

Carolina BIANCHI OLARIAGA

Investigador independiente (Uruguay)

carolina.bianchi@dentons.com

ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0008-7305-804X>

Recibido: 30/04/2024 - Aceptado: 30/06/2024

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo:

Bianchi Olariaga, C. (2024). El régimen de modificación de los contratos de participación público-privada.

*Revista de Derecho*, 23(45), 161-192. <https://doi.org/10.47274/DERUM/45.9>

## El régimen de modificación de los contratos de participación público-privada\*

161

**Resumen:** El objeto del presente trabajo es analizar el régimen de las modificaciones a los Contratos de Participación Público Privada según dado por la Ley de Participación Público Privada N° 18.786. A estos efectos, se desarrolla sobre los supuestos modificación unilateral, las consecuencias de que dicha imposición se haga de una manera ilegítima y la posibilidad de que unilateralmente se imponga una reducción del objeto del contrato. Adicionalmente, se analizarán las modificaciones bilaterales a los Contratos de Participación Público Privada y las eventuales limitaciones aplicables al objeto sobre las cuales pueden versar. Respecto de estos dos escenarios, se desarrollará sobre las posibles consecuencias que el incumplimiento de las formalidades establecidas en la ley aplicable puede significar respecto de la vigencia y validez de la modificación en cuestión. Por último, se analizan las causales de renegociación y, especialmente, el supuesto de la modificación unilateral ilegítima como una causal adicional no prevista a texto expreso.

**Palabras Clave:** Contratos de Participación Público-Privada; Modificación; Renegociación; Nulidad.

\* Trabajo final de carrera para acceder al título de Magíster en Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo

## The legal framework on amendments to Public-Private Partnership Contracts

**Abstract:** The purpose of this paper is to analyze the legal framework on amendments to Public-Private Partnership Contracts as provided by the Public-Private Partnership Law No. 18,786. To this end, within the scope of unilateral amendments, the consequences of imposing such amendments in an illegitimate manner and the possibility of unilaterally imposing a limitation of the contract's subject matter are examined. Additionally, aspects regarding bilateral amendments to Public-Private Participation Contracts and possible limitations applicable to the subject matter on which they may be based, are addressed. This paper also studies the possible consequences that non-compliance with the formal requirements established in the applicable law may have on the validity of the amendment in question. Finally, the grounds for renegotiation and, especially, the case of illegitimate unilateral amendments as an additional ground not expressly provided for in the applicable law, are analyzed.

**Keywords:** Public-Private Partnership Contracts; Modification; Renegotiation; Nullity.

## O regime de alteração dos contratos de parceria público-privada

**Resumo:** O objetivo do presente trabalho é analisar o regime das modificações aos Contratos de Parceria Público-Privada conforme estabelecido pela Lei de Parceria Público-Privada nº 18.786. Para isso, desenvolve-se sobre os pressupostos de modificação unilateral, as consequências de que tal imposição seja feita de maneira ilegítima e a possibilidade de que unilateralmente se imponha uma redução do objeto do contrato. Adicionalmente, serão analisadas as modificações bilaterais aos Contratos de Parceria Público-Privada e as eventuais limitações aplicáveis ao objeto sobre as quais podem versar. Em relação a esses dois cenários, desenvolver-se-á sobre as possíveis consequências que o descumprimento das formalidades estabelecidas na lei aplicável pode significar em relação à vigência e validade da modificação em questão. Por último, analisam-se as causas de renegociação e, especialmente, o pressuposto da modificação unilateral ilegítima como uma causa adicional não prevista de forma expressa.

**Palavras-chave:** Contratos de Parceria Público-Privada; Modificação; Renegociação; Nulidade.

## 1. Introducción general al régimen de contratación público-privada

La Ley de Participación Público Privada N° 18.786 (en adelante, la “Ley PPP”) y su Decreto Reglamentario N° 17/2012 (en adelante, el “Decreto PPP” y junto con la Ley PPP, las “Normas PPP”) regulan de forma general el marco regulatorio aplicable al régimen de Contratos de Participación Público Privada (en adelante, “Contrato PPP”), definidos estos como “aquellos en que una Administración Pública encarga a una persona de derecho privado, por un período determinado, el diseño, la construcción y la operación de infraestructura o alguna de dichas prestaciones, además de la financiación”. Dicho marco regulatorio tiene la intención de ser “autocontenido y específico” -como se lo denominó durante la discusión parlamentaria de sanción de la Ley PPP-, autónomo y omnicompreensivo de todos los aspectos del régimen de participación público-privada, quedando desapplicado el Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF), salvo que expresamente se prevea.

Cajarville, en la sesión de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Representantes del 22 de diciembre del 2010, resaltó la ventaja que representaba la sanción de un régimen específico para la participación público-privada<sup>1</sup>. El mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó al Proyecto de Ley PPP remitido al Parlamento el 9 de noviembre del 2010, en la misma línea recalcó que si bien a través del marco general vigente hasta ese momento se hacían inversiones en infraestructura pública de origen privado, la falta de especificidad en la regulación que requieren naturalmente el desarrollo de infraestructuras y servicios conexos, no promueven ni facilitan la Participación Público Privada. Y la falta de regulación específica en ese ámbito representaba un “cuello de botella” para el tan necesitado crecimiento en infraestructura que Uruguay tenía en ese momento.

La particularidad del régimen de las Normas PPP consiste en que el financiamiento de la infraestructura objeto de la contratación, va a ser asumido por inversores privados. Este cambio de paradigma, que no estaba tan presente en los mecanismos clásicos de contratación pública, implica superar determinados formalismos arraigados y promover un cambio en el funcionamiento de los organismos reguladores y contratantes.

A diferencia de los regímenes de contratación tradicionales, en la participación público-privada adquiere especial relevancia el análisis y la gestión de los riesgos. Las Normas PPP ponen énfasis en la adecuada distribución de los riesgos entre las partes, y la intención y finalidad primordial del esquema es asignar el riesgo a quien se encuentre en mejor posición para asumirlo. Entonces, la Administración -por ejemplo- asumiría los riesgos de eventuales cambios legislativos u obtención de autorizaciones públicas, y el particular asumiría los riesgos de diseño y construcción de la obra, y de demanda y disponibilidad de la infraestructura.

Además de todo lo relacionado con el régimen de riesgos, las Normas PPP regulan desde las características que debe tener un proyecto para ser considerado de participación público-privada y poder ser enmarcado en dicho régimen jurídico de contratación, hasta el

1 Así, Cajarville afirmó que: “La ventaja de tener una legislación específica sobre el fondo, como la que ahora se estudia, consiste en que algunos puntos que son discutidos, a falta de solución legal expresa, podrían tenerla en una ley como esta. Eso facilitaría la solución de algún tipo de problemas”.

proceso de licitación pública y contratación posterior. Especialmente, se regulan aspectos relacionados con los contenidos necesarios de los Contratos PPP, y específicamente se consagran nuevos y diferenciados instrumentos de garantía legalmente permitidas a ser otorgadas a favor de los financiadores de los Contratos PPP, y el régimen de modificaciones.

Al tratarse los Contratos PPP de contratos de larga duración (por lo general, su plazo ronda los 20 años) que prevén la realización de obras de gran envergadura, resulta altamente probable que luego de suscriptos se produzca algún cambio de circunstancia que genere la necesidad de modificación o renegociación. Desde cambios en la tecnología necesaria para la prestación de los servicios o la ejecución de las obras, hasta el nacimiento de nuevas necesidades por parte de la Administración, entre otras tantas cosas.

Es con esto en mente, que el legislador reguló en la Ley PPP expresamente el régimen de modificaciones. Así, los artículos 47 y 48 de la Ley PPP y los artículos 71, 72 y 74 del Decreto PPP, regulan el sistema de modificación de los Contratos PPP. Este mecanismo constituye un apartamiento de los lineamientos generales establecidos en el TOCAF para la contratación administrativa en general. Estas previsiones comprenden situaciones desde la modificación unilateral de los Contratos PPP, a aquellas impuestas por las modificaciones bilaterales acordadas entre las partes y supuestos en los que cualquiera de las partes puede instar su renegociación.

## 2. Modificación unilateral del Contrato PPP por parte de la Administración

### 2.1 Supuestos en los cuales la Administración puede disponer la modificación unilateral del Contrato PPP

El artículo 47 de la Ley PPP y el artículo 71 del Decreto PPP regulan la modificación por parte de la administración del Contrato PPP. Esto es, la modificación unilateral del Contrato PPP.

El artículo 47 de la Ley PPP establece:

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

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.

Por su parte, el artículo 71 del Decreto PPP establece:

El Contrato de Participación Público-Privada podrá reconocer la potestad de la Administración Pública 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 enviado 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 cuarenta y cinco días corridos contados desde la recepción del informe técnico.

La modificación del contrato no podrá realizarse sin el pronunciamiento previo de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto 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 podrá en ningún caso exceder del 20% (veinte por ciento) del presupuesto de la obra o del gasto en operación asociado en el contrato original.

165



Conforme surge de la norma, en esos casos, deberán estipularse los aspectos concretos del contrato que sean susceptibles de tal modificación, las contraprestaciones que en cada caso correspondan y el monto máximo adicional de las inversiones que estas modificaciones podrán requerir. Asimismo, el Contrato PPP en estos casos deberá establecer a texto expreso el plazo dentro del cual la potestad de modificación unilateral por parte de la Administración podrá ser ejercida.

A los efectos de proceder con la modificación, y según lo establece el Decreto PPP, la Administración deberá elaborar un informe técnico justificando la necesidad de los cambios, especificando, asimismo, alcance y contenido de estos, el que será enviado a la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, al Ministerio de Economía y Finanzas, y al Tribunal de Cuentas, deberán informar -en el plazo de 45 días- positivamente al gasto. El pronunciamiento positivo de estos organismos es perceptivo para realizar la modificación.

En cualquier caso, las modificaciones que se establezcan en el pliego no podrán exceder del 20% del presupuesto de la obra o del gasto en operación acordado en el contrato original.

## 2.2 Modificación unilateral por parte de la Administración fuera de los supuestos expresamente previstos en la Ley PPP y en el Contrato PPP

Cabe entonces preguntarse, si es posible para la Administración introducir una modificación contractual de manera unilateral, cuando la misma no está pactada expresamente en el texto del contrato en virtud de lo establecido en la Ley PPP.

Es bien sabido que el tema de las modificaciones unilaterales a realizar por parte de la administración en el contexto de la contratación administrativa está presente en la doctrina desde antes del surgimiento de la contratación público-privada. Estas discusiones se han tenido en referencia a la contratación administrativa en general, pero resultan aplicables al tema que nos ocupa.

