendando al contratante; operando posteriormente el proponente la infraestructura mejorada o ampliada, por un tiempo determinado. Al finalizar el periodo de operación, puede si a sí lo acuerdan las partes, existir un arreglo de transferencia en relación con los bienes adicionados.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.6.7. Contrato para Desarrollar, Operar y Transferir, "DOT" o "Develop, Operate and Transfer" "DOT"

Mediante este tipo de contratos, se conceden derechos al contratista para que este pueda desarrollar e implementar algunas adiciones dentro de los linderos del proyecto, y una vez concluida esta, pueda disfrutar de los beneficios adicionales que se generen

3.6.8. Contrato para Rehabilitar, Operar y Transferir, "ROT" o "Rehabilitate, Operate and Transfer" "ROT"

A través de este tipo de contratos, al contratista se le entrega una infraestructura existente, con objeto de que este la rehabilite, la opere y le proporcione mantenimiento durante un periodo determinado. Al extinguirse el plazo, la obra es transferida al contratante o dueño

3.6.9. Contrato para Rehabilitar y Operar en Propiedad, "ROP" o "Rehabilitate, Own and Operate" "ROO"

Mediante este tipo de contratos, al contratista se le entrega una infraestructura existente, con objeto de que este la rehabilite, la opere y le proporcione mantenimiento a título de dueño, es decir, puede continuar operando el proyecto a perpetuidad

3.6.10. Contrato "Llave en mano"

A través de este sistema de contratación, al contratista se obliga a proporcionar al contratante un conjunto de bienes y servicios para la realización completa de un proyecto, que comprenden desde el diseño, el suministro de equipos y materiales, la construcción de la obra civil, y en su caso, el montaje electromecánico, las pruebas y la puesta en operación del proyecto



3.6.11. Contrato de Ingeniería, Procuración y Construcción, "IPC" o "Engineering, Procurement and Construction Contract" "EPC"

Al igual que el sistema anterior, el contratante desarrolla la ingeniería, provee los equipos y materiales y ejecuta la construcción del proyecto. En la actualidad este tipo de contratos son de los más utilizados, generalmente para la construcción de proyectos hidroeléctricos, aunque también se aplican en otro tipo de proyectos como plantas industriales.

3.7. Cláusulas comunes utilizadas en los Contratos de Obra Pública y Privada

3.7.1 Definiciones

En este tipo de contratos generalmente existe una cláusula para establecer conceptos a los que se hace referencia continuamente en el cuerpo del contrato. Así por ejemplo, se define lo que se entiende por "adjudicatario", "bases de licitación", "entidad concedente", "garantía de seriedad", "cierre financiero", "leyes aplicables", "límites de batería", "fecha efectiva del contrato", "recepción provisional", etc.

3.7.2. Precio del contrato

En esta cláusula se estipula el precio que será pagado el contratista, por los servicios que presta. El precio puede ser una suma alzada, fijado a través de precios unitarios, por costos reembolsables, a través del cobro de una tarifa determinada, o inclusive el pago puede pactarse en especie. El precio global del contrato puede desglosarse para facilitar el pago.

3.7.3. Forma de pago

Es muy importante para el contratista conocer la cláusula de forma de pago, con objeto de presentar oportunamente a revisión y aprobación las facturas. Generalmente los pagos de las obras civiles y los montajes, dependen del avance de los trabajos en el sitio, según lo certifique

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

el ingeniero del contratante o supervisor. En el caso de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, por ejemplo, en su artículo 54, señala que:

"Las estimaciones de trabajos ejecutados se deberán formular con una periodicidad no mayor de un mes. El contratista deberá presentarlas a la residencia de obra dentro de los seis días naturales siguientes a la fecha de corte para el pago de las estimaciones que hubiere fijado la dependencia o entidad en el contrato, acompañadas de la documentación que acredite la procedencia de su pago; la residencia de obra para realizar la revisión y autorización de las estimaciones contará con un plazo no mayor de quince días naturales siguientes a su presentación. En el supuesto de que surjan diferencias técnicas o numéricas que no puedan ser autorizadas dentro de dicho plazo, éstas se resolverán e incorporarán en la siguiente estimación

Las estimaciones por trabajos ejecutados deberán pagarse por parte de la dependencia o entidad, bajo su responsabilidad, dentro de un plazo no mayor a veinte días naturales, contados a partir de la fecha en que hayan sido autorizadas por la residencia de la obra de que se trate.

Los pagos de cada una de las estimaciones por trabajos ejecutados son independientes entre sí y, por lo tanto, cualquier tipo y secuencia será sólo para efecto de control administrativo."

En caso de incumplimiento la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, señala en su artículo 55:

"En caso de incumplimiento en los pagos de estimaciones y de ajustes de costos, la dependencia o entidad, a solicitud del

contratista, deberá pagar gastos financieros conforme al procedimiento establecido en el Código Fiscal de la Federación, como si se tratara del supuesto de prórroga para el pago de créditos fiscales. Dichos gastos se calcularán sobre las cantidades no pagadas y se computarán por días naturales desde que se venció el plazo, hasta la fecha en que se pongan efectivamente las cantidades a disposición del contratista.*

3.7.4. Anticipo

Con objeto de iniciar los trabajos relativos a la obra a ejecutar, conviene que en los contratos se pacte el pago de un anticipo en favor del contratista. Por supuesto, generalmente el contratante pedirá a cambio el otorgamiento de una garantía de buen uso del anticipo. En caso de que se haya concedido un anticipo, y este no se entregue oportunamente, el contratista tendrá derecho a que se diferiera el inicio de las obras, según señala lo dispone el artículo 63 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Artículo 63 de la Ley de Obras Públicas y Servicios
Relacionados con las Mismas:

El otorgamiento de los anticipos se deberá pactar en los contratos de obra pública conforme a lo siguiente:

I. Los importes de los anticipos concedidos serán puestos a disposición del contratista con antelación a la fecha pactada para el inicio de los trabajos; el atraso en la entrega del anticipo, será motivo para diferir en igual plazo el programa de ejecución pactado. Cuando el contratista no entregue la garantía de los anticipos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

dentro del plazo señalado en el artículo 38, no procederá el diferimiento y por lo tanto deberá iniciar la obra en la fecha establecida originalmente.”

3.7.5. Moneda de pago

Especial importancia reviste en los contratos que se ejecutarán en el extranjero, la moneda en que se efectuará el pago, por lo que debe preverse si existe libertad de convertibilidad de divisas, o que restricciones existen al respecto. En algunos contratos se estipula el pago en dos monedas, a conveniencia de las partes, lo que es posible, por ejemplo cuando el financiamiento para el proyecto proviene de instituciones multilaterales, como son entre otras, el Banco Interamericano de Desarrollo

3.7.6. Ajustes al precio

Los contratistas en todo contrato deben revisar la posibilidad de que se efectúen ajustes o escalaciones en los precios pactados, esto por motivo de inflación, devaluaciones o cambios de otro tipo que afecten el precio del contrato. Al respecto la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas señala en su artículo 67 que:

“Cuando ocurran circunstancias de orden económico no previstas en el contrato, que determinen un aumento o reducción de los costos de los trabajos aun no ejecutados conforme al programa pactado, dichos costos podrán ser revisados, atendiendo a lo acordado por las partes en el respectivo contrato. El aumento o reducción correspondiente deberá constar por escrito.

No dará lugar a ajuste de costos, las cuotas compensatorias a que, conforme a la ley de la materia, pudiere estar sujeta la importación de bienes contemplados en la realización de una obra ”



3.7.7. Plazo de ejecución y prórrogas en el tiempo de terminación

Los contratos de obra casi siempre incluyen una fecha de iniciación y terminación de los trabajos. Cuando una obra no es terminada dentro del plazo estipulado, el contratista será objeto de penalizaciones, multas o penas convencionales. Por lo tanto, es importante tratar de cumplir con los plazos señalados, o en su caso, solicitar las prórrogas correspondientes en los casos siguientes:

- ❖ Por no haberse entregado oportunamente el anticipo (art. 63 Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas)
- ❖ Por la no disposición oportuna de los inmuebles (art. 65 Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas).
- ❖ Prórroga del plazo por suspensión temporal, parcial o total de la obra (art. 71 Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas)
- ❖ Por la ocurrencia de un evento de caso fortuito o fuerza mayor (art. 72, 91 Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas)

3.7.8. Ordenes de cambio o modificaciones a las obras

Los cambios en el monto o plazo de las obras a ejecutar, así como los incumplimientos de las obligaciones a cargo del contratante o del contratista, deben ser documentadas a través de convenios modificatorios, que se suscribirán para cada caso específico.

Tal es el caso del artículo 70 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, que se refiere a modificaciones del contrato en monto y/o plazo, que en general no deben rebasar el 25% del monto o del plazo pactado en el contrato. Este artículo a continuación establece que :

"Las dependencias y entidades podrán, dentro del programa de inversiones aprobado, bajo su responsabilidad y por razones fundadas y explícitas, modificar los contratos de obra pública mediante convenios, siempre y cuando estos, considerados conjunta o

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

separadamente, no rebasen el veinticinco por ciento del monto o del plazo pactados en el contrato, ni impliquen variaciones substanciales al proyecto original.

Si las modificaciones exceden el porcentaje indicado o varían substancialmente el proyecto, se deberá celebrar, por una sola vez, un convenio adicional entre las partes respecto de las nuevas condiciones, en los términos del artículo 29. Este convenio adicional deberá ser autorizado bajo la responsabilidad del titular de la dependencia o entidad o por el oficial mayor o su equivalente en entidades. Dichas modificaciones no podrán, en modo alguno, afectar las condiciones que se refieran a la naturaleza y características esenciales de la obra objeto del contrato original, ni convenirse para eludir en cualquier forma el cumplimiento de la Ley o de los Tratados”

3.7.9. Garantías: seguros y fianzas

El contratista siempre otorgará en favor del contratante, determinadas garantías, entre las que se pueden mencionar las siguientes:

- ♦ Garantía de seriedad de su oferta
- ♦ Garantía de cumplimiento del contrato
- ♦ Garantía de buen uso del anticipo
- ♦ Garantía contra vicios ocultos

Estas garantías pueden otorgarse a través de fianzas, o títulos de crédito, generalmente cheques, o cualquier otra aceptable en las diferentes legislaciones. Al respecto se sugiere consultar los artículos 38 y 39 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

3.7.9.1. Seguros

En lo referente a los seguros, en la cláusula respectiva se indican las diversas pólizas a contratar y se especifica la obligación del contratista y del contratante para suscribirlas. Se recomienda que el contratista mantenga en vigor un seguro

corporativo que lo proteja contra posibles errores, incluidos los de diseño, si se trata de un contrato llave en mano.

3.7.9.2. Garantías de aforo

En los contratos de concesión, por ejemplo de carreteras, es usual que el concesionario solicite una garantía de aforo mínimo de parte del concedente, a efecto de que si los estudios de demanda no se cumplen, el concesionario pueda tener una garantía de que recuperará su inversión de otra manera. Desafortunadamente, los concedentes en ocasiones no están dispuestos a otorgar esta garantía, corriendo el riesgo de aforo a cargo del concesionario

3.7.9.3. Garantía del concedente

Otras garantías que pueden solicitar el concesionario al concedente, son por ejemplo, el establecer una línea de crédito para hacer frente a posibles contingencias, como inflaciones elevadas, indemnización en caso de revocación de la concesión, por cambios en las leyes que afecten la concesión, entre otras. Como un ejemplo mencionaremos el artículo 46 de la Ley Venezolana No. 138, que permite se otorgue la garantía soberana del Gobierno:

“El Ejecutivo Nacional podrá garantizar obligaciones del concesionario, en cuyo caso la garantía no podrá exceder del setenta y cinco por ciento (75%) de los gastos de los gastos de inversión ni constituirse por un término mayor al que falte para la expiración del plazo de la concesión. Esta garantía podrá aumentarse hasta el noventa por ciento (90%) con la autorización de la Cámaras legislativas en sesión conjunta o de la Comisión Delegada”

3.7.10. Subcontratos

En general las diversas legislaciones permiten que se subcontraten partes de la obra, hasta ciertos límites y con la previa autorización del contratante. En todo caso, el



contratista seguirá siendo el único responsable ante el contratante. Al respecto, el cuarto párrafo del artículo 62 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas dispone que:

“El contratista a quien se adjudique el contrato, no podrá hacer ejecutar la obra por otro; pero con autorización previa de la dependencia o entidad de que se trate, podrá hacerlo respecto de partes de la obra o cuando adquiera materiales o equipos que incluyan su instalación en la obra. Esta autorización previa no se requerirá cuando la dependencia o entidad señale específicamente en las bases de la licitación, las partes de la obra que podrán ser objeto de subcontratación. En todo caso, el contratista seguirá siendo el único responsable de la ejecución de la obra ante la dependencia o entidad ”

3.7.11. Cesión de derechos y obligaciones

En general ninguna legislación permite que se cedan parcial o totalmente, los derechos y obligaciones adquiridos en un contrato de obra. Sin embargo, en el caso de concesiones, en algunos casos si se permite ceder algunos derechos a fin de garantizar créditos, fideicomitir el cobro de peajes, o enajenar un porcentaje de las acciones de la sociedad concesionaria.

3.7.12. Impuestos

Salvo casos excepcionales, el contratista o concesionario deben cubrir todos los impuestos, aranceles, derechos, y todo tipo de contribuciones a que está sujeto de acuerdo con la legislación aplicable. Sin embargo, en ocasiones será factible acogerse a tratados para evitar doble tributación, u obtener beneficios de tipo fiscal, como exenciones de impuestos o tasas preferenciales.

3.7.13. Supervisión e inspección

El contratante y su personal generalmente tendrán acceso con entera libertad al sitio de la obra y todos los lugares donde se efectúen trabajos. Además se permite al contratante por sí o a través de terceros, inspeccionar y supervisar los trabajos, el equipo y materiales, y en su caso, estar presentes en las pruebas que se realicen.



3.7.14. Daños al contratista

Cuando el contratista sufra algún daño o perjuicio derivado de causas imputables al contratante, tiene derecho a que se le compense, para que no se afecte el desarrollo de los trabajos. Si el incumplimiento de parte del contratante lo amerita, puede el contratista solicitar inclusive la rescisión del contrato y el pago de una indemnización. (Por ejemplo, cuando se demuestre que el contratante no es el propietario legítimo de un predio en el que se esté ejecutando una obra.)

