

# La *potestas variandi* de la Administración Pública en los contratos de concesiones de obras y servicios públicos

ADOLFO CÉSPEDES ZAVALA\*<sup>\*</sup>

## SUMARIO:

1. La naturaleza del contrato administrativo. El régimen exorbitante del contrato de concesión. 2. El interés público como finalidad primaria de los contratos de concesión. 3. La potestad modificatoria o *potestas variandi* del estado. 3.1. Modalidades que asume la *potestas variandi*. 3.2. La *potestas variandi* como única vía de modificación de los contratos de concesión. 3.3. Límites a la *potestas variandi*. 3.4. Efecto de la *potestas variandi* en los contratos de concesión. 4. Conclusiones

## 1. LA NATURALEZA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. EL RÉGIMEN EXORBITANTE DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

En el Derecho Administrativo, el cual ha sido construido fundamentalmente por obra de la doctrina y de la jurisprudencia, existen fuentes extralegales como los principios que derivan de cada institución, los cuales, con sus límites garantes, operan como principios técnicos desde la base misma del ordenamiento, informando, con prescindencia de su positivización, la interpretación de las normas legales o reglamentarias y su aplicación a los casos concretos por parte tanto de los jueces como de los funcionarios públicos.<sup>1</sup> Esto implica que en el ámbito específico de la contratación públi-

---

\* LLM in International Law, Abogado por la Universidad de Piura, Secretario General del Instituto Desarrollo y Descentralización (IDD). El autor quisiera expresar su profundo agradecimiento al Dr. JORGE DANÓS ORDÓÑEZ por su invaluable aporte en la elaboración del presente artículo. Asimismo, deja constancia que las opiniones vertidas no tienen por finalidad tomar postura legal en contra o a favor de las inversiones extranjeras en el país, sino primariamente constituyen un análisis objetivo de los intereses que la Administración Pública a través de sus competencias legítimas debe preservar primordialmente en su quehacer cotidiano, con miras a lograr el bienestar económico y social de la colectividad.

1. Para una detallada exposición de la aplicación de los principios del Derecho en el ámbito del Derecho Administrativo peruano recomendamos consultar el interesante art. de OCHOA CARDICH, CÉSAR. *Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo*. En: VVAA, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, Segunda Parte, ARA Editores, Lima, 2003.

ca no se pueden extrapolar directamente los principios del derecho privado ante la carencia de fuentes aplicables en el derecho público, puesto que las categorías del derecho administrativo han pasado a ser el derecho común de la administración pública.<sup>2</sup>

Tal es el caso de los contratos estatales regidos por el Derecho Administrativo en donde el principio rector lo constituye el interés público, el cual se antepone por encima del interés particular y de cualquier otra consideración extra-jurídica que haya sido tomada en cuenta en el momento de celebrar el contrato, lo cual hace que las partes en esta relación jurídica sean por esencia desiguales, ya que el llamado a garantizar y vigilar la protección del interés público de la comunidad es el Estado, quien puede decidir modificar una relación contractual específica cuando las circunstancias de urgencia así lo requieran<sup>3</sup>. La Administración Pública interviene, por ello mismo, en la regulación de los contratos administrativos para preservar y reservar esta desigualdad, lo cual le da una condición privilegiada sobre la otra parte, con las correspondientes facultades de excepción, que no se encuentran presentes en otro tipo de contratos como los del derecho privado.

Dentro de estas facultades de excepción se considera a las llamadas cláusulas exorbitantes a favor de la Administración Pública, mediante las cuales el Estado en ocasiones muy definidas puede realizar la modificación unilateral de los contratos que haya celebrado con los particulares, como es el caso de los contratos de concesión de obras y servicios públicos.

