

RAP

Revista Argentina del Régimen
de la Administración Pública

Estela Beatriz Sacristán

*Ius Variandi y modificación de precios
en los contratos administrativos.*

Carlos Delpiazzo

Las obras públicas en las economías integradas.

Rodolfo Vouga Müller

*Las obras públicas en las economías integradas.
Mercosur.*

Juan Bautista Cincunegui

*Análisis de los regímenes sancionatorios de
los servicios públicos. Primera parte.*

Jurisprudencia

*Inaplicabilidad del Art. 44 de la Ley 24.624.
Derechos adquiridos. Seguridad jurídica.*

IUS VARIANDI Y MODIFICACIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A la luz de la cláusula modificatoria del Derecho Norteamericano y en relación a un caso hipotético de concesión de servicios públicos

I. INTRODUCCIÓN

a) Acerca del principio de mutabilidad en el ámbito de los contratos administrativos

Reconocido por la doctrina argentina¹ y extranjera,² y por la jurisprudencia,³ el principio de mutabilidad aparece en el campo de los contratos administrativos como una instrumentación adecuada para introducir los permanentes cambios fundamentalmente tecnológicos en la etapa de ejecución de los contratos para mejor satisfacción del bien común que persigue el obrar estatal.

¹ Sobre el tema pueden verse, entre los juristas argentinos: Barra, Rodolfo Carlos: *Contrato de Obra Pública*, Buenos Aires, Abaco, 1988, t. 3, p. 1065 y ss.; Bercaitz, Miguel Angel: *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2da. ed., corr. y act. L. 19.549, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 347 y ss.; Fernández Cronenbold, Luis y Bianchi, Alberto: "La Alteración del Contrato de Obra Pública y su Rescisión", *El Derecho*, 121:790; Bielsa, Rafael: *Derecho Administrativo*, 4a. ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1947, t. I, p. 303 y ss.; Canasi, José: *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1974, vol. II, p. 506; Cassagne, Juan Carlos: "La Sustantividad del Contrato Administrativo y sus Principales Consecuencias Jurídicas", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 15/16, Buenos Aires, 1994, p. 143 y ss.; Diez, Manuel María: *Derecho Administrativo*, 2a. ed. corr. y act. Buenos Aires, Plus Ultra, 1979, t. III, p. 49; Dromi, José Roberto: *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, 3a. ed. act., p. 257 y ss.; Fanelli Evans, Guillermo E.: "El ius variandi en los contratos administrativos", en *El Derecho Administrativo Hoy*, Jornadas presididas por el Profesor Dr. Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, E. Ciencias de la Administración, 1996; Fiorini, Bartolomé A.: *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2a. ed. act., Abeledo Perrot, 1976, t. I, p. 596 y ss. (con cita de Roehrssen, G.: *I contratti della pubblica amministrazione*, t. I, p. 25, Bologna, 1961); Gambier, Beltrán: "El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos" (erudito trabajo, aún inédito), en la obra de homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff, Buenos Aires, Abeledo Perrot; Granillo Ocampo: *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 213 y ss., donde se efectúa un análisis del instituto en el derecho norteamericano; Mabromata, Enrique G.: "Concesiones viales - Reflexiones críticas sobre el Decreto N° 489", *RAP* N° 207, sección doctrina, Buenos Aires, 1995, p. 5 y ss.; Marienhoff, Miguel Santiago: *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, t. III-A, 4a. ed. act., p. 395 y ss.; MO, Fernando: *Régimen legal de las obras públicas*, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 277 y ss., 2a. ed. act. y aum.; Escola, Héctor Jorge: *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1977, t. I, p. 391 y ss.

² Entre los autores extranjeros: Jeze, Gastón: *Principios generales del derecho administrativo*, (trad. directa de la 3a. ed. francesa por San Millán Almagro, Julio N.), Buenos Aires, Depalma, 1950, t. IV, p. 230 y ss.; Sayagues Laso, Enrique: *Tratado de Derecho*

Por Estela B. Sacristán

Abogada - Alumna de la carrera de posgrado en Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires".

De naturaleza jurídica disímil según se enfoque la mutabilidad a la luz de nuestro derecho o del norteamericano, ⁴ hoy puede decirse que el principio de mutabilidad, extraído de la facultad modificatoria que posee la Administración comitente, constituye –según se trate de uno u otro sistema de Derecho– una prerrogativa de la Administración, o una cláusula siempre expresa de contenido más o menos estandarizado.

Entre los iusadministrativistas de nuestro medio, destacamos la opinión del maestro Marienhoff, para quien la prerrogativa modificatoria se halla ínsita en todo tipo de contratos y constituye una cláusula exorbitante del derecho común; asimismo, no requiere texto expreso que la consagre ya que existe por sí como principio. ⁵

A su vez, el profesor Cassagne ha afirmado que la *potestas variandi* debe ser compatibilizada con el principio de inalterabilidad, tal que la Administración pueda "introducir modificaciones a los contratos ante el cambio en las circunstancias para cumplir con la finalidad perseguida, lo que será lícito y justo en cuanto las modificaciones fueran objetivamente necesarias... cualquiera hubiera sido el contratista seleccionado en condiciones normales y en la medida en que no se suprima el riesgo empresario". ⁶

En síntesis, y siguiendo a Berçaitz, dado que la subordinación jurídica del cocontratante particular es la nota definitoria de los contratos administrativos, y considerando que la norma exorbitante es inmanente al contrato, "se encuentre escrita o no", es ella la que "permitirá a la administración obligar... a un contratista de obras públicas a modificar los trabajos contratados, o a un contratista de suministros a reemplazar los efectos o las cosas motivo del contrato, o a un tomador de un título de empréstito del Estado a tener que aceptar el rescate anticipado... o la disminución del tipo de interés...". ⁷

Administrativo, 4a. ed. al cuidado de Martins, Daniel, Montevideo, 1974, p. 570 y ss.; Serra Rojas, Andrés: *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1959, p. 756 y ss.; Trebilcock, Michael: *The limits of freedom of contract*, Massachusetts, Harvard University Press, Cambridge, y Londres, Inglaterra, 1993, p. 168 y ss.; Vedel, Georges: *Derecho Administrativo* (trad. de la 6a. ed. francesa por Rincón Jurado, Juan), Madrid, Aguilar, 1980, p. 203 y ss., esp. p. 204; Villar Palasi, José Luis: "Concesiones Administrativas", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1952, t. IV, p. 684 y ss., esp. p. 767. Respecto a la aplicación del principio en Inglaterra, se pronuncia elípticamente por la negativa Wade, Henry William Rawson, *Administrative Law*, 6th. ed., Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 788, por resultar de aplicación únicamente los principios del derecho privado. Finalmente, respecto del derecho norteamericano, nos remitimos a la segunda sección de este trabajo.

³ Fallos: 312:84; 313:1424.

⁴ En análisis puede verse a Granillo Ocampo, op. cit. n. 1, p. 213.

⁵ Marienhoff, op. cit. n. 1, pp. 396 y 397.

⁶ Cassagne, op. cit. n. 1, p. 165.

⁷ Berçaitz, Miguel Angel: "La subordinación jurídica, nota definitoria de los contratos administrativos", en la obra *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX*, homenaje al profesor Enrique Sayagués Laso, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, p. 803 y ss., esp. p. 809.

Según Barra ⁸–y en el ámbito del contrato de obra pública que exhaustivamente analizara en una de sus obras– la prerrogativa o potestad modificatoria, de índole irrenunciable por parte de la Administración, no es un derecho –renunciable– de ésta y tampoco necesita estar expresamente consagrada en el contrato. Claramente conceptualiza el citado jurista al *ius variandi* como una de las principales *manifestaciones* de la mutabilidad del contrato, ⁹ como poder que tiene la Administración comitente para modificar un contrato, como posibilidad que tiene de hacer variar por su propia y exclusiva decisión –que goza como todo acto administrativo de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad– ciertos elementos o aspectos de la relación contractual "sin necesidad del consentimiento del administrado cocontratante". ¹⁰ Sometido el contrato administrativo a un régimen exorbitante, el administrado no puede oponerse a la modificación, pero sí tiene dos –diríamos– defensas: derecho a una compensación económica, y posibilidad de dar por extinguido el contrato sin imputación de culpa si las modificaciones exceden determinado límite. Los fundamentos de la modificación se basan en la finalidad de la Administración de cumplir mejor con el interés público, siempre cambiante. La prerrogativa se ejerce en un marco de discrecionalidad, pero siguiendo las limitaciones que depara el mantenimiento de la ecuación económico financiera.

