

CARACTERES, RÉGIMEN ESPECIAL Y EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO EN LOS CONTRATOS Y CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

Jorge R. Canals Arenas

*Sumario: I. Introducción; II Los contratos administrativos; III. El principio de conmutabilidad; IV. El carácter **intuitu personae**; V. Derechos y obligaciones del contratista.*

I. INTRODUCCIÓN

La Administración Pública utiliza personas y cosas para satisfacer las necesidades colectivas y para justificar su propia existencia. Lograr esto requiere de la colaboración de los particulares, cuya obtención puede ser obligatoria 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 ¹.

Entre los actos destinados directamente a ampliar la esfera de acción de los particulares en México, se encuentra la concesión

¹ Canals Arenas, Jorge R., *El Contrato de Obra Pública*, 1ª. ed., México, 1991, pp.31 y 32.

administrativa ² como acto mixto, tanto por la gran influencia de la escuela realista francesa sobre todo entre los años de 1925 a 1940, como por la legislación positiva ³.

Si bien la concesión administrativa es un acto administrativo direccional por medio del cual la Administración Pública confiere a un particular, una potestad consistente en el manejo o explotación de un servicio público, privilegios exclusivos, o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado, con determinadas obligaciones y derechos, en ella está presente la voluntad del particular por auxiliar a la administración, y ésta toma en cuenta el deseo del gobernado, ya porque lo estima útil y conveniente, ya por incapacidad económica u orgánica ⁴.

Nuestra legislación, lejos de ser precisa en el empleo del término «concesión», conduce a errores, pues en algunas ocasiones lo emplea impropiaamente; así llama «concesión» a contratos, permisos, licencias, autorizaciones y otros actos similares, aludiendo al contrato concesión, o a la concesión permiso, desvirtuando en —opinión de Serra Rojas— la naturaleza de esa institución ⁵.

La concesión como acto complejo se compone de tres elementos: un acto reglamentario, un acto condición y un contrato.

El primer elemento fija las normas a las que se sujetará la organización y funcionamiento del servicio, incluyendo las disposiciones referentes a horarios, modalidades, derechos de los usuarios. La Administración puede modificarlo en cualquier instante sin el consentimiento del concesionario, atendiendo a la satisfacción del servicio.

² Fraga Gabino, **Derecho Administrativo**, 20ª. ed., México, 1980, p.239.

³ Velasco, Gustavo R., «La relación empleo, el contrato administrativo y la concesión de servicio público», en **Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho**. Número 3, año 3, México, 1979, pp.11-23; Fraga, Gabino, **op.cit.**, pp.244-245.

⁴ Serra Rojas, Andrés, **Derecho Administrativo**, Tomo II, 13ª. ed., México, 1985, pp.271 y 281; Fraga, Gabino, **op.cit.**, p.242.

⁵ *Ídem*, p.273.

El acto condición, como su nombre lo indica, condiciona la atribución al concesionario de las facultades que la ley establece para expropiar, gozar de franquicias, etcétera.

El último elemento, el contractual, lo constituyen las cláusulas que conceden ventajas pecuniarias al concesionario y el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero de la empresa ⁶.

Para Acosta Romero la mayoría de las concesiones, aunque tienen antecedentes de acto administrativo ⁷ y de contrato ⁸, se otorgan por medio de actos administrativos discrecionales, aunque hay excepcionalmente algunos contratos concesión ⁹, mismos que constituyen la excepción ¹⁰.

II. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Con relación a los contratos administrativos, éstos presentan variaciones sustanciales respecto a los regulados por el derecho común.

⁶ Fraga, Gabino, *op.cit.*, p.245.

⁷ Concesión Minera de la Nueva España.

⁸ Bancarios como el de 24 de julio de 1857 para establecer el Banco de México, el Banco de Londres y México en 1884, el Banco Franco Ejido el 25 de agosto de 1881, el Banco Mercantil agrícola e hipotecario el 18 de febrero de 1882; el Banco de empleados de 1883; en materia eléctrica el de Necaxa traspasado a la Compañía Mexicana de Luz y Fuerza del Centro en 1895; en materia de Vapor, Gas, Ferrocarriles, Nuevos Ferrocarriles, Petróleo, Minerías y otras; citado por Serra Rojas, *op.cit.*, p.271.