3.7.15. Daños al dueño: directos, consecuenciales y daños liquidados.

Mediante esta cláusula, el contratista asume plena responsabilidad por todos los gastos, reclamaciones, procesos o acciones judiciales seguidos por terceras personas en contra del contratante por causas que le sean imputables al contratista. Esta cláusula es muy delicada, ya que puede llegar a resultar de mucho perjuicio para el contratista, si asume además de la responsabilidad por los daños directos, otros daños que se conocen como consecuenciales o daños indirectamente causados, por lo que se recomienda fijar un límite a la responsabilidad.

Los daños liquidados pueden calificarse como pagos globales que debe efectuar el contratista por incumplimiento de ciertas obligaciones previstas en el contrato. Su finalidad es estimular al contratista a desempeñar estrictamente sus obligaciones contractuales.

3.7.16. Perjuicios

Los perjuicios son aquellas ganancias lícitas que deja de percibir el contratante o el contratista, por causas imputables a su contraparte. Por ejemplo, en el caso de que una obra no se entregue dentro del plazo acordado, implica un perjuicio para el contratante, en cuyo caso, pueden pactarse el pago de multas u otras sanciones. El contratista, también puede resultar perjudicado, en el caso que se le llegare a revocar una concesión, y también tendría derecho a ser indemnizado.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.7.17. Caso fortuito y Fuerza mayor

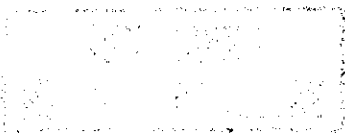
Son acontecimientos cuya realización está fuera del dominio de la voluntad, pues no se les puede prever o aún previéndolos, no se les puede evitar. En el Derecho Mexicano la fuerza mayor y el caso fortuito son sinónimos, ya que el Código Civil los emplea indistintamente, aunque algunos autores consideran que el caso fortuito se refiere a acontecimientos de la naturaleza (terremotos, huracanes, tormentas, granizadas, etc), mientras que la fuerza mayor se relaciona con hechos del hombre (huelgas, motines, guerras, invasiones, etc)

De acuerdo con el artículo 2111 del Código Civil para el Distrito Federal, nadie está obligado a indemnizar si causa un daño por caso fortuito o fuerza mayor, salvo cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad o cuando la ley se lo impone, por lo que el artículo 91 de Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas dispone:

"No se impondrán sanciones o multas cuando se haya incurrido en la infracción por causa de fuerza mayor o de caso fortuito, o cuando se observe en forma espontánea el precepto que se hubiese dejado de cumplir. No se considerará que el cumplimiento es espontáneo cuando la omisión sea descubierta por las autoridades o medie requerimiento, visita, excitativa o cualquier otra gestión efectuada por las mismas".

La fuerza mayor puede dar lugar a la terminación del contrato. Al respecto la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas dispone en su artículo 72 que:

"En la suspensión, rescisión administrativa o terminación anticipada de los Contratos de Obra Pública, deberá observarse lo siguiente:



IV. Cuando por caso fortuito o fuerza mayor se imposibilite la continuación de los trabajos, el contratista podrá suspender la obra. En este supuesto, si opta por la terminación anticipada del contrato, deberá presentar su solicitud a la dependencia o entidad, quien resolverá dentro de los veinte días naturales siguientes a la recepción de la misma; en caso de negativa, será necesario que el contratista obtenga de la autoridad judicial la declaratoria correspondiente.”

3.7.18. Idioma del contrato

En el caso de contratos celebrados entre partes de diferente nacionalidad y que no hablan el mismo idioma, siempre se señalará el idioma que regirá para efectos de interpretación del contrato, que generalmente es el idioma del contratante

3.7.19. Interrupción de la construcción o explotación de las obras

Esta cláusula rige las situaciones en que, por alguna razón, es preciso suspender toda o parte de la obra prevista en el contrato. Generalmente se estipula que, si el periodo de suspensión no se ha especificado, el contratante lo especificará por escrito dentro de los 45 días a partir del primer día de suspensión, estando obligado el contratante a conceder prórrogas adecuadas para compensar el tiempo perdido al contratista. Las partes están obligadas a procurar reanudar las obras a la brevedad posible.

3.7.20. Multas

En los contratos de obra es común estipular multas, que se imponen a las partes por incumplimiento de alguna obligación. Generalmente, las multas se aplican al contratista cuando se incumple el programa de obra

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3.7.21. Cláusula penal

También es común que se pacte una cláusula penal, en la que se estipula el pago de una determinada cantidad en caso de que se produzca algún evento determinado, generalmente de incumplimiento. El artículo 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, que señala las estipulaciones que debe como mínimo contener un contrato de obra pública, establece en su fracción VII que deben incluirse los montos de las penas convencionales.

3.7.22. Terminación anticipada

En todo contrato existirá una cláusula que señale las causales por las cuales puede darse su terminación de modo anticipado. En esta situación el contratista tendrá derecho al pago de los trabajos ejecutados. La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas dispone en su artículo 72, fracción III que:

“III. Cuando concurren razones de interés general que den origen a la terminación anticipada del contrato, la dependencia o entidad pagará al contratista los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables, siempre que estos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato de que se trate”.

3.7.23. Rescisión del contrato

La rescisión de un contrato procede en los casos que exista un incumplimiento grave en las obligaciones de alguna de las partes. Dicha rescisión la puede invocar tanto el contratista, como el contratante. Al respecto la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas dispone en su artículo 72 que:

“I. Cuando se determine la suspensión de la obra o se rescinda el contrato por causas imputables a la dependencia o entidad,



esta pagará los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables, siempre que estos sean razonables, estén debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato de que se trate;

II En caso de rescisión del contrato por causas imputables al contratista, la dependencia o entidad procederá a hacer efectivas las garantías y se abstendrá de cubrir los importes resultantes de trabajos ejecutados aun no liquidados, hasta que se otorgue el finiquito correspondiente, lo que deberá efectuarse dentro de los cuarenta días naturales siguientes a la fecha de notificación de la rescisión. En dicho finiquito deberá preverse el sobrecosto de los trabajos aun no ejecutados que se encuentren atrasados conforme al programa vigente, así como lo relativo a la recuperación de los materiales y equipos que, en su caso, le hayan sido entregados;"

3.7.24. Solución de controversias

Para resolver las controversias que surgen de los contratos de obra, existen diferentes mecanismos que pueden ser aplicables, tales como la conciliación, la mediación, la amigable composición, el arbitraje o la vía jurisdiccional. Las partes elegirán la forma de resolver las disputas que más les convenga, aunque por parte del contratante, si se trata de una entidad pública, puede estar sujeto a ciertas limitantes. Nuevamente refiriéndonos al caso mexicano, el artículo 15 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas dispone:

"Las controversias que se susciten con motivo de la interpretación o aplicación de esta Ley o de los contratos celebrados con base en ella, salvo aquellas en que sean parte empresas de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

participación estatal mayoritaria o fideicomisos públicos, serán resueltas por los Tribunales Federales.”

Lo dispuesto por este artículo se aplicará a los organismos descentralizados sólo cuando sus leyes no regulen esta materia de manera expresa. Lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en los tratados de que México sea parte o de que la Contraloría conozca, en la esfera administrativa, de las inconformidades que presenten los particulares en relación con los contratos antes referidos, en los términos del Título Sexto de esta Ley.

3.7.25. Arbitraje

El arbitraje es un medio de solución de controversias muy utilizado actualmente, ya que tiene la ventaja de ser más expedito que un proceso judicial, además de que el laudo arbitral tiene la misma fuerza legal que una sentencia judicial y generalmente es susceptible de ejecución en el extranjero. Sin embargo, en México la legislación todavía no permite a las dependencias y entidades pactar la cláusula compromisoria con plena libertad, según se desprende del artículo 15 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, que en la parte relativa señala:

“Sólo podrá pactarse cláusula arbitral en contratos respecto de aquellas controversias que determine la Secretaría, mediante reglas de carácter general, previa opinión de la Contraloría y de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

Los actos, contratos y convenios que las dependencias y entidades realicen en contravención a lo dispuesto por esta ley, serán nulos de pleno derecho.”

Ejemplos de posibles foros de arbitraje, a los que se pueden someter las partes son:

- ♦ Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)
- ♦ American Arbitration Association (AAA)



- ♦ Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio de cada país (vg Cámara de Comercio de la Ciudad de México, Cámara de Comercio de Bogotá, etc)
- ♦ Centro de Arbitraje de México (CAM)

3.7.26. Jurisdicción y legislación aplicable

Esta cláusula trata de las leyes aplicables al contrato; normalmente esas leyes serán las de un país neutral, pero en algunos países, sobre todo si se trata de proyectos del sector público, únicamente se reconocen las leyes del país del contratante o dueño del proyecto

En el caso de la ejecución de obra pública en México, las partes deben someterse a la jurisdicción de los Tribunales Federales, cuando sea aplicable la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

3.8. Figuras generalmente usadas para asociarse

Debido a que existen grandes riesgos en la construcción las empresas se asocian para diluirlos y repartirlos entre los socios. En la práctica existen distintas formas de asociación distintas de las tradicionalmente utilizadas y tipificadas por la legislación mexicana, como son entre otras: Cartas de interés, Cartas de intención, Memorándum de Entendimiento

Todos estos tipos de contratos se utilizan como acuerdos preliminares de asociación, entre partes que están interesadas en participar a futuro en un proyecto o negocio determinado. Aunque el nombre del documento no establece el alcance del mismo, sino lo estipulado en las cláusulas respectivas, en la práctica se ha dado una cierta jerarquía a estos documentos.

De esta forma, cuando el negocio está todavía sin gran definición, se acostumbra firmar una carta de interés, con obligaciones todavía no muy precisas. Conforme el proyecto va adquiriendo una mejor definición, se puede firmar una carta de intención, o un memorándum de entendimiento, cuando ya se tienen prácticamente establecidas las bases y condiciones de una futura asociación.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

3.8.1. Convenios de asociación

En estos convenios se definen de manera detallada los términos y condiciones de una asociación. Se define claramente el objeto por el cual se están asociando las partes, generalmente sobre una base de exclusividad y en ocasiones de confidencialidad.

Usualmente la responsabilidad ante terceros es solidaria, pero internamente cada parte responde por sus obligaciones.

En el convenio se especifican los porcentajes de participación de cada uno de los asociados, o en su caso, el alcance del trabajo y responsabilidades que les corresponden. También se precisa la forma como se repartirán los gastos que se generen y la forma como se repartirán las utilidades o pérdidas obtenidas.

Es común nombrar a una empresa líder, para que represente a las demás ante el contratante y ante terceros, por lo cual tendrá derecho al pago de un honorario

3.8.2. Consorcios, Joint Venture Agreements

La terminología jurídica empleada para describir al grupo de empresas que se han asociado para cumplir las obligaciones de un contratista no es uniforme en todos los ordenamientos jurídicos de cada país. Por ejemplo, las expresiones "Joint Venture" o "Consortio", en algunos casos pueden referirse a los mismos tipos de acuerdo, y en otras, a tipos diversos

3.8.3. Consorcios

En términos generales se puede decir que existe un consorcio cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en el desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que conforman al consorcio



3.8.4. Joint Venture

El contrato de "unión en la aventura", conocido en el idioma inglés como joint venture, es un concepto traído del derecho anglosajón y de la práctica de los negocios que se efectúan en los Estados Unidos de América. Este contrato se ha usado para conjuntar intereses de varias partes, generalmente de distinta nacionalidad. Dada la etapa de apertura comercial que se vive, las empresas de distintos países buscan alianzas estratégicas, temporales o definitivas, para ser más competitivas y obtener mayores beneficios económicos.

El Joint venture se puede definir entonces, como cualquier asociación de personas para llevar a cabo un negocio particular que les produzca utilidades, para lo cual ellos combinan bienes, inversiones, experiencia y conocimientos

3.8.5. Unión Temporal de Empresas (UTE's)

En España, Colombia y Argentina principalmente, se denomina UTE al contrato que celebran dos o más personas físicas o morales para presentar de forma conjunta una misma propuesta para optar por la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato generalmente de obras, pudiendo responder o no de manera solidaria por el cumplimiento total de la propuesta y del contrato, dependiendo de como se encuentre regulado este contrato en cada país.

La legislación mexicana no contempla expresamente la figura jurídica de la UTE, y lo hace de manera muy somera respecto del Consorcio. Lo más aproximado a estos conceptos en México es la "Asociación en Participación" (A en P), que se encuentra regulada en los artículos 252 a 259 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

3.8.6. Asociación en Participación (A. en P.)

La "A en P." es un contrato por el cual una persona llamada asociante concede a otras que le aportan bienes o servicios (asociados) una participación en las utilidades y en las



pérdidas de una negociación mercantil o de una o varias operaciones de comercio. Por este contrato el asociante obra en nombre propio, sin que exista relación jurídica entre los terceros y los asociados

Cabe mencionar que ni la UTE, ni el consorcio, ni el Joint Venture, ni la "A. en P." dan lugar al nacimiento de una nueva persona jurídica, diferente a la de las empresas que los integran; no constituyen una sociedad en sentido estricto y carecen de personalidad propia

3.8.7. Sociedades

Si el proyecto o negocio así lo amerita o lo exige, en ocasiones los socios constituirán una sociedad mercantil, generalmente bajo la forma de una sociedad anónima de capital variable, que puede ser o no de responsabilidad limitada, dependiendo de lo que sea más conveniente para el caso específico.

En este caso se define un objeto social adecuado, que permita a la sociedad cumplir con las actividades para las que será constituida; se definen las participaciones de los accionistas en el capital social; los integrantes del consejo de administración; la forma de tomar decisiones a través de quórum; en asambleas ordinarias y extraordinarias de accionistas; se nombra un comisario encargado de vigilar la administración de la sociedad, Director general y apoderados.

Por ejemplo es común que en el otorgamiento de concesiones, la autoridad concedente exija que los adjudicatarios constituyan una sociedad creada ad hoc para que sea la concesionaria del proyecto.