En líneas generales, la prerrogativa opera así: mientras que bajo el Art. 31 de la LOP el contratista no puede ejercitar facultad modificatoria alguna, la Administración, bajo el Art. 38 del mismo cuerpo normativo, sí puede, bajo ciertas limitaciones: cualitativas (relativas a los sujetos, plazos, proyecto constructivo, objeto, precio) y cuantitativas (sistema consagrado en los Arts. 30 y 38 de la LOP). ¹¹

Finalmente Fernández Cronenbold y Bianchi –también para el caso del contrato de obra pública– aseveran que las modificaciones contractuales del Art. 38 de la respectiva ley consisten en el ejercicio de una facultad discrecional, inserta en un régimen exorbitante del derecho común, que redundan en una "atribución, prerrogativa o privilegio", ¹² ejercitable dentro de ciertos límites que impidan la "vulneración de los derechos del contratista y comprometan la eficacia del servicio que la obra pretende cubrir".

En lo que hace a las modificaciones contractuales en el derecho en el ámbito de los contratos administrativos del derecho Norteamericano, nos remitimos a la respectiva sección de este trabajo.

⁸ Barra, op. cit. n. 1, p. 1065 y ss.

⁹ En igual sentido, Fanelli Evans, op. loc. cit. n. 1.

¹⁰ Barra, op. cit. p. 1066.

¹¹ Más adelante se verá someramente cómo incide el Decreto N° 489/95 en el Art. 1° de la Ley N° 17.520 sobre contratación de obras públicas por peaje, disposición que haría aplicable a tales concesiones el sistema del Art. 38 de la LOP.

¹² Op. cit. n. 1, pp. 790 y 791.

b) Concepto de *ius variandi*. Diferencias con otros institutos

Para comprender el concepto de prerrogativa modificatoria puede resultar de utilidad compararlo con otros institutos, tales como los que se mencionan a continuación.

Hecho del príncipe, caso fortuito, dificultades materiales imprevistas, teoría de la imprevisión, revisión de precios: En todos los casos nos hallamos ante factores de modificación de origen externo a las partes; en cambio la prerrogativa modificatoria nace de la voluntad de la Administración comitente, es decir, no se origina en un hecho ajeno a las partes.¹³

Teoría de la mutabilidad ex imperio: También puede establecerse una diferenciación con relación a la denominada "teoría de la mutabilidad ex imperio", de aplicación a las concesiones administrativas, y sobre la cual se explaya Villar Palasí,¹⁴ estrictamente en el ámbito de las concesiones de servicios públicos. Entendida la prerrogativa modificatoria como "facultad explícita o implícita de alterar determinados elementos del contenido concesional en los supuestos en que éstos afecten a terceros", este "poder exorbitante" se "liga con la competencia general de control de la Administración".¹⁵ Pero agrega este autor que además la Administración puede reservarse algo distinto de la mencionada prerrogativa: la facultad de alterar elementos concesionales, cuya variación, de otro modo, le irrogaría responsabilidad por daño económico.

En este caso no se ejerce una prerrogativa contractual sino un efectivo poder de imperio. Cita como ejemplo de esta manifestación de imperium la inimpugnabilidad en sede contenciosa de un acto administrativo que ordena emplazar una estación en determinado sitio, cuando la Administración se reservó, al otorgar la concesión del ferrocarril, dicha facultad.

Poder reglamentario de la Administración: Consideramos también relevante relacionar los conceptos de prerrogativa modificatoria y poder reglamentario de la Administración, siguiendo igualmente a Villar Palasí.¹⁶ Según este autor, la variación de las cláusulas reglamentarias —no contractuales no condicionales, por lo que creemos que se trata de aquellas disposiciones que —siguiendo a Canosa para el específico caso de las concesiones de obras públicas por peaje¹⁷ afectan, por ejemplo, a terceros usuarios— de la concesión de servicio público se desprende de la sustitución operada al dogma de

la autonomía de la voluntad por la idea de utilidad pública. El ejercicio de este poder habría dado lugar a la creación de la siguiente teoría.

Teoría de las instrucciones reglamentarias generales contractualmente reglamentarias: Aparentemente, y para paliar la aparente contradicción entre el carácter contractual de la concesión y la potestad reglamentaria que sobre la misma conserva la Administración, la jurisprudencia francesa elaboró la "teoría de las instrucciones reglamentarias generales contractualmente reglamentarias",¹⁸ según la cual "lo que se debe considerar contractual es el compromiso implícito de someterse el concesionario a la reglamentación administrativa, a no discutir el poder reglamentario de la Administración".

Por ello, en los casos en que la modificación de estas cláusulas reglamentarias implique quebrantamiento de la ecuación económico financiera del concesionario, el ejercicio de esta tutela por parte de la Administración lleva al rechazo de la necesidad de indemnizar la pérdida sufrida, y así sucede en los casos del ejercicio del *ius variandi* en las variaciones en la colocación de postes telefónicos.¹⁹

c) Modificaciones contractuales cuantitativas con relación a algunos contratos administrativos

*Suministro:*²⁰ En el caso de este contrato, el ente licitante tiene la facultad de aumentar, disminuir o prorrogar el cumplimiento del contrato. Respecto de los aspectos cuantitativos, podrá aumentar o disminuir hasta un tope del 10%, prorrogar los contratos de tracto sucesivo; cuando se trate de suministros que requieran ser fabricados especialmente para uso oficial, o que deban llevar marcas o señales identificatorias de dicho uso, tendrá la Administración derecho de aceptar entregas en más que no excedan el 20% del total adjudicado; cuando se trate de un suministro cuya imposibilidad de fraccionar, por su naturaleza, impida la entrega en la cantidad exacta, dichas entregas podrán ser aceptadas en más o en menos, según lo permita el mínimo fraccionable (Art. 84 del Reglamento de Contrataciones del Estado, Decreto N° 5.720/72).

*Obras Públicas:*²¹ En el caso de los contratos por ajuste alzado, el Art. 30 de la LOP establece una limitación del 20% sobre el valor total de las obras contratadas. Si se contrata por unidad de medida, el Art. 38 fija el mismo límite del 20% en más o en menos, calculado sobre el valor del ítem, cuyo exceso dará al contratista el derecho del Art. 53. Si se trata de una contratación por costo y costas, el comitente pagará íntegramente los costos del contrato y la ganancia pactada, cualquiera sea la extensión de la obra y siempre que no se

¹³ Conf. Barra, op. cit. n. 1, p. 1075. En igual sentido, Ugolini, Daniela: "El nuevo rol del Estado y los contratos administrativos", *El Derecho*, 148:869, esp. p. 871, donde claramente establece las diferencias entre hechos propios de la administración (aumentos o reducciones de trabajos contratados), hechos imputables indirectamente al Estado (por ejemplo, hecho del Príncipe), y hechos no imputables al Estado (por ejemplo, álea económica).

¹⁴ Villar Palasí, op. cit. n. 2, p. 743 y ss.

¹⁵ Villar Palasí, op. loc. cit.

¹⁶ Villar Palasí, op. cit. n. 2, p. 767 y ss.

¹⁷ Canosa, Armando N.: "En torno al peaje", en *El Derecho*, 144:157, esp. p. 161: "Las relaciones concedente-usuario y concesionario-usuario no tienen naturaleza contractual".

¹⁸ Arrêt Desreumenax, del 5 de mayo de 1911.

¹⁹ Se citan sentencias del Supremo Tribunal español del 25 de noviembre de 1942 y del 1° de diciembre de 1944.

²⁰ Se sigue en general Casella, José Víctor, Chojkier, Raquel y Dubinski, Alejandro: *Régimen de compras del Estado*, Buenos Aires, Depalma, 1985, y Fanelli Evans, op. cit. n. 1., p. 199 y ss.

²¹ Se sigue a Barra, op. cit. n. 1., p. 1087 y ss.

produzca un indebido aumento en los costos (por impericia del constructor, por ejemplo).

Concesión de Obras Públicas por peaje: Resultan de aplicación en este supuesto no solo las disposiciones de las Leyes Nros. 17.520 y 23.696 sino también el Decreto N° 489/95.²² El Art. 1° de la primera establecía una remisión al sistema de modificaciones de la LOP. En cambio este decreto creó una causal de modificación "frente al surgimiento de necesidades nuevas", reglamentada en el Art. 2°, que define modificación del contrato de concesión como "financiación por parte del concesionario de un proyecto constructivo que comprenda la realización de toda obra cuyo precio estimado de ejecución sea superior al 20% del valor presente del monto total previsto en el contrato de concesión para obras correspondientes al corredor vial respectivo, que responda al interés público perseguido y que sea técnica y económicamente factible su realización". (La bastardilla es nuestra.)

A su vez el capítulo III del decreto crea la figura de la adecuación del contrato de concesión, definido en el Art. 15 como "financiación por parte del concesionario de un proyecto constructivo, en el marco de la concesión vial otorgada, que comprenda la realización de toda obra cuyo precio estimado de ejecución sea igual o inferior al 20% del valor presente del monto total previsto en el contrato de concesión para obras correspondiente al corredor vial respectivo y que, a criterio de la Secretaría de Obras Públicas y Comunicaciones del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, responda al interés público perseguido y que sea técnica y económicamente factible su realización". (La bastardilla es nuestra.)

