

ano 12 - n. 50 | outubro/dezembro - 2012
Belo Horizonte | p. 1-260 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEU FELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Equipe Fórum
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Capa: Bruno Lopes
Projeto gráfico: Virgínia Loureiro
Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11,
(jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

Modificación de los Contratos de Participación Público-Privada

Augusto Durán Martínez

Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Catedrático de Procesos Constitucionales en la Facultad de Derecho del Instituto Universitario CLAEH. Catedrático de Derecho Público en el Instituto Universitario Politécnico del Uruguay. Director del Departamento de Derecho Administrativo y Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

Resumen: La Ley uruguaya N° 18.786, de 19 de julio de 2011, introdujo una disciplina específica de la modificación de los Contratos de Participación Público-Privada. En vista de este cambio legislativo, el artículo analiza las diferentes modalidades de cambio de este tipo de contrato — modificación unilateral, por acuerdo de las partes y renegociación del contrato — tratando de verificar si la nueva legislación, dirigida específicamente a los Contratos de Participación Público-Privada, está o no orientada en el sentido de los principios jurídicos que informan la modificación de los contratos públicos.

Palabras-clave: Modificación de los contratos administrativos. Contratos de Participación Público-Privada. Modificación unilateral.

Sumario: I Introducción – II Consideraciones generales sobre la modificación de contratos administrativos – III Fundamento de la regulación de la modificación de contratos de P.P.P. – IV Modificación unilateral de contrato de P.P.P. – V Modificación de contrato de P.P.P. por acuerdo de partes – VI Renegociación de contrato de P.P.P. – VII Apreciaciones finales – Referencias

I Introducción

1. La Ley N° 18.786, de 19 de julio de 2011, destina los artículos 47, 48 y 49 a la modificación de los contratos de participación público privada (en adelante P.P.P.). Estos artículos y su reglamentación efectuada por los artículos 71 a 74 del Decreto N° 17/012, de 26 de enero de 2012, serán el objeto central de este estudio.

2. No obstante, como los contratos de P.P.P. son una especie de los contratos administrativos, estimo necesario comenzar por efectuar una breve referencia sobre la modificación de los contratos administrativos.

3. Esa referencia procede a fin de determinar si la legislación sobre el tema en el ámbito de los contratos de P.P.P. se orienta en el sentido de los principios que informan la institución o si, por el contrario, se aparta de ellos, aspecto esencial a la hora de interpretar y aplicar el derecho en la materia.

II Consideraciones generales sobre la modificación de contratos administrativos

1. Como se sabe, durante mucho tiempo se impuso una concepción que sostenía el poder de la Administración de modificar unilateralmente los contratos si así convenía al interés público.

2. Esta concepción tuvo origen en la jurisprudencia francesa y, como ocurrió en tantos otros temas, se expandió por Europa continental y de allí penetró con fuerza en Iberoamérica.

En nuestro país, Sayagués Laso, en términos generales, adoptó esta posición.¹

3. Pero el mundo cambió y en Francia comenzó la reacción. Tal vez nadie con mayor vehemencia que Bénéoit se alzó contra el *jus variandi* de la Administración. Tal poder — dijo — no ha existido nunca; de haber existido habría arruinado la idea misma del contrato. El acuerdo de voluntades, base del contrato — afirmó — es inconciliable con la noción de modificación unilateral.² La noción de cláusulas o prerrogativas exorbitantes, expresó, es una de las nociones más radicalmente falsas que más han entorpecido nuestro aparato jurídico, entre otras cosas, porque pierde de vista que el régimen de los contratos administrativos es un régimen de equilibrio y colaboración.³ El cocontratante es un colaborador de la Administración.⁴

4. A medida que se va asentando una concepción del Derecho desde la perspectiva de la dignidad de la persona humana, que se interpreta y aplica el ordenamiento jurídico conforme a los derechos humanos y ni se discute el carácter misional de la Administración, finalizada al bien común — y, por ende, a coadyuvar

¹ SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*. F.C.U. Montevideo, 2010, t. I, 9ª edición puesta al día al 2010 por Daniel Hugo Martins, p. 569 y ss.

² BÉNOIT, F.P., *Le droit administratif français*. Librairie Dalloz. Paris, 1968, p. 592, 616, 617, 655 y ss. y 598 y ss.

³ BÉNOIT, F.P., *Le droit administrative...*, p. 598.

⁴ BÉNOIT, F.P., *Le droit administrative...*, p. 592.

al desarrollo de la persona humana — la concepción tradicional en torno a la potestad de la Administración de modificar unilateralmente el contrato comienza a retroceder.

5. En nuestro país me cupo el honor de comenzar ese cambio en el marco de un curso para graduados organizado por el Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República en 1988.⁵

Allí rechacé radicalmente la potestad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos y, yendo más lejos que Bénéoit, rechacé también la potestad de rescisión unilateral, proclamada asimismo por la doctrina tradicional francesa y la inspirada en ella.

Fundé mi posición en el principio de asimilación del contrato a la ley, recogido en el artículo 1291 del Código Civil para todos los contratos y no solo para los contratos civiles.

Este principio no supone identificar ley y contrato sino indicar el efecto vinculante del contrato entre quienes lo han celebrado. Las partes quedan sometidas a la regla de derecho que juntas han creado. Ese es el sentido de la expresión *el contrato es ley entre las partes*.

No cabe duda, por otro lado, de que el contrato configura una regla de derecho, según lo dispone el literal a) del artículo 23 del Decreto-Ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984. Por tanto, una modificación unilateral que se efectúa por acto administrativo resulta jurídicamente imposible, puesto que ese acto, por ser contrario a la regla de derecho, por eso mismo deviene ilegítimo y susceptible de la acción de nulidad.

No debe perderse de vista, por otro lado, que toda modificación unilateral puede significar una restricción a la libertad, a la propiedad, al patrimonio o la igualdad, lo que es de reserva legal (artículos 7, 8, 10, entre otros, de la Constitución).

