

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA LICITACIÓN PÚBLICA Y LA POTESTAD MODIFICATORIA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS¹

por BELTRÁN GAMBIER

SUMARIO: 1. Introducción. - 2. El *principio de igualdad* en la licitación pública. - 3. La potestad modificatoria o *potestas variandi*: alcance, fundamento y límites. Modificaciones ordinarias y extraordinarias. - 4. Coexistencia del *principio de igualdad* con la *potestas variandi* de la Administración. 4.1. El *principio de igualdad* está dirigido primordialmente a regir en la etapa de selección. 4.2. La *potestas variandi* exige siempre la presencia de un interés público comprometido: pautas para determinar su presencia como habilitante de su ejercicio. A. La eficiencia y la eficacia en los servicios públicos. B. El cambio de circunstancias. C. La ecuación económico-financiera del contrato desde la perspectiva de la Administración: inexistencia de ventajas e inconveniencia de llamar a nueva licitación. D. El ahorro público. 4.3. Modificación del pliego de condiciones después de presentadas las ofertas y en el momento de la firma del contrato: a propósito de las privatizaciones de colaboración en la ejecución de los contratos administrativos y la *potestas variandi*. - 6. Legitimidad del ejercicio de la *potestas variandi*: cuál es el interés público que debe prevalecer. - 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN.

Entre los principios esenciales que rigen la licitación pública se halla el de la igualdad entre los oferentes o licitadores.

Enseña Marienhoff que mediante el respeto a este principio, al de *oposición o concurrencia* y al de *publicidad*, se puede concebir a la licitación pública como un instituto saludable para los intereses públicos y agrega que su falta de observación desvirtúa los fines de la licitación pública, viciándola jurídicamente².

¹ Este trabajo ha sido preparado para la obra colectiva en Homenaje al Prof. Dr. Miguel S. Marienhoff que se halla en prensa.

² Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, 4ª ed., actualizada, Buenos Aires, 1994, p. 200 (nº 638).

El principio general de igualdad cobra especial relevancia durante el trámite de la licitación. Durante este procedimiento se presentan habitualmente —a veces no de un modo claro o manifiesto— distintos supuestos de trasgresión a la igualdad entre los oferentes o licitadores. Desde el momento en que se gesta un pliego de bases y condiciones, pasando por el que los interesados toman conocimiento de sus términos y analizan la posibilidad de concurrir a la licitación, hasta llegar al estadio en que se verifica el cumplimiento de los recaudos formales de las ofertas para decidir sobre su admisibilidad y, en su caso, sobre cuál será la elegida, el principio de igualdad debe informar toda la actuación de la Administración.

Pero su vigencia trasciende esa etapa y debe regir, como principio y con ciertas modulaciones, durante toda la ejecución del contrato administrativo para preservar los derechos de los oferentes que hayan participado en la licitación en tanto un cambio en la modalidad de la ejecución del contrato podría permitirles sostener que de haberlo conocido en su momento hubieran variado el contenido y alcance de sus ofertas. En este sentido, ha expresado Marienhoff que se quiebra la igualdad “si después de adjudicado el contrato, se alteran las bases de la licitación y se introduce una variante que implique beneficiar, al margen de las condiciones generales de la licitación, al que resultó adjudicatario”³. Para poder ejercer el control de esta circunstancia, Gordillo propone que se prevea expresamente “el derecho como mínimo de los oferentes que no han ganado la licitación y preferiblemente del público en general, a poder informarse posteriormente cómo se ejecuta el contrato, para que no se den al adjudicatario ventajas indebidas que no estaban en el pliego de condiciones, sin haberse alterado las circunstancias tenidas en cuenta”⁴.

³ Marienhoff, ob. cit., t. III-A, p. 205; Agustín A. Gordillo, *El informalismo y la concurrencia en la licitación pública*, “Revista de Derecho Administrativo”, n° 11, setiembre-diciembre de 1992, ps. 298/299, al aludir a la improcedencia de otorgar ventajas especiales al adjudicatario, dice que ello ocurre si de haberse dado a los otros oferentes éstos hubieran cotizado más bajo, añadiendo que, en tal caso, “el oferente que no ganó, bien pudo haber hecho una oferta mejor, de haber sabido que luego en la ejecución del contrato le dispensarían, sin causa sobrevenida, de alguna de las obligaciones establecidas en el pliego”.

⁴ Gordillo, *El informalismo...*, cit., p. 298. Para honrar el principio de la publicidad de los actos de gobierno y permitir el ejercicio del derecho a la información que permite el control de la Administración, me parece imprescindible la creación de una oficina gubernamental que tenga por objeto brindar a los ciudadanos que así lo requieran información sobre la administración en general y sobre los contratos en particular. Con esta idea formulé una petición al defensor del pueblo, a título personal, que fue caratulada así: “Gambier, Beltrán, s/ Solicitud de adopción de medidas que posibiliten la publicidad de los actos de gobierno y el ejercicio de los derechos a la información y a peticionar a las autoridades”, expediente 004433/95.

Por otra parte, la normativa en la materia, con sustento en una ya tradicional línea doctrinaria, usualmente le reconoce a la Administración la potestad de variar el modo de ejecución del contrato administrativo⁵, aunque con ciertas limitaciones, para la mejor satisfacción del interés público. Generalmente las legislaciones especiales establecen un tope de porcentaje para el aumento o disminución de las prestaciones del contrato. Éste opera, en principio, como garantía del contratista que conoce de antemano cuáles son los límites de la Administración, la cual no puede —en una hipótesis de aumento— ser obligada a realizar prestaciones por encima del límite legal sin su consentimiento⁶. Pero también lleva ínsito al interés público⁷, dado que ésa es la pauta tenida en cuenta por los interesados en la licitación al momento de evaluar la magnitud del contrato. Aun sin estar expresamente prevista en el contrato administrativo, esta potestad es reconocida a la Administración.

Me propongo analizar, en este trabajo de homenaje al querido Maestro Don Miguel S. Marienhoff, la relación entre el *principio de igualdad* y la denominada *potestas variandi* en el marco de la contratación pública.

2. EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD EN LA LICITACIÓN PÚBLICA.

Señala Cassagne que “del mismo modo que hay una igualdad ante la ley reconocida por un texto constitucional expreso, existe la igualdad ante la Administración, en cuanto es la principal gestora del bien común que debe imponer cargas y distribuir bienes de acuerdo al principio de igualdad”⁸. Dentro de ella se encuentra la igualdad en el

⁵ Así: arts. 30 y 53 de la ley 13.064. El inc. 84 de la reglamentación del art. 61 de la Ley de Contabilidad (decreto 5720/72), referido al contrato de suministro, también prevé el aumento o disminución de la prestación. Lo mismo se establecía en muchos de los reglamentos de contrataciones de las empresas y sociedades del Estado que hoy se hallan privatizadas.

⁶ Ver: Osvaldo Máximo Bezzi, *El contrato de obra pública*, Buenos Aires, 1982, p. 154, quien señala que “debe entenderse —como lo hace la S.C.B.A.— que cuando la ley alude a modificaciones que no excedan en conjunto del 20 % del monto de la obra, lo hace no para impedir que se dispongan obras de mayor entidad, sino para importar al contratista la obligación de tolerar las que se ordenen dentro de esos límites, en las condiciones del precepto legal”.