Concesión de servicios públicos: Dada la inexistencia de un régimen normativo legal o reglamentario general para esta clase de contratos, estimamos que serán de aplicación las disposiciones de los pliegos respectivos, amén de los principios que regirán en el supuesto de modificación tales como los apuntados por el Dr. Gambier en la obra citada.²³

d) Modificaciones contractuales cualitativas

Las modificaciones en este caso pueden recaer —como dijimos— tanto sobre el sujeto, como sobre el plazo,²⁴ el proyecto constructivo, el objeto en general²⁵ y el precio.

²² Del 4-4-95, B.O.: 25-4-95, Adla 1995-C, p. 2992.

²³ Gambier Beltrán, op. cit. n. 1, especialmente acertadas conclusiones finales.

²⁴ Téngase presente que el supuesto reglado en el cap. IV del Decreto N° 489/95, que prescribe acerca de una modificación cuantitativa consistente en la "ampliación del plazo contractual" acordada entre el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y los concesionarios (Art. 18) escapa a la esfera de las modificaciones impuestas unilateralmente por la Administración, por lo que su mención está fuera del objeto de este trabajo.

²⁵ Acerca de los alcances de esta expresión, puede verse la sección II de este trabajo.

II. LAS MODIFICACIONES EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DEL DERECHO NORTEAMERICANO

a) Nociones preliminares

El ejercicio de lo que conocemos por *ius variandi* en el campo de los contratos administrativos celebrados por el gobierno norteamericano es estudiado bajo el nombre genérico de "modificaciones" o *changes*.²⁶

Explícita casi siempre por constar en los formularios estandarizados que se emplean en la celebración de los contratos,²⁷ la cláusula modificatoria —que suscitó una de las

²⁶ Se sigue en general a los profesores Nash, Ralph C. y Cibinic, John, *Federal Procurement Law*, 3d. ed., The George Washington University, 1980, vol II (Contract Performance), p. 1163 y ss. De los mismos autores, *Administration of Government Contracts*, 2d. ed., 1985, *Government Contracts Program*, The George Washington University, vol I, p. 267 y ss. Para un análisis somero de los contratos administrativos en Norteamérica y su modificación, Keyes, Noel W., *Government Contracts*, Minnesota, West Publishing Co, St. Paul, 1990, p. 428 y ss.

²⁷ Nash y Civinic, *Federal Procurement Law...*, p. 1164. Allí se cita la cláusula según aparece en el Formulario 23-A:

(a) "El Funcionario contratante podrá, en cualquier momento, por orden escrita en la que conste que se trata de una modificación, y sin tener que notificar a los garantes, efectuar modificaciones dentro de los alcances en general del contrato, con respecto, entre otros aspectos, a:

(i) las condiciones particulares de contratación (incluyendo ilustraciones y diseños);

(ii) el método o modo de realización de la obra;

(iii) las instalaciones provistas por el Estado, equipos, materiales, servicios o ubicación de la obra;

(iv) el ritmo al cual se efectuará la obra".

(b) Cualquier otra orden, escrita o verbal, (que a los efectos de este párrafo deberá incluir las directivas, instrucciones, interpretaciones o determinaciones) del Funcionario contratante que causare una modificación será considerada orden de modificación a los efectos de esta cláusula, siempre que el Contratista haga saber al Funcionario contratante por escrito acerca de la fecha, circunstancias y origen de la orden que tomó por orden de modificación.

(c) Fuera de estos casos, no se considerará orden de modificación ninguna orden, declaración o conducta del Funcionario contratante, por lo que el contratista no tendrá derecho a ajuste equitativo alguno.

(d) Si cualquier modificación efectuada de conformidad con esta cláusula causara un aumento o disminución en los costos del Contratista, o en el tiempo requerido para la ejecución del contrato... se abonará un ajuste equitativo... Sin embargo... salvo en el caso de condiciones particulares de contratación defectuosas... no se admitirán reclamos por gastos realizados más de 20 días antes de que el Contratista provea la comunicación escrita exigida... En el caso de condiciones particulares de contratación defectuosas por las cuales se haga responsable el Estado, el ajuste equitativo incluirá cualquier costo razonable suplementario que haya enjugado el Contratista al tratar de cumplir con esas condiciones particulares de contratación defectuosas.

(e) Si el Contratista solicitare un ajuste equitativo bajo esta cláusula, dentro de los 30 días con posterioridad a la recepción de la orden de modificación mencionada (de conformidad con los incisos a o b) o en un mayor lapso si el Estado lo prolongare, deberá remitir al Funcionario contratista una declaración escrita en la cual se establecerá la naturaleza y monto del reclamo...

(f) No se admitirán reclamos por ajustes equitativos con posterioridad al pago final de la obra.

primeras causas que se debatió ante la *Court of Claims*—²⁸ se caracteriza por:

- permitirle a la Administración alterar las condiciones contractuales durante la ejecución para mantenerse al día con los adelantos tecnológicos;
- establecer la línea demarcatoria entre trabajo adicional y contrato nuevo (que requeriría un nuevo llamado a licitación, o una nueva contratación directa, etc.);
- permitirle al cocontratante (si bien la mención del tema es extraño a este trabajo) sugerir modificaciones que mejoren la obra, o disminuya su precio.

La contrapartida de esta facultad sería la posibilidad para el cocontratante de solicitar un ajuste equitativo (*equitable adjustment*) si aumentan sus costos.

b) Límites a la facultad modificatoria

El sistema que se comentará se diferencia radicalmente del nuestro. En lugar de existir limitaciones cuantitativas y cualitativas al ejercicio de la prerrogativa modificatoria, excedidas las cuales se genera la obligación de indemnizar al contratista, los principios elaborados por la jurisprudencia norteamericana al interpretar cláusulas modificatorias insertas en los contratos son de características dinámicas, fluctuantes.

En primer lugar, se admite que las modificaciones deben estar comprendidas dentro del "objeto del contrato en general" (*general scope of the contract*), concepto jurídico indeterminado²⁹ para nosotros, sujeto a interpretación judicial para darle contenido.

En segundo lugar, las cláusulas modificatorias describen las clases de modificaciones que podrán ordenarse,³⁰ y en ese caso los términos empleados son vinculantes, sea la enumeración taxativa o meramente enumerativa.³¹

En lo que hace a la flexible fórmula, dentro del "objeto del contrato en general", la ya mencionada *Court of Claims* efectuó una detallada interpretación,³² sosteniendo que:

²⁸ Tribunal ante el cual se ventilan los litigios entre los particulares y el Estado federal. La United States Court of Claims o Tribunal de Reclamos fue creada en 1855 para atender los reclamos patrimoniales contra los Estados Unidos y al principio consistió en una comisión encargada de oír peticiones y elevarlas bajo forma de informe al Congreso. Recién a partir de 1863/1866 estuvo habilitada para emitir pronunciamientos, revisables por la Corte Suprema. Más adelante, bajo la Tucker Act amplió sus poderes para llegar a ostentar el perfil que hoy se halla consagrado en el Título 28 del United States Code, esto es, el de un órgano dotado de plenas facultades judiciales. Sobre la historia de este tribunal puede verse Bianchi, Alberto: "Panorama Actual de la responsabilidad del Estado en el Derecho Comparado", *La Ley*, 1996-A, p. 922.

²⁹ García de Enterría, Eduardo: *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1983, 3ra. ed., p. 31 y ss.

³⁰ Es el caso del Formulario DAR 7-1909.2 del Ministerio de Defensa norteamericano.

³¹ Véase la transcripción del Formulario 23-A, supra.

³² Federal Register, vol 32, p. 16.269, del 29 de noviembre de 1967.

"La cláusula bajo examen establece claramente que la modificación podrá referirse a cualquier aspecto de la obra que será ejecutada de conformidad con lo establecido en el contrato. A los fines de clarificar, la cláusula establece categorías ilustrativas de las modificaciones, que abarcan cambios no sólo en las ilustraciones, diseños y condiciones particulares de contratación, sino también alteraciones en el método y modo de ejecución, en la determinación de la ubicación de la obra y servicios, o en el ritmo de los trabajos... Por cierto, la cláusula no abarca actos que (i) inequívocamente deparen una suspensión, o (ii) tengan por finalidad provocar una suspensión, demora o interrupción de los trabajos. Si bien el Funcionario contratante está habilitado para ordenar modificaciones en cualquiera de los aspectos de la tarea en sí, la cláusula no le permite alterar ninguno de los aspectos colaterales de la ejecución del contrato..."