En este sentido, es posible identificar dos grandes posturas en relación con el tema. Así, hay quienes sostienen que la administración -en principio, siempre tienen la potestad de modificar un contrato administrativo, y quienes esgrimen que -salvo previsión expresa en contrario-, esta potestad no existe.

Los defensores de la tesis positiva son autores como Cajarville y Sayagués. Cajarville (2007) afirma que aún en ausencia de previsión legal o contractual, la Administración debe tener la facultad de modificar unilateralmente el contrato en atención a cuestiones de interés público (p. 356). Puntualmente, Sayagués (2015) sostiene que:

la posibilidad de introducir modificaciones en la obra tiene otros límites, que no es necesario establecer expresamente, pues deben considerarse implícitos en todo contrato. Así, la administración no puede introducir en los elementos esenciales de la obra contratada, alteraciones tales que importen sustituirla por una obra distinta. Esto no sería modificar la obra, sino ordenar una obra diferente (p. 90).

Conforme el mencionado autor, la Administración también tiene como límite el mantenimiento de la ecuación económico-financiera.

Asimismo, el autor español Del Arco Torres (2010) sostiene que:

el *ius variandi* que ostenta la Administración consiste en la potestad que esta tiene de modificar unilateralmente y por razón de interés público, el contrato celebrado. Modificación que es obligatoria para el contratista dentro de los límites establecidos en la Ley y que, si supone una mayor carga para éste, irá acompañada de la correspondiente compensación económica, de forma que se mantenga el equilibrio financiero del contrato (p. 348).

El mencionado autor (2010), continúa citando a Horqué Baena, y afirma respecto a la facultad de modificación unilateral, que la administración “no precisa de un reconocimiento expreso en el clausulado del contrato para que [la Administración] pueda legítimamente ejercitarla” (p. 349).

Por otro lado, Delpiazzo (2019), defendiendo la tesis negativa establece que a los efectos de que la Administración pueda ejercer esta potestad, el poder de modificación debe “estar previsto, sea por vía legislativa, sea por vía reglamentaria o sea por vía contractual, con la precisión realizada en cuanto a la posible previsión en el pliego y su

incorporación al contrato” (p. 249). Basa estas afirmaciones en los artículos 7, 10 y 32 de la Constitución de la República -según la cual solo es admisible una modificación unilateral cuando exista ley formal que la prevea- y el artículo 1291 del Código Civil.

El artículo 1291 del Código Civil establece que “los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como la ley misma”. Esta idea del contrato -incluso el administrativo- como regla de Derecho aplicable y vinculante a las partes firmantes como la ley misma, descarta cualquier posible defensa de prerrogativas excesivas de la Administración primando el principio de inmutabilidad.

Ya afirma Vico (2022) que “todo contrato, sea con la Administración o entre particulares, es inmutable, porque el contrato forma una regla a la que deben someterse los contratantes como la ley misma” (p. 165), matizando esta inmutabilidad en aquellas modificaciones que se hagan “mediante acuerdo de partes o cláusulas del contrato o disposiciones de la ley” (p. 165).

Esta idea es reforzada por las disposiciones del artículo 1253 del Código Civil, que establece que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes”.

En la misma línea, Durán Martínez (2008) niega la existencia de la potestad de la Administración de modificar unilateralmente el contrato, justamente en base al efecto vinculante de éste (p. 2). Al igual que Delpiazzo, se remite a lo establecido en el Código Civil (puntualmente, los artículos 1247 y 1291) a los efectos de fundar lo anterior. Así, concluye que ante la inexistencia de una previsión legal expresa que faculte a la administración a proceder a la modificación contractual, ésta no estará facultada para hacerlo, en tanto el *jus variandi* no existe de principio.

Cáceres Couto (2013), siguiendo a los dos mencionados autores, afirma que:

nuestro ordenamiento constitucional no ofrece al interés público una dimensión e intensidad tal, que permite a la administración la modificación unilateral de los contratos que celebra, por cuanto el reconocimiento de tal potestad pone en riesgo ni más ni menos que el concepto de libertad. (...) toda modificación y rescisión unilateral sin ley formal habilitante está vedada y de disponerse es susceptible de la acción anulatoria (p. 440 y ss.).

Si hubiera que tomar postura por una u otra solución, siendo que la norma a texto expreso prevé que esta facultad podrá ser utilizada por la administración únicamente si la misma queda establecida en el texto del propio contrato, e, inclusive, si la potestad está prevista, solamente podrá versar sobre los aspectos que el contrato establezca, parecería que, en el marco de la Contratación Público Privada, basado en las disposiciones de los artículos antes citados del Código Civil en sede de teoría general del contrato, el legislador adopta la tesis negativa<sup>2</sup>.

En esta línea, resulta importante destacar que según surge de la discusión parlamentaria de la norma, la redacción original del artículo 47 según el Proyecto de Ley inicialmente aprobado por la Cámara de Representantes, preveía que la Administración

2 Esta tesis es compartida por Fernández Cedrés, M., y Gutiérrez, A (2012).

tenía facultades de modificar unilateralmente el Contrato PPP -aún en ausencia de previsión contractual-. Pero esta potestad fue suprimida intencionalmente, a solicitud de los Senadores Gallina y Abreu. Por lo que, la intención de la norma parecería ser esa.

Entonces, y tal como concluye Durán Martínez (2012), respecto de las modificaciones unilaterales en el marco de un Contrato PPP: “sin previsión contractual, no es posible el *jus variandi* en este tipo de contratos”, pues esta interpretación es la que “se impone conforme el bloque de constitucionalidad” (p. 337).

### 2.3 Reducción del objeto del Contrato PPP vía modificación unilateral por parte de la Administración: ¿constituye una rescisión unilateral?

Como se viene de decir, las Normas PPP enmarca el régimen de modificación unilateral por parte de la Administración en hipótesis que suponen una ampliación del objeto del Contrato PPP. Así, el artículo 47 de la Ley PPP y el artículo 71 del Decreto PPP emplean términos tales como “inversión adicional”, “mejorar o incrementar los niveles de servicio”, “costos adicionales” y “nuevas inversiones”.

Afirma Durán Martínez (2012) que los artículos en cuestión, efectivamente, solo se refieren a escenarios en los que se busca “incrementar las prestaciones del cocontratante de la Administración y no en el sentido de disminuirlas” (p. 338). Continúa diciendo que “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”. En la misma línea, Piano (2012) sostiene que “parecería que las modificaciones unilaterales por parte de la Administración contempladas en el contrato solo pueden operar ante supuestos de mejora o incremento de las prestaciones y no ante una disminución de éstas” (p. 326).

Entonces, cabe analizar en qué supuesto se enmarca una eventual reducción del objeto contractual que la Administración quisiera imponer en el marco del Contrato PPP, enmascarada en una modificación unilateral del Contrato PPP.

Mariño (2014), analizando el mecanismo de modificación de los contratos públicos consagrado bajo el TOCAF para los demás métodos de contratación, hace una equivalencia entre la facultad conferida a la Administración de disminuir las prestaciones objeto del contrato administrativo hasta el límite del 10% de sus valores, con “rescindir parcialmente el contrato administrativo” (p. 339).

Parecería posible trasladar esta conclusión a la que Mariño llega respecto de la reducción del objeto bajo la regulación del TOCAF a los Contratos PPP regulados por las Normas PPP. Entonces, la disminución de las prestaciones objeto de un Contrato PPP serían equivalentes a una rescisión parcial del respectivo Contrato PPP.

Para superar la prohibición contenida en el artículo 1253 del Código Civil, que establece que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una sola parte, se han trabajado en doctrina administrativa tres posiciones: (i) la primera, y unánimemente admitida que establece que es posible prever la rescisión unilateral si se condiciona su ejercicio a la existencia de hechos exteriores a la voluntad de la parte que rescinde; (ii) la segunda que establece que se acepta en caso que la parte que rescinde

abona compensación a la otra parte; y (iii) la tercera que establece que la igualdad no se afecta si ambas partes tienen potestad de rescisión unilateral.

La potestad de rescisión unilateral por parte de la Administración es una prerrogativa que ésta posee en el marco de la contratación administrativa que se encuentra fundada en las disposiciones del artículo 1847 del Código Civil. Pero esta es una prerrogativa limitada, puesto que no tendrá la Administración derecho a rescindirle sin norma legal o previsión contractual habilitante. En cuanto a los motivos para poder ejercer el derecho, la doctrina identifica que los mismos pueden ser por causas de ilegitimidad (por ejemplo, por incumplimiento del particular) o por motivos de mérito (conveniencia en pos del interés público). En este último caso, la doctrina unánimemente reconoce que debe mediar reparación al particular, por daños y perjuicios y lucro del que se le hubiera cesado.

Rotondo (2003) reconoce la inexistencia de consenso en la doctrina nacional respecto de las potestades de rescisión unilateral del contrato por parte de la Administración (p. 172). Afirma la existencia de la posibilidad de “aumentar o disminuirse por la administración unilateralmente las prestaciones objeto de contratos, respetándose sus condiciones y modalidades con adecuación de los plazos respectivos hasta ciertos topes” siempre regidos por el “principio de la intangibilidad de la remuneración”, pero, en aquellos casos en los cuales la potestad no está prevista expresamente en el contrato “el acto unilateral de rescisión sería anulable por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y daría lugar a daños y perjuicios”.

En esta línea se pronuncia Cajarville (2007) cuando afirma que la invocación de interés público no abona la tesis de la rescisión unilateral y que no procede la posibilidad de extinguir un contrato (bilateral) mediante una decisión (unilateral) de la Administración, violando garantías y evadiendo competencia del Poder Judicial (p. 439).

La Ley PPP, en su artículo 51, establece las causales de extinción de los Contratos PPP. Dentro del listado se incluyen hipótesis de: (i) resolución unilateral y anticipada por parte de la Administración, cuando hay incumplimiento del contratista; (ii) mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista y (iii) demás casos expresamente previstos en el Contrato PPP respectivo, tal como lo confirma el artículo 17, literal i) de la Ley PPP.

Los supuestos de los numerales (i) y (ii) no entran en la hipótesis objeto de análisis, porque partimos de la base que estamos ante una modificación unilateral (en contraposición a una que sea por mutuo acuerdo) que se busca imponer para reducir el objeto del Contrato PPP pero no responde a ningún incumplimiento del contratista, sino a una decisión de la Administración basada en los motivos que sean (interés general, buena administración, etc.), pero, en cualquier caso, fundados y discrecionales.