⁹ Utilización de la zona costera; concesiones de servicios públicos; concesión de obra pública, esta última resulta ser el medio por el cual «da administración encarga a un contratista particular la realización de un trabajo público, generalmente consistente en la construcción de una obra pública, de naturaleza inmueble, por cuenta de riesgo del contratista, obra que pasará al dominio público, asegurándose al empresario constructor de la obra su explotación exclusiva y excluyente durante un período de dos años, durante el cual aquél tiene derecho a percibir un precio o tarifa de parte de los usuarios de la obra, bajo la supervigilancia y la protección de la administración». Caldera Delgado, Hugo., *Manual de Derecho Administrativo*. Colección manuales jurídicos, número 74, Chile, 1979, pp.218-219. Artículo 22, 23, 25, 26, 27 de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal; artículos 8º, 10, 12, 13, de la Ley de Vías Generales de Comunicación.

¹⁰ Acosta Romero, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, 3ª. ed., actualizada, México, 1979, p.353.

Entre estos caracteres denominados exorbitantes ¹¹, 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 en relación con el contratista (suspensión, revocación, rescisión y cancelación); la producción de efectos a terceros; interpretación especial; y la intransferibilidad ¹².

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 ¹³, con lo cual tenemos ya dos grandes 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 ¹⁴, derivando para ello en las cláusulas exorbitantes que podrán o no estar en la letra pero siempre en su esencia ¹⁵, y por otra parte la inafectibilidad de la ecuación económica-financiera del convenio.

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

¹¹ La Teoría de las cláusulas exorbitantes tiene su origen en el siglo XX, en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, fundando la existencia del contrato administrativo sobre la base, precisamente de cláusula exorbitante del derecho privado, por ejemplo el Arret Société des Granits Prophyroides des Vosges, CE. 31.7. 1912, con relación a una controversia nacida en la ciudad de Lille y la referida sociedad por aprovechamiento de adoquines de piedra. Cabe citar también los siguientes fallos: Consejo de Estado Stein y Tribunal de Conflictos «Société cooperative agricole de stochage, 14.,11. 1960, Rec. 867»; CE. 29.6 1951, Société minière du Cap Corse, Rec. 383; CE. 15.2 1935, **Société française de construction**, Rec. 20.1; CE. 3.7 1925, de Mestral, D. 1926. 3.17; CE. 18.1 1924, Ville de Paris, Rec. 58;23.12. 1953, Dame vve. Lillo Rec. 573, Concl. Tricot, citados por Caldera Delgado, **op.cit.**, pp.232-235.

¹² Bercaitz, Miguel Ángel. **Teoría General de los Contratos Administrativos**. 2a. ed., corregida y actualizada, Buenos Aires, 1980, pp.343-363.

¹³ Canals, **op.cit.**, p.172.

¹⁴ 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, pp.167-168.

¹⁵ Bercaitz, **op.cit.**, pp.42-43.

artículo 134 de la Constitución, buscando asegurar las mejores condiciones posibles de precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, así como una administración eficiente, eficaz y honrada.

El principio de mutabilidad y flexibilidad del contrato administrativo conlleva el derecho de la administración para modificar el contrato, pero respetando la voluntad del particular y el contenido económico¹⁶. 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 al igual que las concesiones de servicios públicos portan implícitamente la cláusula *rebus sic stantibus*¹⁷. 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 patrimonio¹⁸.

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*, puede resultar de un hecho o de un acto general o particular, directo o indirecto, pero siempre lícito, sin que constituya violación contractual¹⁹. 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 Constitucionales²⁰.

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

¹⁶ Canals, *op.cit.*, p.173.

¹⁷ Bercaitz, *op.cit.*, p.348; Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, 4a. ed., Buenos Aires, 1947, no.87, p.265, nota 109, 6a. ed., núm.250, p.132, nota 165.

¹⁸ Bercaitz, *op.cit.*, p.351; Barra, Roberto C., «La Intangibilidad de la remuneración del contratista particular en los contratos administrativos», en *El Derecho*, T.62, p.727.