En los casos *J.D. Hedin Construction Co. v. United States*,³³ *Edward R. Marden Corp. v. United States*³⁴ y *General Dynamics Corp. v. United States*³⁵ también se puede apreciar cómo se ha interpretado jurisprudencialmente el concepto mencionado.

c) Algunos casos

El caso "Hedin Construction C." (Un hospital demorado): Se trataba de una empresa que había contratado en 1949 con la Administración de Veteranos para construir un hospital en un lapso de 540 días por 7 millones de dólares. La obra se completó en 1953, esto es, 1408 días con posterioridad a la fecha de inicio de obras, previa prórroga por parte de la Administración.

El actor demandó por los daños que había ocasionado la modificación del plazo para concluir los trabajos, para lo cual alegó que las condiciones particulares de contratación habían sido defectuosas, que había habido escasez de materiales, condiciones meteorológicas desfavorables, y huelgas que no lo hubieran afectado si las condiciones particulares de contratación hubieran sido satisfactorias, y que se habían ordenado modificaciones en un avanzado estadio de la ejecución.

La *Court of Claims* acogió los dos primeros agravios. Respecto de la modificación de la fecha de entrega de la obra, los 638 días de demora fueron indemnizados en aproximadamente medio millón de dólares. Así razonó el tribunal:

En el caso el actor arguyó que se había materializado una "modificación cardinal" (*cardinal change*) derivada de la suma de los factores apuntados, por lo cual se estaba fuera de los límites admisibles de la cláusula modificatoria. Empero, el tribunal sostuvo que la oportunidad en la cual se sale de dicha cláusula varía de contrato a contrato³⁶ y ni el número de modificaciones ni las características de los trabajos a realizar son en sí mismos el factor determinante.³⁷ El proyecto al

³³ 171 Court of Claims 70, 347 F. 2d. 235 (1965).

³⁴ 194 Court of Claims 799, 442 F. 2d. 364 (1971).

³⁵ 218 Court of Claims, 585 F. 2d. 457 (1978).

³⁶ Se cita *Saddler v. United States*, 152 Court of Claims 557, 287 D. 2d. 411 (1961).

³⁷ Se cita *Aragona Construction Co., Inc. v. United States*, 165 Court of Claims 382 (1964).

momento de la finalización era básicamente el que se había contratado. La prórroga establecida por la Administración para la entrega de la obra resultó insustancial (*immaterial*) y no razonable, como había afirmado el actor.

El caso "Edward R. Marden Corp." (Los hangares): Los hechos –un tanto complejos– del caso son los siguientes: la Marina adjudicó a la actora la construcción de un hangar, que iba a tener una estructura de 12 arcos de concreto, de más de 100 toneladas cada uno. Durante la construcción, el cuarto arco se derrumbó, lo cual provocó la muerte de dos obreros. El actor efectuó una limpieza del lugar, reconstruyó el hangar de conformidad con las órdenes del Funcionario contratante –que el Contratista tomó por modificación del contrato– y solicitó el correspondiente ajuste, que le fue denegado por mediar responsabilidad del contratista bajo la Cláusula de Responsabilidad inserta en el contrato.

El tribunal (*Armed Forces Board of Contract Appeals*) ante el cual se apeló la medida confirmó la denegatoria. Marden Corp. inició una demanda por incumplimiento contractual como si la reconstrucción hubiera consistido en un segundo contrato, en la que también resultó vencido. Veamos qué sostuvo la *Court of Claims*:

La doctrina de la modificación cardinal es flexible. Una modificación cardinal –que excede la cláusula modificatoria– altera fundamentalmente la tarea comprometida por el contratista. Cada caso debe ser analizado a la luz de sus propios hechos y sus propias circunstancias, considerando con justicia la magnitud y calidad de las modificaciones ordenadas y sus efectos acumulativos sobre el proyecto en su totalidad.³⁸ Si las alegaciones del actor fueran ciertas, el trabajo realizado no sería esencialmente el mismo que fue acordado con la adjudicación.³⁹ El hangar reconstruido era idéntico al encargado originariamente. En otras palabras, al ordenar la reconstrucción de aquél, la Administración no modificó el diseño u otras características físicas de la estructura. No observamos una diferencia importante en ello. Cuando se trata de modificaciones cardinales, analizamos todo el emprendimiento del contratista, y no lo producido. Consecuentemente, se rechazó la demanda.

Caso "General Dynamics Corp." (Los Tres Submarinos): En el año 1960, la Marina norteamericana adjudicó a la empresa General Dynamics un primer contrato para la construcción de tres submarinos nucleares a ser entregados 40, 44 y 48 meses más tarde. El precio era de cerca de 60 millones de dólares.

Posteriormente, la Marina adjudicó a otra empresa, Bethlehem Steel Co., dos contratos para la construcción de dos submarinos nucleares en su astillero en Quincy.

Tres años más tarde, el actor adquirió el astillero de Bethlehem ubicado en Quincy, y los contratos le fueron transferidos.

Inmediatamente después, con la conformidad de la Administración, transfirió la construcción del segundo y del tercer submarino al astillero en Quincy. Así, ganaría tiempo entregando esos submarinos en el lugar de los dos que hubiera entregado Bethlehem Co.

Empero, en esa época se hundió un submarino de la clase de los encargados, y se ordenó una revisión total del diseño de esas naves. El resultado fue que se ordenaron modificaciones en el diseño, provocando un aumento en el precio del primer contrato (por 60 millones) de aproximadamente 100 millones de dólares.

Finalmente, el segundo y tercer submarino fueron entregados a la Marina cerca de tres años con posterioridad a la fecha acordada.

El actor demandó por indemnización en concepto de costos adicionales en los que habría incurrido con respecto a los submarinos que debía construir Bethlehem, retrasados por el impacto que habían tenido las modificaciones en los submarinos originales, pero no se le hizo lugar a la demanda. Entonces inició demanda por modificación cardinal en el primer contrato, con efectos sobre los dos contratos posteriores. El decisorio sostuvo lo siguiente:

Dado que la cláusula modificatoria faculta al Funcionario contratante para introducir modificaciones al contrato en forma discrecional,⁴⁰ siempre dentro del objeto del contrato en general (*within the general scope of the contract*), cuando se ordena una modificación que se halla fuera de esos límites se configura un abuso, una modificación cardinal.

Por lo general, una modificación representa un gran aumento en la carga de tareas a realizar: casi siempre, más trabajo. Cada caso debe ser analizado bajo sus propios hechos y circunstancias, considerando con equidad la magnitud y cualidades de las modificaciones ordenadas y su efecto acumulativo sobre el proyecto en su totalidad.

Resultan de relevancia la cantidad de aspectos modificados y no modificados, el carácter y tiempo de las modificaciones, y el cúmulo de actividades ingenieriles, de investigación y construcción que el contratista debe efectuar.

En el caso se arribó finalmente a una transacción.

d) Conclusiones acerca de los tres casos referidos

A partir de los tres casos apuntados se pueden formular las siguientes reflexiones:

- En los contratos administrativos norteamericanos, la cláusula modificatoria, a fuerza de haber sido inserta en dichos instrumentos a lo largo de bastante tiempo, se ha estandarizado, por ende, no podría hablarse de prerrogativa ínsita en el contrato sino de cláusula explícita.

³⁸ Se cita *Wunderlich Contracting Co. v. United States*, 173 Court of Claims 180, 351 F. 2d. 956 (1965).

³⁹ Se cita *Aragona Constructions Co. v. United States*, 165 Court of Claims 382, 391 (1964).

⁴⁰ Se cita *Carl M. Halvorson, Inc. v. United States*, 198 Ct. Cl. 882, 903, 461 F. 2d. 1337, 1349 (1972); *Law v. United States*, 195 Ct.Cl. 370, 383 (1971).

- La cláusula podrá establecer más o menos explícitamente los límites cuantitativos y cualitativos de las modificaciones que podrá requerir la Administración.
- Cuando las modificaciones exceden el objeto del contrato en general, se genera la necesidad de indemnizar porque se ha provocado una modificación cardinal.
- Una modificación cardinal es aquella que es tan profunda que no es compensable dentro del contrato, y por ello se considera que la Administración ha incumplido (*in breach*).
- La determinación de si la modificación está dentro del objeto del contrato en general o no depende del análisis de cada caso.
- A efectos de determinar la existencia o no de una modificación cardinal no interesa el número de modificaciones ordenadas.

Por ello, podría afirmarse que el sistema norteamericano para hacer frente a las modificaciones de los contratos de la Administración parecería ser más flexible que el nuestro, tal vez menos aritmético, al menos si lo comparamos con la rigidez del Art. 38 de nuestra Ley de Obras Públicas, o con el Art. 84 del reglamento de Contrataciones del Estado.