Teniendo en cuenta las disposiciones de la Ley PPP y al análisis realizado en el capítulo anterior, es posible concluir que la Administración no está habilitada a solicitar unilateralmente una modificación del Contrato PPP que disponga una reducción del objeto, si esto no está expresamente previsto en el texto del mencionado Contrato PPP, porque de lo contrario estaría violentando lo establecido en el artículo 51 de la Ley PPP. Es decir, resolviendo unilateral y anticipadamente el Contrato PPP -de forma parcial- sin disposición habilitante.

Sostienen esta postura, Delpiazzo (2019, p. 399 y ss.) y Vázquez (2022), específicamente en el ámbito de la Ley PPP. Y, desde el punto de vista de la teoría general del contrato, Cafaro y Carnelli (1996) afirman que:

supuestos de hecho de incumplimiento parcial, en cuyo caso el acreedor, si bien a base de su mero arbitrio, puede optar siempre por el cumplimiento, es decir, sin dar razones acerca de su elección, deberá justificar que en consideración de la parte no cumplida o no satisfecha no hubiera, en su momento, contratado, lo cual supone examinar la entidad de lo no cumplido con relación a lo cumplido (p. 144)<sup>3</sup>.

Una vez celebrado el Contrato PPP, el mismo genera derechos y obligaciones a ambas partes contratantes que los vinculan como la ley misma. Y, estos derechos no pueden extinguirse de manera unilateral por parte de la Administración. La Administración no puede dictar actos administrativos unilaterales que afecten la eficacia vinculante de un negocio bilateral suscripto con un privado. Esto solo puede hacerse de forma unilateral con ley habilitante o en acuerdo con el particular que sea contraparte del respectivo contrato. Este principio tiene su base en lo establecido en el artículo 1294 del Código Civil que establece que “las partes pueden, por mutuo consentimiento, extinguir las obligaciones creadas por los contratos y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y pueden también por mutuo consentimiento revocar los contratos por las causas que la ley autoriza”.

Ya afirmaba Delpiazzo (2019) que:

no es posible sostener que la potestad de rescindir unilateralmente sea un principio implícito de la Administración, es decir, que se disponga sin basamento legal o contractual, porque no se dan los supuestos de la teoría de los poderes implícitos que son: que sea imprescindible, que no esté conferido a otro órgano del Estado y que no viole las reglas de Derecho (p. 373).

Entonces, únicamente será posible para la administración ejercer el poder de rescisión unilateral por razones de mérito, en caso de que esté pactado del propio contrato, o surja de la ley (Delpiazzo, 2017, p. 55).

Para que la Administración pueda rescindir unilateralmente de forma parcial el Contrato PPP debe haber texto habilitante que establezca el pago por terminación debido o compensación al particular, en línea con lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley PPP. De lo contrario, una modificación unilateral que pretenda la reducción del objeto del Contrato PPP será ilegítima, por ser una rescisión parcial del Contrato PPP que se hace en violación de las disposiciones de las Normas PPP y el texto del Contrato PPP.

3 En el mismo sentido el Tribunal de Apelaciones en lo Civil en Sentencia N° 166/2012 del 3 de septiembre afirmó “la resolución parcial no tiene sustento legal. En efecto, los arts. 1341, 1431 y 1710 del Código Civil cuyo tenor literal no puede desconocerse (art. 17 del Código Civil) tornan por lo menos muy discutible desde el punto de vista normativo la pertinencia de una resolución parcial del contrato”. Sostiene que “El contrato es un todo interdependiente, y si ha existido incumplimiento el juez no puede rescindirlo en parte dejando subsistente el resto, salvo cuando existe norma legal expresa que lo autorice, o voluntad expresa de los contratantes, lo que a juicio de la Sala no se verifica en la especie, por lo cual de proceder la resolución la misma debe comprender todo el contrato como postula la demandada”.

### 3. Modificación bilateral -por acuerdo de partes- del Contrato PPP

#### 3.1 Supuestos en los cuales las partes pueden acordar la modificación bilateral del Contrato PPP

Los artículos 48 de la Ley PPP y 72 del Decreto PPP, regulan aquellas modificaciones que deben realizarse por acuerdo de partes entre la administración y el contratista.

El artículo 48 de la Ley PPP establece:

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.

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).

Por su parte, el artículo 72 del Decreto PPP establece:

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 que refiere el artículo 49 de la Ley N° 18.786 de 19 de julio del 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 de 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).

La modificación del contrato no podrá realizarse sin el pronunciamiento previo de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y del Ministerio de Economía y Finanzas.

Las normas, como surge de la transcripción anterior, establecen que el Contrato PPP deberá establecer condiciones, cumplidas las cuales, las partes podrán acordar la revisión de este. Por su parte, el Decreto PPP establece que, si dicha posibilidad no estuviere prevista en el contrato, las partes no podrán modificarlo por fuera de los supuestos de la renegociación a los que refiere el artículo 49 de la Ley PPP. Esto, como se verá más adelante, y de conformidad con las enseñanzas de Durán Martínez (2012), resulta ilegal

y no puede ser puesto en práctica, porque atenta contra el principio de la autonomía de la voluntad (p. 342 y 343).

Son los propios Contratos PPP, los cuales -en cada caso- detallan los aspectos que podrán ser objeto de la modificación, el monto máximo de la inversión adicional y el plazo dentro del cual la revisión podrá acordarse, de conformidad con lo establecido en el artículo 74 del Decreto PPP. En los Contratos PPP suscriptos a la fecha, la cláusula de modificaciones a realizar con acuerdo de ambas partes, también replican en su acápite la redacción que propone la Ley PPP y luego establecen el régimen de valuación de las nuevas obras a realizarse.

En estos casos, y conforme la mención presente en el Decreto PPP (no así en la Ley PPP), también será necesario el pronunciamiento previo de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP) y del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) para poder implementar la modificación.

En este supuesto, las nuevas inversiones no podrán exceder del 50% en la etapa de operación o del 30% en la etapa de construcción, respecto del presupuesto de la obra o del gasto originalmente previsto para cada etapa.

### 3.2 Posibilidad de acordar la modificación bilateral por fuera de los supuestos establecidos en el Contrato PPP. Ilegitimidad del Decreto PPP

Cabe preguntarse en primer lugar, si la prohibición establecida en el Decreto PPP es legítima en el sentido que las modificaciones previstas a texto expreso son las únicas válidas (en los Contratos PPP firmados a la fecha, en términos generales, han sido detalladas como aquellas que implican una modificación cuantitativa o cualitativa a las obras y requieren una inversión adicional por parte del contratista -este último requisito está establecido tanto en la Ley PPP como en el Decreto PPP-, en algunos casos especificando a texto expreso sobre qué parte del objeto -desde el punto de vista técnico- pueden versar dichas modificaciones y en otros casos desde un punto de vista más genérico), o si por el contrario, pueden implementarse modificaciones bilaterales distintas a las que el Contrato PPP establece a texto expreso -con base en el principio de autonomía de la voluntad pero respetando los principios en los que se basa la contratación administrativa-. Y, bajo esa hipótesis, determinar en qué casos, estas modificaciones no previstas a texto expreso requieren el cumplimiento de las formalidades establecidas en el Decreto PPP (esto es, el pronunciamiento previo positivo de la OPP y el MEF).

En lo que respecta a las modificaciones bilaterales, la posición doctrinaria parece ser afín a que, en base a los principios generales del derecho administrativo y específicamente al principio de autonomía de la voluntad de las partes, no existe prohibición alguna para que los contratantes de común acuerdo implementen cambios a un contrato administrativo. Lo anterior, sobre todo porque resulta imposible para la Administración prever todas las situaciones e hipótesis que pueden verificarse en la vida de un contrato y reglamentar consecuentemente su resolución a texto expreso (Seja Bentancor, 2013, p. 19).

Sin embargo, en el marco de la contratación público-privada, surge una dificultad adicional que tiene origen en la previsión del artículo 72 del Decreto PPP, conforme el cual “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”.

Cabe destacar que este elemento es agregado por el Decreto PPP, y no se encuentra presente en la redacción de la Ley PPP. Esto representa un apartamiento de lo establecido en la Ley PPP, respecto de la cual no se desprende que fuera de las hipótesis de los artículos 48 (modificación por acuerdo de partes) y 49 (renegociación del contrato, en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo una vez verificadas las condiciones para su modificación bilateral) no sea posible una modificación por acuerdo de partes del Contrato PPP.

En ese sentido, Durán Martínez (2012) afirma que “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” (p. 342), y por ello “el decreto que la prohíbe resulta ilegítimo, ya que invade la reserva de la ley (...) ese aspecto del decreto debería derogarse y mientras no se derogue, no aplicarse” (p. 343). Esto por cuanto, sin base legal se priva a los particulares y la administración a plantear una modificación del contrato en mejora de las condiciones contractuales. En definitiva, concluye que, por más que la modificación no encuadre en el supuesto del artículo 48 de la Ley PPP (y, en definitiva, en el artículo 49 de la Ley PPP), “se puede hacer conforme a los principios y normas generales que rigen la contratación administrativa”.

Asimismo, Delpiazzo (2017) sostiene la misma tesis, afirmando que

su admisión debe reputarse una lógica consecuencia de la consideración del contrato como regla de Derecho con eficacia vinculante para ambas partes cuando existen razones justificadas para la modificación cuantitativa o cualitativa de lo pactado, sin desnaturalizarlo en su objeto (p. 49).

173

En la misma línea, Piano (2012) afirma que “no se ve porqué los contratantes no pueden voluntariamente acordar algo en ese sentido, más cuando la norma no lo prohíbe” (p. 327), en este caso, haciendo referencia a supuestos de reducción de las obras, pero pudiendo hacerse aplicable la afirmación, a cualquier otra modificación o prevista

Coincidiendo con los autores mencionados, Cáceres Couto (2013) afirma que:

no existe en nuestro ordenamiento una ley prohibitiva en cuanto a la modificación por acuerdo de partes y que es posible dicha modificación en aspectos cualitativos y cuantitativos, siempre y cuando se cumplan ciertas circunstancias habilitantes, esté juego el interés público (especialmente en los contratos emergentes de un proceso competitivo y se respeten los límites que fije en forma puntual el derecho positivo (pp. 440 y 441).

Y, puntualmente en lo que respecta al régimen previsto especialmente para los Contratos PPP, sostiene (Cáceres Couto, 2013) que:

en cuanto a la posibilidad de pactar otras modificaciones no comprendidas expresamente en la norma, entiendo que el precepto no es prohibitivo, por lo que sería posible pactar por acuerdo de partes otro tipo de modificaciones, incluso aquellas que impliquen disminuciones del objeto, en cuyo caso los límites de las partes estarán dados por los principios generales de la contratación administrativa (p. 452).