Por tal razón, sólo admití tales potestades mediante ley habilitante y en el estricto marco de esa ley. Por eso en nuestro país los admití en el marco del artículo 63 del TOCAF, ahora 74, luego de la vigencia del Decreto N° 150/012, de 11 de mayo de 2012, verdadera norma de excepción y, como tal, de interpretación estricta.⁶

⁵ DURÁN MARTÍNEZ, A., "Ejecución de los contratos administrativos. Eficacia vinculante. El contrato como regla de Derecho. Mutabilidad del contrato", en *Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo. Contratación administrativa. Curso de graduados 1988*. F.C.U. Montevideo, 1989, p. 59 y ss.; publicado también en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999, p. 263 y ss. En lo sucesivo las citas de este trabajo serán de esta segunda publicación.

⁶ DURÁN MARTÍNEZ, A., "Ejecución de los contratos..."; en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios...*, p. 273 y ss.

6. Inmediatamente Cajarville Peluffo adhirió a mi opinión.

Efectivamente, en el mismo curso para graduados, pero unos días después, expresó que, salvo algún detalle mínimo — que luego explicó — compartía totalmente mi posición.⁷ Y a continuación desarrolló su opinión en términos totalmente coincidentes con los míos, salvo en un aspecto, bien calificado por el propio Cajarville Peluffo como un detalle mínimo, denunciando, incluso, contradicciones de la jurisprudencia francesa y mostrando, en el tema, su incompatibilidad con nuestro derecho positivo así como la fragilidad de sus argumentos basados en una pretendida necesidad de satisfacción del interés público.⁸

7. Posteriormente, Delpiazzo⁹ y Ordoqui Castilla¹⁰ también rechazaron el *jus variandi* de la Administración de principio.

8. No obstante, en un nuevo estudio sobre el tema Cajarville Peluffo cambió su posición¹¹ y adhirió a la doctrina tradicional impulsada en nuestro medio por Sayagués Laso, según se ha visto.

Esta última posición fue la sustentada explícitamente por Cajarville Peluffo en sus intervenciones en comisiones parlamentarias en el marco del estudio del proyecto de ley de los contratos de P.P.P.¹²

9. También yo he vuelto sobre el tema. Pero no he cambiado de opinión, la he reafirmado y con nuevos argumentos.¹³

10. No profundizo ahora estos temas. Me remito a la bibliografía indicada. Pero me parece importante señalarlos para advertir que el tema aún se discute y que, con mayor razón al asentarse el nuevo paradigma provocado por el neoconstitucionalismo,¹⁴ debe partirse de la inadmisibilidad de la modificación

⁷ CAJARVILLE PELUFFO, J.P., "Extinción de los contratos de la Administración", en *Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo. Contratación...*, p. 119.

⁸ CAJARVILLE PELUFFO, J.P., "Extinción...", loc. cit., p. 121 y ss.

⁹ DELPIAZZO, C.E., *Derecho Administrativo Uruguayo*. Editorial Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2005, p. 222 y ss.; DELPIAZZO, C.E., "Nuevamente sobre el contrato como regla de derecho," en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay, 2011, N° 3, p. 68 y ss.

¹⁰ ORDOQUI CASTILLA, G., *Desequilibrio en los contratos (Privados y Públicos)*. Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2008, p. 546 y ss.

¹¹ CAJARVILLE PELUFFO, J.P., "Prerrogativa de la Administración en la actividad contractual", en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J./BELARMINO JAIME, J./SENDÍN GARCÍA, M.A./CARDOZA AYALA, M.A., (Comité Editorial). *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*. X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. El Salvador 2011. Corte Suprema de Justicia de El Salvador. San Salvador, 2011, p. 808 y ss.

¹² Ver VÁZQUEZ, C., *El régimen de participación público-privada PPP*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 2011, p. 246 y ss. y 332 y ss.

¹³ DURÁN MARTÍNEZ, A., "Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos", en *LA LEY Uruguay*, diciembre 2008, año I, p. 244 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., "Principios de la contratación administrativa", en prensa.

¹⁴ DURÁN MARTÍNEZ, A., "En torno al neoconstitucionalismo", en *Estudios Jurídicos*. Universidad Católica del Uruguay. Facultad de Derecho. Montevideo, 2009, N° 7, p. 72 y ss.

unilateral del contrato. Ella solo es posible mediante ley habilitante, ley razonable, desde luego, pero de excepción y, por tanto, de interpretación estricta.

III Fundamento de la regulación de la modificación de contratos de P.P.P.

1. Lo expuesto precedentemente cobra especial importancia en los tiempos que corren, en que tiende a asentarse lo que se ha llamado *gobernanza*.

La *gobernanza* es un concepto todavía abierto,¹⁵ pero no hay duda de que tiende a sustituir el modelo autoritario de administración pública derivado de la Revolución Francesa, por otro más participativo. Implica la democratización de la función administrativa.

En este ámbito, una de las manifestaciones más características son los contratos de P.P.P.,¹⁶ muy lejos, por cierto, de la perimida concepción francesa de las prerrogativas exorbitantes.

Si ya, con BÉNOIT, sostuvimos que los contratos administrativos son contratos de colaboración, con mayor razón esto se predica de los contratos de P.P.P., puesto que la colaboración está en la esencia de los P.P.P. Por tanto, cabe afirmar en principio la imposibilidad de una potestad de modificación unilateral del contrato.

2. Los contratos de P.P.P. son normalmente de larga duración. En consecuencia, es muy frecuente que luego de firmados se produzcan cambios en las circunstancias. Cambios que pueden ser de muy diversa índole como, por ejemplo, cambios en la tecnología o en las necesidades del servicio, entre otros. No hay que olvidar que en los contratos de P.P.P., en función de su filosofía, suele tener especial importancia la prestación del servicio.

Por eso resulta atinado que la ley regule el tema de la modificación contractual.

Claro que no lo puede hacer de cualquier manera. Debe hacerlo bien; la ley tiene que ser racional y conforme al bloque de constitucionalidad.

3. La Ley N° 18.786, por su artículo 47, regula la modificación unilateral del contrato por parte de la Administración, por su artículo 48 regula la modificación de común acuerdo en casos previstos en el contrato, y por su artículo 49 regula lo que se denomina *renegociación de los contratos*. Estos tres artículos, junto con

¹⁵ VALLE, V.R.L. DO, *Direito fundamental à boa administração e governança*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2011, p. 53 y ss.