Empero, esta aparente flexibilidad, que deja en manos de los jueces de la *Court of Claims* y sus tribunales superiores la tarea de determinar en cada caso si —a través de la modificación requerida— se ha vulnerado el equilibrio contractual, fundado en la noción de *consideration*, no parecería tan desacertado, especialmente si se toma en cuenta que son ellos los que, a través de sus decisivos, influyen en la redacción de las cláusulas de modificación que se incorporarán en futuros contratos.

III. EL IUS VARIANDI EN ACCIÓN EN NUESTRO MEDIO: EL CASO DE UN CONCESIONARIO DE SERVICIOS PÚBLICOS

a) Planteo del caso

El caso se plantea a propósito de la aplicación de un acto administrativo de alcance general emanado de una Secretaría de Estado que aparentemente modificaría substancialmente un contrato de concesión de servicio público en ejecución que se adjudicara a un Concesionario en virtud de una privatización, en detrimento de los intereses económico-financieros de éste. Dicha reglamentación establece una recategorización de usuarios.

El Concesionario, al momento de la adjudicación, prestaba un servicio público a un determinado número de usuarios o clientes regulares. Los usuarios que consumieran por encima de determinado tope (fábricas, establecimientos, industriales, etcétera) obtendrían la provisión del servicio de otro proveedor.

Al disminuir con posterioridad a la adjudicación la citada resolución el mencionado límite por encima del cual se recurriría a otro proveedor, el concesionario perdió un importante conjunto de clientes o usuarios.

b) Algunas cuestiones iniciales

Los primeros interrogantes que surgen a la luz de la situación descrita podrían ser:

- ¿existió una modificación contractual?
- ¿se trata de un acto irrazonable, o inoportuno?
- ¿tenía el Concesionario un derecho adquirido al mantenimiento *sine die* de la clasificación de usuarios existente al momento de la adjudicación, esto es, un derecho adquirido a un determinado ordenamiento?
- ¿genera ello, a la luz de la doctrina norteamericana descrita, una modificación cardinal?⁴¹
- ¿se trata de una cuestión de irretroactividad de las leyes?⁴²
- ¿es un caso de responsabilidad del Estado por acto normativo?
- ¿es la modificación apuntada un acto administrativo dictado con fundamentos en la oportunidad, para beneficiar a cierto sector productor, que redundaría en un beneficio para la economía toda por una eventual disminución en los costos y en los precios finales?

- Entre las cuestiones de hecho y prueba, ¿se alteró la ecuación económico-financiera?

Se intentará desentrañar estos interrogantes en los párrafos que siguen.

c) La modificación del contrato

Inicialmente conviene repasar algunos conceptos básicos con relación al vínculo que nace entre los particulares y la Administración en el marco de una concesión de servicios públicos.

Respecto a las convenciones libremente pactadas en general afirmó nuestra Corte Suprema en el caso "Bourdie",⁴³ de 1925, que: "... La prohibición de alterar las obligaciones de los contratos es general y aplicable a las convenciones de todo orden, es decir, tanto a las realizadas entre particulares como a las concertadas entre éstos, y los Estados o por los Estados entre sí...". En igual sentido, también la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "Fletcher v. Peck"⁴⁴ —citado por

⁴¹ Ver sección II de este trabajo.

⁴² Punto respecto del cual cabe tener presentes las opiniones de dos juristas: Linares, Juan Francisco, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 352: "Los reglamentos... están privados de calidad de cosa juzgada. Lo que no significa que quien por virtud de un reglamento, autónomo o no, haya recibido derechos subjetivos, quede en desamparo total ante la alteración de aquél. La situación es igual a la de quien goza de un derecho emanado de ley formal-material. Se trata del asunto de la irretroactividad de las leyes"; Hutchinson, Tomás, *Ley Nacional de Procedimientos Administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1985, t. I, p. 373: "Los reglamentos están privados de estabilidad. Esto no significa que aquel que en virtud de un reglamento posea un derecho subjetivo quede en desamparo".

⁴³ Fallos: 145:325, cons. 7mo.

⁴⁴ 10 U.S. (6 Cranch) 87 (1810).

nuestra Corte en el caso mencionado— estableció la inconstitucionalidad de toda excepción que permitiera al Estado modificar las obligaciones contractuales que surgen de los contratos en los que es parte.

Podría argüirse que en el presente caso se ha dictado una resolución de carácter general que modifica las condiciones iniciales del contrato de concesión —acto administrativo bilateral suscripto entre la Administración concedente y el concesionario— por lo que dicho acto es cuestionable ya que generaría perjuicios.

Igualmente cierto es que en el ámbito de la contratación de la provisión de servicios públicos no es de aplicación el principio de *pacta sunt servanda* sin ambages, ya que dicho principio es desplazado, en el ámbito del Derecho Público, por el principio de legalidad.⁴⁵ Reconocida doctrina asevera que existen límites positivos y negativos al accionar administrativo ya que "el derecho no es... para la Administración una linde externa que señale hacia afuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola voluntad y arbitrio. Por el contrario, el derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa".⁴⁶ En el caso hipotético bajo examen, la resolución agravante respondería a las previsiones normativas contenidas en el marco regulatorio dictado por el legislador, que nunca garantizó contractualmente un número cerrado de usuarios al Concesionario.

Asimismo, debe tenerse presente que la Administración posee —como vimos— una prerrogativa consistente en la libertad o discrecionalidad de alterar o modificar las condiciones jurídicas o de hecho de acuerdo con las cuales el contratista ejecuta su contrato,⁴⁷ categoría que —como también vimos—⁴⁸ incluye a los contratos de concesión de servicios públicos. Empero, tales modificaciones deberían ser ejercidas, siempre, claro está, que no alteren lo sustancial de lo convenido entre las partes⁴⁹ ya que, como nuestro Alto

Tribunal afirmara, nuestra Norma Fundamental protege "los derechos adquiridos... en actos contractuales".⁵⁰

Esto significa que la potestad de modificar un contrato administrativo a través de una medida de carácter general —que integra el álea administrativa que asume el cocontratante de la Administración—⁵¹ no es ilimitada y, por respeto hacia la garantía del Art. 17 de nuestra Norma Fundamental, los perjuicios que la alteración del contrato ocasionare al cocontratante deberían ser reparados integralmente⁵² toda vez que el respectivo contrato generó un derecho subjetivo en cabeza del Concesionario, derecho que integra su "propiedad"⁵³ en sentido constitucional.

La doctrina norteamericana que repasáramos en la sección anterior de este trabajo agregaría fundamentos a estas afirmaciones al sostener que "(e)l impacto de cualquier modificación debe ser, desde nuestro punto de vista, determinado analizando si la modificación puede ser prevista en el ámbito del concurso (de oferentes) inicial. En condiciones normales, una modificación cae en la esfera del contrato cuando es de una naturaleza tal que los potenciales oferentes puedan haber podido razonablemente anticiparse a ella".⁵⁴

En el caso del Concesionario que nos ocupa, el oferente y posterior adjudicatario nunca podría haberse anticipado a la modificación de un contrato en curso de ejecución toda vez que los usuarios habían sido clasificados o tipificados con anterioridad a la adjudicación.

Tomando como fundamento un *obiter* expresado en el caso el "Serra", —"es en el complejo interrelacionado de actos que dan base estructural a la existencia y ejecución del contrato administrativo donde es preciso buscar el origen del derecho invocado..., la fuente del derecho de la actora..."⁵⁵. Por ello se puede afirmar que, en el caso hipotético que analizamos, es en el complejo de actos coligados⁵⁶ —v. gr., llamado a licitación, presentación de la oferta, preadjudicación, contrato de transferencia de acciones, adjudicación, ejecución del contrato de concesión— ya moraba una norma que perfilaba exactamente a los potenciales usuarios del concesionario, que éste tuvo presentes al formular su oferta.

Aquí es donde deberíamos tener presente que uno de los elementos esenciales de un contrato administrativo —en el caso, concesión de servicio público— es el plan económico-financiero, que presupone un análisis previo de la factibilidad

⁴⁵ "Espacio S.A. c/Ferrocarriles Argentinos s/cobro de pesos", fallo del 22-12-93, cons. 7mo. También puede verse Barra, Rodolfo C.: *Los actos administrativos contractuales - Teoría del acto coligado*, Buenos Aires, Abaco, 1989, p. 18.

⁴⁶ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 1994, t. I, p. 409 y ss. En igual sentido, Barra, Rodolfo C.: "Comentarios acerca de la discrecionalidad administrativa y su control judicial", en *La Protección jurídica del Ciudadano (Procedimiento Administrativo y Garantía Jurisdiccional)*, Madrid, Civitas, 1993, p. 2.237.

⁴⁷ Cassagne, Juan Carlos: *El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo*, anticipo de *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*. Año XXXIII, 2da. época. N° 26, p. 16.

⁴⁸ Ver sección I de este trabajo.