¹⁹ *Idem*; Canals, *op.cit.*, p.175.

²⁰ *Semanario Judicial de la Federación*, XIV, Quinta Época, Compañía de Tranvías, Luz y Fuerza de Monterrey, p.1085.

a) No se puede cambiar el objeto del contrato alterando su esencia ²¹.

b) Se debe mantener incólume la ecuación económico financiera del contrato, pues en caso de ruptura afectando el interés patrimonial del contratista, nace para éste el derecho a ser indemnizado ²².

Para Bercaitz, la indemnización tiene un carácter compensatorio de índole contractual, razón por la cual previamente tendrá que sufrir un perjuicio el co-contratante 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 ²³.

La flexibilidad del contrato administrativo para la obra pública, se contiene en el artículo 41 de la Ley de Obras Públicas ²⁴, el cual prevé actualmente dos posibilidades modificativas: la primera cuando no exceda de un 25% en el monto o plazo pactados en el contrato ²⁵ y no implique variaciones sustanciales al proyecto original, pudiendo en este supuesto, existir uno o más convenios modificantes. La segunda cuando excedan del porcentaje indicado o varíen sustancialmente el proyecto original ²⁶.

No deben confundirse los trabajos y obras realizadas por modificaciones con los trabajos extraordinarios, pues estos últimos son los

²¹ Esto sólo ha sucedido en casos excepcionales, bajo circunstancias extraordinarias y temporalmente en Francia, durante la Primera y Segunda Guerras Mundiales.

²² La idea del equilibrio financiero fue alumbrada por el Consejo de Estado francés, en el asunto CIE. *Française des Trammways*, de 11 de marzo de 1910.

²³ Bercaitz, *op.cit.*, p.412.

²⁴ Reformado por el Artículo Primero del Decreto de 22 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 28 del mismo mes y año; y su último párrafo por el artículo primero del decreto del 21 de diciembre de 1987, publicado en el **Diario Oficial de la Federación** del 7 de enero de 1988.

²⁵ Con fundamento en el párrafo tercero del artículo 39 de la Ley de Obras Públicas, formaría parte del contrato la descripción pormenorizada de la obra que se debe ejecutar, así como los proyectos, plazos, especificaciones, programas y presupuestos correspondientes.

²⁶ Tratado con mayor amplitud en Canals, *op.cit.*, pp.173-192.

no comprendidos en el programa ni en el proyecto, pero que a juicio de la dependencia o entidad impera la necesidad de llevarlos a cabo por el contratista o por una tercera persona.

III. EL PRINCIPIO DE CONMUTABILIDAD

El principio de conmutabilidad permite que los mayores costos producidos por el alza de los materiales y de la mano de obra, no sean una causal de quebranto ²⁷.

Obligar a la ejecución del contrato a pesar del debilitamiento económico que pudiera generar, es conducir a la quiebra al contratista y por ende, a su inejecución. Esto es lo que evita la teoría de la imprevisión ²⁸, estableciendo ayuda financiera, aumentando las tarifas o el precio convenido, o pagándole una indemnización que restablezca el equilibrio descompensado por las circunstancias sobrevivientes ²⁹.

Son requisitos de la teoría ³⁰ de la imprevisión los siguientes:

- a) existencia de un contrato administrativo (de obra pública, artículo 46 de LOP ³¹) o su aplicabilidad en las concesiones administrativas de servicios o de obra pública;
- b) surgimiento de circunstancias económicas ajenas a la voluntad de las partes sin existencia de dolo, culpa, negligencia o ineptitud de los contratantes;

²⁷ Bercaitz, *op.cit.*, p.353.

²⁸ Este derecho fue consagrado por el Consejo de Estado en el fallo dictado en autos *Comagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux* v. Ville de Bordeaux, el 30 de marzo de 1916.

²⁹ *Ídem*, p.449 y ss.

³⁰ Bercaitz, comentando los criterios del Consejo de Estado francés, pp.452-453.