Por todo lo anterior, siempre con base en el principio de la autonomía de la voluntad, es posible concluir que efectivamente resulta legítimo proceder con una modificación bilateral del Contrato PPP, a pesar de que no encuadre en las hipótesis allí previstas a texto expreso, siempre y cuando se haga con miras al interés general y en cumplimiento del principio de buena administración, mejorando una relación contractual de larga duración y no desnaturalizando su objeto. Así, Risso (2011) sostiene que aquellos actos administrativos que resuelvan una modificación contractual en acuerdo con el cocontratante deben dictarse evaluando los principios generales y aplicando la técnica de armonización (p.376).

Ahora, entonces, corresponde analizar si en estas modificaciones no contempladas a texto expreso en el Contrato PPP en virtud de lo establecido en el artículo 48 de la Ley PPP, es necesario cumplir con los requerimientos de autorizaciones previas (por parte de la OPP y del MEF), y corresponde respetar la limitación temporal a las modificaciones.

En este sentido, entiendo importante remitirnos a la finalidad de la norma en ambos casos, a los efectos de poder encontrar una justificación razonable en ambos casos.

En lo que respecta a las autorizaciones previas necesarias por parte de la OPP y del MEF, es importante distinguir claramente dos hipótesis.

En caso de que la modificación que pretendan hacerse implique un cambio de la inversión inicial prevista por el contratista, que genere un gasto adicional a la Administración (en forma de un aumento en los montos de PPD a abonar), entiendo que sí será necesario cumplir con el requerimiento del pronunciamiento previo de la OPP y del MEF. Esto, por cuanto la clara intención de la norma al requerir su preceptiva aprobación, parte de la base de que las modificaciones implicarán una inversión adicional. Así, el artículo 48 de la Ley PPP y el artículo 72 del Decreto PPP, ambos mencionan en dos oportunidades el “monto máximo de la inversión adicional” y “el monto máximo de estas nuevas inversiones”.

En el mismo sentido, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 211 literal b) de la Constitución de la República, el Tribunal de Cuentas deberá intervenir perceptivamente cuando se trata de “gastos y pagos”. Por lo que, si la modificación implica un aumento o disminución de los gastos proyectados para el Contrato, el Tribunal de Cuentas deberá intervenir.<sup>4</sup>

Y, por otro lado, si la modificación que pretende hacerse no implica la asunción de una inversión adicional por parte del contratista -por ejemplo, modificaciones en el cronograma de obras, o asuntos que atañen a los plazos, o un cambio en el proyecto ejecutivo que a pesar de introducir cambios al mismo no produce una alteración en el monto de la inversión, no parece necesario cumplir con la necesidad de solicitar pronunciamiento previo a la OPP y al MEF. Esto por cuanto, no hay un cambio en las obligaciones económicas de la administración.

Por su parte, las Normas PPP también establecen limitaciones temporales a la potestad de modificación. Así, el artículo 74 del Decreto PPP establece una condición temporal para proceder a la modificación o renegociación de los Contratos PPP.

4 En el mismo sentido, Fernández Cedrés, M., Gutierrez, A. (2012)

Dicho artículo establece:

Todo Contrato de Participación-Pública 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.

Entonces, cabe también cuestionarse si las modificaciones no contempladas a texto expreso en el Contrato PPP que deseen implementarse deben cumplir con estas limitaciones temporales que establece el Decreto PPP. A los efectos de poder llegar a una conclusión, entiendo importante -al igual que con las formalidades previas-, remitirnos a la finalidad de la norma.

En este caso, el hecho de que las mismas importen o no una inversión adicional, no modifica que el legislador haya querido con estas previsiones evitar ciertas conductas violatorias del principio de igualdad de los oferentes en la etapa previa a la firma del contrato (por ejemplo, hacer una oferta de cumplimiento imposible que resultara más económica, buscando la adjudicación con esperanzas de luego renegociar las condiciones con la administración). Por lo anterior, esta limitación en cuanto al plazo para realizar la modificación, entiendo sí es aplicable a todas las modificaciones realizadas (ya sea aquellas que se enmarquen en el artículo 48 de la Ley PPP, como las que no).

## 4. Consecuencias del incumplimiento de las formalidades previstas en la Ley PPP.

175

### 4.1 ¿Hay nulidad de la modificación contractual por el incumplimiento de las formalidades?

Como se mencionó, en cualquier caso, es carga de la Administración contratante dar cumplimiento -en caso de que se concluyera que fueran requeridas- a las formalidades requeridas para la implementación de las modificaciones en cuestión. Esto es, la administración pública contratante del Contrato PPP es quien debe remitir el expediente administrativo en el que se tramita la modificación a la OPP y al MEF, no teniendo injerencia el particular en dicho proceso.

Entonces, adquiere especial relevancia el análisis respecto de las consecuencias del incumplimiento de dichas formalidades y las eventuales defensas y remedios que el particular pueda ejercer ante cualquier perjuicio que le pueda causar esta omisión de la Administración.

A modo de primera aproximación, parecería posible concluir que, si la Administración no cumple con tramitar las formalidades, por aplicación del principio de la teoría de los actos propios (con base en el derecho civil), de buena fe y de confianza legítima, esta situación no le debería ser oponible al particular, quien eventualmente puede haber comenzado a ejecutar las obligaciones que fueron puestas a su cargo en virtud de la modificación.

En este caso, la falta de observación de una formalidad o burocracia no representaría una nulidad absoluta (que haga nula de pleno derecho e impida que despliegue sus efectos esta modificación, exonerando del cumplimiento de las obligaciones asumidas a las partes contratantes), sino que muy por el contrario implicaría eventualmente una nulidad relativa o bien, daría derecho a solicitar la anulabilidad de la modificación al Contrato PPP. Lo anterior tiene como consecuencia directa que la modificación deba considerarse como eficaz, desplegando sus efectos, pero estando sujeta a anulación en vía judicial. Solamente si el juez competente entiende que la nulidad procede y que la misma no se ha subsanado, se declara la modificación como nula y deja de surtir efectos.

A los efectos de determinar cuál es la consecuencia jurídica de la omisión en el cumplimiento de las formalidades, y ante un vacío tanto en las Normas PPP como en el derecho administrativo general, es necesario recurrir a los principios del derecho civil. Enseñaba Gamarra (1974) que “las nulidades pertenecen a la teoría general del acto o negocio jurídico” (p. 40). En la misma línea se pronuncia Delpiazzo (2013) afirmando que son aplicables los principios generales del derecho civil contractual a determinadas situaciones del derecho administrativo (p. 284).

A decir de Vico (2022), “la aplicación de normas propias del derecho privado a la contratación pública, donde actúa el Estado como una de las partes, no desnaturaliza el contrato, el cual es un contrato administrativo o de derecho público” (p. 161). Recurrir a las normas de derecho privado para llenar vacíos del derecho público, no implica la desnaturalización del contrato administrativo, puesto que en todos los casos la aplicación de las normas de la teoría general del derecho se hará en vistas a las particularidades de la contratación administrativa, que se caracterizan por el desequilibrio inherente entre las partes contratantes.

Así, de acuerdo con la teoría general de las nulidades, hay ciertos aspectos que representan un vicio al elemento subjetivo del contrato, entre los cuales están los denominados “falta de autorización para contratar”, siendo la “autorización administrativa para contratar anterior a la conclusión del contrato, que no es un requisito más que se adicione a los generales o comunes del 1261 C.C., ni tampoco integre o forme parte de alguno de ellos, como el objeto o la causa” (CAFARO y CARNELLI, 1986, p. 255). La doctrina -en sede derecho administrativo- caracteriza estas situaciones como aquellas en las cuales “el órgano público actuante lo está haciendo sin que se haya removido el obstáculo necesario para que lo haga mediante el dictado de la pertinente autorización” (Delpiazzo, 2013, p. 290). Y, en el caso de las formalidades previas a cumplir de cara a una modificación del Contrato PPP, pareceríamos estar ante una situación de hecho que es posible enmarcar en esta hipótesis.

Si bien la Ley PPP no habla de “autorización” propiamente dicha, sí habla de “informe positivo previo”, lo que en los hechos es materialmente equivalente. Según Delpiazzo (2021), este tipo de vicios tiene “una trascendencia relativa y puede ser objeto de saneamiento posterior” (p. 288).

Entonces cabe preguntarse, cuál sería un saneamiento posterior aceptable en este escenario. La teoría de los actos propios parece indicar que si la Administración (en este caso, tanto la administración pública contratante como la OPP y el MEF) validan la ejecución del contrato ejecutando sus debidas prestaciones, el vicio estaría saneado.

Pero lo cierto es que, al tratarse de un requerimiento previo con formalidades específicas, la única forma de efectivamente sanearlo parecería ser solicitar estos informes de OPP y MEF de forma posterior a la celebración de la modificación del Contrato PPP. En ese caso, si bien la modificación habrá desplegado sus efectos desde el primer momento, la misma se encontrará viciada en virtud de la omisión de este elemento formal, pero dicho vicio -y la consecuente potencialidad de anulabilidad que la tiñe- podrá ser subsanado con el cumplimiento posterior de las formalidades.

En este escenario, la Administración tampoco tendría competencia para solicitar la nulidad, porque es imputable a su propio actuar la nulidad y aplicaría el principio “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” (se traduce en que ninguna persona puede alegar a favor de su propia culpa), que es base de la doctrina de los actos propios, teniendo -en derecho civil y aplicando la teoría general del derecho contractual, base en el artículo 1561 del Código Civil que establece que no está habilitado a solicitar la nulidad (aunque en este caso refiriéndose a la absoluta) quien “ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”. En sede de teoría general del derecho de los contratos. Caffera (2023) hace aplicable esta norma propia de la nulidad absoluta a los supuestos de nulidad relativa (p. 502). Así sostiene que la nulidad relativa “solo puede ser alegada por aquellos en cuyo beneficio está establecida”, refiriendo a las disposiciones del artículo 1562 del Código Civil.

Pero, puesto que en este proceso interviene más de una Administración (una siendo la Administración Pública Contratante que suscribe el Contrato PPP con el particular y otras siendo la OPP y el MEF) cabe cuestionarse si la imposibilidad de solicitar la nulidad afecta a toda la Administración, o únicamente a aquel órgano que hubiera sido responsable de la omisión. Por ejemplo, si ha sido la Administración Pública Contratante la omisa solicitar el pronunciamiento previo a OPP y MEF, si pueden éstos otros organismos solicitarla.

