

LA FACULTAD DE LA ADMINISTRACION DE MODIFICAR UNILATERALMENTE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS *

OSVALDO OELCKERS CAMUS
Universidad Católica de Valparaíso

1. El principal efecto de la contratación de Derecho Privado, es aquel por el cual los contratos tienen fuerza obligatoria entre las partes y no pueden quedar sin efecto sino por acuerdo entre ellas o por causas autorizadas por la ley. De este efecto se pueden extraer tres elementos que componen las características de la contratación privada. En primer lugar, el carácter obligatorio del contrato, que impone a los contratantes la obligación de cumplir el contrato que ellos mismos han celebrado, lo que les impide desligarse de sus obligaciones contractuales. En segundo lugar, la inmutabilidad del contrato, que al tener fuerza de ley impide la posibilidad de que él sea modificado a no ser que exista un mutuo consentimiento en ello. Y por último, la irrevocabilidad unilateral del contrato, salvo las causales establecidas por la ley. De estos tres elementos, se puede concluir de que en Derecho Privado no existe la posibilidad de que opere la mutabilidad de un contrato. Aquello pactado es lo que debe cumplirse y no otra cosa, a menos que sean las propias partes que lo celebraron las que le introduzcan modificaciones, decidan ponerle término u operen causales legales que someten a revisión o dejan sin efecto tales acuerdos contractuales. En lo que interesa, siempre deberá existir el

* Con especial referencia al contrato de obra pública y al Reglamento de Contratos de Obra Pública. D.S. 1340 de 8 de octubre de 1965. Ministerio de Obras Públicas.

acuerdo de ambas partes para mutar el contrato, jamás podrá una de ellas modificar unilateralmente aquel contrato ya celebrado.

En Derecho Administrativo, específicamente en el contrato administrativo, se debe tomar en consideración que la Administración desde el momento que celebra estos contratos, se ve obligada al cumplimiento de las prestaciones que en él se señalan, pues el contrato celebrado lleva consigo la llamada fuerza obligatoria, que de no estar presente, impediría que el negocio jurídico celebrado fuera un negocio de carácter contractual. La Administración al momento de fijar las cláusulas del contrato (pliegos de condiciones) determina la extensión de las prestaciones, tanto las propias como las del contratante, a las cuales ambos se someten. Pero por la finalidad y objeto de estos contratos, (interés público y servicio público) la Administración puede variar sus contenidos adecuándolos a las nuevas necesidades públicas que pueden haber surgido mediando la ejecución del contrato. Siempre es posible que las necesidades públicas puedan variar durante la ejecución sobre todo tratándose de contratos de obra pública que su ejecución se prolonga en el tiempo. Ante esta hipótesis, la Administración cuenta con facultades para entrar a modificar, e incluso en ciertos casos extremos a poner término anticipado al contrato administrativo y sin que pueda el contratante oponerse a ello¹.

La prerrogativa de la Administración de modificar el objeto del contrato se debe a que ella no puede ceder su potestad administrativa ni su responsabilidad frente al interés general. En virtud de ello, la Administración puede reformar con ciertas restricciones el objeto del contrato, modificando el contenido obligacional de él.

Es así como en los contratos administrativos la Administración no está ligada de una manera tan absoluta a como están ligados los particulares en los contratos civiles o mercantiles, pues ella dispone, al menos bajo ciertas formas y condiciones, no de la facultad general, absoluta y discrecional para modificar el objeto del contrato y las

¹ Ver G. Vedel. "Droit Administratif". Pág. 219 y ss.

obligaciones que de él emanan, sino que de una potestad o poder de instauración unilateral².

Existe una resolución del Conseil d'Etat, francés de 8 de febrero de 1918, "Arret Société d'Éclairage de Poissy", en la que se establece que todo contrato que interesa como objeto de él, la ejecución o funcionamiento de un servicio público, el Estado no contrata como un simple particular, pues no se trata de administrar intereses individuales. Contrata para una colectividad, para que el público, para el interés colectivo y general. Por lo tanto, siempre que celebre verdaderamente un contrato de servicio público, hace algo distinto a lo que hace en un contrato privado regido por normas civiles o comerciales. Puesto que el Estado hace algo distinto, no corresponde aplicar a este quehacer las mismas reglas aplicables a los contratos de Derecho Privado. De ahí a surgido la idea en que se basa todo el derecho de los contratos administrativos: que el contrato que tiene por objeto un servicio público, hay una situación diferente a la que se da en la contratación privada, situación que debe traducirse en diferentes principios y que aquí específicamente se manifiesta en la posibilidad de mutación del objeto de los contratos administrativos³.

En la posibilidad de modificar los contratos administrativos se conjugan dos principios. El primero y al que se le debe dar mayor importancia por el fundamento que encierra, es que el contrato administrativo lleva inserta la noción de servicio público; se pretende al celebrar estos contratos que se cumpla por parte del cocontratante con la ejecución o funcionamiento del servicio público. En la medida que surgan nuevas necesidades referidas a dicho servicio público podrá la Administración introducir modificaciones, adaptando el objeto contractual a esas nuevas necesidades, que son apreciadas por la propia Administración. Su justificación estará siempre en el interés público, fin del contrato y por el cual debe velar la Administración.

² Ver; A. de Laubadere. "Traite Théorique et Pratique des Contrats Administratif". Pág. 331. Tomo II.

³ Ver P. Weil, y M. Long. "Les grands arrêts de la jurisprudence administrative...". Pág. 75 y ss. París, 1965.