CAPÍTULO CUARTO

PROPUESTA SOBRE LA EQUIVALENCIA ECONÓMICA CONTRACTUAL EN LOS CONTRATOS DE OBRA EN EL DERECHO MEXICANO

4.1. Introducción

Ya teniendo claro la teoría del equilibrio económico del contrato, como se regula legalmente el contrato de obra pública y privada y su utilización en la práctica, se expondrá nuestra propuesta de incorporación dentro de la legislación mexicana del equilibrio económico contractual; como accionar algún mecanismo de restablecimiento en caso de que como ya se dijo, se presente alguna circunstancia imprevisible que altere las condiciones originalmente pactadas por los contratantes en los contratos de obra, y así poder contrarrestar la injusticia que representa para una de las partes al sobrevenir alguna de ellas

Uno de los temas, fundamentales de la contratación es el que hace referencia al equilibrio económico del contrato y su mantenimiento

En las siguientes páginas se determinará y examinará cada una de las circunstancias que generan la afectación de la ecuación financiera en los contratos estatales y particulares, algunas que surgen por un comportamiento de las partes - incumplimiento, utilización de los poderes excepcionales, y otras que se presentan en forma independiente de la voluntad de los contratantes - sujeciones imprevistas, teoría de la imprevisión, etc.-; igualmente se estudiarán los distintos mecanismos que se deben utilizar para el mantenimiento de la ecuación contractual.

4.2. Concepto de equilibrio económico.

En los contratos de tracto sucesivo, como es el contrato de obra, cuyo pago se encuentra sometido a plazo, es factible que durante el tiempo que medie entre su celebración y la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

fecha de su cumplimiento, se presenten circunstancias que alteren el contenido original de las prestaciones, de tal suerte que el cumplimiento del contrato en la forma inicialmente pactada resulte más oneroso para las partes o alguna de ellas.

Por ello, es que el ordenamiento jurídico, en aras de procurar que la finalidad buscada por las partes al contratar se mantenga durante todo el desarrollo de la actividad contractual, consagra el principio general del equilibrio económico del contrato. Es así como, de acuerdo a lo que se ha expuesto, dicho equilibrio se refiere a la conservación, durante la ejecución del contrato, de la correspondencia inicial de las prestaciones pactadas de modo que si, por circunstancias sobrevinientes a su perfeccionamiento y no imputables a quien resulta afectado el desarrollo del objeto contractual supone una pérdida para él en relación las estipulaciones originales, la contraparte deba concurrir al restablecimiento de tales condiciones

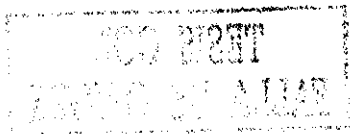
Como ya se señaló desde el primer capítulo, para el tratadista André de Laubadère el equilibrio económico "es la relación aproximada entre cargas y ventajas que el cocontratante ha tomado en consideración como un cálculo al momento de contratar; cuando este balance razonable se rompe puede ser equitativo restablecerlo puesto que él había sido tomado como un elemento determinante del contrato"¹³⁸

No sobra precisar que la desproporción inicial de prestaciones es relevante en los contratos conmutativos y se relaciona con otros fenómenos jurídicos como son la lesión enorme, los vicios del consentimiento, y en ciertos casos, con la simulación. Sin embargo, el equilibrio económico tiene como punto de partida las prestaciones pactadas una vez perfeccionado el contrato y busca que estas mantengan el resultado económico que cada una de las partes tuvo en cuenta al contratar.

4.3. Fundamentos jurídicos

Antes de mencionar algunos elementos en qué poder fundar la teoría en estudio, es del caso hacer presente que para algunos, si la teoría de la imprevisión no es aceptada su existencia

¹³⁸ DE LAUBADÈRE André, *Op. Cit.* P. 32.



en el derecho, mucho menos esta figura que es menos conocida, y más aún, que se discuta por ende sobre las bases de apoyo a la misma. Es por ello, que resulta muy importante que se exponga, con el fin de que se le otorgue algún reconocimiento y formulación.

Considerando que en Derecho Público "sólo se puede hacer aquello que la ley permite"; y que en este caso debe ser entendido en el sentido de que si no hay norma expresa que contemple la idea del equilibrio económico, éste no puede ser considerado

Sin perjuicio de lo antes mencionado, existen más y mejores antecedentes, que nos llevan a plantear el postulado de que en nuestra realidad se acoge la concepción del restablecimiento del equilibrio económico contractual, siendo por consiguiente posible reclamar su aplicación, basándolo en lo siguiente:

4.3.1. La igualdad ante las cargas

Las cargas pueden ser concebidas como aquellas obligaciones a las que se sometieron las personas. La norma es la que tradicionalmente se menciona en apoyo de la idea en estudio. Con ella se quiere indicar que si se quiebra el equilibrio de las prestaciones que nacen del contrato originalmente celebrado entre las partes, siendo éste conmutativo, volviéndose más gravoso y oneroso para alguna de ellas, se deberá resarcir o compensar en la forma y magnitud que sea necesaria, a fin de restablecer el referido equilibrio y equivalencia en las prestaciones, pues el no hacerlo importa que el afectado estaría soportando mayores obligaciones o cargas que las establecidas originalmente y, en consecuencia, vulnerando el principio de la igualdad, equidad y buena fe. En otras palabras no es posible que al exigirse el cumplimiento de un contrato en particular, se experimenten menoscabos en el patrimonio de un particular, tanto en contratos celebrados entre particulares, como con el estado, a consecuencia esto último, de satisfacer el interés general o público. Si así ocurriera indudablemente se vulnerarían los principios antes nombrados.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.3.2. El elemento motivo o fin

El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1831 del Código Civil para el Distrito Federal, no debe ser alterado, ya que "es el motivo que induce al acto o contrato". Si aceptáramos la idea de que una de las partes debe soportar, desde un punto de vista económico, las consecuencias del desequilibrio financiero que se ha suscitado durante la ejecución del contrato, tendríamos que a esa prestación de la parte afectada le faltaría o carecería de causa que la justificara dentro de los límites del contrato que se hubiere celebrado.

4.3.3. El principio de que todo contrato es ley para las partes.

Como quedó claramente expuesto en el capítulo segundo, en el derecho mexicano es una regla general que los contratos sean cumplidos siguiendo el principio fundamental *pacta sunt servanda*. Es decir, los contratos una vez perfeccionados obligan a las partes a lo expresamente pactado así como a las consecuencias, que según su naturaleza son conforme a la buena fe al uso o a la ley. Este principio parte de la idea de que quien realiza un acto jurídico debe tomar en consideración determinadas circunstancias de hecho (económicas, políticas o jurídicas) que justifican su voluntad de realizar ese negocio jurídico con el objeto de alcanzar un fin determinado, por lo que debe prever el alcance de las obligaciones que asume y las consecuencias de dicho acto jurídico. En el supuesto de que el contrato deba continuar surtiendo sus efectos en el futuro por ser de ejecución diferida o de tracto sucesivo, también tienen importancia los acontecimientos que pudieran ocurrir en el momento de su ejecución.

De acuerdo a la opinión de algunos autores, misma que no compartimos, la legislación en general no acepta la cláusula *rebus sic stantibus*. Ya que de acuerdo con el texto expuesto del artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, si bien es cierto que en este precepto se hace referencia directa a la buena fe y ésta constituye un principio general del derecho, será precisamente en consideración a la buena fe que el obligado debe conducirse como persona consciente de su responsabilidad en el cumplimiento

de las obligaciones que asumió contractualmente, aun cuando sobrevengan acontecimientos que no se previeron y que la modifiquen,

4.3.4. Otras causas

En apoyo de nuestra tesis y el porque si es administrada la cláusula *rebus sic stantibus* podemos hacer mención a una serie de principios que vienen a fundamentarla, dentro de los cuales mencionamos:

- ♦ La equidad y justicia El aceptar como legítimas aquellas circunstancias extraordinarias y sobrevinientes durante el desarrollo del contrato y prescindir de exigir en forma rigurosa la ejecución del mismo, no hace sino respetar y confirmar principios doctrinarios antiguos y que también por supuesto constituyen derecho
- ♦ La buena fe. Este principio también nos sirve de apoyo a nuestra presentación. En efecto, si cualquiera de las partes exigiera con rigor estricto el cumplimiento literal del contrato, teniendo como cimiento de esas circunstancias extraordinarias, imprevisibles, sobrevinientes, y que alteran los términos de lo celebrado respecto del particular, indudablemente que dicha actuación estaría investida de una falta de buena fe.
- ♦ Rol económico y social del contrato de obra El contrato como instrumento de actuación, desempeña un importante rol en la vida económica y social, permitiendo satisfacer el interés privado, general o público, en donde no interesa si una de las partes sale más o menos ganancioso, si la utilidad es mucha o poca, sino que éste termine la tarea encomendada

El ordenamiento jurídico en materia administrativa y civil debe regular el equilibrio económico-financiero como principio general en materia de contratación de obras, previendo que se mantenga la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o contratar, según el caso. Si dicha igualdad o

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

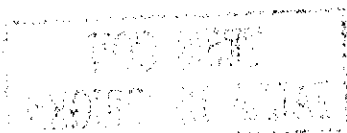
A nuestro juicio, este principio del mantenimiento de la ecuación contractual debe desarrollarse para establecer mecanismos a favor de cada una de las partes para que los hagan efectivos, en caso de que se vean perjudicados durante el desarrollo de la actividad contractual.

4.4. Rompimiento del equilibrio económico del contrato.

Se debe partir del principio contenido en el 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, que ordena que: " los contratos desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza, son conforme a la buena fe al uso o a la ley". Al momento de la celebración de un contrato se entienden incorporadas en el acuerdo de voluntades las circunstancias económicas reinantes y el interés que lo motivó, de tal suerte que si por circunstancias imprevisibles - en algunos casos también irresistibles - se hace más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para una o todas las partes, debe procederse al restablecimiento del equilibrio inicial, el cual necesariamente se verá reflejado al rescatar las condiciones originales. A nuestro juicio, esta solución se llega interpretando el principio anterior, conjuntamente con otro principio de la contratación no menos importante como lo es el de la buena fe.

A su vez, el tratadista francés ya referido, André de Laubadère, expresa que "el equilibrio financiero no es sinónimo de gestión equilibrada de la empresa y no constituye una especie de seguro del contratista contra déficits eventuales de explotación, sino que es una réplica a la inseguridad financiera causada por el poder de modificación unilateral del Estado que caracteriza al contrato administrativo, es necesario garantizar el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato como un principio de equivalencia honesta ya que el desequilibrio en derecho privado solo da lugar a la excepción de inejecución"¹³⁹.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 32



También consideramos que, la rigidez del principio de derecho privado contenido en el postulado *pacta sunt servanda*, que refleja la inmutabilidad impuesta por la ley respecto del mencionado artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, sobre las obligaciones contraídas por las partes al celebrar el contrato y su mantenimiento invariable durante la ejecución contractual, debe ser reemplazado por la flexibilidad del principio *rebus sic stantibus* el cual conlleva que el contrato debe mantenerse, únicamente en cuanto subsista inmodificada, durante la etapa de ejecución o cumplimiento, la situación de sacrificio o beneficio recíproco en que se hallaban las partes en el momento de la celebración, pero no puede ni debe mantenerse, cuando esa situación sufre modificaciones entre el referido momento inicial de su celebración y otro cualquiera posterior de su cumplimiento

Esto debe corresponder a la necesidad de hacer compatibles, de una parte, la protección del interés económico del contratista y, de otra, en caso de tratarse de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, el ejercicio de los poderes exorbitantes de la administración no debe significar el desconocimiento de quienes han contratado con ella en aras de proteger el interés público.

De acuerdo con lo anterior, cabe agregar, que si bien el rol del particular es colaborar con la administración en la consecución del interés público, la utilidad que él busca al contratar debe garantizarse en todo momento; por ello el contratista afectado por circunstancias ajenas tiene derecho a ser restablecido en su interés económico.

El rompimiento del equilibrio contractual y su consecuencial restablecimiento, debe prever consagrar la figura de la revisión y reajuste de precios en los contratos de tracto sucesivo de obra pública y suministro, que tenga lugar, respectivamente, en los eventos de alteración de los factores determinantes de los costos o cuando los productos objeto del contrato sufrieran fluctuaciones

La ley de manera expresa debe regular el restablecimiento del equilibrio económico cuando el mismo se ha roto y señalar el derecho, a que se restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a punto de no pérdida, por la ocurrencia de situaciones

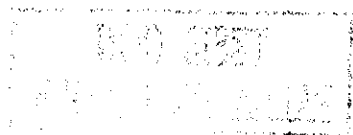
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

imprevistas que no le sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de alguna de las partes, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

La conservación del equilibrio financiero-económico del contrato significa, respecto del contratista, que durante todo el desarrollo de su actividad contractual debe existir correspondencia en el valor económico de su prestación; es decir, el contenido pecuniario debe ser equivalente en el momento de proponer o contratar (según el caso) y en la época en que deba cumplirse el objeto del contrato.

Tratándose de contratos administrativos, cuya parte débil es el contratista privado, la mayor onerosidad sobreviniente que por cualquier causa recayere sobre la prestación a su cargo, haciéndola más gravosa, debe ser remediada por la administración. Nuestra legislación, debe implícitamente incorporar todas las causas, debiendo admitir la reinstauración del equilibrio financiero en función de la variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos.

En el evento de que el equilibrio del contrato se rompa en contra del contratista, y por causas no imputables a él, tiene derecho a que se le restablezca a punto de no pérdida; el cual implica que el contratista no sufra una disminución del valor económico de su prestación, tomando como referencia el valor de la misma al momento de la estipulación original. Se busca así proteger el resultado económico perseguido por el contratista al contratar, de modo que pueda lograr las ganancias que habría obtenido de cumplirse el contrato en las condiciones originalmente pactadas.