³¹ Reformado por el artículo primero del Decreto del 22 de diciembre de 1983, publicado en el **Diario Oficial de la Federación** de 28 de mismo mes y año; y posteriormente reformado por el artículo primero del Decreto del 11 de julio de 1991, publicado en el **Diario Oficial de la Federación** del 18 del mismo mes y año.

- c) la no previsión del acontecimiento por las partes al momento de celebrar el contrato (obra pública artículo 46 LOP) o la concesión, pues de otra manera se estaría ante la presencia de una cláusula de escalación y no en estricto sentido de la Teoría de la imprevisión;
- d) que el acontecimiento imprevisto determine un aumento o una reducción de los costos de los trabajos aún no ejecutados;
- e) que el contratista no haya suspendido la ejecución del contrato o la prestación del servicio;
- f) el efecto de revisar los costos con miras a que la administración emita una resolución acordando el aumento o la reducción correspondiente ³².

IV. EL CARÁCTER *INTUITU PERSONAE*

La intransferibilidad del contrato tiene su apoyo en el carácter *intuitu personae* de los contratos administrativos, pues la regla general es que la administración no tiene la libertad de contratar con cualquiera ³³. Luego entonces, surge la prohibición del contratista para ceder el contrato ³⁴ o subcontratar, pudiendo hacerlo en este último caso con la autorización expresa y por escrito dada por la administración ³⁵.

³² Bercaitz, mencionando los requisitos que el Consejo de Estado ha sustentado en los pronunciamientos posteriores al fallo de Gas de Burdeos, destaca el requisito de que se trate de una situación anormal, temporal y no definitiva, siguiendo precisamente el fallo del Consejo en el caso de la Compañía de Tranvías de la Ciudad de Cherburgo, del 9 de diciembre de 1931, con lo que la diferencia de la cláusula *rebus sic stantibus* y la Teoría de la imprevisión del Derecho Administrativo francés resulta manifiesta. loc.cit.

³³ Procedimiento de licitación para escoger el contratante cualificado.

³⁴ Artículo 41 del Reglamento de la LOP, a excepción de los derechos de cobro sobre las estimaciones por trabajos ejecutados, que cuenten con la aprobación previa y escrita de la contratante.

³⁵ Canals, *op.cit.*, p.194-197.

En el artículo 3X de la Ley de Obras Públicas contiene la característica referida, el cual regula que en caso de subcontratación, seguirá siendo el contratista adjudicado el responsable de la realización de la obra y el subcontratista no quedará subrogado en ninguno de los derechos del primero. Del precepto legal en cita no se desprende la limitación de subcontratación a un determinado porcentaje, empero, del texto legal se colige que nunca podrá ser total ³⁶.

V. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

Dentro de la actuación de la administración en relación con el contratista y con el contrato, tenemos ³⁷:

- a) La facultad de suspensión del contrato, así el artículo 42 de la Ley de Obras Públicas autoriza a la administración para suspender temporal o definitivamente, en todo o en parte, la obra contratada, por razones de interés general o por cualquier causa justificada, o ejecutarse directamente por la administración. En el mismo sentido el artículo 54 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestaciones de Servicios relacionados con Bienes Muebles;
- b) Facultad de rescisión (cancelación) unilateral por contravenciones a los términos del contrato (artículo 43 de la LOP; artículo 48 de la Ley de Adquisiciones; artículo 37 de la Ley de Vías Generales de Comunicación);
- c) Facultad de revocación (rescate) por razones de interés general (artículo 43 de la LOP, aunque erróneamente la denomina rescisión);

³⁶ Aunque en ocasiones y sin fundamento legal, contrariando el espíritu del artículo 38 de la LOP, las entidades o dependencias autoricen la subcontratación total, es decir, abarcando toda la obra principal convocada, evadiendo y haciendo negatorio el procedimiento de licitación y la adjudicación del contrato.