Hay algunos derechos positivos, como el argentino, que regula expresamente, en la ley nacional de procedimientos administrativos N° 19.549 (según fuera modificada) y el Decreto N° 1023/2001, las situaciones de vicios en los contratos administrativos, haciendo aplicable la regulación de anulación de los actos administrativos. En estas legislaciones se establece que en caso de que un contrato administrativo esté viciado de alguna irregularidad, omisión o vicio que no impidiera la existencia de alguno de sus elementos esenciales, lo que será es anulable en vía judicial (Delpiazzo, 2021, p. 293).

Esta solución es la que parece desprenderse bajo la normativa uruguaya, si -basados en el mismo criterio que la normativa argentina- hacemos aplicable a los vicios de los contratos administrativos, la regulación relativa a los actos administrativos. Así el artículo 309 de la constitución de la república, establece que todo acto administrativo emitido en violación de una regla de derecho deviene anulable.

A mi juicio, esa parece ser la solución que más se adapta a la realidad de una modificación de un Contrato PPP en la cual no se hubieran cumplido las formalidades previas. Y, esta anulación, por las razones que se explicarán a continuación: (i) solo puede ser alegada por las personas en cuyo beneficio ha sido establecida, y (ii) es subsanable.

Cuando Delpiazzo (2021) analiza las consecuencias de la existencia de un vicio formal en el marco de la contratación administrativa, y básicamente ese vicio se enmarca en una eventual omisión del procedimiento pertinente que implica la obtención de

un consentimiento previo que fuera requerido previos a la firma de un contrato administrativo (identificándolo como un vicio formal anterior al llamado de licitación) afirma que “se trata de un supuesto de responsabilidad administrativa que no puede proyectar consecuencias sobre el contrato celebrado con un tercero de buena fe” (p. 290).

Pero, además, si la Administración no cumple con el objeto de la modificación escudándose en su propia omisión (por ejemplo, en el caso de la OPP y el MEF, no cumplan con su obligación de hacer los pagos correspondientes), el particular también tendrá derecho a oponer la excepción de contrato no cumplido como defensa y eventualmente reclamar los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le hubieran causado, así como reclamar el cumplimiento forzado de la obligación –que en este caso sería la ejecución de las obligaciones asumidas como objeto de la modificación (Cajarville, 2007, p. 816 y 817; Delpiazzo, 2019, p. 252) -. Lo anterior, se basa en la solución consagrada en el artículo 1431 del Código Civil, que establece que “la parte a quien se ha faltado puede optar entre obligar a la otra a la ejecución de la convención cuando es posible o pedir la resolución con daños y perjuicios”.

Rotondo (2003) ya establece -en sede de analizar la potestad rescisoria unilateral de la Administración en los contratos administrativos- que es posible solicitar a cualquier juez competente que ordene a la Administración cumplir con las obligaciones contractualmente asumidas (p. 173).

En cuanto a los daños, es importante tener presente que los mismos no solo serán en el ámbito de la ejecución de las obras objeto del Contrato PPP, sino también en el ámbito de la financiación de las obras (tener presente que la propia Ley PPP prevé que estos proyectos serán financiados por medio de un Project Finance) y los eventuales costos financieros que esta pérdida de ingresos puede haberle generado.

Parte minoritaria de la doctrina, representada por Cajarville (2007) no comparte que sea posible la aplicación de la excepción del contrato no cumplido en la contratación pública (p. 979). Sostiene que en ningún caso la falta de cumplimiento de la Administración justifica el no cumplimiento de la cocontratante alegando que el particular está obligado a cumplir con sus obligaciones contractuales, aunque la Administración no esté cumpliendo, hasta que el contrato administrativo se extinga por la vía que corresponda formalmente, y extinguido el contrato, el particular podrá pedir la debida indemnización. Esta postura ha sido recogida en las Sentencias N° 189/2015 y N° 764/2015 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

La doctrina mayoritaria comparte la postura de Delpiazzo. Así, Sayagués (2015, p. 473), en la misma línea, sostiene que existen límites al deber de los particulares de cumplir estrictamente con las obligaciones asumidas, dentro de los cuales está el incumplimiento de la Administración de sus propias obligaciones.

Y, Durán Martínez y Ruocco también sostienen que la excepción del contrato no cumplido es admisible en términos generales, respecto de la teoría general del contrato (ya sea público o privado). Puntualmente Durán Martínez (2008) menciona que:

la *exemptio non adimpleti contractus* es admisible. No hay ninguna razón para que no se pueda esgrimir contra la Administración. La Administración no puede, si no cumple, exigir el cumplimiento de la otra parte. Esto no es justo y si no es justo es antijurídico. (...) Si la Administración no cumple, pretender que el co-contratante deba igualmente

cumplir significa su ruina, por hechos imputables a la Administración, lo que no es constitucionalmente aceptable (p. 757).

Ruocco afirma junto con Delpiazzo (2013) que:

[la exceptio] no encuentra obstáculos para su procedencia, habida cuenta del principio de justicia en el que ella reposa (la reciprocidad obligacional) ya que no sería justo que la Administración reclame el cumplimiento al contratista cuando ella incumple sus obligaciones ni tampoco que el contratante privado sea quien, en definitiva, soporte la carga financiera del contrato aunque estuviera en condiciones de hacerlo (p. 375).

En la misma línea, Rotondo (2003) afirma que en caso de que exista un incumplimiento de la Administración que pudiera categorizarse como grave o “se extendiera temporalmente sobre la ecuación económico-financiera (...) cabe la ejecución de la suspensión por parte del co-contratante ya que no puede admitirse que cumpla a costa de cualquier sacrificio” (p. 171). Esta postura fue recibida en la Sentencia N° 807/997 del TCA.

En la doctrina civilista, Gamarra (2006) justifica la posibilidad de oponer dicha excepción en la “interdependencia de las obligaciones” o, mejor dicho, el sinalagma funcional (p. 91). Esto implica que, al ser el contrato de carácter bilateral, y generar obligaciones de sustancia de cargo de ambas partes firmantes, ninguna de las obligaciones resulta subordinada a la otra, entonces “si una parte exige el cumplimiento, la otra tiene derecho de resistirse legítimamente a efectuarlo en tanto que no se cumpla o se demuestre estar pronto para cumplir la obligación recíproca”. Menciona asimismo que, si los contratantes no establecen un orden de ejecución de las obligaciones, no permitir que se interponga esta excepción generaría una desigualdad injustificada en la posición de las partes.

Entonces, como viene de decirse, no permitir que el particular ejercite la excepción del contrato no cumplido y suspenda la contraprestación hasta tanto la Administración no cumpla con sus obligaciones -sin perjuicio del eventual vicio que exista respecto de la modificación-, implica violentar y desconocer derechos y disposiciones constitucionales que tienen como base la seguridad jurídica de la relación con la Administración.

Parecería razonable hacer extensiva dicha conclusión a la situación que es objeto de nuestro análisis. Si la Administración no cumple -por omisión propia- con realizar actos previos a la firma de una modificación, que incluyen la obtención de informes positivos de otros órganos de la Administración, no puede castigarse al particular que no tiene injerencia en el proceso interno. A los efectos del particular, la modificación será válida a pesar de estar viciada, y todos sus efectos deberán desplegarse. Así: estará obligado a ejecutar el contrato con las modificaciones acordadas, y tendrá derecho a recibir los pagos debidos por parte de la Administración, en monto y plazo acordados.

Pretender que el particular continúe ejecutando sus prestaciones, implica una ruptura en el sinalagma funcional del contrato, y -en términos de lo que establecen las Normas PPP, una ruptura de la ecuación económico-financiera que debe ser reestablecida. Hay una ruptura de la correlación y equivalencia entre las prestaciones pactadas en la modificación del Contrato PPP si la Administración arbitrariamente no honra sus compromisos.

Este supuesto de hecho sería equiparable a una modificación unilateral ilegítima, que -como se verá en los capítulos siguientes- da lugar a la posibilidad de solicitar la renegociación del Contrato PPP (artículo 49 de la Ley PPP).

Como se viene de decir, la Administración no está facultada para suspender el cumplimiento de sus obligaciones, así como tampoco para solicitar la anulación judicial de las modificaciones viciadas por su propio actuar. Sino que, por el contrario, deberá mantenerse en cumplimiento de lo acordado (en este caso, haciendo los pagos requeridos), pudiendo en paralelo iniciar los procedimientos para -de considerarlo necesario- subsanar la eventual nulidad que el incumplimiento de las formalidades hubiera generado.

#### 4.2 Otra interpretación sobre las consecuencias del incumplimiento de las formalidades a la luz del principio de trascendencia

Sin perjuicio del enfoque desarrollado desde el punto de vista de las nulidades para el escenario que se considere que la intervención previa de la OPP y el MEF es una autorización previa, también puede ser posible encarar la problemática considerando esta intervención como un pronunciamiento no vinculante que constituye una formalidad de mero trámite, la cual de no cumplirse -a la luz del principio de trascendencia- no viciaría el acto y sus efectos.

El antes mencionado principio de trascendencia está recogido en el artículo 7 del Decreto N° 500/991 que establece que “los vicios de forma de los actos de procedimientos no causan nulidad si cumplen con el fin que los determina y si no se hubieren disminuido las garantías del proceso o provocado indefensión”.

Durán Martínez (2021), en aplicación de dicho principio sostiene que “hay que analizar en cada caso la entidad del vicio para determinar si en cada situación en concreto estamos ante una irregularidad que configura causal de nulidad”. Por su parte Gutiérrez (2015)- en la misma línea- afirma que:

si bien el exceso de formalismo no es bueno, la obligación de respetar forma y formalidades esenciales tiene por objeto evitar decisiones precipitadas u erróneas imputables a una información insuficiente. De ahí que no todo vicio en las formalidades entrañe nulidad. Esto será cuando se trate de formalidades esenciales, que tengan directa incidencia en la decisión final o afecten garantías fundamentales, por lo que no todo vicio en las formalidades produce nulidad, pero ésta cabe se disponga si se dan las circunstancias a que alude el artículo 7 del Decreto No. 500/91.

Así, el principio de la trascendencia parte de la base de velar por la validez de los actos administrativos (o contratos, en este caso) que se hubieran mantenido incambiables aun así cumpliéndose la formalidad de trámite previa que se omitió, es decir, a pesar del vicio procedimental en el que se incurrió.

Entonces, de acuerdo con el texto de las Normas PPP, hay base para defender la tesis de que esta intervención previa no tiene poder de veto ni requiere ser favorable para habilitar la formalización de la modificación. Las Normas PPP en todo momento hablan de “pronunciamiento previo”, no así de “pronunciamiento positivo”, “autorización previa” o “dictamen vinculante”.