¹⁶ VALLE, V.R.L. DO, *Direito fundamental...*, p. 121.

el 50 relativo a la cesión del contrato y subcontratación, figuran en el capítulo X, cuyo *nomen juris* es “Modificaciones y cesión del contrato”.

4. Si se compara el texto propuesto por el Poder Ejecutivo y el aprobado por la Cámara de Representantes en lo que refiere al tema de la modificación de los contratos — texto con el que en definitiva se adoptó —, se advierte una mejoría sustancial.

Los artículos 47, 48 y 49 vigentes se introdujeron en la Cámara de Senadores y provienen en esencia de la pluma de Cajarville Peluffo¹⁷ quien, precisamente, había cuestionado muy severamente la redacción de los proyectos anteriores.¹⁸

5. Analizaré a continuación estos tres artículos en su orden.

IV Modificación unilateral de contrato de P.P.P.

1. El artículo 47 de la ley en estudio establece:

“Artículo 47. (Modificaciones del contrato por la Administración).”

El Contrato de Participación Público-Privada podrá reconocer la potestad de la Administración contratante de modificar el contrato, estipulándose los aspectos concretos del contrato susceptibles de tal modificación, las contraprestaciones que en su caso correspondan, así como el monto máximo de la inversión adicional que las modificaciones podrán requerir y el plazo dentro del cual la potestad podrá ser ejercida.

Pactada que sea la potestad referida en el inciso anterior, la Administración Pública contratante — previo informe de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, del Ministerio de Economía y Finanzas e intervención del Tribunal de Cuentas — podrá proceder a la modificación de las características o la cuantía de las obras o de los servicios contratados, para mejorar o incrementar los niveles de servicios o estándares técnicos establecidos en los pliegos de condiciones y en el contrato, o por otras razones de interés público debidamente fundadas, sin afectar con ello las condiciones sustanciales del contrato. El contratista tendrá derecho a la compensación económica que corresponda por los costos adicionales netos en que incurriere por tal concepto.

En todo caso, el monto máximo de las nuevas inversiones o del gasto del servicio, requeridas por las modificaciones dispuestas conforme al inciso anterior, no podrá exceder del 20% (veinte por ciento) del presupuesto de la obra o del gasto en operación acordado en el contrato original.”

¹⁷ Ver VÁZQUEZ, C., *El régimen de participación...*, p. 332.

¹⁸ Ver VÁZQUEZ, C., *El régimen de participación...*, p. 248 y ss. y 282.

2. El artículo 71 del Decreto N° 17/012, de 26 de enero de 2012, es básicamente reiterativo del artículo 47 de la ley precedentemente transcrito. Prácticamente el único aporte que efectúa es en lo relativo a algunos aspectos formales.

En efecto, este decreto reglamentario dice:

“Artículo 71. Modificación del contrato por la Administración Pública.

El Contrato de Participación Público-Privada podrá reconocer la potestad de la Administración contratante de modificar el contrato, estipulándose los aspectos concretos del contrato susceptible de tal modificación, las contraprestaciones que en su caso correspondan, así como el monto máximo de la inversión adicional que las modificaciones podrán requerir y el plazo dentro del cual la potestad podrá ser ejercida.

Habiéndose estipulado la potestad reseñada, la Administración Pública contratante elaborará un informe técnico en el cual se establecerán los motivos y demás aspectos que justifican la modificación del contrato, especificando el alcance y contenido de la modificación. Dicho informe será elevado a la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, al Ministerio de Economía y Finanzas y al Tribunal de Cuentas debiendo expedirse, cada uno de los mencionados, en el plazo de 45 días corridos contados desde la recepción del informe técnico.

La modificación del contrato no podrá realizarse sin la obtención previa de un informe por parte de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y del Ministerio de Economía y Finanzas. En todo caso, el monto máximo de las nuevas inversiones o gastos del servicio, requeridos por las modificaciones dispuestas conforme al inciso anterior, se establecerá en cada pliego y no podrán en ningún caso exceder del 20% (veinte por ciento) del presupuesto de la obra o del gasto en operación acordado en el contrato original.”

3. El giro empleado en la ley y en el decreto reglamentario en cuanto a que el contrato podrá reconocer la potestad de la Administración de modificar el contrato, unido a la expresión que figura al comienzo del segundo inciso, “pactada que sea la potestad referida” (artículo 47 de la ley), “habiéndose estipulado la potestad reseñada” (artículo 71 del decreto), revela inequívocamente que el legislador admitió el *jus variandi* solamente si está expresamente previsto en el contrato.

Esta interpretación es la que se impone conforme al bloque de constitucionalidad y la misma se refuerza si se tiene en cuenta que el artículo 47 del texto aprobado por la Cámara de Representantes que regulaba el punto admitía *jus variandi* aun en ausencia de previsión contractual, lo que fue suprimido.¹⁹

¹⁹ Ver texto en VÁZQUEZ, C., *El régimen de participación...*, p. 205.

Recuerdo que cuando estudié el tema en general solo admití el *jus variandi* habiendo ley habilitante;²⁰ en cambio Cajarville Peluffo lo admitió aun sin ley si ello está previsto en el contrato.²¹ Esta es la única discrepancia que mantuvimos en el tema según lo ha expresado, con acierto, Cajarville Peluffo.²²

En efecto, en aquella oportunidad, lo que continúo sosteniendo actualmente, expresé:

“Pensamos incluso que el acuerdo de las partes exigido por el artículo 517 (artículo 63 del TOCAF) no puede ser excluido por los pliegos ni por el propio contrato. Los pliegos se aprueban por un acto administrativo que como tal está subordinado a la ley, por tanto no pueden imponer la modificación o rescisión unilateral cuando la ley exige el acuerdo de partes. De hacerlo, sería ilegal. Y Sayagués Laso expresó: “Aunque en principio la Administración tiene amplias facultades para redactar los pliegos de condiciones, determinando así todas las condiciones del contrato a celebrar, no puede incluir cláusulas ilegales. La Administración está sujeta a un ordenamiento jurídico dentro del cual ha de desenvolverse. Encuéntrase, pues impedida de incorporar a los pliegos cláusulas que vayan contra disposiciones imperativas de las leyes en vigencia. Si a pesar de todo así lo hiciera, dichas cláusulas serían nulas, y los licitantes podrían descartarlas, sin que por esa causa sus ofertas fueran observables” (SAYAGUÉS LASO, E. *La Licitación Pública*. Acali Editorial. Montevideo, 1978, p. 79).