³⁷ Canals, *op.cit.*, pp.197-208; Bercaitz, *op.cit.*, pp.355-370, 415-421, 485-566.

artículo 27 fracción IX de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal);

- d) Facultad sancionadora de la administración, relacionada con las potestades de control, dirección y vigilancia en la ejecución del contrato. Las sanciones pueden clasificarse en: pecuniarias, coercitivas o sustitutivas y rescisorias; asimismo pueden ser correctivas y depurativas o expulsivas. Las pecuniarias se subdividen en multas o cláusulas penales. Las coercitivas o sustitutivas consisten en el reemplazo provisorio del co-contratante en la ejecución del contrato ³⁸ o el reemplazo definitivo procediendo la sanción rescisoria.
- e) Efectos entre el co-contratante y los terceros en vista del interés público, así los terceros, pueden invocar en su favor las cláusulas que les favorezcan o inclusive, la nulidad por vía de acción o de excepción si la legislación aplicable lo autoriza;
- f) Interpretación del contrato al presente, analizando las necesidades de la colectividad, en el sentido más favorable del interés, fin o servicio público que se pretende satisfacer;
- g) Inaplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, en favor del contratista, salvo situaciones extraordinarias.

La *exceptio non adimpleti contractus*, no puede ser invocada por el contratante, pues siempre estará en juego un interés público superior a cualquier interés económico particular ³⁹. Bercaitz sostiene, y con razón, la aplicabilidad de la excepción de contrato no cumplido, cuando la inejecución de la administración en sus obligaciones haga verdaderamente imposible la realización de la carga obligacional asumida

³⁸ Artículo 56 fracción II de la LOP.

³⁹ En este sentido opinan, entre otros: Bercaitz, Escola, Fiorini, Rivero, Perquignot, De Laubadere, Sandulli y Vitta.

por el contratista, y también por el atraso o la falta de pago de las estimaciones, cuando esto asuma caracteres graves ⁴⁰, motivos alarmantes que no pueden acarrear el simple derecho de reclamar intereses moratorios ⁴¹.

El equilibrio económico en los contratos y concesiones administrativas debe respetarse, y reestablecerse cuando se vea afectado. Garrido Falla distingue entre «responsabilidad», resultado de la actividad ilícita administrativa, e «indemnización» como reparación de la actividad lícita de la misma ⁴². Por su parte, Péquignot establece como función de la indemnización el mantener el equilibrio financiero del sistema contractual, sin importar las modificaciones impuestas, pues la teoría de la ecuación financiera deviene en equidad que salvaguarda los derechos e intereses del particular. Siguiendo con este autor, en los contratos administrativos el equilibrio de las prestaciones es dinámico, generando el efecto de que si la administración cambia una obligación del co-contratante, la remuneración para éste debe ser reemplazada ⁴³.

En la Ley de Obras Públicas, la preservación del equilibrio económico-financiero del contrato se desprende del principio de flexibilidad que consagra el artículo 41 y del principio de conmutabilidad inmerso en el artículo 46.

Tocante a las concesiones, el concesionario soporta el riesgo de la empresa, pero no controla ni las cargas ni los provechos de la misma, pues la administración regula unilateralmente el funcionamiento del servicio y aprueba las tarifas ⁴⁴.

⁴⁰ *Op.cit.*, p.369 y ss.

⁴¹ Posición esta última asumida por el Consejo de Estado francés.

⁴² Garrido Falla, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, 1964, p.198.

⁴³ En *Juris-Classeur Administratif*, ed., 1961, fascículo 511, no. 237; De Laubadere, en *Traité Théorique et pratique des contrats administratifs*, París, 1956, citados ambos por Bercaitz, *op.cit.*, pp.406 y 407.

⁴⁴ Fraga, Gabino, *op.cit.*, p. 249.

La naturaleza jurídica de la tarifa como precio que paga el usuario por la prestación del servicio público ha sido muy discutida, ya que existen quienes sostienen que constituye uno de los elementos contractuales, lo que significa la fijación convencional de las cuotas y la no modificación de las mismas fuera de la convención. En opinión de Fraga ⁴⁵, Serra Rojas ⁴⁶, y Acosta Romero ⁴⁷, las tarifas no forman parte de las cláusulas contractuales de la concesión, pues constituyen un elemento esencial de la reglamentación del servicio público ⁴⁸, fijadas unilateralmente por el Estado ⁴⁹ a través de leyes, reglamentos, decretos o acuerdos, escuchando generalmente a los concesionarios. Las tarifas deben ser calculadas sobre bases técnicas a fin de permitir al concesionario obtener utilidades y realizar nuevas inversiones con equipo moderno y adecuado para brindar el servicio.