⁷ Este tope tiene por finalidad proteger al particular de una exigencia que lo coloque fuera de las expectativas que tenía al presentarse a la licitación pública. Sin embargo, también podría considerarse como una pauta general de administración que debe orientar a los particulares que integran la comunidad de posibles contratistas. Éstos pueden considerar que el objeto de la licitación refleja la seria evaluación del órgano licitante de sus necesidades. Se trata de evitar que el órgano licitante convoque a los oferentes para un contrato cuya extensión es sólo tentativa.

ámbito de la contratación pública, la cual no significa otra cosa que mantener en un mismo plano a aquellos que quieren acceder a un contrato con la Administración⁹.

Como ya vimos, la vigencia de la garantía de igualdad debe comenzar cuando la Administración decide el modo de seleccionar a su contratista y continuar en la etapa de ejecución del contrato. En este sentido, coincido con Barra, quien aunque aludiendo al principio que denomina de correcto tratamiento —para él una aplicación al caso, según su modo de ver, del *principio de igualdad comparativa o proporcional*¹⁰— sostiene que éste “trasciende el ámbito de la etapa selectiva del contratista para trasladarse a los posteriores momentos de celebración y ejecución del contrato, obligando a que, en estas ulteriores etapas no se establezcan modificaciones a las condiciones contractuales (definidas en los pliegos licitatorios, la oferta del contratista, el acto de adjudicación y el texto mismo del contrato) que impliquen beneficios al margen de las condiciones generales de la licitación al que resulta adjudicatario”¹¹.

Combinando la noción de interés público con el *principio de igualdad*, señala Marienhoff que “las modificaciones que se hicieren de las bases de la licitación o de las condiciones contenidas en la oferta aceptada, aunque no fueran impugnadas por los licitadores u oferentes como agraviantes al principio de igualdad que debe regir en la licitación, pueden serlo directamente, por la propia Administración Pública, como dañosas para el interés público, pues ello habría determinado la «ilicitud» de la adjudicación o del respectivo contrato formalizado”¹².

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, y en especial la noción de ventaja al contratista, entiendo que no será violatoria del principio de igualdad aquella modificación del contrato que se introduzca cualquiera que sea el oferente elegido y que, además, revista características que impidan a los oferentes considerar que, de haberla cono-

⁸ Juan Carlos Cassagne, *La igualdad en la contratación administrativa*, “El Derecho”, t. 101, p. 901.

⁹ Cassagne, *La igualdad*. . . , cit., p. 901.

¹⁰ Rodolfo Carlos Barra, *Contrato de obra pública*, t. 2, Buenos Aires, 1986, ps. 452 y ss., quien señala que este principio rige para todo el derecho administrativo como resultado de su fundamentación en las exigencias de la justicia distributiva y que impone a la Administración el observar una conducta imparcial frente a todos los oferentes, evitando, tanto en la redacción de los pliegos como en la misma elección del tipo de procedimiento a seguir, y luego durante toda la tramitación de ese procedimiento, establecer beneficios en favor de uno de los concurrentes sin que los mismos beneficios estén en condiciones de ser alcanzados por los restantes oferentes.

¹¹ Barra, ob. cit., t. 2, p. 456.

¹² Marienhoff, ob. cit., p. 207. Estimo que un ejemplo de modificación en las condiciones de ejecución podría estar constituido por la justificación de los incumplimientos de las obligaciones de los contratistas.

cido, hubieran modificado la cuantía o alcance de su oferta. Me parece que esto último sólo puede ocurrir cuando se otorga una ventaja en el modo de cumplimiento¹³ que trasciende inmediatamente al plano de la ecuación económico-financiera, pero no cuando se varía el objeto del contrato con el claro propósito de propender a una mejor satisfacción del interés público.

3. LA POTESTAD MODIFICATORIA O *POTESTAS VARIANDI*: ALCANCE, FUNDAMENTO Y LÍMITES. MODIFICACIONES *ORDINARIAS* Y *EXTRAORDINARIAS*.

La potestad estatal para modificar los contratos administrativos puede traducirse en un aumento o en una disminución de la prestación o en una prestación diferente. Puede incidir sobre la duración de aquéllos y sobre las condiciones de ejecución^{14, 15}. Considera Marienhoff que esta prerrogativa se halla ínsita en todo tipo de contratos y que constituye una cláusula exorbitante del derecho común "*virtual*", añadiendo que no se requiere texto expreso que la consagre y que existe por sí como principio. El fundamento, nos enseña, no es otro que el de atender o satisfacer en la mejor forma las pertinentes necesidades públicas^{16, 17}. Esta posibilidad de cambio o *mutabilidad* gene-

¹³ Ver dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación del 18 de enero de 1983, en el cual se trata un pedido de prórroga solicitado y la declaración de caducidad de un contrato de concesión. Se consideró, en el caso, que "no siendo valederas como justificativas del incumplimiento del adjudicatario de la licitación, las causales invocadas por éste, resultaría afectado el principio de igualdad si se accediera a lo por él peticionado" ("Revista Régimen de la Administración Pública", n° 57, p. 81).

¹⁴ Marienhoff, ob. cit., t. III-A, p. 399.

¹⁵ Luego de haber enviado este trabajo a la imprenta tomé conocimiento del interesante estudio de Enrique G. Mabromata titulado *Concesiones viales. Reflexiones críticas sobre el decreto 489/95*, publicado en la "R.A.P.", n° 207, sección Doctrina, Buenos Aires, 1995, ps. 5/19. Allí Mabromata admite la posibilidad de que el Estado altere el objeto del contrato agregando o suprimiendo prestaciones del particular cocontratante (p. 12).

¹⁶ Marienhoff, ob. cit., t. III-A, ps. 396/397. En su *Estudio sobre la doctrina de los propios actos y la Administración pública*, Mairal (Héctor A.) señala que cuando la Administración pública celebra válidamente un contrato está sujeta a él al igual que los particulares. Añade seguidamente que "la regla torna innecesario recurrir a la doctrina de los propios actos para impugnar la pretensión administrativa de apartarse de lo estipulado". Luego de repasar el derecho comparado, Mairal argumenta en torno de la innecesariedad de invocar la mutabilidad como una característica general de la contratación pública (conf. *La doctrina de los propios actos y la Administración pública*, Buenos Aires, 1988, ps. 108 y ss.). Siguiendo a la doctrina española, ha señalado Granillo Ocampo que la inmutabilidad del contrato administrativo cede su lugar a la inmutabilidad del fin (cfr. Raúl E. Granillo Ocampo, *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*, Buenos Aires, 1990, p. 90).

¹⁷ Dominique Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs*, L.G.D.J., París, 1991, p. 228, alude al reconocimiento de la potestad de modificación unilateral del contrato en tanto esté comprometido el interés general.

ra, necesariamente, cierta inestabilidad en el contrato administrativo cuya existencia, a su vez, se justifica también en la necesidad de satisfacer el interés público¹⁸.