El segundo principio, será aquel por el cual el cocontratante no puede oponer a la Administración su propio interés cuando ella entre a modificar el objeto contractual. Sin perjuicio de lo anterior, se ha señalado que el cocontratante es un colaborador de la gestión administrativa pública que compete a la Administración y que se expresa por su participación en la ejecución o mantenimiento de un servicio público. A este cocontratante le corresponde una compensación justa por el cumplimiento de la obligación contractual, como asimismo la Administración debe compensarle por aquellas modificaciones que introduce en el contrato y que no se deben a culpa o negligencia del propio cocontratante. La importancia de estas compensaciones, es que ellas vienen a reafirmar la existencia de una seguridad, tanto económica como jurídica, presentes siempre en este tipo de contratos y que de alguna forma mitigan esta subordinación del cocontratante⁴.

En los contratos administrativos, además la Administración puede desligarse de sus obligaciones contractuales y poner término unilateralmente al contrato por razones de interés público, sin que exista motivo o falta alguna de parte del cocontratante, pero deberá mediar en estos casos una compensación por el daño producido a este cocontratante.

La doctrina, ha planteado una serie de justificaciones a esta elasticidad contractual administrativa⁵

a. En primer lugar, el interés público es muchas veces cambiante y la rigidez del contrato no puede impedir la adaptación a las nuevas necesidades. La Administración no puede verse atada por contratos inútiles; la satisfacción del interés público, como se ha señalado, es la

⁴ Ver G. Ariño O. "Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos". Pág. 165 y ss.

⁵ Ver R. Fernández de Velasco. "Los contratos administrativos". Pág. 184 y ss.- G. Pequignot. "Des contrats administratifs". Pág. 227 y ss.- J.L. Villar Palasí. (Cátedra) "Lecciones sobre Derecho Administrativo" Pág. 167 y ss. Tomo II.

finalidad del contrato y si se modifica falta o desaparece, surge inmediatamente la necesidad de modificación o de término a ese contrato administrativo. Si el contrato fuera inmutable, éste podría atentar contra el interés público. Es de imaginar, los perjuicios que se producirían si la Administración necesitara de acuerdos previos con el cocontratante para modificar o poner término anticipado al contrato. El tiempo que tomarían tales acuerdos sería demasiado frente a la urgencia de la nueva necesidad, o la dilación que pretendería el cocontratante frente a la imposibilidad real o aparente de ejecutar el nuevo servicio público o la modificación que se pretende introducir.

b. La complejidad de estos contratos, hace difícil detallar con toda precaución cada una de las posibles variaciones que puede experimentar el objeto del contrato. La larga duración de él puede dar lugar a cambios en las circunstancias que rodean su ejecución y que afectan al contenido de las obligaciones. Motivos todos que darán siempre la posibilidad a la Administración para variar o modificar el contrato original. Por la naturaleza de estos contratos y en razón del interés público, ellos deben estar sometidos a constantes revisiones, transformándose casi en una norma general el uso de la "potestad variadi" en el contrato administrativo⁶. De ahí, que se haya considerado a este poder de modificación unilateral de la Administración, como un poder absolutamente necesario, que debe ejercer cuando lo estime conveniente, pero siempre motivado por la variación de la necesidad pública. No puede la Administración renunciar a esta potestad en el contrato mismo, puesto que ella es una facultad de orden público inherente a la Administración en razón de su tutela por los intereses públicos. Por otra parte, la Administración puede introducir tales modificaciones sin necesidad de que las haya estipulado en las cláusulas contractuales, ellas operan de pleno derecho por las razones anteriormente señaladas. Respecto del cocontratante, la consecuencia de estos poderes de la administración se traduce en la imposibilidad de solicitar la resolución del contrato con las correspondientes indemnizaciones, como ocurriría en materia civil, sino que está

⁶ Ver S. Badaoui, "*Droit de l'Administration de modifier contrats*". Pág 49.

obligado a aceptarlas no pudiendo de ninguna forma oponerse a esta potestad unilateral, teniendo sí derecho a la compensación que corresponda y sólo en algunas situaciones a solicitar la terminación y liquidación del contrato.

c. Lo que la Administración busca en todo momento es la pronta ejecución del servicio público; que éste se realice en la forma más perfecta posible y bajo el menor costo, intención que se vería frustrada si ante cada modificación del contrato debería convocarse a una nueva licitación pública. Razón práctica por la cual la Administración hace uso de esta prerrogativa.

La legislación chilena, el RCOPCh,* DS 1340/65 M.O.P. y sus modificaciones, se refiere a este poder de modificación unilateral en los Arts. 47, 48, 49, señalando que el Ministerio podrá aumentar las cantidades de obra contemplada en el contrato o disminuirlas, reconociendo el derecho que le cabe al cocontratante para exigir las posibles compensaciones por el ejercicio de tal poder. Lo anterior se traduce en un reconocimiento a esta potestad de modificación unilateral. En todo caso, insistimos, la facultad de modificación unilateral del contrato administrativo la tiene la Administración no porque sea una atribución de la ley de contrato, sino por razones de orden público e incorporada al contrato en razón del ejercicio de las potestades públicas. Así el Art. 47 del RCOPCh, faculta para aumentar las cantidades de obra hasta en un 30% de cada partida del presupuesto de ejecución y hasta un total del 50% del precio del contrato inicial (Art. 12 D.L. 534/74) lo que da derecho al cocontratante a un pago compensatorio y a un aumento proporcionado del plazo de ejecución del contrato. En el evento que las modificaciones sobrepasen dicho 50% del presupuesto contractual, es posible el término del contrato. En el caso de disminuciones de obra, el contratista tendrá derecho a una indemnización igual al 10% del valor de la disminución que resulte en la liquidación final de los aumentos o disminuciones parciales de obras, a menos que la disminución derive de las causales de terminación administrativa y anticipada del contrato del

* Reglamento de Contratos de Obra Pública chilena.