4.5. Elementos

4.5.1. Existencia de un contrato de obra, de tracto sucesivo.

4.5.2. Acaecimiento de un hecho, evento, o circunstancia, que sea.

Mucho se ha abordado a lo largo del presente trabajo sobre las causas; autores a los que se hace referencia a lo largo del presente trabajo, se han preocupado de estructurar y señalar los elementos y sus cualidades con base a las cuales se configuraría el tema de tesis en estudio. Nosotros, sin perjuicio de complementar o adicionar lo ya expuesto, consideramos los siguientes:

4.5.2.1. Extraordinario o anormal.

4.5.2.2. Imprevisible al momento de celebrar el contrato.

4.5.2.3. Altere notablemente la equivalencia de las prestaciones originalmente pactadas.

4.5.2.4. Independiente de la voluntad de las partes

4.5.2.5. Sobrevenida durante el desarrollo del contrato.

Los dos últimos del segundo elemento, se agregan por razones de mayor claridad, aunque en estricto rigor no se consideran necesarios por estar subyacentes, por aplicación de reglas generales tales como: nadie puede aprovecharse de su propia negligencia, y por otro lado, es lógico que el hecho debe ocurrir durante la ejecución del contrato; si fuere antes las partes debieran considerarlo para contratar, y si fuere después ya no produciría efectos o consecuencias.

4.6. Causas del rompimiento del equilibrio contractual.

Las causas que generan el rompimiento del equilibrio contractual pueden ser externas a las partes o imputables a ellas.



Al respecto, en la doctrina Argentina se dice que el principio del equilibrio económico financiero del contrato sufre menoscabo: "... cuando la administración no cumple sus obligaciones (por dejar de hacer lo que le corresponde) o introduce modificaciones al contrato. Igualmente cuando la acción del Estado (*fait du prince*) altera las condiciones del contrato y cuando por trastornos de la economía general, debidos a circunstancias externas y no imputables al Estado, se aumentan considerablemente los costos"¹⁴⁰.

La doctrina y la jurisprudencia francesas inicialmente solo reconocían el rompimiento del equilibrio financiero, y el consecuente restablecimiento cuando se producían el aumento al concesionario de obligaciones en la prestación de un servicio público; al respecto, tradicionalmente se citan las "Conclusiones" de León Blum (dirigente socialista y jurista, destacado en ambos campos) para el fallo emitido en el proceso del concesionario de la Compañía Francesa de Tranvías, del 11 de marzo de 1910, del Consejo de Estado francés

4.6.1. Causas imputables a las partes

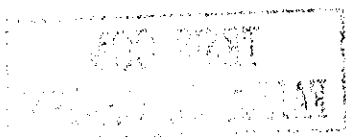
4.6.1.1. Causas imputables a las partes y al Estado

Pueden comprenderse las siguientes circunstancias:

4.6.1.1.1. Utilización de poderes excepcionales por parte de la administración contratante.

En este caso se trata de analizar como causal de rompimiento del equilibrio contractual el ejercicio por parte de la administración contratante de su potestad de caducar, modificar, terminar e interpretar unilateralmente el contrato como poderes exorbitantes propios de ciertos contratos celebrados con ella, no de las facultades unilaterales exorbitantes que como Estado tiene frente a los

¹⁴⁰ CASSAGNE Juan Carlos, *Los contratos de la administración pública*, I. I Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1975, p. 39



particulares de manera general. Al respecto vale la pena traer algunos pronunciamientos doctrinales:

"Cuando la persona pública usa legítimamente sus prerrogativas de tal forma que impone nuevas cargas a su contratante, debe indemnizarlo por la totalidad de estas cargas. No se trata de daños y perjuicios que deben pagarse en razón de una falta contractual consistente en el incumplimiento de sus obligaciones, sino de una indemnización fundada en la necesidad de conservar el equilibrio de gastos y beneficios según lo previsto por los contratantes ()"¹⁴¹.

"La administración es titular de una serie de poderes exorbitantes con relación a los particulares, que se explican por la necesidad de proteger el interés público, concebido como fin estatal de primer orden. No obstante la existencia de estas facultades excepcionales, la administración no puede desconocer los derechos del contratista, quien interviene en la actividad contractual no solo como colaborador de la administración sino movido por su interés de lucrarse. Es por ello que si con el ejercicio de alguno de los poderes exorbitantes, la entidad estatal contratante altera el equilibrio económico del contrato en contra del contratista, este tiene derecho a que se le restablezca en los términos iniciales"¹⁴².

¹⁴¹ VEDEL, Geoge, *Op Cit* P. 289.

¹⁴² GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel, *Código Contencioso Administrativo comentado*, I I, Librerías Jurídicas Wilches, Bogotá, 1987, p. 585.



La ley debe consagrar los casos en los cuales la administración debe ejercer las facultades de terminación, interpretación y modificación del contrato, así como consagrar la obligación de reconocer en los respectivos actos las indemnizaciones a favor del contratista como contraprestación a los posibles perjuicios, interpretación o modificación unilateral efectuada

De acuerdo a lo anterior, para el caso de las facultades excepcionales ejercidas mediante la aplicación de las cláusulas de modificación, terminación e interpretación unilaterales, se plasmaría la obligación de reconocer y pagar las compensaciones e indemnizaciones. Esto no es otra cosa que la necesidad de mantener el equilibrio contractual. Por lo anterior, es evidente que, las entidades deben utilizar las facultades excepcionales que surgen de las cláusulas de modificación, interpretación y terminación unilaterales, haciendo efectivo este derecho del contratista

Es factible también que la ruptura del equilibrio contractual se presente por la aplicación indebida de las facultades excepcionales derivadas de la terminación, interpretación y modificación unilaterales, ya no por la ausencia de reconocimiento de indemnización en el mismo acto, sino por la inobservancia de otros requisitos para utilizar dichas facultades

Refiriéndonos de manera específica a la incidencia del ejercicio de estas potestades excepcionales en el rompimiento del equilibrio contractual, se plasman los siguientes comentarios:

- ❖ En el caso de modificación del contrato, sea esta concertada o unilateral, si causa mayores costos al contratista, estos deben ser reconocidos por la administración a fin de mantener el equilibrio económico del contrato. Los mayores costos pueden ocurrir, por ejemplo, cuando el estado contratante solicita al contratista nuevos trabajos, pide que amplíe los inicialmente pactados o que haga modificaciones en los que se encuentra



realizando. Sin embargo, si la modificación altera el valor del contrato en un 20% o más, la ley debería otorgar la posibilidad al contratista de renunciar a la ejecución del contrato, caso en el cual se ordenaría su liquidación e indemnización. Situación que no prevé el artículo 62 de la Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con las Mismas.

- ❖ En el caso de Terminación unilateral del contrato por la administración, cuando sobrevenga alguna de las causales consagradas por el mencionado artículo 62 de la Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con las Mismas, que señala que da lugar a la liquidación del contrato, y existe obligación de la administración de indemnizar al contratista, siempre y cuando la causal que determinó el ejercicio de la potestad excepcional, sea ajena al contratista como sería, por ejemplo cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público, lo imponga.
- ❖ Asimismo, cuando para evitar la paralización o afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la administración interpreta unilateralmente el contrato, y como consecuencia de tal interpretación - que no comparte el contratista- se hace más gravosa en términos económicos la prestación a cargo de este, o las circunstancias en que debe ejecutar el contrato hacen que disminuya la utilidad prevista y reconocida, es su obligación restablecer el equilibrio financiero del contrato, siempre que haya alterado su voluntad inicial de las partes producto del ejercicio indebido del poder excepcional

4.6.1.1.2. Hecho del príncipe.

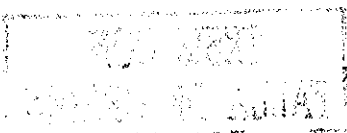
Como se señaló en los capítulos primero y segundo anteriores, a pesar de que la doctrina de manera unánime reconoce el *Fait du prince* como causal de revisión de precios en los casos de rompimiento del equilibrio contractual,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

no así sucede con los eventos que pueden ser considerados como "hechos del príncipe", pues sobre tal aspecto, lo mismo que, en general, sobre las características que deben reunir las circunstancias para que sean consideradas como tales, capaces de modificar las condiciones contractuales, existen posiciones encontradas en los autores. Al efecto vale la pena exponer la postura de algunos de ellos:

- ❖ El profesor francés Jean Rivero explica la complejidad de la jurisprudencia francesa en este tema bajo las siguientes reglas: "(...) la teoría opera cuando la administración grava las cargas del contratista a través de medidas individuales de policía, por ejemplo. No opera cuando el desequilibrio financiero procede no de la entidad contratante sino del Estado que obra por disposiciones de carácter general; es el caso de un decreto en materia social, pues aquí se equipara el álea administrativa a la económica. Puede jugar sí cuando la persona pública que contrata toma una disposición de carácter general que afecta directamente uno de los elementos esenciales del contrato (creación de un impuesto en materias primas indispensables en la ejecución de un contrato)"¹⁴³.
- ❖ A su vez, el tratadista André de Laubadère observa que "(...) el hecho del príncipe emana de una autoridad pública. Tiene que causar un perjuicio y ser imprevisto, a su vez en la doctrina y jurisprudencia francesa se discute si su fuente es cualquier autoridad del Estado o exclusivamente la autoridad contratante. El derecho francés se inclina por esta última hipótesis; así, no es hecho del príncipe una medida departamental en relación con un contrato nacional, pero sí puede serlo una disposición legislativa en un contrato nacional puesto que es de un órgano de la

¹⁴³ RIVERO, Jean *Droit Administratif*, Dalloz, París 1977, p. 127



persona pública que contrató. Sin embargo, las normas generales (legislativas o reglamentarias), fiscales o laborales o económicas y monetarias, no dan lugar a la aplicación de la teoría. Si bien cuando ella tiene vigencia hay lugar a la reparación del daño causado, pueden producirse otros efectos como la inejecución del contrato cuando lo hace imposible la medida administrativa o la disminución por la sanción por mora, o la propia rescisión del contrato cuando los efectos sobre la ejecución desbordan ciertos límites”¹⁴⁴.

- ❖ Asimismo, Benoit afirma que el hecho del príncipe se encuentra perfectamente caracterizado así:

“Una autoridad administrativa que ha celebrado un contrato ha tomado en virtud de textos precisos decisiones que tienen repercusiones directas sobre la ejecución del contrato (...) el Prefecto no actuó en calidad de representante del Estado contratante, sino ejerciendo competencias que le habían sido conferidas en materia policía de los ferrocarriles. El Prefecto no pudo tomar estas decisiones sino en razón de la competencia que dichos textos le otorgaban. En cuanto al hecho de que la misma autoridad podía obrar en dos calidades diferentes es precisamente lo que da lugar al hecho del príncipe, en donde el contrato no puede impedir el ejercicio de una competencia de policía propia pero puede determinar eventualmente el derecho de la indemnización del particular cocontratante”¹⁴⁵.

¹⁴⁴ DE LAUBADÈRE, André *Op. Cit.*, I III, p. 29.



❖ Para el tratadista argentino Miguel S. Marienhoff, la posición mayoritaria de la doctrina francesa sobre las circunstancias que pueden llegar a convertirse en el "*Fait du Prince*" es restrictiva y limitativa, y por ello se declara contrario a ella; expresa el profesor Marienhoff: "(...) las medidas que dan paso a la indemnización pueden tener origen en un órgano esencial del Estado o de una autoridad que pertenezca al mismo nivel jurídico (nacional o provincial) de quien contrató"¹⁴⁶. Para Marienhoff, a su vez, existe otro motivo de discrepancia con la doctrina francesa y es que para él solo los actos de carácter general dan lugar a la aplicación de la doctrina del príncipe, no así los de carácter individual, pues estos últimos generan responsabilidad contractual por violación de sus estipulaciones. "Para la existencia jurídica del llamado hecho del príncipe, la resolución o disposición del Estado debe ser de carácter general, objetivo, incidiendo en los efectos económicos de un contrato administrativo existente, con menoscabo de dichos efectos en contra del particular contratante (...). En cambio si la resolución o disposición del Estado fuesen de carácter "individual" o "particular (...)" se regirá por los principios de responsabilidad extracontractual del mismo (...)"¹⁴⁷.

Sin embargo, lo que sí resulta claro es que, la base de esta causal es una disposición de una dependencia del Estado, que afecta directamente el equilibrio económico del contrato y vuelve más gravosa la situación del contratista. En este caso el contratista tiene derecho a que se le restablezca

¹⁴⁵ BENOIT, Francis Paul *Droit Administratif Français*, París, Dalloz, París, 1968, p. 465.

¹⁴⁶ MARIENHOFF, Miguel S., *Op Cit*, p. 550

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 552.

el equilibrio contractual; y si es imposible continuar el contrato, puede reclamar la indemnización correspondiente.

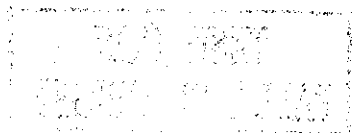
Por último, el hecho del príncipe puede consistir en decretos o leyes que imponen cargas al contratista o lo obligan a modificar sustancialmente sus obligaciones particulares, o en decisiones administrativas que ocasionen una verdadera alteración al contenido del contrato

Para ser considerada una circunstancia como hecho del príncipe esta debe ser de carácter general; de acuerdo con la posición asumida por el profesor Miguel S. Marienhoff. Sobre esta postura se mencionan los fundamentos constitucionales que en Argentina sirven de soporte a la teoría del hecho de príncipe:

“El fundamento de tal responsabilidad del Estado hacia su cocontratante, basada en el “hecho del príncipe”, radica en los principios de los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional, pues so pretexto de que cumpla el contrato administrativo (de obvio interés general o público), al cocontratante se le estaría dando un trato desigual respecto a los demás habitantes, ya que, aparte de que la norma “general” dictada afecta los derechos individuales de tal cocontratante, al exigirle el cumplimiento del expresado contrato haría incidir sobre él una carga que no pesa sobre las demás personas, cuyo derecho, en la especie, no experimenta desmedro específico alguno por razones de interés público. No es concebible que un individuo en especial, a través del cumplimiento de un contrato administrativo, sufra el detrimento de su patrimonio obedeciendo esto a razones

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de interés público. Tampoco es concebible que, en beneficio público, a raíz de la norma "general" dictada que trastorna o altera la economía o ecuación financiera de su contrato, el administrado reciba menoscabo patrimonial sin indemnización, como ocurriría, si en las circunstancias expuestas, se pretendiera que el cocontratante (sic) cumpla igualmente sus obligaciones, cargando con una lesiva situación que excede todas las previsiones del contrato: habría ahí un menoscabo de la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad (artículo 17 de la ley Suprema) - de la que forma parte el derecho nacido de un contrato-, ya que en beneficio del interés general se lesionaría del patrimonio del cocontratante. A las demás personas o habitantes a quienes afecte la expresada medida "general", no les corresponde, en este supuesto, indemnización alguna, por cuanto la situación de tales personas, al no hallarse estas vinculadas al Estado por un contrato, no es "diferencial", no pudiendo entonces invocar a su favor la existencia de un perjuicio específico y particular derivado de esa norma "general". En tales casos, la obligación del Estado de indemnizar al cocontratante es una obvia consecuencia del "principio", también contenido en el expresado artículo 17 de la Constitución, conforme al cual todo menoscabo patrimonial o individual ocasionado por razones de interés público o general, debe ser resarcido: trátase de un principio general de derecho aplicable en



todos los supuestos de lesión patrimonial particular por razones de interés público y no solo en los casos de expropiación por causa de utilidad pública”.