Resulta interesante observar cómo el mencionado fundamento de la *potestas variandi* expande los límites que, además de la razonabilidad, deben considerarse para su adecuado ejercicio.

Así, Cassagne ha señalado que la *potestas variandi* puede ser ejercida razonablemente por la Administración *dentro de los límites establecidos en cada ordenamiento especial* y a condición de que no se altere el objeto o fin del contrato, ni las obligaciones esenciales y que, en su caso, se efectúe la pertinente compensación económica que permita mantener el equilibrio financiero del contrato. La relaciona, seguidamente, con el principio *lex contractus* —de donde deriva la posibilidad de alterar la aludida ecuación económica del contrato— y el de la inalterabilidad del contrato, que tiende a preservar la igualdad de los terceros ante los beneficios públicos. En este último caso, señala que la *potestas variandi* no se ejerce como una excepción a dicho principio, “sino que juega como un supuesto de articulación entre la finalidad y el contenido de las obligaciones concretamente asumidas por ambas partes. Esta compatibilidad entre la potestad modificatoria y el principio de inalterabilidad es la que permite que la administración introduzca modificaciones a los contratos ante el cambio de circunstancias tanto para cumplir con la finalidad perseguida, lo que será lícito y justo en cuanto las modificaciones fueran objetivamente necesarias, esto es, cualquiera que hubiera sido el contratista seleccionado en condiciones normales y en la medida en que no se suprima el riesgo empresario”^{19, 20}. Mientras que Juristo Sánchez se inclina por señalar, sobre este punto, que el *principio de inalterabilidad del contrato* actúa con desigual eficacia debido a la existencia del *ius variandi* de la Administración²¹.

¹⁸ Miguel Ángel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, 2ª ed., Buenos Aires, 1980, ps. 391 y ss.; Fernando F. Mo, *Régimen legal de las obras públicas*, Buenos Aires, 1966, p. 207.

¹⁹ Juan Carlos Cassagne, *La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas*, “Revista de Derecho Administrativo”, n.ºs. 15/16, Buenos Aires, 1994, ps. 143/166, en especial p. 165.

²⁰ Pienso que las limitaciones a que alude Cassagne son aquellas que generalmente establecen las legislaciones especiales fijando un porcentaje tope para la Administración para aumentar o disminuir las prestaciones del contratista. Lo que no significa, desde mi modo de ver, que sean éstas las únicas modificaciones posibles. Esos límites están pensados —como lo señaló Bezzi respecto del contrato de obra pública (*El contrato...* cit., p. 154)— para proteger al particular de una exigencia de la Administración que lo coloque en la necesidad de afrontar un contrato de una magnitud diferente de la prevista en el llamado a licitación.

²¹ Rafael Juristo Sánchez, *La ejecución del contrato de obra pública*, Madrid, 1983, p. 171.

Bien se ha expresado que no parece razonable que la Administración quede indefinidamente ligada por contratos que pueden haberse convertido en inútiles por cláusulas inadecuadas para la satisfacción de las necesidades originariamente tenidas en cuenta²², aunque ello no le permite, como veremos, modificar los contratos libremente.

En este sentido, al analizar el poder de modificación del contrato administrativo, García de Enterría y Fernández se inclinan por una postura categórica, amplia y sin restricciones en torno de la *potestas variandi*, señalando que "límites en este sentido no existen ni pueden existir, porque las exigencias del interés público, el servicio a la comunidad, no pueden quedar comprometidas por el error inicial de la Administración contratante o por un cambio en las circunstancias originariamente tenidas en cuenta en el momento de contratar. El interés general debe prevalecer en todo caso y en cualesquiera circunstancias, porque, de otro modo, sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias. Obligar a la comunidad a soportar una carretera, un puerto o un embalse mal planteados *ab initio*, inútiles o ineficaces desde su misma concepción, por un simple respeto al *contractus lex* no tendría sentido. Al servicio del interés público y de sus concretas e insoslayables exigencias, el *ius variandi* de la Administración contratante es ilimitado en extensión e intensidad, ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración"²³.

Por su parte, y en sentido similar, Villar Palasí y Villar Ezcurra, al formular la *potestas variandi*, destacan que la Administración no puede renunciar a sus potestades ni cercenar su libertad en orden a la gestión del interés general. La consecuencia de ello, explican, es que la Administración no puede verse condicionada por el mantenimiento rígido de los contratos que vaya celebrando, ya que el interés general

²² Marienhoff, ob. cit., t. III-A, con cita de Laubadère y otros (p. 397). Señala Granillo Ocampo (Raúl Enrique), que "también en el derecho angloamericano la santidad del contrato (*pacta sunt servanda*) y la teoría de la consideración han suavizado sus principios, para permitir que el Estado continúe teniendo la potestad de modificar unilateralmente el contenido del contrato, siempre y cuando esos cambios se encuentren dentro de los objetivos generales de las partes y la materia u objeto del convenio" (cfr. la *Distribución de los riesgos...*, cit., Buenos Aires, 1990, p. 213).

²³ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Ed. Cívitas, Madrid, 1982, t. I, ps. 620 y ss. Agregan, más adelante, que "cuando se habla de límites al ejercicio del *ius variandi* se quiere decir, por lo tanto, algo muy distinto; se está estableciendo concretamente una garantía para el contratista privado, sobre el que no puede hacerse recaer de forma indiscriminada e ilimitada el peso del interés común y de las cambiantes necesidades generales. Cuando se habla de los límites al *ius variandi* se está aludiendo, pues, única y exclusivamente, a los límites dentro de los cuales las modificaciones impuestas por la Administración son obligatorios para el contratista, lo cual es sustancialmente distinto..." (p. 621).

es cambiante. Aceptan la posibilidad de que se introduzcan modificaciones en el objeto de los contratos con el fin de asegurar una mejor realización de él o una mejor adaptación a sus fines²⁴. En una línea coincidente, Ariño Ortiz sostiene que “la Administración no puede renunciar a sus potestades ni cercenar su libertad en la gestión del interés general. Su responsabilidad privativa de interés general no puede verse condicionada por los contratos que vaya celebrando. De ahí su potestad de introducir modificaciones en el objeto mismo del contrato, que aseguren una mejor realización de aquél o una mejor adaptación a sus fines”²⁵.

Hasta aquí aparece como nota común en este sector de la doctrina la necesidad de que el ejercicio de la *potestas variandi* presuponga siempre que esté comprometido el interés público. Veamos lo que ha dicho al respecto nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el caso “Marocco” el alto tribunal sostuvo que “la modificación unilateral de lo convenido por las partes llevada a cabo por la Administración con independencia de la voluntad de la contratista, no puede justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto por el art. 1197 del Código Civil, sin que la posibilidad reconocida a la Administración Pública de poder alterar los términos del contrato en función del *ius variandi* pueda extenderse a supuestos como el de autos, en el que no se ha alegado y menos aún ha sido materia de demostración, cuál es el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión de la comitente de no hacer prevalecer su voluntad por sobre la clara manifestación en contrario puesta de manifiesto por la adjudicataria”²⁶.