Art. 92 del RCOPCh. Así pues, estas ampliaciones de obras no pueden establecer bases diferentes a las establecidas en las bases administrativas, el contrato sigue siendo el mismo, más aún, el aumento de obra debe corresponder al aumento del valor del contrato, sin que en razón de esta facultad puedan incorporarse al contrato la ejecución de nuevas obras que no tengan relación alguna con las originalmente contratadas. Los plazos de entrega deben ampliarse en relación a las mayores cantidades de obras que implique la modificación y que sean complementación de las obras contratadas y no obras menores desvinculadas con el objeto del contrato.

El artículo 48 del RCOPCH autoriza a que en casos calificados, puedan disponerse por resolución, aumentos en las cantidades de obras contratadas más allá de los límites parciales antes indicados, siempre que respondan a complementaciones de la obra contratada inicialmente fijándose previamente los precios unitarios de común acuerdo con los contratistas, como asimismo, conviniéndose el plazo.

Los precios que se pacten para los aumentos señalados no podrán exceder de los precios compensados o convenidos, según concierna, del contrato inicial, actualizados de acuerdo con el sistema de reajuste establecido en las bases de cada contrato, desde la fecha a la cual corresponden los precios hasta un mes antes del nuevo convenio.

Si no se llega a un acuerdo con el cocontratante respecto a los precios unitarios de los aumentos de obra a que se refiere este artículo, y la realización de esas obras es urgente, la autoridad respectiva podrá ordenar por resolución al contratista la ejecución inmediata de ellas, quien deberá realizarlas a los precios máximos del sistema antes indicado.

El artículo 49 del RCOPCh, igualmente establece la facultad de la autoridad ministerial de ordenar, dentro de los límites que se permiten, según lo señalado, y con el fin de llevar a un mejor término las obras contratadas, la modificación de las obras previstas, la ejecución de obras nuevas o extraordinarias, que en realidad son aumentos, o empleo de materiales no considerados. En estos casos debe convenirse con el cocontratante los precios y plazos que procedan. A falta de acuerdo, podrá disponerse, en caso de urgencia, la realización de esas obras pagándose al contratista los gastos directos comprobados de ellas, hasta un 30 % de esos valores para compensar los gastos generales y de utilidad. El pago se efectuará una vez aprobado por resolución el detalle y justificación de dichos gastos.

2. Existen diversos momentos en que se puede plantear una modificación y sus motivos más comunes.

Al respecto se debe señalar que la modificación unilateral se puede producir en cualquier momento que surja una necesidad pública que venga a complementar, o a diferir de aquella que motivó la celebración del contrato. Será la Administración la que determine el momento adecuado de plantearla. La modificación se puede producir al momento de replanteo, lo que supone la determinación, sobre el terreno, del objeto del contrato. Hasta este momento sólo está determinada la obra por los planos y demás condiciones técnicas del proyecto, existe un contrato de ejecución, pero no se ha confrontado con la realidad.

Adjudicada la obra, o mediando su ejecución es posible que la Administración y el cocontratante procedan a comprobar la adecuación del contrato a la realidad, pudiendo introducir modificaciones que vengan a mejorar el proyecto del contrato celebrado. Si las modificaciones del proyecto o disminución de las cantidades de obras previstas tienen su origen en una proposición escrita del cocontratante sobre la base de un proyecto completo, y si después de estudiado éste fuere aceptado y las modificaciones importan una economía con respecto al valor previsto en el contrato para la obra variada o modificada, el cocontratante tendrá derecho a un premio equivalente a un veinte por ciento del valor de la economía efectiva, el que se le pagará al terminar la ejecución de la variante propuesta.

La demora en la tramitación para aceptar esta clase de variantes o modificaciones no dará lugar a un aumento del plazo de ejecución de los trabajos, salvo casos plenamente justificados, en opinión de la autoridad que aceptó la propuesta. (Artículo 51 del RCOPCh.)

En todo caso, las obras a cuya construcción obliga el contrato de obra pública, deberán ejecutarse conforme lo señala el proyecto, pero además, deberá ejecutarse todo aquello que sea necesario para una buena construcción, aun cuando no se halle expresamente estipulado y así lo disponga la Administración. (Buena fe).

Ahora bien, por estudiado que esté el proyecto, jamás se determinará el volumen exacto de las distintas unidades de obra a realizar, (cimentación, excavaciones, ubicación de pilotes, configuración del subsuelo, etc.) lo que habrá de realizarse o adecuarse mientras se ejecuta la obra, toda modificación producto de estas situaciones deberá

contar con la aprobación de la Administración si proviene del cocontratante.

Otra situación es aquella en que la Administración, en razón del interés público, decide introducir en el proyecto modificaciones que produzcan un aumento o reducción y supresión de las unidades de obra establecidas en el proyecto. Como hemos visto, en estos casos el cocontratante está obligado a sufrir las modificaciones en un porcentaje que establece la ley y que está en relación con el presupuesto total de la obra⁷.