Si ni la Ley PPP ni el Decreto PPP hablan de pronunciamientos vinculantes o favorables, los dictámenes no pueden interpretarse como que constituyen autorizaciones, sino que indican la necesidad de una formalidad de carácter interno -mero trámite- que la Administración debe cumplir.

Y, si el pronunciamiento no hubiera tenido posibilidad de disuadir a la Administración de proceder con la firma de la modificación del Contrato PPP, por el principio de trascendencia la omisión de obtenerlo no puede implicar la nulidad del acto.

## 5. Renegociación del Contrato PPP

Por último, la Ley PPP establece el mecanismo de la renegociación del Contrato PPP en su artículo 49, regulado en mayor detalle por el artículo 73 del Decreto PPP. Al igual que con las modificaciones, el instituto de la renegociación presupone un Contrato PPP en ejecución, desplegando todos sus efectos.

El artículo 49 de la Ley PPP establece:

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo anterior, y aún en ausencia de tal previsión, cualquiera de las partes podrá requerir a la otra la renegociación del Contrato de Participación Público-Privada cuando ocurra de 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 cumplen 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 podrá reclamar jurisdiccionalmente una indemnización de conformidad con el artículo 54 de la presente ley.

Por su parte, el artículo 73 del Decreto PPP establece:

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 de 19 de julio de 2011.

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 prevista en el literal B) del artículo 49 de la Ley N° 18.786 de 19 de julio del 2011, solo podrán considerarse como causas de fuerza mayor, a los efectos de la renegociación, las que afectan las variables del proyecto que sean enumeradas en forma taxativa en cada Contrato de Participación Público Privada.

La renegociación del contrato no podrá realizarse sin el pronunciamiento previo de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas.

Esta regulación permite al particular solicitar a la Administración volver a negociar sobre determinados aspectos del Contrato PPP, cuando se dé alguna de las condiciones establecidas en las Normas PPP, lo que podrá derivar en: (a) que las partes arriben a un acuerdo y lo formalicen mediante la suscripción de una adenda que implique una modificación al Contrato PPP; o, (b) que las tratativas de negociación no resulten fructíferas y que el particular deba recurrir a los mecanismos de resolución de controversias previstos en el Contrato PPP para requerir el pago de una indemnización.

Durán Martínez (2012) sostiene que:

la renegociación del contrato administrativo es posible aún sin este artículo, en la medida 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 de renegociación a cualquiera de las partes (p. 349).

A esta afirmación la basa en el principio de equidad, el principio de flexibilidad y el de conservación de los contratos –que, en contratos de tan larga duración como los Contratos PPP, adquiere especial importancia.

En Derecho Civil, Gamarra (2009), al estudiar los contratos de ejecución continuada a largo plazo, diserta sobre la obligación de renegociar. En dicho sentido, establece que siempre que: (i) exista una norma legal que respalde su pretensión; o (ii) se pacte expresamente en el contrato, es un mecanismo válido para habilitar la renegociación una vez que se cumplen las condiciones allí establecidas. Pero, si esto no sucede, Gamarra (2009) afirma que:

el fundamento de derecho positivo se encuentra en la regla de conducirse de acuerdo a la buena fe, consagrada por el art. 1291 precisamente para la etapa en la que puede acontecer “el riesgo contractual” la buena fe in executivis (...) a falta de obligación convencional (la potestad) debe entenderse implícita en el contrato con el fundamento legal referido (p. 243).

Al día de la fecha, el TCA admite en términos generales la renegociación de los contratos siempre que se cumplan determinadas condiciones como lo son: que se configuren circunstancias objetivas durante el periodo de ejecución del contrato y que

la renegociación se haga en miras del interés público sin vulnerar normas o principios que rijan la contratación (por ejemplo, el principio de igualdad de los oferentes).

Si bien la Ley PPP zanja cualquier discusión que en un tiempo pasado hubiera podido tener lugar respecto de la renegociación de los contratos administrativos, admitiéndolo expresamente para los Contratos PPP dentro de ciertos límites, que se analizarán en el subcapítulo siguiente.

Respecto de la oportunidad para solicitar la renegociación, los Contratos PPP en los que ha entrado la Administración a la fecha prevén un plazo para que el particular pueda solicitar la renegociación. Este plazo por lo general se establece en un término desde que la causal de renegociación se configura, y cuando dicha causal se configura durante el periodo de construcción de la infraestructura, el plazo comienza a contar desde la obtención de la última acta de comprobación de infraestructura o puesta en servicio. Sin perjuicio de lo que sucede en los hechos, Durán Martínez (2012) sostiene que el artículo 74 del Decreto PPP es ilegítimo en lo que refiere a la renegociación, pues sin ley habilitante no se puede efectuar una limitación de este tipo; por lo anterior, el Decreto PPP en este sentido debería derogarse, y hasta tanto, no aplicarse (p. 348).

Solicitada por el particular la renegociación en base a una de las causales que se explicarán en el siguiente capítulo, la Administración analizará si comparte que dicha causal se hubiera verificado. Si es así, se iniciarán las negociaciones calculándose la eventual contraprestación que el particular tiene derecho a recibir conforme las fórmulas de cálculo establecidas en el propio Contrato PPP, lo que necesariamente derivará en la suscripción de una adenda al Contrato PPP, en la forma de una modificación de común acuerdo que -conforme el artículo 73 del Decreto PPP, requiere informe positivo de la OPP y el MEF-.

De no estar de acuerdo la Administración con la verificación de la causal, o de no llegar las partes a un acuerdo en los términos de la renegociación, las partes podrán recurrir al mecanismo de resolución de controversias del artículo 54 de la Ley PPP, que prevé el arbitraje.

## 5.2 Causales de renegociación

### 5.2.1 El hecho del príncipe

El literal a) del artículo 49 de la Ley PPP hace referencia a la renegociación como consecuencia de un hecho imputable a la Administración, que genere una alteración en los parámetros de costos y beneficios presentes al momento de contratar. Esta modificación, introducida por la Administración, debe: (i) haber sido impuesta por la Administración Pública Contratante del Contrato PPP respectivo y ocurrido con posterioridad a la firma del Contrato PPP y que “no haya podido ser razonablemente prevista por el contratista al tiempo de su celebración”; (ii) representar una alteración significativa a la ecuación económico-financiera del Contrato PPP al tiempo de su celebración; y (iii) ser una modificación “relevante específicamente en el ámbito del contrato, y que no sea producida por medidas que procuren un efecto económico financiero de alcance general”.

Esta hipótesis comprende lo que se denomina comúnmente como “hecho del príncipe”, al que Delpiazzo (2019) define como “la actuación unilateral de la Administración que

afecta o repercute en la ejecución del contrato” (p. 301). Dicha actuación, para considerarse como ejercida en aplicación de la mencionada teoría debe cumplir con ciertos requisitos, que son en cierta medida similares a los que la Ley PPP prevé, teniendo como fundamento el principio de igualdad ante las cargas públicas. Según Delpiazzo (2019), el efecto de la aplicación de la teoría es la “indemnización integral al co-contratante, que comprende tanto daño emergente como lucro cesante” (p. 301).

En el caso de la Ley PPP, lo que previó el legislador es el nacimiento de un derecho a requerir la renegociación, para reajustar la ecuación económico-financiera que se vio afectada a raíz de este actuar de la Administración, y -eventualmente- la posibilidad de éste de solicitar la indemnización en sede arbitral en caso de que la renegociación no fuera fructífera.

En cuanto a la condición detallada en el numeral (i) del primer párrafo del presente capítulo, cabe destacar que la mención a que la misma no haya podido ser razonablemente prevista al momento de la celebración del Contrato PPP, descarta los supuestos de modificación unilateral del Contrato PPP previstos a texto expreso en el artículo 47. Lo anterior, puesto que no se puede tildar de no previsible una modificación que está habilitada a texto expreso en el texto del propio contrato. La posibilidad de solicitar la renegociación con base a este artículo, en un escenario de modificación unilateral ilegítima, será analizada en detalle en el próximo capítulo.

Este requerimiento busca, entonces, excluir aquellas situaciones que hubieran podido ser tenidas en cuenta por el particular al momento de fijar el precio por la ejecución de la obra. Si fueron tenidas en cuenta -como una alea normal asumida o una posibilidad o probabilidad- no darán derecho a la renegociación.

Respecto de la condición detallada en el numeral (ii) cabe destacar que hay acuerdo unánime en doctrina y jurisprudencia respecto de que la ecuación económico-financiera debe ser respetada en todo momento. La sentencia del TCAN° 160/1986 del 28 de abril, ya establecía que:

el equilibrio financiero o la ecuación financiera del contrato es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato (...) y no puede ser alterada. Como en todo contrato, el cocontratante de un contrato administrativo debe soportar costo y riesgo, bajo el “alea normal”, no así el “alea anormal” cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas.

Estas previsiones tienen base en el principio de justicia conmutativa, puesto que lo que se busca en el marco de la contratación administrativa es el equilibrio entre los derechos y las obligaciones asumidas, por lo que el particular debe ser resarcido (en este caso, la ecuación económico-financiera debe ser equilibrada) en caso de que por causas de interés público ejecutar el objeto del Contrato PPP le resulte más oneroso.

Entonces, cuando el actuar de la Administración de forma unilateral e imprevista, conlleve una modificación de costos y beneficios significativa, el particular tendrá derecho a solicitar se lo indemnice.

Por último, el requisito del numeral (iii) refiere al alcance del actuar de la Administración. Lo que busca esta limitación es excluir del supuesto de renegociación

aquellas medidas macroeconómicas de alcance general, que en definitiva afectan a una cantidad indeterminada de relaciones jurídicas no estrictamente relacionadas con el Contrato PPP. A decir de Piano (2012):

para que opere el derecho a requerir la renegociación por cambios en los costos o beneficios del contratista, se requiere que la medida de la Administración aplique en forma específica al contrato, esto es, que sea una medida o acto realizado en relación directa al contrato y no una medida general que tenga repercusiones sobre el contrato (p. 338).

No queda del todo claro cuál fue el propósito del legislador de excluir las medidas de alcance general, puesto que en caso de que las mismas representen para el particular una ruptura en la ecuación económico-financiera por escapar del alea normal, por los principios generales, éste debería tener derecho a que la misma fuera reequilibrada. Durán (2012) sostiene, en esta línea, que en dichos escenarios el particular puede solicitar la renegociación en base a los principios generales.