²⁴ José Luis Villar Palasi y José Luis Villar Ezcurra, *Principios de derecho administrativo*, Madrid, 1983, t. III, *Contratación administrativa*, p. 108.

²⁵ Gaspar Ariño Ortiz, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Madrid, 1968, p. 225.

²⁶ “Marocco y Cía. S.A.C.I.F.I.C.A. c. Dirección Nacional de Vialidad, s/ Ordinario”, del 9 de febrero de 1995, “Fallos”, 312-89; en esta causa la principal discrepancia entre las partes giraba alrededor del desacuerdo respecto de la fórmula de reajuste adoptada por la demandada, la cual —a juicio de la actora— importó una modificación unilateral del contrato. La Dirección Nacional de Vialidad alegaba que al estar vigente la aplicación de aquella fórmula en la etapa final de la obra al momento de concretarse la modificación a que se hizo referencia, resultaba insoslayable su aplicación a los fines de la liquidación pertinente (cuarto considerando). Ver: Pedro J. J. Coviello, en *La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, publicado en la obra colectiva *130 años de la Procuración del Tesoro de la Nación. 1863-1993*, Buenos Aires, 1994, p. 126. Cfr., también, Héctor Jorge Escola, *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Ed. Depalma, 1989, ps. 172 y 173, señala allí que “si el contrato se ha celebrado para concurrir a la obtención del interés público, es natural que si para ello se requiere la mutabilidad de las prestaciones originalmente convenidas, esa mutabilidad es admisible y procedente, pues lo contrario implicaría mantener

Ahora bien, la consideración de que la *potestas variandi* es como una potestad ilimitada en su extensión e intensidad²⁷ no está categóricamente reflejada en la doctrina local. La razón de ello puede obedecer a que no se ha formulado entre nosotros²⁸ un *distingo* que, a esta altura, me parece útil. Veamos. Por un lado están las que podríamos denominar *modificaciones ordinarias* al contrato dentro de las cuales podríamos considerar a las que tradicionalmente se han regulado expresamente en los ordenamientos legales —por ejemplo, el tope del porcentaje de aumento o disminución de las prestaciones establecido en la Ley Nacional de Obras Públicas—; por otro lado están las que llamaría modificaciones extraordinarias²⁹. Son estas últimas las que, a mi juicio, son especialmente consideradas —aunque sin tal denominación— por los autores españoles citados. Ellos se refieren a supuestos excepcionales en los que el contrato queda desactualizado total o parcialmente, en cuanto a sus fines o medios, para poder satisfacer adecuadamente el interés público.

un contrato administrativo que ya no sirve al interés público y que por lo tanto carece de su verdadera razón de ser. Pero cuando la mutabilidad del contrato es verdaderamente tal, cuando la sustancia del mismo no se varía, no vemos razón para restringir esta importante potestad de la administración pública, máxime cuando está claro que de ella, si no pueden resultar ganancias injustificadas para el cocontratante, tampoco pueden originarse situaciones que produzcan una alteración perjudicial para el sujeto particular de las condiciones económico-financieras tenidas a la vista en su momento por éste, o perjuicios de esa misma índole. De tal modo, y con la restricción ya enunciada, cualquier alteración de las prestaciones del contrato podrá ser impuesta al cocontratante particular por la administración, si se mantiene el equilibrio económico-financiero que existía al contratarse y si esas alteraciones responder a exigencias del interés público, el que quedará así asegurado, sin que el sujeto particular sufra ningún menoscabo o perjuicio en su esfera patrimonial. Debe tenerse presente que no es raro que el ejercicio de la potestad modificatoria puede conducir a que la administración incurra en verdaderas «desviaciones de poder», como ocurre cuando alegándose razones de interés público, se encubren finalidades espurias o ilegítimas, como sería cuando a través de las modificaciones se busca la rescisión del contrato o el perjuicio del cocontratante particular. En tales casos, esos actos quedarían viciados y deberán caer, sin perjuicio de acarrear las demás responsabilidades que puedan corresponder, pues el poder excepcional y exorbitante que configura la potestad modificatoria sólo existe y se funda en efectivas razones de verdadero interés público, fuera de cuyos supuestos no puede ejercitarse”.

²⁷ García de Enterría y Fernández, *Curso...*, cit., t. I, p. 621.

²⁸ Tampoco en la doctrina extranjera según mis conocimientos.

²⁹ El decreto 489/95 (“B.O.”, 25/4/95), referido a la Red Vial Nacional y a los contratos de concesión correspondientes a ella regidos por la ley 17.520, reglamenta la posibilidad de modificar estos contratos con el objeto de satisfacer necesidades de interés público no previstas en el contrato originario y que surjan durante su ejecución (art. 1). Se distingue la “modificación” del contrato (arts. 2 y ss.) de la “adecuación” (arts. 15 y ss.), y ello según la magnitud de las alteraciones. El régimen que establece este decreto es criticado por Mabromata en el trabajo *Concesiones...* ya citado.

Quizá un ejemplo de estas últimas permita visualizar mejor el distingo que propongo. Supongamos que se licita la construcción de una biblioteca pública para la que se prevén cuatro salas de lectura y sólo una equipada para ver videos y para acceder a la red *Internet*. Podría ocurrir que durante la ejecución del contrato la Administración licitante advierta que, frente a los adelantos tecnológicos y a la generalización del uso del video y de la mencionada red, sea conveniente proveer a la nueva biblioteca de más salas adecuadas para tales usos. Si se decide el cambio, éste significará, por un lado, un aumento del volumen del contrato con el natural beneficio para el contratista. Pero, por otro, importará una importante mejora en el servicio al público que será, sin dudas, de mejor calidad y más eficiente.

Finalmente, para definir cuál es el límite en el ejercicio de la *pótestas variandi*, quizá lo mejor sea acudir a la noción de ventaja entendida ésta como la modificación que sólo está enderezada a mejorarle al contratista las condiciones de ejecución sin que hayan variado las circunstancias tenidas en cuenta por la Administración al realizar el llamado³⁰. La existencia de *ventaja* o la ausencia de razonabilidad³¹ colocarán en el plano de la antijuridicidad a las modificaciones que se realicen a un contrato administrativo determinado³².

4. COEXISTENCIA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD CON LA *POTESTAS VARIANDI* DE LA ADMINISTRACIÓN.

Parto de la base de que el *principio de igualdad* no es vulnerado cuando en el ejercicio de la *pótestas variandi* está comprometido el interés público³³. Creo oportuno analizar, sin embargo, la coexistencia de ambos principios en los distintos momentos de la vida del contrato administrativo.

4.1. *El principio de igualdad está dirigido primordialmente a regir durante la etapa de selección.*

La primera observación que formulo es que el *principio de igualdad* y la *pótestas variandi* están pensados para momentos diferentes en el *iter* contractual. El primero está enderezado a regir primordialmen-

³⁰ Ver Gordillo, *El informalismo...*, cit., ps. 298/299.

³¹ Ver: Mabromata, *Concesiones viales...*, cit., p. 13.

³² Ampliar en Juristo Sánchez (Rafael), en *La ejecución...*, cit., ps. 187 y ss., quien analiza las diferentes clases de límites.