Y el contrato no las puede prever pues a nuestro juicio esta disposición es de orden público. Las partes aún de común acuerdo no pueden eludir los límites fijados por la ley. Adviértase que el artículo 517 es muy riguroso. El legislador miró con desconfianza la modificación o rescisión unilateral del contrato por parte de la Administración. Si exigió el acuerdo de partes es para que éste se efectúe en consideración a las circunstancias del caso en el momento en que se advierte la necesidad o utilidad de esa modificación o rescisión. No puede pues pactarse de antemano antes de que esas circunstancias se produzcan. El legislador no quiso en atención al interés público comprometido (siempre el interés público está comprometido en un contrato administrativo) otorgarle un “cheque en blanco” a la Administración. Y si el legislador no lo quiso hacer, no puede ello convenirse en el contrato.

Por otra parte, la modificación o la rescisión unilateral del contrato son de una importancia tal, que su presencia o ausencia puede desalentar a los oferentes

²⁰ DURÁN MARTÍNEZ, A., “Ejecución de los contratos...”, loc. cit., p. 274.

²¹ CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “Extinción...”, loc. cit., p. 125.

²² CAJARVILLE PELUFFO, J.P., “Extinción...”, loc. cit., p. 125.

o alentar a eventuales oferentes a presentarse al llamado según las circunstancias, o hacerles variar el contenido de las ofertas, que no parece razonable que aparezcan en el contrato sin figurar en los pliegos. Y hemos visto que en los pliegos ello no es posible.²³

Para los contratos de P.P.P. el artículo 47 en estudio configura la ley habilitante para la modificación unilateral, y ella exige previsión contractual expresa. Es decir, sin previsión contractual no es posible el *jus variandi* en este tipo de contratos.

De manera que, en materia de estos contratos, la ley habilita a la Administración a modificar unilateralmente el contrato si esto está previsto contractualmente y regula en forma meticulosa el ejercicio de tal potestad, tanto en aspectos sustantivos como adjetivos. Con acierto, PIANO MARTÍNEZ observó que “la ley no quiso que en el contrato se establezca una cláusula que diga ‘La Administración se reserva el derecho de modificar unilateralmente el contrato por razones de interés general’, sino que si se pacta esta potestad se debe regular los aspectos y condiciones para que la misma sea ejercida, de lo contrario no se estaría cumpliendo el precepto legal”.²⁴

Hay pues un doble límite para la modificación unilateral: el contrato y la ley. O sea, los aspectos concretos que pueden ser modificados deben estar previstos en el contrato y estos aspectos previstos en el contrato deben ser aquellos cuya modificación unilateral está admitida por ley.

4. Este artículo 47, así como el 48 referido a la modificación de común acuerdo, debe ser tenido en cuenta para una interpretación coherente del artículo 17, literal I).

Este artículo dice:

“Artículo 17. (Contenido del contrato). Los contratos de Participación Público-Privada deberán incluir necesariamente, y sin perjuicio de las demás estipulaciones necesarias o que acuerden las partes, los siguientes aspectos: [...]

I) Condiciones en que puede procederse por acuerdo o por decisión unilateral de la Administración Pública contratante, a la modificación de determinados aspectos del contrato o a su resolución, conforme a lo establecido en la presente ley.”

Interpretando armónicamente estos artículos debe entenderse no necesariamente que deba figurar en los contratos cláusulas que prevean la modificación sino que para que la modificación sea posible por la vía de los artículos 47 y 48

²³ DURÁN MARTÍNEZ, A., “Ejecución de los contratos...”, loc. cit., p. 278 y ss., nota 83.

²⁴ PIANO MARTÍNEZ, F., “Modificación, renegociación, cesión y subcontratación”, en DELPIAZZO C.E., (Coordinador). *Comentarios a la ley de participación público privada*. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo, 2012, p. 326.

esas cláusulas necesariamente deben existir.²⁵ De manera que, si falta esa cláusula el contrato no es nulo; lo que sucede es que no procede la modificación unilateral.

5. Esa modificación puede incluir las características o la cuantía de las obras o de los servicios a efectos de mejorar o incrementar los niveles de servicios o estándares técnicos establecidos o por otras razones de interés público, sin que sea posible afectar las condiciones sustanciales del contrato.

La referencia a razones del interés público conlleva una fórmula abierta, lo que hace que las causales de modificación no sean únicamente las de mejorar o incrementar los niveles de servicios o estándares técnicos. Claro que el interés público está subordinado y finalizado al interés general (artículo 4, literal B) de la Ley N° 18.786), por lo que no configura un cheque en blanco conferido a la Administración. No se debe confundir interés de la Administración con interés general.²⁶ El interés de la Administración es un interés público, pero no necesariamente coincide con el interés general. Para que la actuación de la Administración sea legítima debe ser coincidente con el interés público y con el interés general. Véase que, a menudo, se hace coincidir el interés de la Administración con el interés de los funcionarios o el interés de los sindicatos y ese interés no necesariamente coincide con el interés general. Es más, a menudo ese interés de los funcionarios o de los sindicatos es contrario al interés general. Esos intereses, aunque públicos, quedan subordinados al interés general.²⁷

6. En caso de producirse esta modificación la ley reconoce al contratista el derecho a la compensación por los costos adicionales netos en que incurriere. No obstante, estimo que la compensación no tiene porqué limitarse a esto.

Es posible que aquí nos encontremos ante una hipótesis de conflicto que deberá dilucidarse conforme al artículo 54 de la ley en estudio.

7. La ley fija también un límite cuantitativo: el monto máximo de las nuevas inversiones o del gasto del servicio no podrá exceder del 20% del presupuesto de la obra o del gasto en operación acordado en el contrato original.