4.6.1.2. Causas imputables a las partes, en los contratos celebrados entre el estado y los particulares, y los particulares mismos.

4.6.1.2.1. Incumplimiento.

El equilibrio económico igualmente puede romperse cuando existe incumplimiento de las partes. El incumplimiento es una contravención al pacto, a lo acordado en el contrato o a lo prometido en los pasos previos del surgimiento del vínculo, -propuesta, pliegos, invitación, etc - propuesta, pliegos, invitación, etc - Este incumplimiento puede darse en los contratos celebrados entre el estado y los particulares, o los particulares mismos

En el caso de la administración, el incumplimiento bien puede manifestarse por un retardo, una omisión, abstención o también, es factible que se evidencie mediante la expedición de un acto administrativo que se utilice como mecanismo, para infringir el acuerdo. En tal sentido se pronuncia el profesor Marienhoff: "Cuando la administración pública no cumple con las obligaciones que el contrato pone a su cargo, alterando por esa vía el equilibrio económico-financiero del mismo, ello determina un supuesto de responsabilidad contractual del Estado (...)", "Si las modificaciones fueren abusivas, o excedieren los márgenes autorizados por las normas, el particular contratante podría incluso pedir que se declare la rescisión del contrato (...)"¹⁴⁸.

Independientemente del restablecimiento del equilibrio económico que posiblemente genera el incumplimiento de la administración, igualmente

¹⁴⁸ *Ibidem*. pp. 474, 476



discute la doctrina la posibilidad de aplicar por parte del contratista la denominada *exceptio non adimpleti contractus*, según la cual si una parte no cumple la otra está dispensada del cumplimiento. El mismo profesor Marienhoff¹⁴⁹ señala que cuando el incumplimiento de las obligaciones por parte de la administración es de tal naturaleza que impide al contratista cumplir las suyas es necesario aplicar la mencionada excepción; situación que se presenta, según el tratadista, cuando se produce un prolongado atraso de los pagos por parte del Estado de sumas que resultan considerables. Igualmente cuando la administración contrata las obras sin disponibilidad efectiva de los recursos presupuestales.

Sin embargo, para el tratadista André de Laubadère¹⁵⁰, la inexecución por parte de la administración de sus obligaciones contractuales no genera para el contratista el derecho a no cumplir las suyas. Pero reconoce el tratadista que cuando, como consecuencia del incumplimiento de la administración, se hace imposible la ejecución del contrato, esta imposibilidad de la ejecución se viene a constituir en un hecho asimilable a la fuerza mayor.

4.6.2. Causas ajenas a las partes

4.6.2.1. Teoría de la imprevisión.

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, lo mismo que el Código Civil, debería regular específicamente el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas y que tampoco obedezcan al incumplimiento o conductas de la administración, tratándose de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, o entre los particulares mismos, debiendo prever la consagración

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 479.

¹⁵⁰ *Cfr.* DE LAUBADÈRE André, *Op. Cit.*, I III, p. 31.

de la imprevisión como circunstancia que altera el equilibrio económico del contrato y otorgando el derecho al contratista a solicitar su restablecimiento, ya que actualmente únicamente hace referencia la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en su fracción IV artículo 62, al caso fortuito o fuerza mayor.

Como ya se había enunciado a lo largo del presente trabajo, en los contratos de cumplimiento futuro, en los cuales se difiere el cumplimiento de las prestaciones en el tiempo, es posible que las circunstancias existentes al momento de ellas sean distintas de aquellas que determinaron la celebración del contrato, por haber sobrevenido eventos que las partes no pudieron prever en ese momento haciendo más gravoso el cumplimiento del contrato para una de ellas.

Como se ha establecido en innumerables ocasiones, en principio, rige el precepto de que "el contrato es ley para las partes"; sin embargo, el acuerdo de voluntades debe existir para lo previsible, y el deudor no puede ser obligado desde que se haya pasado el límite obligatorio del contrato. La buena fe a que se hace referencia en el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal, para el desarrollo de la actividad debería prever específicamente reajustar los términos contractuales para acomodarlos a los nuevos hechos, no pudiendo el acreedor pretender que el deudor cumpla rigurosamente su obligación, no obstante la variación de las circunstancias por hechos imprevistos al momento de contratar

La teoría de la imprevisión cuyo fundamento se encuentra en la equidad y la buena fe debería regularse explícitamente en la ley y preverse en los contratos en todo momento, estableciéndose que cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, como lo es el contrato de obra, alteren o agraven la prestación del futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en tal grado que resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión.

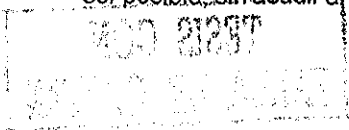
**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

En caso de que no sea reconocida por la parte que resulte beneficiada la situación imprevisible, el juez debe proceder a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato ordenando, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez debe decretar la terminación del contrato, no aplicándose esta regla a los contratos aleatorios, ni a los de ejecución instantánea.

El ordenamiento jurídico debe admitir, la revisión judicial de los contratos válidamente celebrados por las partes, con el fin de modificarlos o terminarlos, cuando al momento de la ejecución de las prestaciones las circunstancias se han alterado por causas que las partes no pudieron racionalmente prever al momento de perfeccionar el contrato.

De acuerdo a las definiciones antes presentadas, la teoría de la imprevisión, también como vimos denominada del riesgo imprevisto, versa sobre la incidencia de las causas materiales y físicas y las alteraciones de la coyuntura económica que fueron imprevistas porque eran imprevisibles en el momento de la celebración del contrato, y que, surgidas en el curso de la ejecución, trastornan la ecuación financiera del mismo, tornando más gravosa la carga que venía soportando el contratista.

La teoría de la imprevisión, en contratación administrativa, debería aplicarse en los mismos supuestos previstos para ello en materia civil; por ello es que en el presente trabajo, se ha estimado conveniente presentar el tema de tesis, tanto para los contratos de obra celebrados entre el estado y los particulares, y los contratos celebrados entre particulares, ya que a nuestro juicio, difieren únicamente en que en contratación administrativa la revisión del contrato debe ser, tanto para restablecer el equilibrio económico al existente al momento de contratar, como para terminarlo e indemnizar al contratista afectado una obligación de la administración y un derecho del contratista particular, que debería concretarse, de ser posible, sin acudir al órgano judicial.



4.6.2.2. Requisitos. Los supuestos de aplicación de la teoría de la imprevisión son los siguientes:

- ❖ Las circunstancias que sobrevengan a la celebración del contrato y alteren el equilibrio del mismo, deben ser extraordinarias, imprevisibles, e imprevistas por las partes al momento de contratar.

Como se ha venido conceptualizando, se entiende por circunstancias imprevistas e imprevisibles, aquellas que las partes no previeron al momento de perfeccionar el contrato, o al de la oferta, según el caso, y que con mediana diligencia no estaban en la obligación de considerar como posible su realización (razonablemente imprevisibles) No es preciso que el acontecimiento mismo haya sido imprevisible, solo se requiere que lo sean los efectos del suceso ya producido al momento de perfeccionarse el contrato

Sobre la naturaleza de las circunstancias imprevistas el profesor Marienhoff señala (..) tal álea no obedece a conductas o comportamientos específicos de la autoridad pública, sino a una serie de imponderables que actúan o se manifiestan por vía refleja, tanto de carácter interno como internacional o externo, y que al unirse, dan como resultado un álea económica, que se especifica en fluctuaciones de mercado con las consiguientes alzas de precios de costos, desvalorización de la moneda ()¹⁵¹

Para Marienhoff¹⁵², no obstante, no es indispensable que el desequilibrio económico del contrato provenga de un acontecimiento económico, pero si es preciso que dicha alteración origine consecuencias económicas y perjudiciales para el contratista

¹⁵¹ MARIENHOFF. Miguel S. *Op. Cit.*, p. 503

¹⁵² *Ibidem.* p. 506



- ❖ Los contratos de tracto sucesivo y de ejecución instantánea cuyo cumplimiento deba realizarse en época posterior a su perfeccionamiento, por ser de cumplimiento futuro, están sometidos a determinados riesgos consustanciales a su propia naturaleza. Es lo que se conoce como el desarrollo normal del contrato, es decir, aquella que se encuentra dentro de los límites del mismo y que por regla general, resulta inherente a esa operación contractual

El desarrollo normal de los contratos de cumplimiento futuro, impone a las partes la carga de previsión y aseguramiento contra posibles fenómenos que puedan incidir en el contenido económico del contrato, durante el tiempo que media entre el perfeccionamiento y la ejecución del mismo. Así pues, las partes pueden estipular formas para contrarrestar el riesgo inherente a este tipo de contratos, verbigracia, incluir cláusulas de estabilización monetaria, pago con referencia a moneda extranjera, mecanismos de revisión periódica, etc.

Si las partes no prevén los remedios referidos, dentro del marco contractual, no será posible que quien resulte afectado por circunstancias sobrevinientes solicite el restablecimiento del equilibrio del contrato.

Por todo lo expuesto respecto de la teoría de la imprevisión a lo largo del presente trabajo, se puede inferir que la teoría de la imprevisión solo es aplicable ante la ocurrencia de fenómenos que excedan del desarrollo normal del contrato.

Según Marienhoff¹⁵³, el álea anormal es el "acontecimiento que frustra o excede todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el

¹⁵³ *Ibidem*, p. 505

contrato. Las variaciones de precios que provengan de fluctuaciones económicas corrientes constituyen áleas ordinarias; en cambio, (...) áleas extraordinarias son (...) por ejemplo, las depresiones monetarias, crisis económicas, etc. (...)”¹⁵⁴

- ❖ Las circunstancias que alteran el equilibrio del contrato no deben ser imputables a quien las aduce. Los hechos modificatorios de las circunstancias imperantes en la época de celebración del contrato, no pueden derivar de la actividad de la parte presuntamente aplicada, ni de su negligencia o descuido. Según lo comentado por Marienhoff “Para que sea procedente y aplicable la teoría de la imprevisión, el acontecimiento causante del desequilibrio económico financiero del contrato no debe serle imputable al Estado: si lo fuese, tendría vigencia el hecho del príncipe (...)”¹⁵⁵

Así mismo, aplicando por analogía las reglas del derecho civil, puede colegirse que la circunstancia imprevista debe ocurrir estando el contratista o contratante en tiempo de cumplir, pues si sobreviene cuando está en mora, la parte afectada deberá asumir los riesgos de su impuntualidad

- ❖ Es imperativo que el equilibrio económico del contrato se altere como consecuencia de las circunstancias extraordinarias sobrevinientes haciendo excesivamente oneroso para el contratista el cumplimiento de su obligación en los términos originalmente acordados. La excesiva onerosidad debe mirarse con relación al valor de la prestación al momento de proponer o contratar, es decir, se presenta una alteración del costo inicial de la prestación, afectando el interés económico pretendido por el contratista

¹⁵⁴ *Ibidem* p. 524.

¹⁵⁵ *Ibidem* p. 503.



- ❖ La circunstancia que ocasiona el rompimiento del equilibrio contractual, debe provocar efectos transitorios. Así lo reitera Marienhoff¹⁵⁶, "Ha de tenerse presente que implicando una mera ayuda; la indemnización que, en estos casos, la administración pública le efectúa al particular contratante, a fin de que este pueda obviar las consecuencias de la situación crítica en que se encuentra, tal mera ayuda mal se avendría con el carácter definitivo de los efectos del hecho o acto perturbador (...)"

A continuación haremos mención a la teoría de las sujeciones imprevistas, la cual, para muchos autores extranjeros, no así para los nacionales, no hacen distinción, entre ésta teoría y la de la imprevisión, ya que difieren en cuanto a que ésta última surge de las condiciones económicas de orden material

4.6.2.3. Sujeciones imprevistas.

Las denominadas sujeciones imprevistas como causal de rompimiento del equilibrio económico del contrato, se distingue de la fuerza mayor en que no genera una imposibilidad del cumplimiento del contrato sino que lo hace más oneroso; del "hecho del príncipe", en cuanto proviene de factores ajenos a las partes; y de la teoría de la imprevisión; en cuanto que las dificultades no surgen de las condiciones económicas sino que son de orden material".

De acuerdo a lo expuesto por algunos autores, los cuales coinciden en señalar que las sujeciones imprevistas se presentan especialmente en los contratos de obra pública y pueden nacer de complicaciones, factores no advertidos, y que no habían sido contemplados inicialmente por las partes.

¹⁵⁶ *Ibidem* p. 511.

Al igual que en la teoría de la imprevisión, para que pueda hablarse de sujeciones imprevistas, las dificultades materiales deben estar fuera de las que son normales en la ejecución de un contrato, ellas son las únicas que dan lugar a una indemnización, aunque en las cláusulas contractuales se haya rechazado la posibilidad de la misma, pues la indemnización que se prohíbe es la que puede provenir de la presencia de unas dificultades normales.

Según De Laubadère¹⁵⁷, la sujeción imprevista debe acarrear un desarrollo de la economía del contrato que signifique un rompimiento respecto de la proporción que debe existir entre los gastos variables del mismo y la importancia de la obra.

Miguel González Rodríguez, señala que cuando se presenta una sujeción imprevista " el cocontratante debe respetar sus obligaciones y aportar la prestación definitiva en el contrato, aun cuando excusándose el retraso que pueda implicar ello en la ejecución de la labor contratada. Pero al cocontratante se le reconoce un derecho de indemnización, como en los anteriores casos. Sin embargo, también al respecto cabe preguntarse cuál es la solución al supuesto de que el cocontratante no disponga de medios económicos para atender o solucionar las situaciones o circunstancias imprevistas, porque la administración oportunamente no pone a su disposición los fondos indispensables para ello, bien porque no los quiere reconocer o asumir, o bien porque, igualmente, no está en condiciones económicas en determinado momento de atender, suministrando al contratista los fondos indispensables"¹⁵⁸.