³³ Dice Granillo Ocampo que "el Estado no puede enajenar sus facultades de gestor del bien público, ni renunciar al cambio, suspensión o extinción de programas que no se ajustan a las necesidades públicas de los nuevos tiempos" (ob. cit., p. 214).

te en la etapa de selección del cocontratante, mientras que la segunda encuentra su plenitud durante la ejecución del contrato administrativo³⁴.

De allí que se pueda considerar que el *principio de igualdad* está inicialmente destinado a proteger a quienes pretenden contratar con la Administración de normas discriminatorias contenidas en los Pliegos de Bases y Condiciones destinadas a favorecer a unos en desmedro de otros³⁵. Pero su supervivencia durante la ejecución del contrato administrativo opera como un elemento residual habilitante para el ejercicio del control del obrar administrativo sobre el ejercicio de la *potestas variandi*. En efecto, durante el desarrollo del contrato administrativo, la Administración debe tener presente que aquellos que participaron de la licitación controlarán su ejecución y el respeto de aquella a las bases de la licitación. Por ello, frente a cualquier cambio que se produzca en las condiciones de la licitación los interesados analizarán la posibilidad de agravarse por la violación al *principio de igualdad* que podría darse si se otorga una injustificada ventaja al contratista y, en su caso, frente a la inexistencia de interés público que genere la necesidad de la modificación³⁶.

En consecuencia, y desde esta perspectiva, la supervivencia del *principio de igualdad* durante la ejecución del contrato administrativo sólo se presentará en casos muy acotados en los cuales, con la modificación al contrato administrativo, sólo se pretenda dar *ventajas* al particular y no esté presente el interés público. En estos casos, el obrar antijurídico aparece con claridad y los afectados tendrán derecho a cuestionar tal proceder.

³⁴ Cfr.: José María de Solas Rafecas, en *Contratos administrativos y contratos privados de la administración*, Madrid, 1990, p. 268; allí señala que "la regla de la inalterabilidad contractual, por tanto, incide en la fase de ejecución o efectos del contrato. Sin embargo, su fundamento se encuentra en los principios rectores de la formación del mismo (zona común de la contratación administrativa)".

³⁵ Marienhoff señala, al explicar que no se trata de un principio absoluto, que no se lo vulnera cuando "por vía idónea y con carácter previo al llamado a licitación, se establece una preferencia en favor de determinadas categorías de licitadores u oferentes", en ob. cit., p. 206. Bien han señalado Fiorini y Mata, refiriéndose al principio, que ellos, al igual que Barra, denominan como "correcto tratamiento" que "adquiere especialidad en el proceso selectivo porque tiene íntima relación con la concurrencia" (Bartolomé A. Fiorini y Ismael Mata, *Licitación pública. Selección del contratista estatal*, Buenos Aires, 1972, p. 45). Dice al respecto Mairal que "sólo es posible una real competencia de precios cuando se coloca a los oferentes en un pie de igualdad, evitando discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en detrimento de otros"; Héctor A. Mairal, *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*, Buenos Aires, 1975, p. 19.

³⁶ Parece poco probable que la concesión de una mera ventaja al contratista pueda contribuir a una mejor satisfacción del interés público. Pero sí puede suceder que una renegociación de los términos contractuales posibilite, de un mejor modo, la satisfacción de tal interés.

4.2. *La potestas variandi exige siempre la presencia de un interés público comprometido: pautas para determinar su presencia como habilitante de su ejercicio.*

La segunda observación que formulo es que dado que la *potestas variandi* exige necesariamente para su ejercicio la existencia de un interés público comprometido, es necesario determinar bajo qué condiciones se considera a éste configurado.

El interés público constituye uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados³⁷. Por tanto, cuando la Administración tiene que aplicarlo al emitir un acto, hará uso de facultades regladas y no discrecionales. Su plena y genuina existencia permite a la Administración rechazar un planteo de ilegalidad formulado ya sea por alguno de los oferentes oportunamente presentados que considera violadas las bases de la licitación por un cambio operado en el modo de ejecución del contrato, o por un ciudadano que, por los mismos motivos, haya hecho uso del derecho de peticionar a las autoridades³⁸.

No es tarea fácil —teniendo en cuenta nuestra realidad y experiencias— ejercer la *potestas variandi* sin cuestionamientos, pues siem-

³⁷ La doctrina que se refiere a ellos tuvo su origen en Alemania y fue seguida luego por los autores españoles. Cabe destacar sobre el particular la obra titulada *La lucha contra las inmunidades del poder*, de Eduardo García de Enterría, Ed. Cívitas, Madrid, 1979. Han tratado el tema, entre otros: Antonio Mozo Seoane, *La discrecionalidad en la Administración Pública de España*, Madrid, 1985, p. 242; Fernando Sáinz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Cívitas, Madrid, 1976, ps. 223/224; y Manuel Pérez Olea, *La discrecionalidad y su fiscalización judicial*, en "Revista de Estudios de la Vida Local", n° 173, año XXXI, enero-febrero-marzo 1972, ps. 41 y ss. En nuestra doctrina, el tema ha sido tratado por Manuel M. Díez, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1974, ps. 169 y ss.; Carlos M. Grecco, *La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y la fiscalización judicial de la actividad administrativa*, "La Ley", t. 1980-D, ps. 1306 y ss.; Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, t. II, ps. 140 y ss., Ed. Abeledo-Perrot, 1985, y también en *La revisión de la discrecionalidad administrativa*, "Revista de Derecho Administrativo", n° 3, enero-abril 1990, ps. 95 y ss., especialmente 99 a 101; Rodolfo Carlos Barra, *Contrato de obra pública*, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1986, t. 2, ps. 430 y ss.; Beltrán Gambier, *El concepto "oferta más conveniente" en el procedimiento licitatorio público. La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados y el control judicial*, "La Ley", 1988-D, p. 744; Alberto B. Bianchi, *El "writ of certiorari" en nuestra Corte Suprema (la "cuestión federal suficiente" como concepto jurídico indeterminado)*, "El Derecho", 12/11/87, ps. 3/4; Guido Santiago Tawil, *Administración y Justicia*, t. I, Buenos Aires, 1993, ps. 410 y ss.; David A. Halperin y Beltrán Gambier, *La notificación en el procedimiento administrativo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 47.

³⁸ No es común que los ciudadanos ejerzan este derecho por razones vinculadas con la contratación pública, pero sería saludable que ello ocurriera. Para ello es necesaria la creación de una oficina de información al público, tal como ya lo sugirió en la nota 3.

pre habrá alguien que impute a los funcionarios de la Administración obrar antijurídicamente beneficiando a alguno de los oferentes en desmedro de otros.

Se hace necesario, entonces, contribuir con criterios que permitan objetivar la conducta de la Administración. Es preciso establecer para ello algunas pautas que permitan orientar la decisión administrativa al momento de considerarse la configuración del interés público³⁹. De ese modo, la modificación de alguna cláusula del Pliego de Bases y Condiciones o, en su caso, del contrato administrativo de que se trate, será ajustada a derecho⁴⁰.