Como normalmente estamos ante contratos de larga duración y es posible que la modificación se efectúe bastante después de la firma del contrato, habrá que indexar la base de cálculo. De manera que sería conveniente que en los contratos se prevea la fórmula de indexación.

²⁵ En tal sentido PIANO MARTÍNEZ, F., "Modificación...", loc. cit, p. 334.

²⁶ DURÁN MARTÍNEZ, A., "Derechos prestacionales e interés público", en *LA LEY Uruguay*, año III, N° 2, febrero 2010, p. 283 y ss.

²⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar*. SYNTAGMA. IUSTEL. Madrid, 2012, p. 180.

8. La ley exige que el contrato fije el plazo dentro del cual puede ser ejercido el *jus variandi*. Fuera de ese plazo no se podrá realizar la modificación unilateral.

9. Esta modificación debe ser precedida de un informe técnico de la Administración contratante donde se establecerán los motivos y demás aspectos que justifican la propuesta así como de respectivos informes de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas y del Tribunal de Cuentas de la República.

Estos informes son preceptivos y deberán producirse cada uno de ellos en el plazo de 45 días corridos desde la recepción del informe técnico de la Administración contratante.

Aunque estos informes no son vinculantes, tiene mucha importancia la intervención de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, del Ministerio de Economía y Finanzas y del Tribunal de Cuentas, a fin de controlar adecuadamente que se reúnan todas las condicionantes exigidas por la ley para una modificación unilateral. No debe olvidarse que el principio es la improcedencia del *jus variandi*. La potestad de modificar unilateralmente un contrato solo es admisible si existe ley habilitante y se cumplen rigurosamente las exigencias legales. Esos dictámenes, pues, configuran importantes instrumentos de control en garantía de los derechos del cocontratante de la Administración y, en definitiva, en aras de la buena administración.

10. Se ha señalado que las modificaciones previstas en este artículo 47 de la ley en estudio lo son en el sentido de incrementar las prestaciones del cocontratante de la Administración y no en el sentido de disminuirlas.²⁸

Efectivamente es así. Y no está mal que las hipótesis de reducción de prestaciones no estén incluidas en este artículo, porque son hipótesis de rescisión parcial del contrato, lo que plantea problemas no exactamente iguales.

V Modificación de contrato de P.P.P. por acuerdo de partes

1. El artículo 48 de la Ley N° 18.786 establece:

“Artículo 48. (Modificaciones previstas en el contrato). El Contrato de Participación Público-Privada podrá establecer condiciones, cumplidas las cuales las partes podrán acordar su revisión. Podrán asimismo estipular los aspectos del contrato alcanzados por ella y prever soluciones entre las cuales podrán optar al modificar el contrato, el monto máximo de la inversión adicional que las modificaciones podrán requerir y el plazo dentro del cual la revisión podrá acordarse.

²⁸ PIANO MARTÍNEZ, F., “Modificación...”, loc. cit., p. 326 y ss.

En todo caso, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder del 50% (cincuenta por ciento) del presupuesto de la obra o del gasto en operación conforme al contrato original, y en la etapa de construcción dicho porcentaje no podrá exceder del 30% (treinta por ciento)."

Este artículo 48 es reglamentado por el artículo 72 del Decreto N° 17/012 ya citado.

"Artículo 72. Modificación bilateral del contrato.

El Contrato de Participación Público-Privada podrá establecer condiciones, cumplidas las cuales las partes podrán, de común acuerdo, acordar su revisión.

Si dicha posibilidad no estuviere prevista en el contrato, las partes no podrán modificar el mismo, salvo la opción de renegociación a que refiere el artículo 49 de la Ley N° 18.786, de 19 de julio de 2011.

Pactada que fuera la posibilidad de modificar el contrato podrán, asimismo, estipularse los aspectos del contrato que podrán ser objeto de modificación e, incluso, las soluciones entre las cuales podrán optar las partes al modificar el contrato, el monto máximo de la inversión adicional que las modificaciones podrán requerir y el plazo dentro del cual la revisión podrá acordarse.

En todo caso, el monto máximo de estas nuevas inversiones no podrá exceder del 50% (cincuenta por ciento) del presupuesto de la obra o del gasto en operación conforme al contrato original, y en la etapa de construcción dicho porcentaje no podrá exceder del 30% (treinta por ciento)."

Como se percibe, el decreto reglamentario al respecto es meramente reiterativo de la ley. Lo único que no es reiterativo es la prohibición de la modificación de común acuerdo si no está previsto en el contrato, salvo por la vía del artículo 49, lo que es inconveniente e ilegal como enseguida se verá.

2. Este artículo 48, a diferencia del anterior, refiere a la modificación del contrato de común acuerdo.

3. Los contratos administrativos tienen un régimen más estricto que los de derecho privado para su modificación. En efecto, en un contrato privado ambas partes tienen discrecionalidad para modificarlo. Pero en un contrato administrativo esa modificación solo es admisible si sirve al bien común y también al interés de la Administración contratante, interés que naturalmente debe estar ordenado al bien común.

De más está decir que esa modificación debe ajustarse a todos los principios generales del derecho y en especial los que informan la contratación administrativa. No se puede por esta vía, por ejemplo, desconocer el principio de igualdad, ni sanear situaciones provocadas por ofertas de imposible cumplimiento a fin de ganar una licitación, con la esperanza de modificarla después.

4. El artículo ahora en estudio por un lado facilita y por otro lado limita tal modificación de común acuerdo.

La facilita, porque habilita a que se prevea de antemano en el propio contrato condiciones, cumplidas las cuales facultan la modificación. De esta manera se acota la discusión.

También la revisión contractual se ve facilitada en la medida en que el contrato prevea los aspectos alcanzados por la modificación, el monto máximo de la inversión que se va a requerir y el plazo en que la revisión pueda solicitarse.

La limita en cuanto establece un monto máximo para esas nuevas inversiones, monto que varía según la etapa contractual. Ese monto no podrá exceder del 50% del presupuesto de la obra o del gasto en operación o, si es en la etapa de construcción, no podrá exceder el 30%.