### 5.2.2 La fuerza mayor

El literal b) del artículo 49 de la Ley PPP prevé la posibilidad de cualquiera de las partes del Contrato PPP de solicitar la renegociación cuando se verifique la existencia de causas de fuerza mayor que directamente determinen la ruptura de la ecuación económico-financiera. Por su parte, el artículo 73 del Decreto PPP establece que serán consideradas causales de fuerza mayor a los efectos de la renegociación, las que estén enumeradas de forma taxativa en el Contrato PPP respectivo.

185

Ya Delpiazzo (2019) afirmaba que:

cuando el equilibrio económico financiero del contrato se rompe por hechos de la naturaleza o del hombre, pero ajenos a la Administración y a su co-contratante, entonces nos vemos enfrentados a la hipótesis del caso fortuito o de la fuerza mayor (p. 303).

En el campo de la contratación administrativa, se entiende que, para la configuración de la fuerza mayor, deben cumplirse los siguientes requisitos: (i) la exterioridad de lo ocurrido, en el sentido de ajenidad a las partes; y (ii) la imprevisibilidad de lo ocurrido, en el sentido que los hechos no hayan podido ser razonablemente previstos. La condición aplicable al concepto de fuerza mayor del derecho civil, que es la irresistibilidad, no es necesaria para la configuración de la fuerza mayor del derecho administrativo.

La redacción de las Normas PPP da a entender que es posible que existan dos conceptos distintos de fuerza mayor en el marco de un mismo Contrato PPP: uno a los efectos de la renegociación, y otro a los efectos de la extinción del contrato (artículo 51). Así, las causales de fuerza mayor que alteran sustancialmente la ecuación económico-financiera pero no generan la imposibilidad material de cumplimiento del contrato, dan lugar a la renegociación, y aquellas que impidan el cumplimiento de las obligaciones del particular, que darán lugar a la extinción (total o parcial) del Contrato PPP.

Esto parece alinearse con a la calificación de tipos de fuerza mayor realizada por Delpiazzo (2019), quien distinguía los casos de fuerza mayor absoluta identificados

como aquellos que “imposibilitan totalmente y de manera absoluta el cumplimiento del contrato”, de los casos de fuerza mayor relativa, que “sin imposibilitar el cumplimiento de manera absoluta, lo vuelven excesivamente oneroso”. Entonces, la fuerza mayor que da lugar a la extinción es la calificada como absoluta, y la que da lugar a la renegociación es la calificada como relativa.

Por su parte Durán Martínez (2012) sostiene que lo establecido en el Decreto PPP respecto del establecimiento de situaciones de fuerza mayor taxativas es ilegítimo, y por ende no debe ser aplicado hasta tanto se derogue (p. 371). Asimismo, sostiene que las hipótesis de renegociación del artículo 49 de la Ley PPP, además de comprender los supuestos de fuerza mayor relativa, también comprenden supuestos de fuerza mayor “en que la ejecución se torna imposible, pero ese impedimento se puede levantar si se reformula el contrato”. Esto último, solo parecería aplicable al régimen en caso de que el impedimento causado por la fuerza no fuera de carácter material. Puesto que, si la fuerza mayor genera un impedimento material a ejecutar la obra objeto del Contrato PPP, la eventual reformulación de sus términos indefectiblemente debe conllevar la rescisión parcial y nos escapamos de los supuestos de renegociación.

### 5.2.3 La falta de acuerdo en un escenario de modificación bilateral del Contrato PPP.

El literal c) del artículo 49 de la Ley PPP refiere al supuesto en el que, configurada la causal que permite la modificación bilateral del Contrato PPP conforme el artículo 48 de la Ley PPP, las partes no llegan a un acuerdo al respecto.

Siendo que, en definitiva, la renegociación implica -justamente- una negociación entre las partes del Contrato PPP verificados determinados supuestos, parecería ser redundante habilitar una causal de renegociación cuando las partes ya fracasaron en negociar y ponerse de acuerdo utilizando otro de los mecanismos establecidos en el Contrato PPP. Las únicas razones que podrían hacer justificar esta diferenciación (siendo que en los hechos ambas situaciones llevan a una negociación entre las partes) es si las fórmulas para el cálculo de las compensaciones difieren entre las previstas para las hipótesis de modificación bilateral y las de renegociación. De lo contrario, la renegociación en este escenario actuaría como un método preliminar de “resolución de controversias” entre las propias partes, antes de poder recurrir al arbitraje.

Lo cierto es que, si esta fue la intención del legislador, es decir, crear una instancia adicional previa al reclamo arbitral, por lo menos debería haber previsto la intervención de una tercera parte en esta nueva etapa. No siendo el caso, es poco probable que las partes discutiendo sobre lo mismo, puedan llegar a un acuerdo, si ya no lo lograron en la etapa anterior.

En este mismo sentido opina Piano (2012), quien afirma que este literal debería haber estado ubicado en el mismo artículo 48 de la Ley PPP, habilitando a las partes que no pueden llegar a un acuerdo en los términos de la modificación a ir al mecanismo de resolución de controversias para reclamar una indemnización judicial (p. 341).

Una de las interpretaciones posibles respecto de la intención del legislador al agregar esta causal, se da si se parte de la base que la modificación bilateral conforme el artículo 48 de la Ley PPP está limitada de alguna manera (por ejemplo, cuantitativa

o cualitativamente). En ese caso, la particularidad que tendría la instancia posterior de renegociación es que permitiría negociar sobre parámetros más amplios y un objeto extendido<sup>5</sup>.

### 5.3 Modificación unilateral ilegítima como causal de renegociación.

Si bien es entendido de forma unánime por parte de la doctrina la causal de renegociación prevista en el literal A) del artículo 49 de la Ley PPP refiere al denominado “hecho del príncipe”, al parecer de Durán Martínez (2012) -realizando una interpretación armónica en conjunto con las disposiciones del artículo 47 de la Ley PPP- también debe entenderse incluidos los supuestos de modificación unilateral ilegítima por parte de la administración.

Lo anterior, justamente, porque pasa a ser una situación que no ha podido ser prevista al momento de suscribir el Contrato PPP (por no estar incluida en los supuestos del artículo 47 de la Ley PPP). Y, lejos de querer validar por la vía de los hechos un actuar ilegítimo, lo que se busca es dar herramientas al particular para buscar la compensación en caso de que dicho actuar indefectiblemente tenga lugar.

Entonces, en aquellos casos en los que la Administración pretenda imponer una modificación unilateral que no cumpla con los requisitos del artículo 47, por ejemplo, porque su objeto no esté expresamente prevista comprendido dentro del listado taxativo que provea el respectivo Contrato PPP, el particular tendrá derecho a solicitar la renegociación.

## 6. Conclusiones

En conclusión, la respuesta de si pueden realizarse modificaciones no previstas en el texto del Contrato PPP, varía según el tipo de modificación al que nos refiramos.

Si hablamos de modificaciones unilateralmente impuestas por la administración, las mismas están limitadas a las potestades otorgadas por ley. Por lo cual, si la facultad de modificar no está prevista en el contrato, la Administración no tiene potestad para imponer un cambio de forma unilateral. Si lo hiciera, esto dará derecho al particular a solicitar la renegociación del contrato en virtud de lo establecido en el literal A) del artículo 49 de la Ley PPP, siempre y cuando se cumplan los requisitos allí previstos que sean aplicables.

Por otro lado, si hablamos de modificaciones por acuerdo de partes, los principios generales del derecho administrativo nos indican que, a pesar de no estar previsto a texto expreso en el Contrato PPP, las partes podrían acordar una modificación contractual. En ese sentido, la previsión del Decreto PPP que lo prohíbe es ilegal y por ende no debe aplicarse.

En cuanto a las formalidades requeridas en este último escenario, es posible llegar a una conclusión basados en la interpretación del contexto de la Ley PPP, así como de

5 A esta postura adhieren Piano, Fernandez y Gutierrez.

la intención del legislador. Es posible justificar que el visto bueno de la OPP y el MEF solo será necesario si la modificación implica una inversión adicional que implique una variación del aspecto económico (haciéndolo más o menos costoso, dependiendo el objeto de la modificación), en definitiva, modificando el régimen pagos que deben realizarse. Sin embargo, otra interpretación de las normas podría arrojar que se requiere el cumplimiento de las formalidades previas en todos los escenarios de modificación bilateral del contrato, independientemente de si se verifican los parámetros establecidos en la Ley PPP.

Sin perjuicio de que el cumplimiento de las formalidades previas parecería ser requisito para todas las modificaciones del Contrato PPP, determinar cuál es la consecuencia de su no cumplimiento implica compatibilizar el régimen de nulidades de la teoría general del derecho con la contratación administrativa. Siendo que la carga de procurar y gestionar dichas autorizaciones la de la Administración, la Administración no está facultada para suspender el cumplimiento de sus obligaciones, así como tampoco para solicitar la anulación judicial de las modificaciones, cuando la eventual nulidad relativa o anulabilidad que tiñe al negocio es producto de su propia omisión. Sino que, por el contrario, deberá mantenerse en cumplimiento de lo acordado (en este caso, haciendo los pagos requeridos), pudiendo en paralelo iniciar los procedimientos para subsanar la nulidad o irregularidad que el incumplimiento de las formalidades hubiera generado. La modificación contractual, que no cumple con las formalidades, parecería ser a priori, anulable.

188

En caso de que la Administración opte por no cumplir con su parte de la prestación, el particular tendrá derecho a interponer la excepción del contrato no cumplido, si quisiera también suspender el cumplimiento de sus obligaciones y podrá reclamar que se le resarza en los daños y perjuicios que hubiera sufrido, tanto en el marco de la ejecución de las obras como en el marco de la financiación del proyecto con la banca privada.

Lo que sí aplica en todos los casos, respecto de las modificaciones bilaterales, es la limitación temporal para formalizarlas pues la justificación de su inclusión en la Ley PPP tiene bases distintas y su finalidad atiende a evitar la violación al principio de igualdad entre oferentes, que debe ser respetada en todos los casos. Básicamente se busca evitar que los oferentes presenten una propuesta irrealizable con la esperanza de ganar y poder renegociar con la Administración de forma inmediata a la suscripción del Contrato PPP, violando el principio de igualdad de los oferentes.

Por último, en lo que respecta a los escenarios de renegociación, los mismos están taxativamente establecidos en la Ley PPP. Sin embargo, en caso de que la Administración de manera ilegítima intente imponer una modificación unilateral por fuera de los términos legalmente permitidos, es aceptado que el particular solicite la renegociación en los términos del artículo 49 literal A) de la Ley PPP, cuando se cumplen los demás requisitos allí previstos. Además, esta taxatividad de los escenarios de renegociación está ciertamente atenuada dada la flexibilidad de la Ley PPP al permitir incluir causales para la modificación bilateral del Contrato PPP.