Seguidamente analizaré algunas pautas posibles:

A) *La eficiencia y la eficacia en los servicios públicos.*

Estará comprometido el interés público en toda modificación que tenga por finalidad mejorar, por ejemplo, los estándares de eficiencia⁴¹ o de eficacia⁴² del servicio público o de una actividad de interés general. En ese caso, son los usuarios y la población en general los que se benefician.

La cuestión de las tarifas de los servicios públicos es quizá la que con mayor frecuencia se presenta en estos tiempos. Constituye siem-

³⁹ Dicen García de Enterría y Fernández que “en el orden formal, la modificación exige, por lo pronto, la incoación de un expediente contradictorio, con presencia activa del contratista, llamado a acreditar las razones concretas de interés público que exigen la modificación (art. 136, R.C.E.). En ausencia de esas razones de interés público, que no basta simplemente invocar y que deben justificarse debidamente, la Administración no puede apartarse de lo pactado” (*Curso...*, cit., t. I, p. 620).

⁴⁰ Cfr.: Dominique Pouyaud, *La nullité des contrats administratifs*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1991, p. 257.

⁴¹ Jorge I. Muratorio nos recuerda (en *La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994*, publicado en la obra colectiva *Estudios sobre la reforma constitucional*, dirigida por Juan Carlos Cassagne, Buenos Aires, 1995, ps. 97 y ss., especialmente p. 135) la diferenciación formulada por Francisco González Navarro, según la cual la eficacia tiene significado jurídico y está intimamente relacionada con la celeridad y la economía, mientras que la eficiencia sólo tiene significado ajeno al medio jurídico. Al analizar el sentido gramatical de dichos términos atribuido por ciertas normas positivas —incluso constitucionales— señala Muratorio que “en todos los casos, está claro que la eficacia y la eficiencia de la Administración o de los particulares que gestionen servicios públicos, constituyen el nuevo criterio legitimador de tales actuaciones” (en *La regulación...*, cit., p. 136).

⁴² Ver: Guido Santiago Tawil, *Servicio público: ¿eficacia o desgobierno? (A propósito de privilegios, tarifas, atención al público y otros problemas presentes en el proceso de transformación del Estado)*, publicado en “La Ley”, t. 1991-C, sección Doctrina, ps. 639 y ss., quien analiza lo que denomina “una de las principales y más vivas preocupaciones que aquejan tanto a administradores como administrados en las sociedades contemporáneas: la de obtener una mayor eficacia en la consecución de los objetivos estatales” (p. 640).

pre un tema conflictivo, ya sea que se trate de aumentarlas o de bajarlas. Puede ocurrir que su modificación sea uno de los términos de un convenio de renegociación del contrato⁴³. Sin embargo, no me parece que una modificación en el contrato administrativo vinculada con las tarifas merezca un análisis especial. Me parece, en todo caso, que si el cambio tarifario se traduce en forma clara en una mayor eficiencia del servicio público, el interés público estará presente⁴⁴.

B) *El cambio de circunstancias.*

La compatibilidad entre la *potestas variandi* y el *principio de inalterabilidad* permite a la Administración introducir modificaciones a los contratos “ante el *cambio de circunstancias* para cumplir con la finalidad perseguida, lo que es lícito y justo en cuanto las modificaciones fueran objetivamente necesarias. . .”⁴⁵. Dice, en este sentido, Díez que “el poder de la administración para modificar el contrato no puede ser totalmente discrecional, porque si así fuera, implicaría la libertad pura y simple de la administración de sustraerse a sus compromisos contractuales. Es preciso, por ello, que exista un cambio de circunstancias que justifique el ejercicio de ese poder de modificación. . .”⁴⁶.

Precisamente, el cambio de circunstancias —ha observado con acierto Cassagne— ha venido justificando, en nuestro país, el ejercicio de la *potestas variandi* “en aquellos contratos de cierta duración y trascendencia, como la concesión de servicios públicos, donde el particular mantiene un vínculo asociativo con la Administración, sin perjuicio de sus poderes de control y de los derechos contractuales del concesionario”⁴⁷.

⁴³ Como ha ocurrido entre nosotros en el sector del servicio público de telecomunicaciones.

⁴⁴ Por ejemplo si el prestador del servicio público incorpora una nueva tecnología para mejorar la calidad del servicio.

⁴⁵ Cassagne, *La sustantividad*. . . , cit., ps. 165/166, quien explica la objetividad exigiendo que la modificación se realice cualquiera que sea el contratista seleccionado y en la medida en que no se suprima el riesgo empresario.

⁴⁶ Manuel María Díez, *Derecho administrativo*, t. III, 2ª ed., corregida y actualizada, Buenos Aires, 1979, p. 54; ver, también, Gordillo, *El informalismo*. . . , cit., ps. 298/299, quien, como ya vimos en la nota 1, alude a la inexistencia de causa sobreviniente que justifique un relevamiento de alguna de las obligaciones establecidas en el pliego. Ver, también, Juristo Sánchez, *La ejecución*. . . , cit., p. 188.

⁴⁷ Cassagne, *La sustantividad*. . . , cit., p. 166. En un trabajo más reciente titulado *Los marcos regulatorios de los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual* (publicado en “La Ley”, t. 1994-D, sección Doctrina, ps. 948 y ss.), en la misma línea Cassagne señala, al aludir a la flexibilidad de la interpretación en el ámbito de la regulación económica y contratos de concesión o licencia, que “por aplicación de este principio, por ejemplo, la proyección de la igualdad licitatoria queda

C) *La ecuación económico-financiera del contrato desde la perspectiva de la Administración: inexistencia de ventajas e inconveniencia de llamar a nueva licitación.*

Otra pauta que se puede considerar al momento de analizar la existencia de interés público en la modificación de un contrato administrativo es la vinculada con el alcance económico del cambio que se propone. Para ello, se puede tener en cuenta la ecuación-económico-financiera del contrato, pero, en este caso, no desde la perspectiva del particular sino de la Administración. Esto significa que el ejercicio de la *potestas variandi* no debería generarle al contratista particular una diferencia en las ganancias esperadas⁴⁸. Si el contrato implica la realización de una tarea mayor, el contratista debe tener beneficios acordes con los que obtiene por realizar la tarea inicialmente encomendada. Por ejemplo, cuando la Administración decide ampliar una obra pública o el objeto de una concesión para optimizar el resultado que se ha propuesto al contratar, naturalmente el contratista se verá beneficiado por el volumen del negocio, pero para que este obrar sea trasparente, es necesario —y muy importante— que el llamado a licitación pública sea claramente inconveniente para los intereses de la Administración según los términos de cada legislación específica.

En este caso, y desde la perspectiva de este criterio, de lo que se trata es que por esta vía no se pretenda mejorar la ecuación económico-financiera de todo el contrato, lo que no significaría otra cosa que otorgar una ventaja. En otros términos, se puede ampliar razonablemente el objeto del contrato y, por ende, el alcance de la prestación, pero no la rentabilidad contenida en su ecuación económico-financiera.