5. Bien entendido, este artículo 48 supone un doble acuerdo. Un primer acuerdo a efectos de incluir la posibilidad de modificación por esta vía en el contrato original. Un segundo acuerdo, luego de verificadas las condiciones, para modificar el contrato.

Si no se produce este segundo acuerdo, no es posible la modificación por la vía del artículo en estudio. Es preciso acudir a la renegociación tal como lo dispone el literal C) del artículo 49.

6. Del texto de la ley no se desprende que fuera de las hipótesis de los artículos 48 y 49 no sea posible una modificación contractual por acuerdo de partes.

Pienso por tanto que, si esa modificación conviene al bien común, aunque no encuadre en las hipótesis de los artículos 48 y 49 se puede hacer conforme a los principios y normas generales que rigen la contratación administrativa.

Por eso, el decreto que la prohíbe resulta ilegítimo, ya que invade la reserva de la ley. En efecto, sin base legal priva a un particular de la posibilidad de plantear una renegociación de contrato. Por otro lado, configura un acto contrario a la buena administración, pues impide a la Administración mejorar una relación contractual.

Por su ilegitimidad, este aspecto del decreto debería derogarse y, mientras no se derogue, no aplicarse.²⁹

VI Renegociación de contrato de P.P.P.

1. El artículo 49 de la ley en estudio establece:

"Artículo 49. (Renegociación de los contratos). Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, y aun en ausencia de tal previsión, cualquiera de las

²⁹ DURÁN MARTÍNEZ, A., "La Administración ante el reglamento ilegal", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II, p. 299 y ss.

partes podrá requerir a la otra la renegociación del Contrato de Participación Público-Privada cuando ocurra alguna de las siguientes hipótesis:

A) Cuando la Administración Pública contratante modifique, por razones de interés público, los parámetros de costos y beneficios previstos al contratar, y se cumplan todos los siguientes requisitos:

I) Que la modificación ocurra con posterioridad a la firma del contrato y no haya podido ser razonablemente prevista por el contratista al tiempo de su celebración.

II) Que la modificación altere significativamente la ecuación económico-financiera resultante del contrato al tiempo de su celebración.

III) Que la modificación sea relevante específicamente en el ámbito del contrato, y no sea producida por medidas que procuren un efecto económico-financiero de alcance general.

B) Cuando causas de fuerza mayor no previstas al celebrarse el contrato determinaran en forma directa la ruptura sustancial de la ecuación económico-financiera resultante del contrato al tiempo de su celebración.

C) Cuando se produzca alguno de los supuestos previstos en el contrato como condición de su revisión conforme al artículo 48 de la presente ley, y las partes no lleguen a un acuerdo sobre las modificaciones del contrato.

Si alguna de las partes no accediera a la renegociación, o las partes no llegaran a un acuerdo en las negociaciones, cualquiera de ellas podría reclamar jurisdiccionalmente una indemnización de conformidad con el artículo 54 de la presente ley."

El artículo 73 del decreto reglamentario establece:

"Artículo 73. Renegociación de los contratos.

Cualquiera de los co-contratantes podrá solicitar a la contraparte la renegociación del Contrato de Participación Público-Privada, cuando ocurra alguna de las hipótesis previstas en el artículo 49 de la Ley N° 18.786.

La parte que solicite renegociar el contrato deberá notificarlo a la contraparte indicando las cláusulas objeto de renegociación, las causales que la justifican, así como las soluciones sugeridas en tal sentido.

En lo que refiere a lo expresado en la hipótesis B) del artículo 49 de la Ley N° 18.786, de 19 de julio de 2011, solo podrán considerarse como causas de fuerza mayor, a los efectos de la renegociación, las que afecten las variables del proyecto que sean enumeradas en forma taxativa en cada Contrato de Participación Pública-Privada."

Los únicos aportes que efectúa este artículo figuran en sus incisos dos y tres.

No hay objeciones al inciso segundo, tiene un contenido típicamente reglamentario. En cambio, el tercer inciso es ilegal, como enseguida se verá.

2. El artículo 49 precedentemente transcrito también refiere a una modificación del contrato de común acuerdo pero en supuestos diferentes que los comprendidos en el artículo 48.

En puridad, tanto en los casos previstos en el artículo 48 como en los del 49 podemos derivar en una modificación contractual de común acuerdo y, también, en ambos casos, esa modificación contractual de común acuerdo es precedida de una renegociación.

La ley optó por asignarle a estos dos artículos un *nomen juris* diferente únicamente porque los supuestos de hecho son distintos y, por ello, la regulación jurídica es diferente. Pero, en rigor, en ambos casos hay renegociación y en ambos casos puede haber modificación contractual de común acuerdo.

3. La renegociación prevista en el artículo 49 procede habiendo previsión contractual o no (esta es una de las grandes diferencias de la hipótesis prevista en el artículo 48) únicamente en los tres casos que taxativamente indica en los literales A, B y C.

La renegociación del artículo 49 procede, pues, únicamente en esos casos, y no en otros.

4. La hipótesis prevista en el literal A refiere a un hecho imputable a la Administración contratante. Hecho o acto que modifica los parámetros de costos y beneficios previstos al contratar.

Lamentablemente, la ley no es del todo precisa en este punto en lo que refiere a la Administración contratante. En efecto, puede referir exclusivamente al ordenador o a la persona jurídica contratante. Me parece más razonable la interpretación más amplia, es decir, la que refiere a la persona jurídica, aunque no sea necesariamente el mismo ordenador, obviamente en ejercicio de función administrativa, ya que la referencia a la Administración, excluye los actos dictados en ejercicio de las otras funciones del Estado.

Para que proceda la renegociación en este supuesto la ley exige que se den acumulativamente tres requisitos:

a) que la modificación ocurra con posterioridad a la firma del contrato y no haya podido ser razonablemente previsto por el cocontratante de la Administración al tiempo de su firma;

b) que esa modificación altere significativamente la ecuación económico-financiera del contrato. Si la alteración es insignificante no procede;

c) que esa modificación sea relevante específicamente en el ámbito del contrato y que no sea producida por medidas que procuren un efecto económico financiero de alcance general.