4.6.2.4. Caso fortuito o fuerza mayor.

De acuerdo con la fracción IV, del artículo 62 de la Ley de Obra Pública y Servicios Relacionados con las Mismas, aparecen pues, el caso fortuito y la fuerza mayor

¹⁵⁷ DE LAUBADÈRE, André *Op. Cit.*, I, III, p. 31

¹⁵⁸ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel *Op. Cit.* I, I, p. 588



como eximentes de responsabilidad tanto de la administración como del contratista, consistentes en circunstancias imprevisibles sobrevinientes a la celebración del contrato, ajenas a la voluntad de las partes e irresistibles, que ocasionan ordinariamente la terminación del contrato o la celebración de uno nuevo en condiciones diferentes.

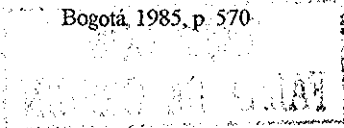
No ha sido muy aceptado por la jurisprudencia y la doctrina, que el caso fortuito o la fuerza mayor conlleven a revisión de los términos en que fue celebrado el contrato para considerar un eventual desequilibrio económico como consecuencia de la ocurrencia de uno de tales eventos.

En Derecho Civil, como se mencionó en los capítulos anteriores el caso fortuito o fuerza mayor presupone un incumplimiento del contrato. Sin embargo, el caso fortuito o la fuerza mayor, funcionan como un mecanismo de liberación del deudor ante el incumplimiento del contrato.

Para que el suceso sea considerado caso fortuito o fuerza mayor, y por lo mismo eximente de responsabilidad respecto de la parte afectada por él, debe ser:

- ❖ Imprevisible, es decir, que razonablemente no pudo ser considerado por el contratante como realizable al momento de contratar. Según Hinestrosa es: "...todo lo que sale de los cálculos habituales, lo que sobreviene sin esperarse, pese a la atención que se puso al álea futuro (...)"¹⁵⁹
- ❖ Irresistible, en la medida que haya colocado a quien lo sufre en imposibilidad circunstancial de obrar en forma diferente a como lo hizo.
- ❖ Exterior, el acontecimiento debe producirse fuera de la esfera de la responsabilidad del deudor.

¹⁵⁹ HINESTROSA, Fernando *Curso de obligaciones*, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985, p. 570.



Tanto la fuerza mayor como el caso fortuito, como se emplean en nuestro Código Civil para el Distrito Federal, producen los mismos efectos y por lo tanto hacer una posible distinción carecería de interés

Nuestro Código Civil equipara al caso fortuito, el hecho del acreedor del que provenga la falta de cumplimiento de la obligación, fracción III, artículo 2017 del mismo Código Civil para el Distrito Federal.

Se considera que mientras en la fuerza mayor la causa es exterior (hecho del hombre), aunque conocida, en el caso fortuito (hecho de la naturaleza) es desconocida e ignorada. En cuanto a los efectos, la fuerza mayor exonera en la totalidad de los casos, no así el caso fortuito.

La distinción entre la fuerza mayor y el caso fortuito adquiere su mayor interés dentro del marco de los contratos de obra respecto de la responsabilidad fundada en el riesgo excepcional. La fuerza mayor, en efecto, es causa exterior, ajena al demandado, que lo exonera de responsabilidad en todos los casos, al pago que el caso fortuito es causa desconocida pero no exterior al demandado por cuanto, precisamente, la causa inmediata del daño es imputable de todas maneras a la estructura misma de la cosa o actividad por la que debe responder el demandado. Si bien la causa desconocida demuestra la ocurrencia de culpa del demandado, por no serle exterior, no suprime la imputabilidad del daño.

Al respecto, el doctor Fernando Hiestrosa en su Curso de obligaciones dice "Fuerza mayor es la circunstancia imprevista que surge por fuera de las actividades del demandado, totalmente extraña al giro de sus negocios, de su empresa, en general de su vida, que por lo mismo puede sobrecoger a cualquier persona ()" y "Caso fortuito es acontecimiento también obra del azar, pero que se desarrolla y estalla dentro de una concreta actividad, como riesgo propio, inherente al desarrollo (...); "(...) y si en principio el daño proveniente de caso fortuito o fuerza mayor

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

comprueba la inocencia del demandado, tratándose de actividades peligrosas ha de dilucidarse el origen del imprevisto, concluyendo que si emana de fuerza realmente extraña, es procedente la absolución; en tanto que el motivo interno a la actividad vincula a quien la practica, tesis admitida por la jurisprudencia patria con el argumento de que el riesgo propio de la empresa no es previsible (...)¹⁶⁰.

A grandes rasgos, puede afirmarse que si bien la legislación equipara el caso fortuito a la fuerza mayor, en unos casos la causa eximente de responsabilidad es conocida y en otros desconocida.

Como se mencionó, lo normal ante la ocurrencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, es la terminación del contrato o la celebración de uno nuevo en condiciones diferentes. La fuerza mayor o caso fortuito que se presenta en la ejecución del contrato y que no impide el cumplimiento final de la prestación, pero que hace más onerosa la causa para alguna de las partes, debe manejarse, bajo la óptica de la teoría de la imprevisión ya explicada.

4.7. El restablecimiento del equilibrio y su mantenimiento durante la ejecución del contrato

4.7.1. Medios de restablecimiento

Analizadas las causas del rompimiento del equilibrio financiero del contrato, resta estudiar los medios para que éste, conforme nuestra legislación se pudiera restablecer y mantener si es que se dan los elementos a los que nos referimos en número 4.5 anterior, de manera justa y equitativa para las partes durante la ejecución del mismo.

Por lo que hace a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, así como su reglamento en este sentido no brinda una opción clara, que a nuestro juicio sea justa y equitativa para el contratista, ya que los medios que prevé son los siguientes:

¹⁶⁰ HINESIROSA, Fernando, *Op. Cit.* p. 571



Para en caso de incumplimiento por parte del estado, el artículo 55 de dicha ley establece:

"En caso de incumplimiento en los pagos de estimaciones y de ajustes de costos, la dependencia o entidad, a solicitud del contratista, deberá pagar gastos financieros conforme al procedimiento establecido en el Código Fiscal de la Federación, como si se tratara del supuesto de prórroga para el pago de créditos fiscales."

Como vemos del artículo antes transcrito, al único incumplimiento a que da lugar en contra del estado es en lo que se refiere al pago de estimaciones y de ajustes de costos, dejando a un lado situaciones que son factibles que pudieran presentarse y que en la práctica de hecho ocurren, tal es el caso, entre otras, que, las autoridades modifiquen unilateralmente las condiciones contractuales originalmente pactadas, suspensión de los trabajos o rescisión del contrato, el no reconocimiento de obra ejecutada, el impedimento de la ejecución de la obra.

Dada esta situación, ni la mencionada ley, ni su reglamento, regulan una indemnización que pudiera considerarse justa, ya que por ejemplo, para el caso de incumplimiento en los pagos, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, establece que el estado debe pagar únicamente los gastos financieros. Tratándose de suspensión de los trabajos o rescisión del contrato la fracción I del artículo 62 de esta ley, señala que el estado: "pagará los trabajos ejecutados, así como los gastos no recuperables, siempre que éstos sean razonables, están debidamente comprobados y se relacionen directamente con el contrato de que se trate". Dada esta situación se considera que el estado debe reconocer y considerar no solamente los gastos financieros y los no recuperables, sino también indemnizar con alguna cantidad que represente las utilidades esperadas, más intereses sobre los costos financieros.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El artículo 56 de la mencionada ley, señala que: "Cuando a partir de la presentación de propuestas ocurran circunstancias de orden económico no previstas en el contrato que determinen un aumento o reducción de los costos de los trabajos aún no ejecutados conforme al programa pactado, dichos costos, cuando procedan¹⁶¹, deberán ser ajustados atendiendo al procedimiento de ajuste de costos acordado por las partes en el contrato ."

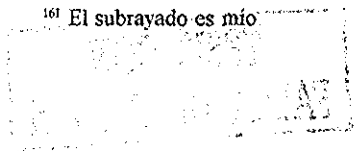
Derivado de lo establecido en este artículo, es que reafirmamos la teoría de que el estado es quien cuenta con la facultad potestativa de decidir cuando procede realizar el ajuste de costos en un contrato de obra y en qué casos. Por ello, es que es imperativo que se modifique la ley, a efecto de ser más equitativa y prever un mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico contractual de manera clara.

Siguiendo este orden de ideas, mencionaremos lo que establece el artículo 125 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas para el caso de rescisión del contrato:

"Artículo 125 - Cuando la dependencia o entidad sea la que determine rescindir un contrato, dicha rescisión operará de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial, bastando para ello que se cumpla el procedimiento que para tal efecto se establece en la Ley; en tanto que si es el contratista quien decide rescindirlo, será necesario que acuda ante la autoridad judicial federal y obtenga la declaración correspondiente".

Si bien es cierto, que el estado en aras de procurar proteger el interés público, concebido como fin estatal primordial, también lo es, que éste no puede desconocer los derechos del contratista, quien forma parte de la actividad contractual no solo como

¹⁶¹ El subrayado es mío



colaborador de la administración, sino para obtener un beneficio económico, por ello, es que se considera que son exorbitantes las facultades que tienen y en honor a la justicia, no tienen correspondencia los derechos del estado con los del contratista, quien además desde el principio es el que fija las reglas, no obstante que en la mayoría de los casos, el que asume los riesgos es el propio contratista

Desde un particular punto de vista, tanto en el ordenamiento civil como administrativo, debería establecerse el que las partes adopten en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. Suscribiendo para tales efectos los acuerdos y pactos necesarios.

Estos ordenamientos, además de contemplar las formas de restablecimiento o de mantenimiento del equilibrio del contrato deben prever la forma de hacerlos efectivos, que no podía ser otra, en el caso de contratos celebrados con el estado, que la de establecer como obligación de las entidades incluir en sus presupuestos las partidas necesarias para pagar al contratista los valores a que tenga derecho como consecuencia de la aplicación de los medios de restablecimiento o mantenimiento del equilibrio económico del contrato, y en el caso de los particulares, el incluir dentro del costo de la obra, una partida que se maneje como contingencia en caso de que se presente algún desequilibrio contractual, asegurándose en ambos casos, (contratos entre el estado y los particulares y entre particulares mismos) la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista de alguna situación que se presente en particular o que llegase a presentarse

Veamos los principales mecanismos que deberían regularse en los ordenamientos civil y administrativo como formas de restablecer el equilibrio económico del contrato

Actualmente, en materia de contratos de Obra Pública, en virtud de que se tutelan bienes de interés público, es que la Ley de Obras y Servicios Relacionadas con las mismas, así como su reglamento, veremos a continuación, es mucho más específica, al

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

contener disposiciones particulares para regular el contrato de Obra Pública, no así en materia de contratos de obra privados.

4.7.1.1. Revisión de precios.

La Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, en su artículo 57, da lugar al derecho del contratista a la revisión de precios, cuando como se señaló en el artículo 56 de esta misma ley, "...ocurran circunstancias de orden económico no previstas en el contrato que determinen un aumento o reducción de los costos de los trabajos aún no ejecutados conforme al programa pactado, dichos costos, cuando procedan¹⁶², deberán ser ajustados, atendiendo al procedimiento de ajuste de costos...". De conformidad con lo que establece este artículo, estaría muy limitado el contratista, en caso de que se viera afectado, ya que, quedaría a juicio de la administración, el determinar si procede o no algún ajuste por circunstancias que no se previeron en el contrato

El referido artículo 57 establece lo siguiente:

"Artículo 57 - El ajuste de costos podrá llevarse a cabo mediante cualesquiera de los siguientes procedimientos".

- I. La revisión de cada uno de los precios del contrato para obtener el ajuste;
- II. La revisión por grupo de precios, que multiplicados por sus correspondientes cantidades de trabajo por ejecutar representen cuando menos el ochenta por ciento del importe total faltante del contrato, y
- III. En el caso de trabajos en los que se tenga establecida la proporción en que intervienen los insumos en el total del costo directo de los mismos, el ajuste

¹⁶² El subrayado es mío.



respectivo podrá determinarse mediante la actualización de los costos de los insumos que intervienen en dichas proporciones”.

Como se mencionó en los párrafos anteriores, no obstante lo preceptuado por el artículo anterior, consideramos que en las legislaciones civil y administrativa, debe contemplarse la obligación de incluir en los presupuestos de las obras a ejecutar, una partida especial destinada a cubrir los gastos que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados. Además, debería tenerse en cuenta como obligación de las partes, la de otorgar la revisión de precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en contra de una de ellas, el equilibrio económico del contrato.

La revisión de precios puede hacerse mediante la incorporación de fórmulas matemáticas, mediante la referencia a la actualización según el índice de inflación, de aumento de precios al productor, consumidor, etc.

4.7.1.2. Revisión de condiciones de ejecución.

Tratándose de la ejecución de contratos de obra, ya sea entre el estado y particulares o entre particulares, el contratista, debe aceptar como consecuencia de ello que, el contratante, debe velar porque realice su trabajo en las mejores condiciones posibles, de manera que no se vea constreñido a asumir obligaciones adicionales injustas. Para el efecto, las legislaciones civil y administrativa deben prever que los contratantes adopten las medidas necesarias para mantener, durante el desarrollo del contrato, las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer – en los casos en que se hubiese realizado licitación o concurso públicos o solicitud de cotización-, o de contratar- en los casos de contratación directa-. Debiendo los contratistas, actuar de tal modo que, por causas a él imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin deberán corregir, a la mayor brevedad, los desajustes que puedan presentarse



y acordar los mecanismos pertinentes para evitar o solucionar las situaciones de litigio que lleguen a presentarse

Por otra parte, se considera también que el contratista tiene derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada, y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. Y, por ello, debe agregarse en las legislaciones civiles y administrativas, que en consecuencia, tendrá derecho el contratista, previa solicitud, a que el contratante le restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida, por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a él. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento del contratante, deberá tener derecho a que se restablezca la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

Tratándose de contratos celebrados entre el estado y los particulares, igualmente debería establecerse que cuando se haga uso de la facultad de modificación e interpretación unilateral del contrato por parte del estado, debe ser obligación de la administración aplicar los mecanismos de ajustes de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

De esta manera, las revisiones de los precios que se acuerden, por presentarse circunstancias que afecten el equilibrio contractual, se cumplirán mediante la suscripción de los contratos adicionales correspondientes o, más todavía, en los acuerdos de liquidación de los mismos.