En relación a modificaciones por aumento de obras no comprendidas en el proyecto y presupuesto del mismo, debemos señalar que a diferencia de la modificación del objeto del contrato durante la ejecución del mismo — que se refiere a modificaciones del proyecto, pero siempre dentro del tipo de obras comprendidas en el contrato—, la modificación por aumentos de obras no comprendidas en el proyecto se refiere a la inclusión en el proyecto original de obras distintas, que no figuran en el presupuesto del contrato. El cocontratante aquí podrá oponerse a la inclusión de estas nuevas unidades de obra, porque importan un nuevo contrato⁸.

Las modificaciones por dificultades en la ejecución, dicen relación con el hecho que deben ejecutarse unidades de obras en condiciones distintas a las previstas. La doctrina francesa ha calificado esta situación como teoría de las sujeciones imprevistas, o sea, dificultades materiales en la realización de la obra que implican un mayor costo en su ejecución⁹.

⁷ Ver E. García de Enterría. "Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa". RAP. Nº 10, pág. 261 y ss.

⁸ Ver E. Delgado M. "Contratos administrativos de obras y servicios públicos". Pág. 121 y ss.

⁹ Ver G. Jeze. *Principios de Derecho Administrativo...* Tomo V, pág. 243 y ss. A. de Laubadere. "Traite Elementaire de Droit Administratif ..." Tomo II pág. 307. E. Sayaguez L. *Tratado de Derecho Administrativo* Tomo II, pág. 112.

En general, el contrato de obra pública genera obligaciones de resultado, estas modificaciones por dificultades materiales inciden sobre la actividad quedando fuera de la consideración de las partes al establecer el precio. De ahí, que el cocontratante no pueda negarse a su ejecución aunque le resulta más costoso debido a que el riesgo opera en su contra. Sin embargo, la Administración podrá apreciar discrecionalmente la existencia de la obra nueva, cuando de las circunstancias que rodean el contrato se desprenda una razón de equidad ¹⁰

Los riesgos serán traspasados a la Administración, la que deberá reembolsar al cocontratante los gastos ocasionados en razón de estas dificultades materiales de ejecución, cuando tales dificultades sean consecuencia de un hecho imprevisible para el cocontratante y que la mayor onerosidad sobrevinida suponga un verdadero desequilibrio en la economía del contrato, suponiendo para el cocontratante una carga adicional que va mucho más allá del área normal de la carga contractual ¹¹.

Las modificaciones producidas por las medidas legislativas de carácter general y no referidas específicamente a los contratos, repercuten en la ejecución de las obras públicas. Normalmente son circunstancias que vienen a modificar las condiciones económicas del contrato, pero de forma indirecta pues responden a razones distintas al servicio público y a la necesidad pública que trata de satisfacer el contrato administrativo ¹².

En efecto, tales modificaciones pueden resultar de medidas legislativas o reglamentarias dictadas por los organismos competentes y que

¹⁰ A. de Laubadere. *Traite ...* Ob. Cit. Tomo II, pág. 308.

¹¹ Ver, F. Soto N. *El caso fortuito y la fuerza mayor, (los riesgos en la contratación)*. Pág. 116 y ss.

¹² Estas modificaciones constituyen el llamado "hecho del príncipe", que no se debe confundir con el Poder de modificación unilateral y que solo incorporamos aquí para dar una visión amplia y de conjunto de las posibles modificaciones que puede sufrir el contrato. Ver Osvaldo Oelckers Camus. "Los riesgos y el equivalente económico en el contrato de obra pública". *Revista de Derecho UCV* N° IV, 1980.

inciden en los costos del contrato. Así, el RCOPCh, en los Arts. 52 y 53 establecen reajustes al contrato en cada uno de los estados de pago mensuales en un monto de un 100% de la variación del índice de precios al consumidor para el mes correspondiente, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, a menos que señale expresamente en el pliego de condiciones otra fórmula de reajuste. En derecho administrativo en el régimen de los contratos públicos es la propia norma administrativa la que fija la reajustabilidad de estos contratos, reajustabilidad que es fijada por un organismo administrativo, fuera del contexto de contrato. También, si se elevan los derechos aduaneros o impuestos fiscales, el contratante tendrá derecho a que se le reembolsen las mayores sumas que compruebe haber pagado por dichos aumentos. Art. 53 RCOPCh.

Fuera de los reajustes y aumentos señalados no habrá reajustes o aumentos por ningún otro concepto salvo los que se puedan contener en el pliego de condiciones previa aprobación del Director General de Obras Públicas.

La crítica a este sistema general de reajustabilidad podría hacerse desde la perspectiva que el Índice de Precios al Consumidor no es un índice real de los insumos y gastos que prevalecen en un contrato administrativo como es el de obra pública, pues dicho índice hace referencia a un costo general del alza de precios de una canasta variada de productos, siendo los bienes de construcción y combustibles los que definen en mayor medida las variaciones de precios en las obras públicas. Este sistema de reajustabilidad no es a nuestro entender el más adecuado al no ser un reflejo real de las alzas específicas de consumos que afectan a estos contratos.

Por último, en todos los casos, la aprobación de cada una de las modificaciones que se introducen al contrato y del presupuesto adicional que autoriza el gasto, debe hacerse por la autoridad administrativa competente que no es otro que el propio órgano administrativo contratante.