Los primeros comentarios publicados sobre este artículo han sostenido que el mismo refiere a supuestos que la doctrina denomina "fait du prince"³⁰

Esta opinión es compartible con una doble salvedad. Por un lado, se trata de un *fait du prince* acotado y, por otro, comprende otros supuestos diferentes del *fait du prince*, como enseguida se verá.

Se trata de un *fait du prince* acotado porque la ley excluye expresamente los supuestos de alteración de costos o beneficios, producto de medidas económico-financieras de alcance general.

No encuentro fundamento para esta exclusión, pero no se puede ignorar lo que la ley dice en forma tan clara. Eso no quiere decir que, en este caso, no sea posible una renegociación. Será posible, pero no en base al artículo 49, sino conforme a los principios generales.

Estimo también que este artículo en este literal A comprende otros supuestos aparte de los del *fait du prince*.

Como se sabe, la noción del *fait du prince* surgió en la jurisprudencia francesa. Son hipótesis que no tienen ninguna relación con el *jus variandi*.³¹ Se trata de hechos de la Administración o actos en ejercicio de la potestad reglamentaria o actos de alcance particular dictados en ejecución de una ley o reglamento que de alguna manera impactan en el contrato, pero siempre se trata de potestades extracontractuales.

El *fait du prince* no implica de ninguna manera admitir una potestad de la Administración de modificar unilateralmente los contratos.

Pero eso no quiere decir que, si esa modificación se produce, fuera de las hipótesis del artículo 47 no sea posible la renegociación prevista en el artículo 49.

A mi juicio esa renegociación es posible en la medida en que se den todos los supuestos del artículo 49. Eso no quiere decir que el artículo 49 legitime esa modificación unilateral. No la legitima. Pero no se puede cerrar los ojos a una realidad. Aunque ilegítima, puede ocurrir. Y si ella ocurre, aparte de todas las consecuencias que encierra esa ilegitimidad, habilita al cocontratante a exigir una renegociación del contrato.

³⁰ VÁZQUEZ, C., *El régimen de participación...*, p. 79; GUTIÉRREZ, A.A., en VÁZQUEZ y GUTIÉRREZ, A.A./ SCHIAVI, P., (Coordinador). "Participación público privada", en *LA LEY Uruguay*, año IV, Nº 11, noviembre 2011, p. 1483 y ss.; PIANO MARTÍNEZ, F., "Modificación...", loc. cit., p. 337; VÁZQUEZ, C., *Reglamentación de la ley de contratos de PPP*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 2012, p. 40.

³¹ HAURIU, M., *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929*. Librairie du Recueil Sirey. Paris, 1929, t. III, p. 477 y ss.; BÉNOIT, F.P., *Le droit administratif français...*, p. 656 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., "Ejecución de los contratos...", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios...*, p. 269 y ss.; RUOCCO, G. "Ejecución de los contratos. Alteración de la ecuación económico financiera del contrato. Teorías del hecho del príncipe. Imprevisión y sujeciones imprevisas," en *Instituto Uruguayo de Derecho administrativo. Contratación...*, p. 79 y ss.

Dicho de otro modo, este literal A del artículo 49 comprende supuestos clásicos del *fait du prince*, salvo los casos de medidas económico-financieras de alcance general, por una incomprensible exclusión legal y, además, supuestos ilegítimos de modificación unilateral del contrato, que reúnan asimismo todos los requisitos previstos en este literal.

No incluye los supuestos de modificación unilateral legítimos, porque estos están regulados por el artículo 47.

Esta es, a mi juicio, la única forma de interpretar armónicamente los artículos 47 y 49 en este punto.

5. La hipótesis planteada en el literal B refiere a los casos de fuerza mayor.

Los casos más frecuentes serán los de la llamada fuerza mayor administrativa³² o relativa,³³ es decir, aquellos que no impiden la ejecución del contrato pero lo tornan más oneroso. Pero, a mi juicio, comprende también aquellos casos en que la ejecución se torna imposible, pero ese impedimento se puede levantar si se reformula el contrato.

La exigencia el inciso tercero del artículo 73 del Decreto N° 17/012 en el sentido de que solo se puede tener en cuenta como causas de fuerza mayor las que afecten las variables del proyecto que sean enumeradas en forma taxativa en cada contrato de P.P.P., al margen de que va más allá de la ley es irracional, pues por definición la fuerza mayor es impredecible. Es impredecible tanto en lo que refiere a su causa eficiente como en sus efectos.

Por tanto, este tercer inciso del artículo 73 del decreto aludido es ilegítimo, debe ser derogado y, mientras no sea derogado, no debe ser aplicado.

6. El supuesto del literal C alude a casos de una negociación fracasada en el marco del artículo 48.

Si procede una modificación conforme al artículo 48 y esta no se produce por falta de acuerdo, se puede acudir a la renegociación prevista en el artículo 49. Y, en este caso, se puede producir una modificación de común acuerdo sin necesidad de atenerse a las exigencias del artículo 48.³⁴ O sea, el objeto de la negociación es más amplio en el ámbito del artículo 49 que en el del 48.

7. El artículo 74 del decreto reglamentario establece:

³² Ver arrêt del Consejo de Estado francés, de 9 de diciembre de 1932, "Compagnie des tramways de Cherbourg" en LONG, M./WEIL, P./BRAIBANT, G./DELVOLVÉ, P./GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 12e. édition. Dalloz. Paris, 1999, p. 292 y ss.; LEVRERO, C., "Fuerza mayor, 'sujetions imprévus', 'fait du prince', imprevisión", en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Montevideo, 1959-1961, t. 57, p. 120.

³³ CAJARVILLE PELUFFO, J.P., "Extinción...", loc. cit., p. 119.

³⁴ En el mismo sentido, PIANO MARTÍNEZ, F., "Modificación...", loc. cit., p. 342.

“Artículo 74. Condición temporal para proceder a la modificación o renegociación del Contrato de Participación Público-Privada.

Todo Contrato de Participación Público-Privada, deberá establecer el plazo transcurrido desde la celebración del mismo, durante el cual la Administración Pública contratante no podrá solicitar, ni aceptar solicitudes de modificación, ni renegociación del contrato.”