4.7.1.3. Indemnización.

Además de lo señalado en el número 4.7.1. anterior, en lo que se refiere a las indemnizaciones, en el caso de contratos celebrados entre el estado y los particulares, debe establecerse que cuando se utilicen las potestades de terminación, interpretación o modificación unilateral de un contrato, por parte del estado, éste deberá proceder al reconocimiento y orden de pago de las

compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y especificarse como mecanismo de mantenimiento de la ecuación contractual el pago de gastos adicionales, lo mismo que el reconocimiento de costos financieros e intereses.

4.7.1.4. La revisión de los contratos por el Poder Legislativo.

El Juez debería también, por la demanda de una de las partes y después de llamarlas y hacerlas comparecer a un acto conciliatorio, pronunciar la suspensión o ejecución del contrato o limitar su ejecución por el plazo que determinara

También interviene el Poder Legislativo mediante preceptos permanentes incorporados a las leyes generales. Lo que es menester volver a mencionar que en nuestro Código Civil para el Distrito Federal, establece en su artículo 1796, que "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, () Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley".

En este sentido, el Código Civil alemán en su artículo 157 dispone que "los contratos deberán interpretarse como exige la buena fe y la intención de las partes determinada según costumbre"; el artículo 242 preceptúa que "...el deudor está obligado a efectuar la prestación según lo exige la buena fe y la intención común de las partes, determinada por los usos y costumbres"; y el artículo 610 establece que "El que promete hacer un préstamo, en caso de duda podrá revocar su promesa cuando el estado de fortuna de la otra parte sufra alteración esencial, que ponga en peligro el derecho a la restitución".

Además, expresa el precepto, del artículo 138: "Será nulo todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres, y en particular aquél por el cual, explotando cualquiera la desgracia, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

dar por él o por un tercero, en cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que excedan al valor de esta prestación, de tal modo que, según las circunstancias, las ventajas estén en enorme discordancia con ella" (ver también los artículos 10 y 321)

4.7.1.5. La revisión de los contratos por el Poder Judicial (teoría de la imprevisión)¹⁶³.

La revisión de los contratos por el Poder Judicial se efectuaría aplicando la *teoría de la imprevisión*, con la designación de la tan comentada cláusula *rebus sic stantibus* (manteniéndose así las cosas: *rebus*, las cosas; *sic*, así; *stantibus*, estando o permaneciendo; es decir: subsistiendo la misma situación o estado de cosas, no cambiando las condiciones o circunstancias en que se contrató originalmente).

Se entiende que debería regularse que los contratantes celebran el contrato en la inteligencia de que subsistirán las circunstancias en que contratan y que cuando ello no ocurre, cuando sobrevienen circunstancias excepcionales e imprevisibles, los Jueces puedan revisar los contratos aplicando esa estipulación tácita o sobreentendida. Vale la pena recordar que las promesas se entienden siempre formuladas bajo las condiciones o circunstancias en que el contrato fue celebrado y si se modifican esencialmente el contrato se resuelve, siempre que, como veremos, se encuentren reunidos, estos requisitos esenciales: 1º) que no exista culpa ni mora del deudor; 2º) que el cambio de circunstancias o condiciones no haya sido fácil de prever; 3º) que el cambio sea de tal naturaleza que, de haberlo conocido anticipadamente, el deudor no hubiera contratado

¹⁶³ Sobre este punto pueden consultarse los estudios publicados en la revista "La Ley", tomo 12, págs. 11 y siguientes, 40 y siguientes y 107 y siguientes, Sección Doctrinaria, sobre "la revisión de los contratos por el Juez", en Alemania, Suiza e Inglaterra, respectivamente; y la publicación titulada "Travaux de la Semaine Internationale de droit", año 1937, París, págs. 45 y siguientes, 57 y sigtes., 87 y sigtes., 105 y sigtes., 135 y sigtes., 155 y sigtes., 173 y sigtes., con estudios diversos juristas sobre la revisión de los contratos por el juez en el derecho italiano, húngaro, polaco, yugoeslavo, sirio-libanés, turco, suizo y japonés.



CONCLUSIONES

Según el principio tradicional consagrado por el artículo 1796 de nuestro Código Civil, el contrato, una vez concluido, debería permanecer incólume, inalterable, intangible, cualesquiera que fueran las circunstancias sobrevinientes a los contratantes o a las prestaciones objeto del contrato, aunque sean radicalmente diversas de las existentes al contratar y hayan roto el equilibrio económico contractual primitivo.

Empero, el nuevo concepto social de los derechos personales, como prerrogativas que cumplen a la vez una función individual y social, que tiende a desplazar el individualismo, acentúa constantemente la tendencia a admitir que, en circunstancias excepcionales, cuando ocurre la mutación inesperada de las circunstancias en que se contrató originalmente, no puede mantenerse incólume el dogma de la obligatoriedad de los contratos con prestaciones sucesivas o de ejecución diferida y tales contratos pueden ser materia de una racional revisión por el Poder Legislativo o por el Poder Judicial. Esa revisión, sea para lograr un equilibrio económico contractual, respecto de las condiciones originalmente pactadas, bien sea rescindiendo o modificando el contrato, se funda en la llamada teoría de la imprevisión, que se perfila como una causal de inimputabilidad por incumplimiento total o parcial de obligaciones en actos, y principalmente en contratos de cumplimiento diferido o de tracto sucesivo, como lo es el contrato de obra, como consecuencia del cambio de circunstancias sobrevinientes durante su ejecución, que no hacen absolutamente imposible el cumplimiento, sino solamente demasiado oneroso.

Es un hecho que la teoría de la imprevisión reúne antecedentes y reconocimientos en por de su existencia en nuestro medio y por consiguiente se puede invocar y acoger por órganos y tribunales sin que ello pudiera considerarse una actitud temeraria o escandalosa. Al mismo tiempo aparece de sentida necesidad regular, de una vez y en forma positiva, una materia que tiene ya muchas aproximaciones en diferentes ámbitos a fin de dotarla de más certezas y estructuras, y menos especulaciones.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

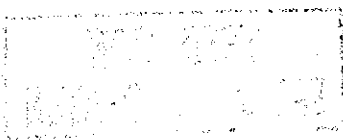
Como quedó expuesto en el presente trabajo, la doctrina clásica y mayoritaria diferencia lo que es la teoría de la imprevisión, la teoría de los hechos del príncipe o poderes públicos y teoría de las dificultades materiales imprevistas, principalmente en atención a si la circunstancia extraordinaria, imprevista y sobreviniente, es de naturaleza financiera, emana del poder público, o deriva de la propia naturaleza, respectivamente.

A nuestro juicio, no se justifican tres denominaciones diferentes para situaciones que pueden tener una denominación única y común. Es decir, podemos tener una sola institución, que para efectos de la presente tesis, se ha denominado "Equilibrio Económico Contractual", – o cualquiera sea su nombre- con sus particularidades, y que agrupe o comprenda a los presupuestos de las tres teorías. Todas participan de fundamentos similares, discurren sobre una misma base – circunstancias extraordinarias-, todas persiguen indemnizar al particular en mayor o menor grado, con el fin último de restablecer el equilibrio de las prestaciones originalmente pactadas.

Se hace presente que las ideas aquí expuestas consideran a la imprevisión en el ámbito público y privado. En este último caso, sabemos de esfuerzos para analizar y desarrollar también esta institución.

Sin embargo, como se expuso, en el derecho público son otros los bienes y principios a tutelar y considerar en la elaboración y desarrollo de esta institución. No obstante ello, resulta ineludible tender a lograr su uniformidad, pues no aparece como conveniente tener dos visiones, una pública y otra privada, para una misma figura escogiendo una u otra, según el campo del derecho en el que nos encontremos.

La norma *Pacta sunt servanda* es perfectamente aplicable a los contratos de ejecución diferida en épocas de estabilidad económica, no así, para un periodo de inestabilidad en el que se producen acontecimientos imprevisibles por los contratantes, que alteren substancialmente sus obligaciones, haciéndolas en muchas ocasiones exageradamente onerosas; ese principio no debe ser la pauta que regule tales relaciones jurídicas, aun cuando siga siendo perfectamente válido para todos los contratos de -tracto instantáneo- y para aquellos de -tracto sucesivo- en los



que las condiciones originales permanecen relativamente iguales a aquellas que se dan en los momentos ulteriores en que se cumple o ejecuta el contrato.

Resulta ya inaplazable que todos los Códigos Civiles así como las leyes que preven la obra pública y privada a nivel nacional, que no contemplan en sus ordenamientos el restablecer el equilibrio económico contractual, invocando la teoría de la imprevisión, la admitan en los contratos de ejecución diferida y autoricen la resolución del contrato o la modificación equitativa de sus condiciones, cuando la prestación de una de las partes haya llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, ajenos a su voluntad y que no sean consecuencia de la ejecución normal y/o incorrecta del contrato, a fin de que los contratantes que se encuentren inmersos en tales supuestos no sufran las consecuencias de la inequidad en que los puede situar un derecho rígido superado por la realidad económica inestable que nos ha tocado vivir.

Esta propuesta no desconoce la importancia del valor - seguridad jurídica- que al Derecho también le interesa alcanzar, pues precisamente porque estima la trascendencia de este valor, es que se propone una modificación legal aplicable que rija, como toda ley, en forma general, abstracta e impersonal, y que permita a los contratantes saber a qué atenerse en el caso de esas alteraciones extraordinarias en la realidad económica.

Admitir el equilibrio económico contractual en los contratos de mérito, no riñe con la estructura clásica que a los contratos civiles le han asignado nuestros códigos nacionales ni impide que al lado de artículos como los que prescriben que - los contratos se perfeccionan y surten efectos entre las partes por el mero consentimiento-; -la validez y el cumplimiento de los contratantes- aparezca la norma que autorice la rescisión del contrato o la modificación equitativa de sus condiciones en los casos de imprevisión, pues los primeros, son reglas generales aplicables a todos los contratos, y el segundo, será una norma especial vigente sólo para los contratos de ejecución diferida en los casos en que la prestación de una de las partes ha llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Esta tesis, tampoco debe ser interpretada como una opinión tendiente a estimar implícita en los contratos la cláusula *Rebus sic stantibus* o a considerar que el Juez puede modificar los contratos a su arbitrio en detrimento de la estabilidad de los mismos, pues es claro que lo que se sugiere es una forma legal que supere las objeciones que los tratadistas franceses encontraron al darse cuenta de que el Código napoleónico omitió hacer referencia a la imprevisión.

Es claro de que en la teoría de la imprevisión, se supone una limitación al principio de la autonomía de la voluntad, pero es importante recordar que esta no es la única limitación que se puede citar, pues encontramos otras que en los códigos modernos se imponen a aquel principio, como son: la buena fe, la equidad, el abuso del derecho, e incluso, las restricciones que la propia legislación contémpia.

En principio, la postura de la legislación civil mexicana, no parece ser conciliable con la idea de la constitución de la imprevisión en un precepto legal, debido a que la única excepción que tolera el principio que establece el exacto cumplimiento de la obligación en todos sus términos (contratos legalmente celebrados), es la regla que dispone que solo el caso fortuito y la fuerza mayor, como imposibilidad objetiva absoluta de cumplimiento, producen la liberación del deudor

El silencio de la legislación civil, al no prever nada respecto a facultar al juez del poder de revisar los contratos, o liberar al deudor o exonerarlo de responsabilidad por daños, en aquellas situaciones jurídicas que entrañan una posible, pero muy gravosa ejecución de la obligación, como consecuencia de los efectos dañinos del cambio de las circunstancias, tiene su razón, según algunos autores, en que de ser admitida tal revisión de los contratos, se crearía la incertidumbre en las relaciones jurídicas y ello afectaría la seguridad jurídica.

Sin embargo, considero injustificada la negación de esta posibilidad, por cuanto se trata de un recurso excepcional, para ser usado, como se ha comentado solamente cuando la desproporción sobrevenida entre las partes sea notablemente anormal y que derive de un hecho extraordinario e imprevisto



Por otra parte, a pesar de que el derecho se desentiende de aquellas situaciones que originan una manifiesta desproporción entre las prestaciones, advertimos como se ha manifestado, que no se ha prohibido la tesis de la imprevisión en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, en el que se encuentran algunos preceptos que son favorables a su posible aplicación, pero que también al no ser específica con amplitud la teoría de la imprevisión, puede crear incertidumbre.

En efecto, no se admite expresamente la teoría de la imprevisión, pero tampoco se fija de una manera concluyente o absoluta que deba prevalecer ese respeto al principio de la obligatoriedad, pues encontramos una limitación en aquel principio superior de la buena fe. Este último representa un eslabón fundamental de las relaciones jurídicas que debe regir tanto en la celebración, como en la ejecución de los contratos.

Esto no es más que un escollo en el que se puede atenuar el principio inflexible de la fuerza obligatoria del contrato, para que sea aplicada la imprevisión. Ello sólo podría ser atendido de manera implícita, con base a que es contrario a la buena fe, obligar al respeto del contrato por parte del deudor, cuando las condiciones en que debía cumplirse, se han modificado de tal forma, que de exigirsele el exacto cumplimiento, le ocasionaría un grave perjuicio en su patrimonio con la consecuente ventaja injustificada para la contraparte.

Por otra parte el Código Civil Mexicano, al aceptar y regular el enriquecimiento sin causa como una de las fuentes de las obligaciones, y por tanto de responsabilidad está aplicando de manera genérica el principio de la equidad, al igual que cuando se estipula que el juez al no poder resolver un asunto, frente a las lagunas de la ley, procederá con equidad, tratando de evitar por encima de todo, un lucro indebido o un gravamen innecesario.

Ante la falta de una norma, el juez tiene que resolver el caso procurando la mayor reciprocidad en las operaciones onerosas y evitando un perjuicio para cualquiera de las partes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El artículo 20 del Código Civil vigente dispone:

"Cuando haya conflicto de derechos, a falta de la ley expresa aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trata de evitarse perjuicios y no a favor del que pretende obtener lucro".