3. Las limitaciones al poder de modificación unilateral del contrato administrativo por la Administración.

La Administración si bien tiene el poder unilateral de modificar los contratos administrativos debe ejercerlo dentro de ciertos límites.

Como se señalaba, no se trata ésta de un poder absoluto y discrecional, sino que un poder sujeto a ciertos márgenes de actuación.

Los límites del ejercicio de ese poder se pueden buscar en la ley; en el propio contrato; y en aquellos principios generales que informan la contratación administrativa.

En efecto, la primera limitación surge de la aplicación del principio de la legalidad. Tal es así, que cualquiera actuación de la Administración tendiente a modificar unilateralmente el contrato administrativo debe ajustarse al ordenamiento jurídico. Así pues, se deben respetar ciertas normas preestablecidas que dan origen y enmarcan al actuar administrativo. Además, la Administración debe respetar las normas legales o reglamentarias que conforman el régimen jurídico del contrato administrativo propiamente tal. La Administración deberá ajustarse a ellas no sólo al momento de contratar sino también al introducir modificaciones. No puede tampoco la Administración pretender en el contrato modificar las normas legales, pues con ello entraría a violar la pirámide normativa con una manifiesta ilegalidad en su actuar¹³.

Por otro lado, el poder de modificación unilateral que se traduce en un cambio en la ejecución del contrato, y que sólo puede responder a un cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de celebrarlo, indica que este poder de modificación unilateral no es consecuencia del ejercicio sin límites del poder o facultad discrecional de la Administración, sino que su ejercicio está supeditado a ciertas y determinadas condiciones que lo justifiquen. Se supone necesario este cambio de circunstancias, referidas a los intereses públicos, debido a que si éstos no se producen, la Administración no puede ordenar las modificaciones que pretende. De ahí, que el cambio de circunstancias o condiciones en que se pactó el contrato vienen a dar justificación al ejercicio de este poder unilateral¹⁴.

¹³ Ver A. de Laubadere, *Traité Theorique et Pratique des contrats Administratif*. Tomo II pág. 338.

¹⁴ Ver A. de Laubadere. *Traite Theorique ...* Ob. Cit. Tomo II, pág. 338, 339, 340.

Utilizando la idea del cambio de circunstancias contractuales, la jurisprudencia del Conseil d'Etat francés ha consagrado de un modo definitivo la potestad administrativa de modificar las cláusulas de un contrato administrativo. Así ocurrió en el "arret Viette", de 26 de mayo de 1930. Se trataba de una concesión de alumbrado público. En una de las cláusulas contractuales, se estipulaba que el concesionario no estaba obligado a producir energía eléctrica de fuerza superior a 70 C.V. El Conseil d'Etat, entendió que en razón del desarrollo del consumo y las necesidades de la población, la Administración podía imponer un límite más elevado de fuerza eléctrica producida. Como se observa, las circunstancias variaron en razón de los intereses públicos comprometidos, lo que motivó a la Administración a modificar el contenido del contrato. En un sentido análogo se pronunció el Conseil d'Etat en el "arret Compagnie Generale des Edex", de 12 de mayo de 1933¹⁵.

Ahora bien, si el ejercicio del poder de modificación unilateral supone este cambio de circunstancias, es la Administración la encargada de apreciar tal cambio, la cual, a pesar de que goza de cierta libertad, no puede cometer arbitrariedades. Las posibilidades de apreciación se encuentran limitadas por las normas que entregan a la Administración facultades discrecionales, además de aquellas otras limitaciones derivadas de los principios de justicia, igualdad, racionalidad y proporcionalidad, todos principios generales que conforman también parte del ordenamiento jurídico público¹⁶.

Además de estos límites generales que se han señalado, existen otras limitaciones derivadas del contrato mismo. Es así, la Administración a nuestro entender sólo puede introducir modificaciones respecto de aquellas cláusulas contractuales que regulan la ejecución regular y permanente del servicio público, debido a que sólo en éstas

¹⁵ Ver P. Weil, M. Long. *Les grands arrêts* Ob. Cit. pág. 146 y ss.

¹⁶ Ver A.R. Brewer Carías. "La facultad de la Administración de modificar unilateralmente los Contratos Administrativos. Especial referencia a los Contratos de Obra Pública en el Derecho Venezolano". *Rev. de Derecho Español y Americano*. N° 19, pág. 32 y ss. 1968.

cláusulas el interés público coloca en situación de adaptación ante la nueva necesidad pública. Las otras disposiciones contenidas en el contrato no pueden ser modificadas unilateralmente por la Administración. Así, no se podrán ordenar otras modificaciones que las que tienen una causa jurídica de adaptación contractual, a saber, el mismo servicio público¹⁷.

De la afirmación anterior, emana como resultado lo siguiente. El poder de modificación unilateral no puede operar para cambiar absolutamente el objeto del contrato constituido por la ejecución de un servicio público, puesto que la Administración y el cocontratante han concluido el contrato teniendo en cuenta un determinado objeto que no es otro que ese servicio público determinado en las cláusulas contractuales. Por lo tanto, la Administración no puede pretender imponer una modificación que conduzca a desnaturalizar el contrato, dándole un objeto distinto, diferente a aquel que ha sido establecido por la intención común de las partes. Esto no sería modificar el contrato celebrado, sino que sería entrar a celebrar un contrato nuevo, diferente al ya concluido. Luego, este poder de modificación unilateral no puede implicar que los cambios o modificaciones sean de tal magnitud que transformen sustancialmente el contrato administrativo. Por eso, en los contratos administrativos se debe distinguir entre aquellas cláusulas que interesan para la ejecución o funcionamiento del servicio público y aquellas otras que son extrañas a ese servicio público y que se refieran esencialmente a las ventajas que dicho contrato produce para el cocontratante, o aquellas otras, que se refieren a los elementos financieros del contrato¹⁸. Estas Cláusulas no podrán ser modificadas unilateralmente puesto que no responden a las exigencias del servicio público, sino que constituyen derechos patrimoniales, que deberán siempre respetarse para evitar confabulaciones posteriores a la licitación y en beneficio de la seguridad económica, jurídica y administrativa de esta contratación.