D) *El ahorro público.*

Toda modificación en la ejecución del contrato administrativo que importe un ahorro actual o futuro para las arcas del Estado importará siempre la existencia de un interés público. Puede haber casos en los cuales el cambio redunde en un beneficio para el contratista constituido por el mayor volumen de prestaciones, pero, al mismo tiempo, le permita a la Administración evitarse en el futuro, por ejemplo, nuevas obras o suministros.

limitada por las modificaciones que se introduzcan a posterior), siempre que no se altere la esencia y fines del contrato de concesión o licencia y el cambio de circunstancias hubiera obligado a modificar el contrato cualquiera fuere el adjudicatario" (p. 969). Berçaitz también ha mostrado su preocupación por la ejecución de contratos muy largos en los que es imposible prever desde un principio las distintas mutaciones que las cambiantes necesidades públicas pueden exigir (en *Teoría...*, cit., ps. 392 y 393).

⁴⁸ Ver: Mabromata, *Concesiones...*, cit., p. 17 (con cita de la obra de Tomás Liendo (h.) titulada *Emergencia nacional y derecho administrativo*).

4.3. *Modificación del pliego de condiciones después de presentadas las ofertas y en el momento de la firma del contrato: a propósito de las privatizaciones.*

Hasta aquí hemos considerado las modificaciones al contrato producidas durante su ejecución. Pero hay un supuesto en el cual la alteración de las bases de la licitación puede producirse en forma más evidente y que merece un análisis particular. Me refiero al supuesto en que, luego de seleccionada la oferta según las bases de la licitación, se modifican ciertas condiciones en el momento de firmarse el contrato respectivo⁴⁹. Estos cambios siempre generan suspicacias, tanto en los otros oferentes, como en el público atento en general. Muchas veces la Administración no explica —siquiera mínimamente— la razón de estas modificaciones por medio de sus funcionarios y mediante la prensa. Puede ocurrir, también, que ese silencio sea acompañado por el de las empresas adjudicatarias de la licitación que pueden no tener interés en ventilar los detalles y alcances de los cambios operados.

⁴⁹ Ver resolución MOSP 336/90, mediante la cual se aprueba el Pliego de Bases y Condiciones para el llamado a licitación pública nacional e internacional para la concesión de la explotación del sector de la red ferroviaria nacional denominado "Corredor Rosario Bahía Blanca" y el decreto 1144/91, mediante el cual se aprueba el contrato de concesión. En los considerandos sexto, séptimo, octavo y noveno se puede apreciar que una obligación del Estado nacional en favor del adjudicatario es sustituida por el otorgamiento del derecho a tomar en locación un taller de Ferrocarriles Argentinos y se le atribuye la responsabilidad de la operación de la zona de Bahía Blanca y de un ramal de acceso a una de las terminales portuarias del área Rosario, mientras que el concesionario asume, a su costo, la obligación de ejecutar ciertas obras que le correspondía realizar al Estado nacional (considerando octavo). En el noveno considerando se dice que esos cambios "no implican un cambio de los límites de la concesión definidos por el Pliego, toda vez que, por una parte, se trata de modalidades técnicas operativas del derecho de acceso a los puertos previsto en dicho Pliego, que no modifica el área de la concesión ni las obligaciones y derechos del concesionario, y por otra, de un contrato de locación de un bien cuyo valor se vería de lo contrario sustancialmente disminuído a raíz de la concesión del corredor y al plan global de privatización por concesión de Ferrocarriles Argentinos. Lo estipulado tampoco altera la esencia económica de las ofertas, habida cuenta de las diferencias de calificación que mediaban entre aquéllas". Dice Dromi que las disposiciones establecidas en el Pliego son vinculantes para la Administración y para los concurrentes, quienes deben acatarlas fiel y rigurosamente. Por tanto, continúa, en principio no caben alteraciones ni modificaciones en el Pliego aunque de ello no debe inferirse la imposibilidad de efectuar correcciones o rectificaciones en los pliegos si ello fuera necesario y sobre todo teniendo en cuenta el deber de la Administración de velar por el interés público, logrando la mejor contratación posible. Expresa también Dromi que los pliegos no pueden, en principio, ser modificados después de efectuada la adjudicación, sin violar el contrato (cfr. José R. Dromi, *Reforma del Estado y privatizaciones*, Parte séptima, Régimen jurídico del pliego de condiciones, capítulo VI, *Estabilidad y modificación*, t. II, Buenos Aires, 1991, ps. 23 y 24).

Esta cuestión merece un delicado análisis, dado que la supresión de una norma o la incorporación de una nueva puede gravitar intensamente, desde el punto de vista económico, en la vida del contrato administrativo⁵⁰.

Tomemos el caso de los contratos vinculados con las privatizaciones.

La experiencia argentina en la materia muestra que algunas de ellas se desarrollaron en forma vertiginosa, con ajustados cronogramas. Ello generó la comisión de ciertos errores contenidos en los Pliegos de Bases y Condiciones que no siempre pudieron ser subsanados con anterioridad al momento de presentación de ofertas. A los oferentes les ocurrió otro tanto. La preparación de ofertas en tiempo récord, con consorcios formados no siempre con el tiempo necesario y con empresas de diferentes nacionalidades, integrados a veces con bancos o grupos financieros que, por su parte, desconocían en profundidad el negocio o el servicio público que se licitaba, fueron casi una constante del proceso privatizador de los primeros años de la actual administración. En algunos casos los socios se terminaban de conocer muy poco tiempo antes de ofertar.

Empero, dichas circunstancias no pudieron operar por sí solas para justificar cambios en el momento de firmar los respectivos contratos⁵¹. En cada caso, y frente a cualquier tipo de modificación, siempre será necesario analizar si los cambios que se decidieron estaban o no justificados por la clara presencia del interés público.

5. EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE Y EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LA *POTESTAS VARIANDI*.

El principio general de la buena fe ha sido considerado también como un principio general del derecho administrativo⁵², aplicable

⁵⁰ Lo que ha ocurrido en algunos casos es que al momento de firmar el contrato los oferentes desean realizar un ajuste producto muchas veces de la mayor información técnica y económica que han ido obteniendo durante la confección de la oferta.

⁵¹ Ver: Daniela B. Ugolini, *El nuevo rol del Estado y los contratos administrativos*, publicado en "El Derecho", t. 148, ps. 869 y ss., quien señala que en los contratos administrativos, "a partir del criterio de su mutabilidad, pareció interpretarse que válidamente lo que se firmaba hoy podía modificarse mañana, porque todo era revisable" (p. 870).

⁵² Jesús González Pérez, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Madrid, 1983, ps. 26 y ss.; Juan Carlos Cassagne, *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, Buenos Aires, 1992, ps. 83 y ss., especialmente p. 86.

durante la ejecución de los contratos administrativos⁵³. En este sentido, se puede decir que tanto el particular como la Administración contratante deben cumplir no sólo con las obligaciones que están expresamente previstas en el contrato, sino también con aquellas consecuencias que sean conformes a la buena fe. Al interpretar el alcance de sus obligaciones, ambas partes deben tener presente que se está satisfaciendo una necesidad colectiva, lo cual acrecienta el deber de actuar con buena fe. El contratista es un colaborador de la Administración^{54, 55} y ésta no lo debe tratar como una contraparte que sólo procura obtener ventajas. De allí que el ejercicio unilateral de la *potestas variandi* o la solicitud de cambios formulada por el contratista deben preservarse de espurias intencionalidades. Ambas partes del contrato administrativo compartirán, de buena fe, la necesidad de un cambio en la modalidad de ejecución de las prestaciones originariamente previstas sin buscar la confrontación en el plano legal, lo cual no le conviene a nadie.