Si el conflicto fuere de derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.

De acuerdo con los principios expuestos y el contenido del artículo transcrito, es posible considerar contemplada la imprevisión en la legislación, aunque de una manera implícita o propuesta.

Se considera que la ley debería precisar con detalle las circunstancias específicas en que se pudiera aplicar el restablecimiento del equilibrio económico contractual, en contraste con el principio de la rigidez contractual, y a la par otorgar facultades a los jueces para que en situaciones extraordinarias y bajo ciertas limitaciones, pudiera intervenir en la modificación o resolución de los contratos, cuando se requiera restablecer la equidad y el principio contractual.

Conforme a lo expuesto, se concluye y propone.

1. Todo orden normativo busca, entre otros, la consecución de los valores: seguridad jurídica, equidad y justicia.
2. No siempre es posible la consecución simultánea de ellos, y la realidad por nosotros conocida nos permite afirmar que en muchas ocasiones estos valores se oponen.
3. La mayoría de las leyes civiles que rigen en el país fueron creadas en y para épocas de relativa estabilidad económica.

4. La realidad económica que ha vivido el país durante las últimas dos décadas dista mucho de ser considerada como ideal; aunque la inflación ha disminuido sensiblemente, los índices anualizados de este parámetro económico siguen siendo no deseables.
5. La depresión económica que ha venido sufriendo el país exige la creación de normas jurídicas que regulen las relaciones contractuales en los supuestos en los que la realidad en el momento de ejecutar o cumplir un contrato es muy diversa a aquella en que se tomó en cuenta al momento de contratar, sin que los obligados hubieran podido razonablemente prever esos cambios que transformaron su obligación en una carga exageradamente onerosa
6. Los contratos de ejecución diferida, en los que se incluyen los de tracto sucesivo, deben tener causas especiales de resolución o modificación de sus condiciones, diferentes a las de los contratos de tracto instantáneo, sobre todo cuando la prestación de una de las partes ha llegado a ser exageradamente onerosa debido a acontecimientos imprevisibles
7. El cambio de las condiciones existentes de celebrar el contrato, por circunstancias imprevisibles para ambas partes, la variación de las circunstancias de hechos en que se constituyó el contrato tiene por resultado, cambios profundos en las relaciones económicas del mismo, quedando una de las partes, excesivamente gravada a favor de la otra. Igualmente, al sobrevenir el rompimiento de la equivalencia entre las prestaciones por el cambio de la situación económica, dicho cambio no puede preverse lógicamente por las partes contratantes en el tiempo de la conclusión del contrato.
8. Al hacerse más oneroso el cumplimiento de la obligación por eventos imprevisibles, no debería ser exigida su conclusión efectiva pues ello excede

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de los límites de su fuerza obligatoria ya que el deudor no puede ser obligado a ejecutar en condiciones distintas de las estipuladas en el contrato.

9. Aun cuando no se hace imposible materialmente la presentación, dada la excesiva onerosidad, se debe liberar al deudor por cuanto al mantenerle obligado se le causaría un grave perjuicio en su economía, ya que para satisfacer la prestación debida tiene que haber un sacrificio patrimonial muy desproporcionado en su perjuicio, en relación con el que hubiese hecho en situaciones normales.

10. Se propone adoptar el restablecimiento del equilibrio económico contractual en los contratos de obra públicos y privados, respecto de las condiciones originalmente pactadas, en los contratos de ejecución diferida, sugiriéndose al efecto lo siguiente:

- ♦ Que pueden resolverse, cuando la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles ajenos a su voluntad y que no sean consecuencia de la ejecución normal del contrato
- ♦ El interesado puede optar entre la resolución del contrato o la modificación equitativa de las condiciones del mismo; pero en caso de que se decida por la resolución, ésta no surtirá efectos si la contraparte acepta modificar equitativamente las condiciones del contrato, volviendo a establecerse las condiciones originalmente pactadas

Como se señaló en el capítulo segundo del presente trabajo, existen legislaciones como en los estados de Jalisco, Tamaulipas, Aguascalientes y Guanajuato que aceptan la teoría de la imprevisión. Para estos estados, la propuesta sólo traería como consecuencia incluir el efecto positivo de la imprevisión, ya que en sus legislaciones admiten expresamente la imprevisión, pero únicamente en su aspecto negativo, esto



es, que actualmente el afectado sólo puede aspirar a la resolución del contrato, pero no a su persistencia con modificaciones equitativas. Los restantes códigos, incluyendo el del Distrito Federal al que nos hemos referido durante este análisis, solo aceptan la teoría de la imprevisión de manera implícita, en virtud de que tanto la equidad como la buena fe, son reclamos de la propia ley que se imponen como principios esenciales en la celebración de los contratos y por tanto en su ejecución también.

Se permite que el contratante, cuya obligación ha llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles ajenos a su voluntad, tenga acción para intentar que el contrato se resuelva; pero no le autoriza a solicitar la modificación equitativa de las condiciones del mismo, ya que esto último sólo es motivo de excepción que puede ser opuesta por el otro contratante a quien le interesa la persistencia del contrato.

En estas legislaciones no se toma en cuenta que también al actor puede interesarle la subsistencia del contrato siempre y cuando sus condiciones se modifiquen equitativamente.

Es tiempo de que se incluya abiertamente en la legislación, una posibilidad legal a los sujetos contractuales, que les permita por vía de acción procesal, acudir al órgano jurisdiccional para que examine el contrato y analice si puede ser objeto de modificación o resolución, cuando concurren las circunstancias imprevisibles, a fin de restablecer la equidad y el equilibrio contractual. Esto solucionará muchos de los conflictos que actualmente se presentan entre los contratantes y los contratistas, quienes en muchas ocasiones se ven imposibilitados para cumplir con los términos y condiciones a los que se obligaron, por haberse modificado las condiciones originalmente pactadas, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que surgen durante la ejecución de los contratos, ajenos a su voluntad.

Si se aplicará el restablecimiento del equilibrio económico contractual en los contratos de obra y aplicará la revisión de los contratos y con su modificación o resolución, se liberarían muchas personas del yugo contractual.

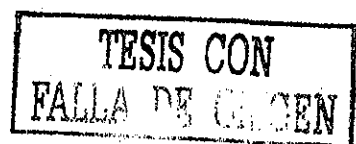
**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Derivado de la necesidad expuesta de reformar la legislación, hace falta ante todo, una fuerza legislativa que con valentía sepa romper los grandes intereses económicos y políticos que están en juego. Para los legisladores, la posibilidad está en sus manos, sólo se requiere que la sepan utilizar.



BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Segundo Curso de Derecho Administrativo*, México, Porrúa, Segunda edición, 1993.
- ANZOLA, Nicasio, *Curso Elemental de Derecho Mercantil*, volumen II, imprenta "La Luz" Colombia, 1926.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *La teoría de la equivalencia económica en los Contratos Administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.
- BADAOU, Saroit, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, T. II, Pichon et Durand-Auzias, París, 1955.
- BADELL MADRID, Rafael y Álvaro, *Contratos Administrativos*, Badell de Graun.5, Caracas, 1999.
Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos. Fundación Procuraduría General de la República, Caracas. 1991.
- BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Régimen Jurídico de la Intervención Administrativa en la Economía*. Madrid, Editorial Tecnos, 1963
- BENOIT, Francis Paul *Droit Administratif Francais*, París, Dalloz, París, 1968, p. 465
- BERCAITZ, Miguel Angel. *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2ª. Edición, corregida y actualizada, Buenos Aires, 1980.
- BETTI, Emilio, *Instituciones de Derecho Comercial*, Tomo III, Editorial Eliar, Colombia 1998
- BONNECASE, Julien, *Elementos de Derecho Civil*, ts. I y II, traducción al español, Cárdenas, Editor y distribuidor, Tijuana, 1985
- BORJA, SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, T II, segunda edición, Porrúa, México, 1956.
- BREWER-CARIAS, Allan R. *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica, Venezolana, 1992.
- CABANELLAS, Guillermo, *Repertorio Jurídico de Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos*. Editorial Bibliográfica Argentina. Única Edición, Buenos Aires, 1959.



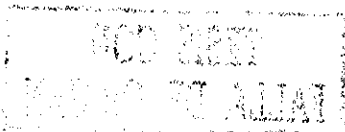
- CANALES ARENAS, Jorge, *El Contrato de Obra Pública*, 1ª Edición, Trillas, México, 1991.
- CASSAGNE Juan Carlos, *Los contratos de la administración pública*, T. I Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1975.
- CONSEJO DE ESTADO. S *Consulta y Servicio Civil*. Dictamen del 11 de mar./72 Rad. 561 M.P. Alberto Hernández Mora, 1973.
- DE CASSO y ROMERO, Ignacio y CERVERA, Francisco, Editorial labor, S A. Barcelona, España, 1ª edición, 1950
- DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis, "Los Fines de interés público como causa y como límite de la competencia y como medio y medida de control jurídico" en *Revista de Administración pública, Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 85, enero-abril, Madrid, 1978.
- DE LAUBADÉRE, André, *Traité théorique et pratique des Contrats Administratif*, Tomo II, LGDJ, París, 1956
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, *Elementos de derecho administrativo*, Trillas, México 1991
- DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 10a Edición UNAM, Porrúa, México, 2000
- DIFÉRMAN, Bonifacio, *CURSO DE DERECHO CIVIL PANAMEÑO*, T. IV, Biblioteca de Derecho, Universidad Santa María La Antigua, Panamá, 1995
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil-Teoría del Contrato-Contratos en Particular*, Porrúa, México, 2000.
- DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, 4ª edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.
- ENNECCERUS Ludwiw; THEODOR, Kipp; y MARTÍN WOLFF, Boch, *Tratado de Derecho Civil*, T.II, Editorial Casa, 2ª edición, Barcelona, España
- ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los Contratos administrativos*, Tomo I, Ed De Palma, Buenos Aires, 1977.



- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El defensor del pueblo—Ombudsman—*, Centro de Estudios Constitucionales, Constitucionales, Madrid 1982.
- FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge, *Derecho Administrativo-Contratos*, primera edición, Porrúa, México, 2000.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El Derecho Romano Privado, Como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea*, Editorial Esfinge, S A. 5ª edición, México.
- FORSTHOFF, ERNEST, *Tratado de Derecho Administrativo, Estudios de Administración*.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 4ª Ed., editorial Civitas S A., Madrid 1984
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel, *Código Contencioso Administrativo comentado*, T. I, Librerías Jurídicas Wilches, Bogotá, 1987.
- Derecho procesal administrativo*, T I, 8ª. Edición, Biblioteca de Derecho, Universidad Santa María La Antigua, Panamá, 1983
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, *Derecho de las Obligaciones*, editorial Cajica Puebla, Puebla, 1974, pp 377 y ss; BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*, 7ª edición, Porrúa, México, 1971.
- HERNÁNDEZ, José Ignacio, *Derecho Administrativo*, T. III, 9ª edición, Instituto de Derecho Público, Caracas, 1984
- HINESTROSA, Fernando *Curso de obligaciones*, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985
- MADURO LUYANDO, Eloy, *Curso de Obligaciones Derecho Civil III*, 9ª. Reimpresión, Caracas, 1993
- MANUEL María *Derecho Administrativo*, T III, 2ª edición, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1979.
- MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1974
- MELICH-ORSINI, José, *Doctrina General del Contrato*, 3ª Edición, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, T. II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1986.
- MONEDERO, GIL, José Ignacio, *Doctrina del Contrato del Estado*, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, Madrid 1977.
- NAVA NEGRETE, Alfonso, "Contrato de Obra Pública", *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1983, ii
- NAVAS GONZÁLEZ, Angel, *Curso General de los Contratos*, Publicaciones Colegio de Abogados del Estado Lara, Caracas, 1992
- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y URIBE HOLGUIN, Ricardo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1967.
- PEREZ SERRANO, Nicolás, *De las Obligaciones*, Volumen I, Editorial Eliar, 1986
- PETITE, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Traducido de la 1ª edición francesa, Editora Nacional, México, 1971
- PINO RICCI, Jorge, *Régimen de Contratación Estatal*, Universidad Externado de Colombia, Santa fé de Bogotá, D.C. 1996.
- PLANIOL, Marcel, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Vol VII, traducción de la 12ª edición francesa por el licenciado José M. Cajica Jr., México, 1947.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. I, Volumen I, 2ª. Edición ampliada, Barcelona, 1978
- QUIROZ RENDÓN, David, *Teoría de los Contratos Administrativos*, T. II, Temis, Caracas, 1997
- RIVERO, Jean *Droit Administratif*, Dalloz, París 1977
- RODNER S., James-Otis, *La Teoría de la Imprevisión*, Barquisito Tribunal Jurídica de Venezuela, Caracas, 1994.
- RODRÍGUEZ R. Libardo, *Derecho Administrativo*, 8ª. Edición, Biblioteca de Derecho, Universidad Santa María La Antigua, Panamá, 1995.
- SAYAGUEZ LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, Temis, Caracas, 1985.



SERRA ROJAS, Andrés, *Derecho Administrativo*, Segundo Curso, Vigésima edición, Porrúa, México, 2000.

LEGAZ Y LECAMBRA, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965

URBANEJA, Luis Felipe, *Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencia Políticas y Sociales, Conceptos sobre la teoría de la Imprevisión en los Contratos Privados*, Panamá, 1994.

VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho Civil de las Obligaciones*, Bogotá, Tomo III, Edición Temis, 1968.

VALLEJO MEJÍA, Jesús, *Derecho Comercial*, Leonor, Bogotá, 1989

VEDEL, Georges, *Derecho Administrativo* Traducción de la 6ª edición Francesa por Juan Rincón Jurado, Aguilar, Caracas 1980

VIDAL PERDOMO, Jaime, *El Contrato de Obras Públicas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1989

VILLAR PALASÍ, José Luis y VILLAR EZCURRA, José Luis, *principios de Derecho Administrativo. Constatación Administrativa*, T. III, Universidad de Madrid, Madrid, 1983

VIVANTE, César, *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo III, Colombia, Bogotá p 486-492.

WERNER Jaeger, *Paideia*, Madrid de Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1976,

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1957
MAY 20 1957
RECEIVED