¹⁷ Ver A. Flamme. *Los contratos de obra pública de la Administración*. Ponencia general, X Congreso Internacional de Ciencias Administrativas. Madrid. Actas pág. 84. 1957.

¹⁸ Ver A. de Laubadere. *Traite Elementaire* Ob. Cit. Tomo II. pág. 301.

Otra de las limitaciones a este poder de modificación unilateral de la Administración en la contratación administrativa, es aquella que imponen los principios generales que informan la ejecución de estos contratos. Según las normas generales, los contratos deben ejecutarse de buena fe y generan obligaciones no sólo para cumplir lo expresado en ellos, sino que para cumplir todas aquellas consecuencias que derivan del contrato, o que por ley o costumbre pertenecen a él. Este principio absolutamente válido en la contratación administrativa y que es complementado con el grado de desigualdad entre las partes contratantes, viene a limitar el poder de modificación de la Administración. Debido a esto, es necesario una protección para el cocontratante y que pensamos, surge del grado de racionalidad que debe existir por parte de la Administración al introducir tales modificaciones. De ahí, que el principio de la buena fe juega un papel limitador al poder de modificación del contrato que tiene la Administración, puesto que él viene a temperar y hacer menos irrestricto, menos absoluto y menos discrecional esta potestad administrativa. Así, la Administración no podrá introducir cambios al contrato que sobrepasen de una medida lógica, o que excedan de las posibilidades razonables del cocontratante. Toda modificación, deberá quedar encuadrada dentro de standard de razonabilidad¹⁹. Por otro lado, las modificaciones no deben exceder de los medios de que puede disponer el cocontratante, la Administración debe apreciar las reales posibilidades tanto técnicas como económicas del cocontratante y no excederse de tales posibilidades, en razón de la rapidez en la ejecución del servicio público. Si la Administración exigiera al cocontratante más de lo que éste pueda dar y a lo que está obligado a dar, tendrá, este último, el derecho a pedir el cumplimiento de lo pactado o a pedir el término del contrato sin culpa, procediendo las indemnizaciones que correspondan ²⁰.

¹⁹ Ver A. de Laubadere. *Traite Theorique* Ob. Cit. Tomo II. pág. 342. M.A. Bercaitz. *Teoría General* Ob. Cit. págs. 304 a 306.

²⁰ Ver A. de Laubadere. *Traite Theorique* Ob. Cit. Tomo II, pág. 395. G. Jeze. *Principios* Ob. Cit. Tomo IV pág. 234 y 235. F. Garrido Falla. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, pág. 88.

Además, la Administración no puede introducir en el contrato modificaciones que por su importancia y amplitud conduzcan a un trastorno grave de la economía contractual, (a menos que lo acepte el cocontratante, ante lo cual va a existir un acuerdo de voluntades y no una modificación unilateral, y siempre que se produzcan las compensaciones por el mayor gasto), para lo cual deberá realizarse una real investigación sobre si la modificación conduce o no a un trastorno grave del contrato o a su desnaturalización, en relación a la concepción que de él se habían hecho ambas partes al momento del acuerdo contractual.

Por otra parte, debemos señalar que en doctrina se ha planteado el problema de la inexistencia del poder de modificación unilateral que tiene la Administración en los contratos administrativos. Lo niegan, señalando que el principio que se desprende de la figura del contrato administrativo es el poder que tiene la Administración de ejercitar las facultades de la policía que el ordenamiento jurídico le atribuye. Como consecuencia, se debe reafirmar que el único principio sobre esta materia en la contratación administrativa es el principio de la fuerza obligatoria del contrato, vigente tanto para la Administración como para el cocontratante, puesto que si no fuera así, no podría hablarse de contrato²¹.

Este criterio no difiere en esencia de aquel que sustentamos y no difiere puesto que el planteamiento anterior atribuye a la Administración la facultad de ejercitar los poderes de policía cuando el interés público así lo reclame, lo que se traduce en una modificación del acuerdo expresado en el contrato. En lo que sí se diferencia, es en el hecho que este poder de modificación la Administración lo tiene en base a los poderes de policía que bajo el principio contractual son aquellos destinados a asegurar la buena marcha del servicio público o de su ejecución y no como consecuencia del contrato celebrado, aun cuando en ambos casos es el ordenamiento jurídico el que atribuye tales poderes. Lo que sí defendemos es que aunque exista poder de

²¹ Ver F.B. Bencit. *De l' inexistence d' un pouvoir de modification unilateral dans les contrats administratifs*. Pág. 31 y ss. París 1960.

modificación unilateral existe contrato, puesto que este poder se manifiesta en su aplicación real una vez celebrado el contrato, luego de que éste exista, y sólo se aplica si cambian las circunstancias de interés público que llevaron a celebrarlo.