La doctrina considera que cuando el Estado grava las condiciones de prestación del servicio debe: indemnizar al concesionario, otorgarle subsidios fiscales y permitir la elevación de las tarifas ⁵⁰.

«En todo contrato de concesión se ha dicho está implícito, como un cálculo, la equivalencia honrada entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige. Si la economía financiera del contrato resulta destruida, si por el uso que ha hecho la autoridad concedente de su poder de intervención, algo se ha perturbado en ese equilibrio de ventajas y cargas, de obligaciones y derechos,

⁴⁵ *Ídem*.

⁴⁶ Serra Rojas, *op.cit.*, p.291 y ss.

⁴⁷ Acosta Romero, *op.cit.*, pp.359-360.

⁴⁸ En su origen se consideraba como servicio público toda la actividad que el Estado desarrollaba, siendo menester de los gobernantes el asegurar, regular y controlar su cumplimiento. Con motivo de la transformación que ha sufrido, con el tiempo y en la doctrina el concepto, actualmente existen dos criterios fundamentales, el orgánico y el funcional, para determinar qué debe entenderse por servicio público. Así entonces el criterio orgánico caracteriza al servicio público en atención al ente o persona que los satisface o realiza, siendo entonces servicio público la actividad satisfecha directamente por la administración o indirectamente a través de concesionarios. El criterio material o funcional ubica al servicio público en razón a la índole de la necesidad que por ese conducto o con esa actividad se satisfaga, independientemente de quien lo preste o realice, Hamdan Amad, Fauzi, **Elementos y caracteres propios del servicio público y su ubicación dentro del Derecho positivo mexicano**, p.275. En nuestro país el criterio que predomina es ecléctico.

⁴⁹ Aunque a veces no es el Estado quien fija las tarifas, permitiendo que las partes, es decir concesionarios y usuarios, las ajusten mediante contratos.

⁵⁰ Acosta Romero, *op.cit.*, p.360.

nada impedirá al concesionario iniciar una acción en demanda de justicia. Demostrará que la intervención regular en sí misma, obligatoria para él, le ha causado un daño cuya reparación se le debe»⁵¹.

Atendiendo a lo expuesto la administración no podrá modificar la ecuación económico financiera del contrato o de la concesión como acto mixto, representativa de las ventajas que han determinado al particular colaborar con ellas⁵². Gabino Fraga es de la opinión que las cuotas no sean establecidas arbitraria y discrecionalmente guiándose por el propósito de abaratar el uso del servicio, pues deberán controlarse o limitarse por la necesidad de mantener el equilibrio financiero de la concesión, así como de que el servicio subsista en las mejores condiciones, aplicándose igualmente la teoría de la imprevisión. La compensación puede surgir de la elevación de una de las tarifas por el otorgamiento de una subvención, o por la toma directamente a cargo del Estado de la instalación o explotación suplementaria⁵³.

El respeto de la ecuación económica del contrato y de la concesión administrativa es unánime en la doctrina, sin embargo en México la situación legislativa es la siguiente:

- a) Carecemos de una Ley Reglamentaria del artículo 134 de la Constitución, que es el dispositivo que regula la contratación administrativa.
- b) En la Ley de Obras Públicas está inmerso el derecho al equilibrio económico financiero del contrato, empero, no legislado expresamente como principio normativo general de este tipo de contratación aplicable a cualquier supuesto, y mucho menos para otros contratos.

⁵¹ Hauriou, Maurice, *Jurisprudence administrative*, T.III, p.470, citado por Bercaitz, p.410.

⁵² Bercaitz, p.410a; en el mismo sentido: Pequignot, De Laubadere, Comte y Bonnard.

⁵³ Fraga, *op.cit.*, pp.249-250.

Por Decreto del 3 de enero de 1990, publicado en el **Diario Oficial de la Federación** el 9 del mismo mes y año, se reformó y adicionó al Reglamento de la LOP en su artículo 42, en cuyo último párrafo se lee: «Los contratos que se celebren bajo esta modalidad, no serán susceptibles de modificarse en monto o plazo ni estarán sujetos a ajustes de costos», refiriéndose a los de precio alzado.