## Referencias bibliográficas

- Antenor de León, K., Dalmao Rodríguez M. Alcance de las potestades de modificación y rescisión de los contratos. Análisis crítico sentencia N° 291/2014 del TCA. En Delpiazzo, C. E. y Echevarría Petit, J. L. (2020). *Cuaderno 4 de contratación pública*. Montevideo: Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho.
- Arco Torres, M. A. del y Pons González, M. (2006). *Derecho de la construcción: aspectos administrativos y civiles*. (7a. ed.). Granada: Comares.
- Bancho Cora, L. (2017). Aumento y disminución del objeto del contrato administrativo. En: *Cuaderno 1 de contratación pública*. (pp.89-103). Montevideo: Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho.
- Bello Fabra, S. (2012). Panorama comparado de la participación público-privada. En: *Pasado y presente del derecho administrativo uruguayo: en homenaje al Profesor Enrique Sayagués Laso en el centenario de su nacimiento*. (pp.357-369). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. Presentado en Semana Académica (Montevideo: 7-10 nov.2011).
- Brito, M. R. (2012). *Fundamentos de Derecho Administrativo Económico*. Montevideo: Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho.
- Cáceres Couto, A. M. (2013). Modificación de los contratos públicos. En: *Comentarios al TOCAF: sobre la Contratación Pública*. (pp.437-459). Montevideo: Universidad de Montevideo.
- Carnelli, S. y Cafaro, E. B. (1996). *Eficacia contractual*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Cafaro, E. B. y Carnelli, S. (1986). La autorización administrativa para contratar. *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, 17, 252-257.
- Caffera, G. (2023). *Obligaciones: teoría de la obligación, el contrato y el cuasicontrato*. (2a. ed. act. ampl). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Cajarville Peluffo, J. P. (2008). *Sobre Derecho Administrativo*. (2a.ed. ampl). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. T.2
- Celorrio, H. (2012). *La responsabilidad en los Contratos de Participación Público-Privada. Estudios de Derecho Administrativo*, (6), 193-211.
- Delpiazzo, C. E. (2012). *Comentarios a la Ley de Participación Público-Privada*. Montevideo: Universidad de Montevideo, Montevideo.
- Delpiazzo, C. E. (2013). Acerca de la extinción de los contratos públicos. En: *Renovación de la contratación pública*. (pp.359-376). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. Presentado en Semana Académica (Montevideo: 8-11 oct.2012)
- Delpiazzo, C. E. (2013). El procedimiento administrativo en Uruguay. En: *Tratado jurisprudencial y doctrinario: actos y contratos de la administración*. (pp.311-336). Montevideo: La Ley Uruguay.

- Delpiazzo, C. E. (2013). *Renovación de la contratación pública*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. Presentado en Semana Académica (Montevideo: 8-11 oct.2012).
- Delpiazzo, C. E. (2016). Nulidades en el derecho administrativo y el Código Civil. *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, 4(4), 87-94.
- Delpiazzo, C. E. (2017). Aspectos de interés en la ejecución de los contratos públicos. *Revista de Derecho y Tribunales*, (32), 45-69.
- Delpiazzo, C. E. (2019). *Contratación administrativa*. (ed. aum. y puesta al día). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- Delpiazzo, C. E. (2021). Acerca de las nulidades en la contratación pública. En: *Homenaje al Académico de Honor Profesor Emérito Jorge Gamarra*. (pp.283-307). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Durán Martínez, A. (2012). Modificación de los contratos de Participación Público-Privada. *Estudios de Derecho Administrativo*, (6), 329-351.
- Durán Martínez, A. (2013). Principios de la contratación administrativa. *Estudios de Derecho Administrativo*, (8), 49-85.
- Durán Martínez, A., (2008). Efectos y cumplimiento de los contratos administrativos, *Revista La Ley Uruguay*, (3), Montevideo.
- Durán Martínez, A., (2021). Un caso de salida fiscal, predios rivereños, derecho indiano y derecho patrio, *Estudios de Derecho Administrativo*, (11), 849-868.
- Fernández Cedrés, M. y Gutiérrez, A. (2012). Mecanismos de modificación del contrato de participación público-privada. *Revista de Derecho Público*, 21(41), 41-62.
- Gamarra, J. (1974). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, T.16.
- Gamarra, J. (2009). Teoría general del contrato. En: Gamarra, J, Gamarra, J. *Tratado de derecho civil uruguayo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. T.26
- Gamarra, J., Caumont, A., Mariño López, A., Miranda, J., Amorín, M. y Píriz, J. (2006). Responsabilidad contractual. En: Gamarra, J, Gamarra, J. *Tratado de derecho civil uruguayo*. (4a. ed). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. T.18.
- Guariglia, C. E. (2013). Mutabilidad o inmutabilidad de las prestaciones objeto de los contratos administrativos en el derecho administrativo uruguayo. *Estudios de Derecho Administrativo*, (8), 461-525, Montevideo.
- Gutiérrez, A., (2015). Debido procedimiento y procedimiento administrativo-disciplinario, *Revista La Ley Uruguay* (152)
- Gutiérrez, A., Fernández Cedrés, M., Rodríguez, V., Pérez, M., Panizza, S., Zinola, M. P. y Amorín, M. (2012). *Participación Público Privada en Uruguay: Ley No. 18.786, Decreto No.17/012 & Decreto No. 280/012*. Montevideo: CADE.
- Leiza Zunino, P. y Cruz, P. D. (2016). *Contratos especiales de la Administración Pública*. Montevideo: La Ley Uruguay.

- Mariño López, A. (2013). La extinción y la modificación del contrato administrativo por declaración unilateral de voluntad de la administración. *Estudios de Derecho Administrativo*, (8), 21-48. Presentado en 4o Seminario Internacional de Derecho Administrativo (Montevideo: 20-21 jun. 2013).
- Mariño López, A. (2014). Extinción y modificación del contrato administrativo por declaración unilateral de voluntad de la administración. *Revista Crítica de Derecho Privado*, (11), 399-424.
- Martins, D. H. (2011). Ley 18.786. Régimen de contratos de participación público-privada. *Revista de Derecho Público*, 20(40), 113-118.
- Nessar, S. (2013). Jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo sobre modificación y extinción de los contratos administrativos. *Estudios de Derecho Administrativo*, (8), 549-564.
- Paolino, M. J. (2017). Modificación de contratos en un entorno de buena administración. En: *Cuaderno 2 de contratación pública*. (pp.93-134). Montevideo: Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Presentado en 10a Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano (La Coruña: 3-7 abr.2017).
- Perrino, P. E. (2012). La responsabilidad del Estado en los Contratos de Participación Público-Privada. *Estudios de Derecho Administrativo*, (6), 213-244.
- Piano, F. (2012). Modificación, renegociación, cesión y subcontratación. En: *Comentarios a la Ley de Participación Público Privada*. (pp.319-345). Montevideo: Universidad de Montevideo.
- Risso Ferrand, M. J. (2011). Los principios generales de la contratación administrativa en Uruguay: con especial referencia al principio de igualdad y principio del respeto del pliego. En: *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*. (pp.373-389). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Rivera, G. (2016). La excepción de contrato no cumplido en el ámbito de la contratación administrativa. *Revista de Derecho: Publicación Arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay*, [Recurso en línea], 12(14), 111-142. Disponible en: <http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1236/1325>.
- Rodríguez Martín-Retortillo, M. C. (2016). Los principios de igualdad y transparencia en la modificación de los contratos públicos: Su sentido y alcance en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Derecho: Publicación Arbitrada de la Universidad Católica del Uruguay*, [Recurso en línea], 12(14), 143-157. Presentado en Seminario Internacional sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción en la Contratación Pública: Instrumentos administrativos y penales en España y Brasil (Coruña: 13-17 jul.2015) Disponible en: <http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/1292/1326>.
- Rotondo Tornarías, F. (2003). El incumplimiento de la administración en la concesión de servicios públicos. *Revista de la Facultad de Derecho*, [Recurso en línea], (22), 165-174. Presentado en 5o. Congreso de Derecho Público del Mercosur (Buenos Aires: 27-30 mayo 2003) Disponible en: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/205/230>.

- Rotondo Tornarías, F., Concepto, objetos, principios y contenido de los Contratos de Participación Público-Privada (PPP) en *Estudios de Derecho Administrativo*, (6), (pp. 63-82). Montevideo; La Ley Uruguay.
- Sayagués Laso, E. y Martins, D. H. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo*. (8a.ed.). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. T.2.
- Schiavi, P. (2011), *La participación público-privada en el desarrollo de infraestructuras y servicios relacionados*, La Ley Uruguay, UY/DOC/311/2011.
- Schiavi, P. (2012), Marco legal y organizativo de la participación público-privada: desafíos de una nueva institucionalidad, *Estudios de Derecho Administrativo*, (6). Montevideo: La Ley Uruguay.
- Schiavi, P. (2012). La influencia del Derecho español en la Ley No. 18.786 de Participación Público-Privada. *Estudios de Derecho Administrativo*, (5), 253-281.
- Seja Bentancor, L. G. (2013). Principios de razonabilidad, flexibilidad y delegación. En: *Comentarios al TOCAF: sobre la Contratación Pública*. (pp.13-24). Montevideo: Universidad de Montevideo.
- Vázquez, C. (2011). *El régimen de participación público-privada PPP*. Montevideo: Amalio M. Fernández.
- Vázquez, C. (2012). *Reglamentación de la Ley de contratos de PPP: Decreto no. 17/012 de 26 de enero de 2012*. Montevideo: Amalio M. Fernández.
- Vico, G. (2022). Inexistencia de la potestad de modificación unilateral del contrato administrativo: su inmutabilidad como regla. En: *Cuaderno 6 de contratación pública*. (pp.153-169). Montevideo: Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho.

Contribución de los autores (Taxonomía CRediT): el único autor fue responsable de la:

1. Conceptualización, 2. Curación de datos, 3. Análisis formal, 4. Adquisición de fondos, 5. Investigación, 6. Metodología, 7. Administración de proyecto, 8. Recursos, 9. Software, 10. Supervisión, 11. Validación, 12. Visualización, 13. Redacción - borrador original, 14. Redacción - revisión y edición.

Disponibilidad de datos: El conjunto de datos que apoya los resultados de este estudio no se encuentra disponible.

Editor responsable Miguel Casanova: [mjcasanova@um.edu.uy](mailto:mjcasanova@um.edu.uy)