En lo que refiere a la renegociación prevista en el artículo 49 de la ley la solución del decreto reglamentario es también ilegal, puesto que por reglamento no se puede efectuar una limitación de este tipo sin ley habilitante.

También este aspecto del decreto debe derogarse y, mientras no se haga, inaplicarse.

8. Por cierto que la renegociación del contrato administrativo es posible aun sin este artículo, en la medida en que ello se ajuste al interés público y al interés general. Pero lo interesante de este artículo es que, si se cumplen los supuestos allí previstos, otorga un derecho a la renegociación a cualquiera de las partes.

Esto es muy importante en contratos de larga duración, como son en general los contratos de P.P.P.

Surgido este derecho, si la otra parte no accede a la modificación del contrato dará derecho a una indemnización fijada por la vía prevista en el artículo 54, es decir, en vía arbitral.

VII Apreciaciones finales

1. De lo expuesto se advierte que la ley en estudio, relativa a los contratos de P.P.P. partió del principio rector en materia contractual del efecto vinculante de los contratos.

De este principio se deriva la improcedencia de toda modificación unilateral del mismo.

2. Por eso, debe tomarse el artículo 47 de la ley como una norma de excepción y, por tanto, de interpretación estricta.

3. Los artículos 48 y 49 de la ley refieren a casos de modificación por acuerdo de partes. Son también normas de excepción en cuanto refieren únicamente a esos supuesto previstos en forma expresa en esos artículos.

4. En los casos no previstos en los artículos indicados, procederá la aplicación de las reglas de derecho generales que refieren a los contratos administrativos, como el artículo 74 del actual TOCAF, en la medida en que no resulten incompatibles con lo dispuesto en la ley de P.P.P.

Modification of Public-Private Participation Contracts

Abstract: The Uruguayan Law No. 18.786, of July 19, 2011 introduced a specific discipline of the modification of public-private participation contracts. In view of this legislative change, the article analyzes the different modalities of change of this type of contract - unilateral modification, by agreement of the parties and contract renegotiation — trying to see if the new legislation, aimed specifically at public-private participation contracts, is or not oriented in the sense of the juridical principles that inform the modification of public contracts.

Key words: Modification of administrative contracts. Public-Private Participation Contracts. Unilateral modification.

Referencias

- BÉNOIT, F.P., *Le droit administratif français*. Librairie Dalloz. Paris, 1968.
- CAJARVILLE PELUFFO, J.P., "Extinción de los contratos de la Administración", en *Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo. Contratación administrativa. Curso de graduados 1988*. F.C.U. Montevideo, 1989.
- CAJARVILLE PELUFFO, J.P., "Prerrogativa de la Administración en la actividad contractual", en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J./ BELARMINO JAIME, J./ SENDÍN GARCÍA, M.A./ CARDOZA AYALA, M.A., (Comité Editorial). *Congreso Internacional de Derecho Administrativo. X Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. El Salvador 2011. Corte Suprema de Justicia de El Salvador. San Salvador, 2011.
- DELPIAZZO, C.E., *Derecho Administrativo Uruguayo*, N° 3. Editorial Porrúa/ Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2005.
- DELPIAZZO, C.E., "Nuevamente sobre el contrato como regla de derecho," en *Estudios de Derecho Administrativo*, N° 3. LA LEY Uruguay, 2011.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., "Ejecución de los contratos administrativos. Eficacia vinculante. El contrato como regla de Derecho. Mutabilidad del contrato", en *Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo. Contratación administrativa. Curso de graduados 1988*. F.C.U. Montevideo, 1989; publicado también en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., "Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos", en *LA LEY Uruguay*, año I, diciembre 2008.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., "La Administración ante el reglamento ilegal", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Público*, vol. II. Montevideo, 2008.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., "En torno al neoconstitucionalismo", en *Estudios Jurídicos*, N° 7. Universidad Católica del Uruguay. Facultad de Derecho. Montevideo, 2009.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., "Derechos prestacionales e interés público", en *LA LEY Uruguay*, año III, N° 2, febrero 2010.
- DURÁN MARTÍNEZ, A., "Principios de la contratación administrativa", en prensa.
- GUTIÉRREZ, A.A., en VÁZQUEZ y GUTIÉRREZ, A.A./ SCHIAVI, P., (Coordinador). "Participación público privada", en *LA LEY Uruguay*, año IV, N° 11, noviembre 2011.

- HAURIUO, M., *La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929*, t. III. Librairie du Recueil Sirey. Paris, 1929.
- LEVRERO, C., "Fuerza mayor, 'sujetions imprevisus', 'fait du prince', imprevisión", en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 57. Montevideo, 1959-1961.
- LONG, M./WEIL, P. / BRAIBANTS, G. / DELVOLVÉ, P. / GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 12e. édition. Dalloz. Paris, 1999.
- ORDOQUI CASTILLA, G., *Desequilibrio en los contratos (Privados y Públicos)*. Universidad Católica del Uruguay. Montevideo, 2008.
- PIANO MARTÍNEZ, F., "Modificación, renegociación, cesión y subcontratación", en *DELPIAZZO C.E., (Coordinador). Comentarios a la ley de participación público privada*. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo, 2012.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Interés general, Derecho Administrativo y Estado del Bienestar*. SYNTAGMA. IUSTEL. Madrid, 2012.
- RUOCCO, G. "Ejecución de los contratos. Alteración de la ecuación económico financiera del contrato. Teorías del hecho del príncipe. Imprevisión y sujeciones imprevistas," en *Instituto Uruguayo de Derecho administrativo. Contratación administrativa. Curso de graduados 1988*. F.C.U. Montevideo, 1989.
- SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 9ª edición puesta al día al 2010 por Daniel Hugo Martins. F.C.U Montevideo, 2010.
- VALLE, V.R.L. DO, *Direito fundamental à boa administração e governança*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2011.
- VÁZQUEZ, C., *El régimen de participación público-privada PPP*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 2011.
- VÁZQUEZ, C., *Reglamentación de la ley de contratos de PPP*. Amalio M. Fernández. Montevideo, 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Modificación de los Contratos de Participación Público-Privada. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 15-34, out./dez. 2012.

Recebido em: 10.03.2012

Aprovado em: 22.10.2012