4. Consecuencias de la modificación unilateral del contrato por parte de la Administración.

Este poder de modificación unilateral de la Administración manifestado dentro de la contratación administrativa, trae ciertas consecuencias, que se traducen en el derecho que tiene el cocontratante a solicitar una compensación por la modificación introducida, a solicitar una prórroga en los plazos de entrega, o, en el caso de que sea excesiva y no tenga un carácter obligatorio a solicitar la terminación del contrato, más la eventual indemnización de perjuicios.

En efecto, si la Administración puede por decisiones unilaterales introducir cambios y modificar las obligaciones contractuales, también está obligada a otorgar una compensación pecuniaria en razón a que la modificación implica la ejecución de nuevas obras. O sea, al cocontratante le nace un derecho a ser indemnizado por la vía de la compensación puesto que sin que medie culpa o negligencia alguna de su parte, la Administración altera el contrato produciendo un desequilibrio económico en las prestaciones. De ahí que tal compensación deba proceder conforme a la justicia y a la equidad. El cocontratante deberá sí no haber interrumpido en ningún momento la ejecución del servicio público.

Los Arts. 47, 48, 49 del RCOPCh, y Art. 12 del D.L. 534/74 señalan para el caso de que se entre a modificar la obra y calculado el valor que implican tales modificaciones, el cocontratante tendrá derecho a una indemnización igual al 10% del valor de la disminución, y si significa un aumento del valor del contrato, hasta en un 30% por cada partida del presupuesto original, tendrá derecho a su pago, a los precios unitarios compensados de su contrato y a un aumento proporcional del plazo del contrato. Cabe también en ciertos casos, la modificación del contrato en más de un 30%, fijándose de común acuerdo los precios unitarios y el plazo de entrega. Si la alteración produce un desequilibrio económico de un 50% o más, en relación al presupuesto original del contrato, el cocontratante podrá oponerse a seguir adelante con el contrato modificado, debiéndose llamar a

nuevas propuestas. En todo caso, y en forma previa a la nueva licitación, podrá la Administración exigir la ejecución inmediata de las modificaciones no consideradas en el contrato original, siempre y cuando ellas sean urgentes, pagándose al cocontratante los gastos comprobados y directos por la obra más un 30% de esos valores para compensar los gastos generales y la utilidad. Esta última forma de modificación se refiere solamente a complementaciones de las obras contratadas.

Las posibles indemnizaciones que pueden surgir ante la negativa del cocontratante de seguir adelante con la ejecución del contrato modificado, deben responder a lo siguiente. En primer lugar, la indemnización para que pueda ser reclamada por el cocontratante, debe responder a los perjuicios reales sufridos por él, lo que deberá necesariamente ser probado. En segundo lugar, la indemnización deberá ser total o sea debe compensar íntegramente los daños provocados al cocontratante ²².

Por otra parte, si el cocontratante decide seguir adelante con el contrato, debe mediar la compensación que ya señalábamos, para lo cual deberá tomarse en cuenta lo siguiente. En primer lugar, deberá estarse a los precios señalados en el contrato, o sea, a lo que está calculado y estipulado en él. En segundo lugar, deberán analizarse los aumentos de obras y sus precios; lo que va a determinar el monto de la compensación, el que será un porcentaje de este nuevo presupuesto y que vendrá a compensar la ejecución de esta nueva obra. Para el caso de que no exista acuerdo entre la Administración y el cocontratante y ya se ha ejecutado parte o la totalidad de la nueva obra, será el juez del contrato el que fije tal compensación de manera que cubra todos los aumentos de las nuevas cargas impuestas al contrato. Si no existe acuerdo y aún no comienza la ejecución podrá a nuestro entender, solicitarse la terminación del contrato y su liquidación, ante lo cual la Administración deberá llamar a una nueva licitación.

El fundamento del derecho a compensación en los supuestos de ejecución del contrato modificado, radica en la necesidad de reesta-

²² Ver: F. Garrido Falla. *Tratado de ...* Ob. Cit. Tomo II pág. 88.

blecer el equilibrio financiero del contrato. Si este equilibrio en las prestaciones se rompe por las modificaciones unilaterales, el cocontratante para seguir adelante con la ejecución tiene el derecho a solicitar a la Administración que restablezca el equilibrio económico original del contrato ²³.

El equilibrio financiero será entonces la relación establecida por las partes contratantes al momento de acuerdo contractual, relación entre un conjunto de derechos y obligaciones del cocontratante y un conjunto de derechos y obligaciones de la Administración, que en el momento del acuerdo se han considerado equivalentes. De ahí, que el equilibrio financiero se expresa por la común intención de las partes en que sea mantenida la ecuación inicial del contrato. En todo caso, este equilibrio económico no es un derecho del cocontratante para solicitar una prestación beneficiosa, se trata, de un derecho a que se mantenga durante la ejecución del contrato, una equivalencia entre las ventajas y las obligaciones que tiene cada una de las partes contratantes y en la misma forma como se habían calculado al momento de la celebración del contrato ²⁴.

Pequignot, ha realizado un análisis de esta ecuación financiera del contrato administrativo, desde el punto de vista matemático y nos ha dicho: "Al carácter estático del contrato de Derecho Privado, que es del tipo de la ecuación $a = b$, se opone el dinamismo del contrato administrativo, el cual es del tipo de proporción $\frac{a}{b} = \frac{a'}{b'}$, en

el sentido de que si en el primer caso las prestaciones a y b , contractualmente asumidas, deben quedar inmutables, en el segundo en cambio, las prestaciones que pesan sobre las partes puedan variar a' y b' , pero su relación se mantiene constante"²⁵.