⁴⁹ Marienhoff, Miguel S., op. cit. n. 1, p. 470, donde dice que el derecho de la Administración de modificar los contratos no es "ilimitada". Ello guarda relación con el ya descripto concepto de "objeto del contrato en general", en la jurisprudencia norteamericana.

⁵⁰ Fallos: 164:140, citado en Fallos: 269:672, cons. 13, en el último párrafo del cual leemos: "En armonía con estos conceptos, cabe reproducir los que expusiera la Corte en Fallos: 175:368 al expresar que 'no existe ningún precepto de ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo...'"

⁵¹ Marienhoff, Miguel S., op. loc. cit. nota 1, p. 481.

⁵² Marienhoff, Miguel S., op. loc. cit. nota 1, p. 490.

⁵³ Marienhoff, Miguel S., op. loc. cit. nota 1, p. 497.

⁵⁴ Nash, Ralph & Cibinic, John, op. y loc. cit. p. 1.175.

⁵⁵ "Serra, Fernando Horacio y otro c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", del 26-10-93, cons. 20.

⁵⁶ Así los denomina Barra, Rodolfo C., en op. cit. nota 45.

de la explotación por parte de la empresa al momento de elaborar y presentar su propuesta.⁵⁷

Como bien señala la doctrina, "existe, pues, en el contrato administrativo, una proporción entre las obligaciones del cocontratante y su remuneración... con el objeto de que el resultado sea constante. Este fenómeno se conoce con el nombre de ecuación financiera o equilibrio financiero del contrato".⁵⁸

En igual sentido, la legislación norteamericana ha previsto, en su Ley de Contrataciones Públicas,⁵⁹ que es un fin perseguido por esa norma la promoción de negociaciones justas y relaciones de equidad entre las partes contratantes.

En punto a esa relación de equidad, de equilibrio que debe existir entre las partes, ha afirmado nuestra Corte Suprema que "... (e) contrato de concesión de servicio público está regido por el derecho administrativo. Ello supone la existencia de una cierta relación de subordinación de los derechos de los particulares respecto de los de la Administración, que en el plano contractual se traduce no en una estricta equivalencia aritmética sino en una igualdad proporcional a los derechos".⁶⁰

d) La ecuación económico-financiera ante la modificación contractual

En el presente caso, el Concesionario al ofertar –de hecho, todos los oferentes al presentar sus propuestas–⁶¹ y la Administración al convertirla en adjudicataria, se sometieron a un determinado régimen jurídico⁶² cristalizado en los diferentes instrumentos (pliegos de bases y condiciones, estatuto social, contrato de concesión, normas vigentes al momento de la notificación de la adjudicación), elementos normativos todos ellos que –congruente y concatenadamente– amparaban un determinado equilibrio económico-financiero, una ecuación económica prevista por el oferente

y que integraba sus "razonables expectativas"⁶³ al momento de ofertar y al resultar adjudicatario.⁶⁴

Resulta esclarecedor atender al funcionamiento del mantenimiento de dicha ecuación en los contratos administrativos, tal como ha sido caracterizado por la doctrina: "En nuestro país, el fundamento del deber ético-jurídico del Estado de mantener incólumne el equilibrio financiero, la ecuación económico-financiera del contrato en beneficio del cocontratante –indemnizando adecuadamente a éste– tanto más cuando tal alteración responda a razones de 'oportunidad', o de 'interés público', no es otro que el 'principio' constitucional emergente del Art. 17 de la Ley Suprema, en cuyo mérito a nadie puede imponerse el sacrificio de sus intereses particulares en beneficio público sin el respectivo resarcimiento... Va de suyo que el derecho al mantenimiento del equilibrio financiero del contrato –'ecuación financiera del mismo'– existe con relación a cualquier tipo de contrato, ya se trate de una concesión de servicio o de obra... La razón que justifica esa exigencia es esencialmente igual para todos los contratos administrativos. El respectivo principio inmanente de justicia que justifica tal solución, es de vigencia para toda especie de contratación".⁶⁵

La doctrina citada muestra la trascendencia que, para la vida del contrato, posee el mantenimiento de su ecuación económico-financiera tal como ha sido determinada por las partes al suscribir el mismo. Cualquier alteración de la misma generaría, en principio, el derecho del concesionario a un resarcimiento.

e) ¿Responsabilidad del Estado por acto lícito? ¿Vulneración del derecho constitucional de propiedad?

La resolución que modificó el régimen contractual descripto anteriormente pudo probablemente responder a una reorganización gubernamental del mercado usuario del servicio público en cuestión, a una decisión de política económica,⁶⁶ que podría ser encuadrada en la noción de promoción

⁵⁷ Sobre ello pueden verse Ugolini, op. loc. cit. y Canosa, op. loc. cit.

⁵⁸ Díez, M. M.: *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, t. II, p. 530. En igual sentido, Marienhoff, op. loc. cit. nota I, p. 470. Como claramente expresa Ugolini, op. cit. n. I, p. 870: "... El contratista busca su ganancia, su beneficio, y precisamente tiene derecho a que se le asegure el mantenimiento de la ecuación económica. Esta ecuación, que significa igualdad, implica que la relación entre costo y beneficio que se tuvo en cuenta al efectuar la oferta debe ser mantenida a lo largo de toda la ejecución del contrato".

⁵⁹ Public Contracts Act, 41 USC I - General Provisions.

⁶⁰ Fallos: 301:292.

⁶¹ Beneficiados todos ellos por la garantía de igualdad que debe regir entre oferentes, sobre lo cual puede verse Gambier, op. cit. n. I: "El principio de igualdad en la licitación pública está primordialmente destinado a regir en la etapa de selección del contratista estatal pero su vigencia trasciende a la etapa de ejecución del contrato administrativo".

⁶² Ha afirmado nuestra Corte Suprema que en el contenido del acto jurídico de derecho público por el que nace la concesión de servicio público queda determinada la "medida y extensión" de los "derechos y deberes" de cada parte contratante (Fallos: 141:190, cons. 7).

⁶³ "David Lucas, petitioner v. South Carolina Coastal Council", 60 LW 4842, (1992), sobre el cual se efectuarán algunas acotaciones en la sección IV de este trabajo. Nuestra Corte también invocó, en el caso "Sánchez Granel" (Fallos: 306:1409, cons. 4to.) las "ventajas económicas esperadas" basadas en las "probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas", que en el caso surgen del contrato de concesión.

⁶⁴ Justamente, es en razón del mantenimiento de esas razonables expectativas que la jurisprudencia norteamericana ha elaborado los denominados "equitable adjustments" o ajustes equitativos de los contratos administrativos, según se vio en la sección II de este trabajo. Igualmente puede verse "Equitable Adjustments of Government Contracts", 42 *New York University Law Review* 306, abril de 1967.

⁶⁵ Marienhoff, Miguel S., op. loc. cit. n. I, p. 472 y ss.

⁶⁶ Ha afirmado nuestra Corte Suprema (Fallos: 246:340; 249:425) que, con respecto a las "facultades del Gobierno Nacional para dictar las normas que rigen la política económica del Estado", no compete a la justicia "revisar el acierto o error, la conveniencia o inconveniencia de las medidas adoptadas".

industrial⁶⁷ o de tendencia a la desregulación del mercado involucrado.⁶⁸

Ello no obstante, si se tiene en cuenta que dicha resolución pudo modificar la cantidad de usuarios potenciales del Concesionario durante la ejecución de un contrato de tracto sucesivo como lo es el de concesión de un servicio público, se puede llegar a inferir que se generaron perjuicios a los cuales el Concesionario deberá hacer frente.

El acto administrativo agravante —manifestación del poder normativo del Estado,⁶⁹ dictado por una Secretaría de Estado problemente por delegación en razón de especialidad, acto de alcance general con contenido lícito, con posibles fundamentos en la ley que ordena la privatización—⁷⁰ al ser aplicado, habría alterado las prestaciones generadas en pos del cumplimiento de un contrato que ya se estaba ejecutando, lo cual habría provocado daños indemnizables,⁷¹ al igual que su fuera una expropiación.⁷² Ello porque —previa alteración de las condiciones del contrato a través de un cambio en las condiciones reglamentarias— la resolución que nos ocupa extrajo, seccionó del patrimonio del Concesionario una porción de usuarios potenciales que adquiriera convencionalmente en forma exclusiva y que ahora habría perdido.

La modificación contractual descripta no pudo haber sido prevista por el oferente al momento de la oferta, y mucho menos después de operada la adjudicación, que es justamente el momento en que concluye el procedimiento licitatorio en su fase esencial, el que completa el ciclo generador del acuerdo de voluntades.⁷³ Caso contrario, la hubiera tenido en consideración al elaborar el precio que propuso.