Por su parte la fracción y del artículo 27 del mismo Reglamento, dispone que no se otorgarán anticipos para el o los convenios que se celebren en los términos del artículo 41 de la LOP, es decir en los contratos a precios unitarios, pues si bien no existe restricción alguna en la ley, como hemos visto en lo ya transcrito del artículo 42, los de precio alzado no serán susceptibles de modificación.

Estas dos disposiciones reglamentarias rompen con la ecuación económica del contrato.

El acto reglamentario resulta administrativo formalmente hablando y legislativo desde el punto de vista material (artículo 89 fracción I de la Constitución Federal). Los reglamentos son dispositivos impersonales, generales y abstractos que tienen como finalidad la ejecución de la ley que reglamentan, al desarrollar y complementar en detalle los dispositivos legales, pero como normas subalternas que tienen su medida y justificación en la ley, luego entonces en virtud del principio de *primacía de ley* reconocido por el artículo 72 inciso f) de la Constitución, un Reglamento no puede modificar o derogar disposiciones legislativas de carácter formal ⁵⁴ .

De lo expuesto resulta que el propósito de los artículos 27 fracción V y 42 del Reglamento, debería ser precisamente la de desarrollar y complementar los artículos 39, 41 y 46 de la LOP, aunque en realidad se encuentran aquéllos en franca oposición con estos últimos,

⁵⁴ *Ibidem*, pp.104-114. Asimismo la Tesis número 404, S.J.F, Apéndice de **Jurisprudencia Definida** 1917-1985, Tercera Parte, Segunda Sala, pp.709-710.

distinguiendo y limitando cuando la propia Ley que supuestamente reglamentan, no lo hacen; siendo en el sentido expuesto, manifiesta su inconstitucionalidad.

Suprimir la posibilidad de ajustar costos (teoría de la imprevisión), evitar indemnizar por las modificaciones que de por sí tiene obligación de ejecutar el contratista con convenio o sin convenio (inoperancia como regla general de la *exceptio non adimpleti contractus*) y el no poder obtener anticipos, tratándose además y por si fuera poco, de contratos de obra a precio alzado, donde el contratista es más vulnerable, es negar los principios de conmutabilidad, flexibilidad y el respeto al legítimo interés económico del co-contratante, como colaborador de la administración ⁵⁵.

- c) Las concesiones se encuentran reguladas en forma por demás confusa, incompleta, e impropia en ocasiones, y por lo que hace a los contratos administrativos varios de ellos resultaban ser innominados o atípicos.
- d) Hubo una época en que la concesión administrativa perdió terreno en favor del surgimiento (desordenado) de la empresa pública ⁵⁶, evento que no sólo ha terminado hace algunos años, sino del que se dio marcha atrás, reprivatizando muchas de éstas y comenzando el tiempo donde en mayor medida se buscará la participación voluntaria de los gobernados en auxilio de la administración.

Por todo lo desarrollado, concluimos con la necesidad ingente de que se consigne y reconozca expresamente el derecho del particular al equilibrio económico financiero y como resultado de ello su indemnización pronta cuando se altere, desde luego; y aun más, el

⁵⁵ Canals, *op.cit.*, pp.186-187.

⁵⁶ Nava Negrete, Alfonso, Voz «concesión administrativa», en **Diccionario Jurídico Mexicano**, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983, p.186; Velasco, Gustavo, *op.cit.*, p.16.

derecho a que la administración instrumente las medidas necesarias para evitar en lo posible la ruptura del equilibrio en los supuestos de modificación, ejecución de trabajos extraordinarios o los desconocidos por el co-contratante en la etapa de licitación pública, tanto en la contratación administrativa como en las concesiones, en el texto de los artículos 27 y 134 de la Constitución, así como en el de la Ley Orgánica de la Administración Pública, en la que igualmente se prevca la actividad de la administración en colaboración con el particular, mientras se carezca de una ley reglamentaria del citado dispositivo 134.

- © Índice General
- © Índice ARS 10