²³ Ver G. Ariño O. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Pág. 244 y ss.

²⁴ Ver; g. Ariño O. *Teoría del ...*. Ob. Cit. pág. 92.

²⁵ Ver; G. Pequignot. *Des Contrats Administratif*. Pág. 11. Fasc. 511.

El aspecto financiero presenta aquí más importancia que en el Derecho Privado, puesto que lo se debe establecer para lograr el equilibrio económico del contrato es el valor de la relación: derechos-obligaciones de la Administración y derechos-obligaciones del cocontratante, ambos al momento del acuerdo. En la medida de que uno de estos varíe, se produce el desequilibrio financiero y para lograr restablecerlo se debe analizar dónde se ha producido el aumento o la baja de los derechos-obligaciones. Una vez detectada tal variación, se debe restablecer el equilibrio mediante la compensación. Por el poder unilateral de modificación que está atribuido sólo a la Administración, se observará que el desequilibrio se produce siempre en los derechos-obligaciones del cocontratante, luego la operación compensatoria operará siempre hacia él y no hacia la Administración²⁶.

Pensamos que el ejercicio del poder de modificación por parte de la Administración puede también generar el derecho del cocontratante a pedir la terminación del contrato. La condición de ello estará dada por modificaciones consideradas como excesivas por parte del cocontratante, modificaciones que traspasan lo justo y lo razonable, además que la capacidad económica y técnica del cocontratante. Este podrá pedir la terminación del contrato por lo inaceptable de las condiciones modificatorias, y que en nuestra legislación se produce por modificaciones que vayan más allá del 50% del precio del contrato inicial, con lo cual deberá procederse a la liquidación del contrato²⁷.

Por otra parte, se debe señalar que puede ocurrir que el contrato administrativo se vea modificado por acuerdo de las partes contratantes. Si el acuerdo es necesario para la correcta ejecución del contrato y éste no se logra, puede la Administración poner término uni-

²⁶ De esta fundamentación, nacen los llamados derechos o prerrogativas del cocontratante, en el Contrato Administrativo. Ver Oelckers Camus Osvaldo. *Los Riesgos y el equivalente económico en el contrato administrativo de Obra Pública*. Revista de Derecho N° IV, 1980 pág. 179 y ss. Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

²⁷ Ver Bielsa. *Estudios de Derecho Público*. Tomo I, pág. 478. Lo justo y razonable en el Derecho.

lateralmente al contrato por razón de interés público, pagando al cocontratante sólo lo que ha realizado o ejecutado, puesto que lo que está de por medio es el propio interés general y es el cocontratante el que por su voluntad se niega a la ejecución de la modificación contractual.

A nuestro entender, no procedería indemnización, o ella debiera ser mínima, como se establece en nuestra legislación, Art. 47 RCOPCh, en los casos de modificaciones contractuales de supresión y reducción de obras, especialmente por los pretendidos beneficios que hubiese podido obtener en la parte reducida o suprimida. El principio de la igualdad ante los beneficios públicos determina que no se abone al cocontratante este lucro cesante debido a que tal beneficio resultaría de unas obras o prestaciones que después de contratadas, se comprueba que no son de utilidad para el interés público, sin que desde el punto de vista de la Administración haya medido culpa u negligencia en su planteamiento o antijuricidad en sus decisiones, pues si fueran ocasionadas por culpa o negligencia de los agentes de la Administración, ella deberá indemnizar el lucro cesante sin perjuicio de ejercitar después las acciones pertinentes en contra de tal funcionario²⁸.

Por último, la Administración puede acordar la suspensión definitiva (término anticipado) o temporal de las obras cuando no hayan fondos para su financiamiento o cuando así lo aconsejen las necesidades del servicio. En caso de paralización de faenas, decretadas por la Administración, al cocontratante se le indemnizará los mayores gastos generales proporcionales al plazo de paralización. Frente al silencio de la propuesta, los gastos generales corresponden a un 129% de ella. Si la suspensión de las obras acordada por la Administración se prolonga por más de 2 meses, el contratista podrá pedir la terminación del contrato y su liquidación. De aquí surge la obligación de la Administración de indemnizar al cocontratante, en un porcentaje

²⁸ Para un estudio de la lesión. Ver R. Gómez Acebo *Revisión del concepto de lesión: su estructura técnica*. Rev. Der. Privado de junio de 1950. Pág. 141 y ss. P. Pssipow. *De la lésion. Etude de Droit positif et de Droit Comparé*. Pág. 69 y ss. París 1983.

del valor primitivo del contrato, considerándose los aumentos y disminuciones que la obra haya tenido, todo debidamente reajustado. La indemnización deberá pagarse dentro del plazo de 30 días de la tramitación de la resolución que la ordena y el retraso dará derecho al cocontratante a cobrar un interés de un 8% anual. (Art. 89 y 90 RCOPCh).

Este último aspecto se escapa ya del tema principal puesto que él se refiere a la posibilidad que tiene la Administración de poner término administrativamente y en forma anticipada un contrato administrativo, tema que se vincula con la extinción del contrato Administrativo ²⁹.

²⁹ Ver; Osvaldo Oelckers Camus. *La extinción del contrato administrativo de obra pública*. *Revista de Derecho*. Universidad Católica de Valparaíso. N^o 10, págs. 209 y ss. 1985.