Resulta esencial tener presente el hecho de que, una vez suscripto el contrato de concesión, los derechos patrimoniales reconocidos en cabeza del Concesionario obligan a la Administración, la cual no podría afectarlos de manera alguna, legítima o ilegítimamente, sin acordar un resarcimiento acorde.⁷⁴ Por ello, se estima que correspondería indem-

nizar los perjuicios provocados porque "toda alteración contractual provocada por la administración basada en exigencias de interés público acarrea necesariamente un derecho a indemnización a favor del contratista que venga a compensarle del perjuicio económico que la modificación le ha irrogado".⁷⁵

Puede tenerse en consideración el hecho de que nuestro Supremo Tribunal consagró el principio de la "responsabilidad del Estado por sus actos lícitos que originan perjuicios a particulares (Fallos: 286:333 y 297:252)... Este principio se traduce en una indemnización plena por parte del damnificado que no se refiere a la mera posibilidad de ganancias no obtenidas o a una sanción para el responsable".⁷⁶

Si bien en el caso citado en el párrafo anterior se trataba de un contrato de obra pública, nada impide que los principios en que éste se asienta sean extendidos a otros contratos y aún a otras figuras del derecho público, en especial actos administrativos.⁷⁷ Entre los principios que cabe destacar se incluye, obviamente, aquél según el cual todos los contratos conmutativos y bilaterales se basan en la "existencia de prestaciones definidas previamente al momento del ajuste de las voluntades y que se mantendrán inalteradas a lo largo de la ejecución" del contrato.⁷⁸

Como sostuviera nuestro Máximo Tribunal unánimemente en el caso "Reisz",⁷⁹ cuando se afecta la inalterabilidad de los derechos y obligaciones contractualmente establecidos, y se los modifica en forma "no normalmente previsible", sin mediar excusa en "hechos económicos sobrevinientes que pudieran ser conocidos y apreciables por el oferente... cabe reconocer el derecho del demandante a ser indemnizado en la medida que el perjuicio ha provenido de la ejecución".

f) Hacia una fundamentación de la obligación de resarcir por parte de la Administración

Sabido es que para que el Estado se halle en el deber jurídico de indemnizar los daños originados en una conducta legítima, se requiere la concurrencia de algunos presupuestos:⁸⁰ i) daño, causa jurídica de la responsabilidad, que debe reunir los extremos generalmente exigidos por la doctrina y que debe existir con relación a una situación reconocida por el derecho; ii) factor de atribución objetivo, que atiende exclusivamente al hecho material del daño; y iii) relación de causalidad. Asimismo, el acto no debe referirse en forma especial al contrato en cuestión.

⁶⁷ Dromi, Roberto, op. cit. n. 1, p. 527.

⁶⁸ Roth, Gabriel, *The Provision of Public Services in Developing Countries*, New York, Oxford University Press, 1987, p. 86.

⁶⁹ De Estrada, Juan Ramón: "Responsabilidad del Estado por actos legislativos y discrecionales (Fundamento y límites de la responsabilidad por actividad estatal conforme a derecho)", *El Derecho*, 102:839, I.e).

⁷⁰ Marienhoff, Miguel S.: "Responsabilidad extracontractual del Estado por las consecuencias de su actividad lícita", *La Ley* 1993-E, p. 912.

⁷¹ Sostienen, entre otros, la existencia de la responsabilidad del Estado por acto lícito Marienhoff, Miguel S., "Responsabilidad...", p. 912, Diez, op. loc. cit., p. 61 y Cassagne, Juan C., *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, tomo I, p. 294.

⁷² Barra, Rodolfo: "Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos", *El Derecho*, 122:859; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo...*, p. 294; De Estrada, Juan Ramón, op. cit., III d).

⁷³ Dromi, José: *La licitación pública*, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 389.

⁷⁴ Como bien señala Schwartz, Bernard, *The New Right and the Constitution - Turning Back the Legal Clock*, Boston, Northeastern University Press, 1990, p. 123, no se trata de que la administración "pague" por las limitaciones reglamentarias (las ya apuntadas "regulatory takings") sino de que, verificado el daño (en el caso, merma de la clientela), se sufrague la correspondiente "compensation" (indemnización).

⁷⁵ Diez, Manuel M., op. cit. nota 58, t. II, p. 530.

⁷⁶ Fallo cit. nota. Entre otros decisorios que consagran el mencionado género de responsabilidad, pueden verse Fallos: 245:146; 274:432; 294:617; 306:1409; 312:2266; causas "Cachau, Oscar José c/Bs. As., Pcia. s/daños y perjuicios", "Discam S.A. c/Bs. As., Pcia. de s/daños y perjuicios", "Don Santiago S.C.A. c/Bs. As., Pcia. de s/daños y perjuicios", del 16-6-1993.

⁷⁷ Bianchi, Alberto: "Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad contractual del Estado", *El Derecho*, 111:550.

⁷⁸ Bianchi, Alberto, idem nota anterior, p. 556.

⁷⁹ Fallos: 248:79.

⁸⁰ Marienhoff, Miguel S., op. cit. nota I, p. 918.

Pues bien, puede aseverarse que en el caso hipotético que se analiza, dentro del patrimonio del Concesionario se encontraban los usuarios que fueran definidos por la Administración al momento del llamado a licitación, esto es, los usuarios de un área geográficamente delimitada que consumieran en determinada magnitud, a los que el Concesionario serviría con exclusividad.

De allí que pueda afirmarse que el Concesionario incorporó a su propiedad una unidad económica que encerraba no solo la capacidad de prestación del servicio público en determinada área sino también el monopolio natural del sector sobre dichos usuarios.⁸¹

Esa categorización fue incorporada a la propiedad del Concesionario en forma definitiva al convertirse en adjudicatario,⁸² por lo que una modificación —o cambio cardinal,⁸³ como diríamos en el esquema norteamericano—⁸⁴ en dicha categorización durante la ejecución del contrato, afectaría el derecho de propiedad de aquélla.

Como lo expusiera la doctrina: "Las modificaciones que establezca la Administración Pública siempre tendrán como base el contrato de concesión de servicio público... La naturaleza del 'derecho' del concesionario constituye un derecho subjetivo, una propiedad del concesionario en el sentido constitucional del término".⁸⁵

Como se expresara más arriba, todo oferente, al efectuar su propuesta, tiene una expectativa de lucro que se plasma en la ecuación económico-financiera en base a la cual oferta; caso contrario, no presentaría una oferta ni contrataría.⁸⁶ Y esa expectativa relativa a las utilidades que obtendrá también integra su derecho de propiedad y debe serle acordada necesariamente.⁸⁷

Recordemos que afirmó nuestra Corte Suprema en el ya citado y siempre vigente caso "Bourdie" que "... los derechos emergentes de una concesión... de las que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado en favor de los particulares (... luz eléctrica, teléfonos...), se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los Arts. 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio".⁸⁸

⁸¹ Dromi, Roberto, op. cit. nota 73, p. 321. Allí sostiene que este privilegio constituye una propiedad del Concesionario, derecho que integra la ecuación económico-financiera de la concesión.

⁸² Conforme reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema (Fallos: 145:307; 172:29; 184:137, entre muchos otros), el concepto de propiedad patrimonial contemplado en la Constitución Nacional debe ser considerado como el conjunto de bienes que ingresan a la esfera jurídica de un sujeto de derecho. Sobre el punto véase Barra, op. cit. nota 72, p. 868.

⁸³ "General Dynamics Corp. v. U.S.", 585 F. 2d. 457 (1978), transcripto en Nash & Cibinic, op. cit. nota, p. 1.171.

⁸⁴ Ver sección II de este trabajo.

⁸⁵ Dromi, op. cit. nota 73, p. 318.

⁸⁶ Conf. Marienhoff, Miguel S., op. cit. n. 1, t. III-A, p. 471.

⁸⁷ Barra, Rodolfo, op. cit. nota 72; Bianchi, Alberto, op. cit. n. 77, p. 557.

⁸⁸ Fallo cit. nota 43, cons. 4to.

Por ello, el concesionario —al resultar adjudicatario— no solo incorporó a su propiedad constitucionalmente protegida una determinada masa de clientes (los del área geográfica definida en el pliego), sino también: (i) una cierta "caracterización" de los diferentes usuarios que de él se proveerían el servicio público, y (ii) una expectativa relativa a sus ganancias, reflejada en la oferta.

Este escenario parecería haber sido modificado por la resolución mencionada, lo cual constituiría un presupuesto de procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado por acto lícito, dada la imposibilidad de trasladar automáticamente a las tarifas el perjuicio económico que se habría generado.⁸⁹

En conclusión, vemos que en el caso se verificarían las consecuencias dañosas patrimonialmente evaluables del accionar de la Administración; la imputabilidad a un órgano de la Administración, dado que la resolución fue dictada por una Secretaría de Estado en ejercicio de sus facultades reglamentarias; y el nexo de causalidad, dada la inmediatez entre los daños descritos y la medida gubernamental dictada.

g) La doctrina del "sacrificio especial"

Antes de finalizar estas reflexiones, deberíamos hacer referencia al requisito de "carga" o "sacrificio especial" en el cocontratante de la Administración, a tenor de que dicho presupuesto es requerido por parte de nuestra doctrina⁹⁰ y jurisprudencia⁹¹ para que el Estado deba responder.