6. LEGITIMIDAD DEL EJERCICIO DE LA *POTESTAS VARIANDI*: CUÁL ES EL INTERÉS PÚBLICO QUE DEBE PREVALECER.

No descarto la existencia de diferencias a la hora de considerar la concreta configuración del interés público al ejercerse la *potestas variandi*. En efecto, se puede privilegiar la satisfacción de un interés público referido de un modo directo e inmediato con las características, por ejemplo, de la obra pública o del suministro, que pueden requerir un cambio de lo previsto en los pliegos. Desde otra perspectiva, se puede privilegiar el respeto irrestricto a los términos del Pliego de Bases y Condiciones lo cual presupone también, y por definición, la existencia de circunstancias vinculadas estrechamente con el interés público.

Según uno u otro criterio, la modificación de un contrato administrativo podría ser considerada como una decisión antijurídica. En

⁵³ González Pérez, ob. cit., ps. 99 y ss.

⁵⁴ Sobre el principio de colaboración, ver Guido Santiago Tawil, *El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo*, "La Ley", 1985-E, ps. 952 y ss.

⁵⁵ Cfr.: Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, vol. II, Parte general: Conclusión, décima edición, ps. 85 y ss., al analizar los principios que informan la ejecución del contrato administrativo, considera: 1) el principio del contrato *lex inter partes* y de la aplicación subsidiaria del derecho civil; 2) el principio de la mutabilidad del contrato administrativo; 3) el principio de la Administración-poder y del contratista colaborador. Dice Berçaitz que el contratante es un colaborador de la Administración, en *Teoría...*, cit., p. 392.

efecto, se podría considerar ilegal un cambio en el objeto del contrato que sea necesario para una mejor satisfacción del interés público por estimarse que debe prevalecer el respeto estricto a las pautas licitatorias. Por ello he considerado la necesidad de profundizar en el análisis de cuál es el interés público que debe prevalecer y, además, en orden a evitar arbitrariedades, el estudio de las pautas objetivas que permitan determinar la genuina configuración del interés público habilitante de la *potestas variandi*.

Si se considera legítimo el ejercicio de la *potestas variandi* debe admitirse, en consecuencia, que todo reclamo de los oferentes o, en su caso, de los ciudadanos destinado a cuestionar una decisión administrativa que importe apartarse de la letra de un Pliego de Bases y Condiciones, podría ser rechazado⁵⁶.

En el caso de que la Administración considere que el ejercicio de la *potestas variandi* ha generado sólo una ventaja al contratista, se deberá analizar cuidadosamente la conveniencia de restablecer los términos contractuales iniciales, pues suele suceder que los desaciertos de los funcionarios que emiten ciertos actos administrativos son pagados por toda la comunidad cuando el Estado debe afrontar una sentencia adversa⁵⁷.

7. CONCLUSIONES.

1. El *principio de la igualdad* en la licitación pública está primordialmente destinado a regir en la etapa de selección del contratista estatal, pero su vigencia trasciende a la etapa de ejecución del contrato administrativo.

⁵⁶ Aun frente a un obrar ilegítimo se podría pensar en el rechazo de una pretensión resarcitoria. Es interesante la tendencia que marca el nuevo art. 142.4 de la L.R.J.P.A.C. española, según el cual la anulación en vía administrativa o jurisdiccional de los actos y disposiciones administrativas no presupone derecho a indemnización.

⁵⁷ He considerado en un trabajo anterior que incluso la ilegalidad puede subsistir si el interés público es superior e impone mantener el *status quo* en *La potestad sancionatoria en materia disciplinaria: ¿actividad reglada o discrecional?; lo atinente a la oportunidad, mérito o conveniencia del dictado del acto (A propósito de una doctrina de la Procuración del Tesoro)*, publicado en la "Revista de Derecho Administrativo", n^{os} 15/16, Buenos Aires, enero-agosto 1994, ps. 219 y ss., especialmente p. 233. Sobre la subsistencia de la ilegalidad, ver Jorge I. Muratorio, *Los contratos administrativos viciados de nulidad absoluta. Acción de lesividad. Alternativas*, diario "La Ley" del 4 de setiembre de 1995, p. 3, quien señala que "las razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sólo podrían imponerse a las de legitimidad, en tanto representaran la vigencia de un principio o norma superior a la de la acción de lesividad, en el contexto de la juridicidad que ha de regir la actividad administrativa, tal como sucedería, por ejemplo, en relación con el principio constitucional de razonabilidad de los actos estatales".

2. No será violatoria del *principio de igualdad* la modificación del contrato administrativo que, basada en la necesidad de satisfacer el interés público, sea efectuada —cualquiera que sea el oferente elegido— en condiciones tales que ninguno de los otros oferentes tenga motivos para considerar que de haber conocido el cambio hubiera modificado su oferta.

3. La *potestas variandi* se funda en la necesidad de actualizar el objeto del contrato administrativo atendiendo a las cambiantes circunstancias por las que puede atravesar la satisfacción del interés público. Su límite está constituido por la razonabilidad y por la inexistencia de ventajas al contratista en el modo de ejecución del contrato.

4. Estimo conveniente formular el siguiente distingo: por un lado están las modificaciones al contrato que podrían denominarse ordinarias, dentro de las cuales se puede considerar a las que reguladas expresamente en los ordenamientos legales —por ejemplo, el tope del porcentaje de aumento o disminución de las prestaciones establecido en la Ley Nacional de Obras Públicas—; por otro lado están las que llamaría *modificaciones extraordinarias* que se refieren a supuestos excepcionales en los que el contrato queda desactualizado total o parcialmente, en cuanto a sus fines o medios, para poder satisfacer adecuadamente el interés público. Para ser operativas éstas exigen el consentimiento del contratista.

5. El ordenamiento legal de cada tipo de contrato administrativo debe establecer límites para las modificaciones ordinarias durante su ejecución.

6. Se debe regular el derecho de los oferentes de una licitación para que estén en condiciones de controlar la ejecución del contrato administrativo y para que, eventualmente, puedan denunciar la posible violación al *principio de igualdad* o la inexistencia de interés público en el ejercicio de la *potestas variandi*.

7. La modificación del Pliego de Bases y Condiciones que se pretenda realizar al momento de la firma del contrato constituye un supuesto excepcional que, como tal, exige un cuidadoso análisis de las razones tenidas en cuenta para considerar configurado el interés público en cuya virtud se pretenda justificar el cambio.

8. Para determinar bajo qué condiciones se considera configurado el interés público que sustenta el ejercicio de la *potestas variandi*, resulta oportuno establecer pautas que permitan objetivar la conducta de la Administración. A estos fines considero que las tratadas en el punto 4.2 pueden servir, a modo meramente enunciativo, como orientadoras para la Administración.