Pasaría sobre el Concesionario una carga especial que no pesa sobre los demás miembros de la comunidad, cuyos derechos no fueron afectados por la medida de la Secretaría por no haber aquéllos contratado con la Comitente.

No resultaría concebible que un individuo en especial, un específico cocontratante sufra —por haberse obligado ante el Estado a la provisión de un servicio público en un área determinada— una pérdida pecuniaria, aun cuando la medida obedeciera a razones de interés público tales como las ya apuntadas (desregulación del mercado, promoción industrial o disminución de costos industriales), porque ello comportaría —fundamentalmente— menoscabar el derecho de propiedad, a tenor de lo expresado más arriba.

Tengamos presente que la finalidad última de la actividad estatal es la realización del bien común, y el reparto de ese bien común es realizado por la justicia distributiva, que consiste en "aquella especie de justicia que obliga a repartir

⁸⁹ Y aun cuando ello fuera posible, resultaría inequitativo hacer que un sector de usuarios (los servidos por ese Concesionario en particular) tuvieran que sufragar las consecuencias del acto normativo del Estado.

⁹⁰ Cassagne, Juan C.: "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado", *El Derecho*, 99:937, esp. p. 944, a favor. En contra de este requisito, por carecer de "base racional y de base jurídica, hallándose vacua de fundamentos" véase Marienhoff, Miguel S., "Cambios en el derecho objetivo y responsabilidad patrimonial del Estado", *La Ley* 1992-E, p. 778.

⁹¹ Caso "Establecimientos Americanos Grady", Fallos 180:107 (1938), citado en Bianchi, Alberto, *Control de Constitucionalidad*, Buenos Aires, Abaco, 1992, p. 423, n. 157.

los bienes y las cargas proporcionalmente entre los miembros de la comunidad".⁹² En esta hermenéutica, podrían llegar a comprenderse las necesidades que inspiraran las recategorización de clientes. Se trata —en el hipotético caso reseñado— solamente de que la medida parecería haber importado una modificación unilateral del contrato que ocasiona un perjuicio puntual que debería ser resarcido. ¿Los fundamentos hermenéuticos para ello? Solo que el cocontratante de la Administración tiene derecho al mantenimiento de la proporcionalidad en la distribución de bienes y cargas que ambas partes voluntariamente acordaran al generarse la relación contractual afectada.⁹³

Por ello, cabría concluir entonces que en el presente caso —supuesto de responsabilidad lícita del Estado por los perjuicios emergentes del dictado de un acto administrativo de alcance general— la reparación que podría corresponder al Concesionario debería ser plena, abarcando tanto el lucro cesante como el daño emergente provocados en su patrimonio.

IV. CONCLUSIÓN

El análisis de un caso como el de la hipótesis —modificación contractual por vía reglamentaria, no por acto de alcance individual— ofrece dificultades si se lo deseara estudiar a la luz del derecho norteamericano.

⁹² Barra, Rodolfo C.: *Principios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abaco, 1980, p. 107, n. 3, citando a Welty, Eberhard, *Catecismo Social*, Barcelona, 1962.

⁹³ Respecto de los alcances del resarcimiento, caben las siguientes reflexiones, so riesgo de exceder el tópico del trabajo requerido: El resarcimiento debería comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante. La jurisdicción de nuestro Alto Tribunal ha consagrado la vigencia, en el ámbito de los contratos administrativos, del principio de la reparación integral de los daños y perjuicios causados por actividad estatal lícita.

Ya se ha despejado la anterior duda existente en la doctrina sobre si correspondía en estos casos la aludida reparación integral o si, por el contrario, debía aplicarse el Art. 10 de la Ley de Expropiaciones N° 21.499 y abonar, por ende, solamente el daño emergente.

Bien conocidos son los decisorios recaídos en la materia. En "Sánchez Granel" (Fallos: 306:1.409) nuestra Corte Suprema afirmó la vigencia del principio de la reparación integral y del derecho del administrado a una plena indemnización, en lo que atañe a todo el obrar lícito del Estado que genere perjuicios. Asimismo, se dijo que no corresponde la aplicación analógica del Art. 10 de la Ley de Expropiaciones, por cuanto ello implica "una restricción constitucional del derecho de propiedad mediante una ley del Congreso valorativa de la utilidad pública del bien sujeto a desapropio" (cons. 8vo.), presupuestos éstos que no concurren en supuestos de responsabilidad lícita estatal.

El segundo pronunciamiento que puede tenerse presente es el dictado in re "Motor Once S.A. c/M.C.B.A." (Fallos: 312:649). Si bien este fallo es considerado como una restricción al principio de la indemnización plena de "Sánchez Granel", puede destacarse el hecho de que se mantuvo su vigencia en el ámbito de las relaciones contractuales anudadas entre el Estado y los Administrados.

En tercer lugar, el precedente cuya actualidad muestra el criterio imperante en nuestra Corte Suprema es "Jucalán" (Fallos: 312:2.266). Allí se retomó la doctrina sentada en "Sánchez Granel" en toda su amplitud. Así, en sus

Como se ha visto, la cláusula modificatoria de los contratos administrativos norteamericanos resulta en la posibilidad de alteraciones para cada contrato en particular, y, por ello, en la imposibilidad de efectuar modificaciones con alcance general.

Empero, a la luz de la ya descrita doctrina de los *regulatory takings* (expropiaciones o limitaciones al dominio de fuente reglamentaria), sí podría fundamentarse un reclamo para obtener el resarcimiento por la modificación efectuada: por abuso de empleo de la cláusula modificatoria en la esfera de lo que denominamos responsabilidad contractual, y en el caso de que resultara insuficiente la aplicación de la doctrina de las modificaciones cardinales, sería conveniente demostrar el perjuicio fundado en una expropiación o limitación al dominio de fuente reglamentaria, que nosotros ubicamos en las esferas de la responsabilidad extracontractual del estado por acto lícito normativo.

Puede traerse a colación el conocido caso "Lucas, David H. v. South Carolina Coastal Council", 112 S.Ct. 2886 (1992), fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el cual se sostuvo que, cuando un propietario debe sacrificar su beneficio económico derivado de su propiedad en nombre del bien común por disposición de un acto legislativo, se ha perfeccionado una expropiación en el sentido de la Enmienda Quinta,⁹⁴ que conlleva una indemnización, tal como se ha propiciado en la hipótesis estudiada.

considerandos 13 y 14, se afirmó que "como el Tribunal ya ha tenido oportunidad de expresarlo, los actos lícitos producidos por el Estado no lo relevan de la obligación de resarcir los perjuicios sufridos por particulares que se hubiesen derivado de aquéllos, por lo que no pueden limitarse al daño emergente con exclusión del lucro cesante, esto es, de las ventajas económicas esperadas de acuerdo a probabilidades objetivas debida y estrictamente comprobadas (Fallos: 306:1.409), consid. 4to. y 5to.). Este principio —dijo allí la Corte— se traduce en el derecho a una indemnización plena que solo podía encontrar obstáculo en razones de fuerza mayor, en el eventual marco contractual vinculante, o en una ley específica que dispusiera lo contrario en algún caso singular (cons. 6°). "Tampoco cabe omitir la reparación mediante la pretendida aplicación analógica de la ley de expropiaciones, toda vez que no es dable extender la norma legal que excluye ese resarcimiento a otros supuestos diversos. En primer lugar, porque la expropiación presupone una privación constitucional del derecho de propiedad mediante leyes del Congreso valorativas de la utilidad pública del objeto de desapropio (Fallos: 306:1.409, consid. 8vo.) y, en segundo término, porque la aplicación analógica no parece hermenéuticamente apropiada cuando el término de comparación que tiene reconocimiento legal importa una solución de excepción —en este caso, frente al principio general del resarcimiento integral—. Es precisamente esta regla la que torna admisible el renglón reclamado, puesto que el daño sustantivo que aquí se repara es el sacrificio soportado sobre las utilidades probables, objetivamente esperadas y no —como en la expropiación, el daño emergente que, de constituir el único renglón indemnizable, estaría lejos de satisfacer aquel recordado principio".

Cabe concluir entonces que en el presente caso —supuesto de responsabilidad lícita del Estado por los perjuicios emergentes del dictado de la Resolución N° 322/93— la reparación que corresponde al Concesionario debe ser plena, abarcando tanto el lucro cesante como el daño emergente provocados en su patrimonio.

⁹⁴ Equivalente a nuestro Artículo 17 de la Constitución Nacional.