Aunque algunos autores prefieren llamar a esto régimen exorbitante y no cláusulas exorbitantes, puesto que lo que realmente existiría serían las prerrogativas del poder público que posee la administración, derivadas del ordenamiento general constitutivo del régimen administrativo y no unas «cláusulas exorbitantes implícitas» en todo contrato público.<sup>4</sup> Se habla de régimen exorbitante, sobretodo, a partir del pronunciamiento del Consejo

---

2. Tal afirmación se sustenta normativamente en lo dispuesto por los artículos V y VIII del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

3. De particular importancia constituye el citar lo dispuesto en el art. III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, «*La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general (...)*»

4. CASSAGNE, JUAN CARLOS. Derecho Administrativo, Primera Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 24 y 25.

de Estado Francés de 1973 en el caso *Société d'exploitation électrique de la rivière su Sant*, y además desde que Laubadère describiera al régimen exorbitante como el entorno objetivo, ajeno a las partes, del contrato, en el que, por cierto, podían estar incluidas las denominadas cláusulas exorbitantes.<sup>5</sup>

Ya sea que se le denomine como régimen exorbitante o como cláusulas exorbitantes lo cierto es que el contrato administrativo, y en particular el contrato de concesión, se nutre de un conjunto de prerrogativas de poder público y de garantías que se integran a través de una serie de principios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia administrativa, lo cual constituye el denominado orden público administrativo que debe ser respetado por las partes.<sup>6</sup>

Este régimen exorbitante tiene una distinta aplicación en el caso de los contratos de concesión de obra pública y cuando se trata de un contrato de concesión de servicio público, puesto que en el primer caso la prestación que constituye el objeto del contrato y que está a cargo del particular se extingue al terminarse la construcción de la obra, por ello el régimen exorbitante respecto del objeto de dicho contrato se extingue con la terminación de la obra pública, subsistiendo el régimen exorbitante sobre el ejercicio por parte del concesionario del particular modo de recuperación de la inversión que estos contratos implican, sin alterar la intangibilidad de la remuneración del concesionario. Estas reflexiones no son aplicables a la concesión de servicios públicos pura, en la cual el régimen exorbitante impera con igual intensidad durante toda la duración del contrato.<sup>7</sup>

## **2. EL INTERÉS PÚBLICO COMO FINALIDAD PRIMARIA DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN**

En todo contrato administrativo cuyo objeto es la satisfacción directa de un fin público, como es el caso de los contratos de concesión de obras y servicios públicos, existe un interés trascendente a las partes que no es otro

- 
5. COVIELLO, PEDRO JOSÉ. *El concepto de contrato administrativo*. En: VVAA, *Derecho Administrativo Argentino*, hoy, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 166.
  6. BIELSA, RAFAEL. *Derecho Administrativo*, Tomo II, Editorial La Ley, Sexta Edición, Buenos Aires, 1964, p. 171 y ss.
  7. FANELLI EVANS, GUILLERMO E. *El régimen y las cláusulas exorbitantes en las concesiones de obras y servicios públicos*. En: *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 228, Buenos Aires, 1997, p. 9.

que el prestar en las mejores condiciones el mencionado servicio, por ello las características y la misma prestación objeto del contrato no pueden fijarse definitivamente, requiriéndose cierta flexibilidad para que la administración pueda adaptarla a las necesidades que debe satisfacer.

Si el bien común ha variado desde el momento en que fue celebrado el contrato de concesión, la comunidad no está obligada a soportar algo que ya no es necesario o conveniente que sea prestado del mismo modo y en consecuencia se puede alterar el acuerdo de voluntades originario en orden a que el Estado persiga lo que es útil para la sociedad en su conjunto, sin dejar de tener en cuenta, eso sí, los denominados convenios de estabilidad jurídica celebrados con los particulares, en materia tributaria especialmente.<sup>8</sup>

El interés público se convierte de esta manera en la principal, y tal vez la única razón que puede llevar a la administración a modificar lo inicialmente pactado con el concesionario, con la finalidad de proteger el interés de la comunidad en que la obra o servicio público sean prestados de la manera más eficiente y eficaz, sin demoras excesivas, sin retardos perjudiciales para los usuarios y sin el peligro de causar daños mayores a la comunidad por el solo hecho de no atender contra principios como el *pacta sunt servanda* que rige en los contratos civiles.

Por otro lado, es necesario señalar que los principios que actualmente rigen la economía de mercado, tales como la subsistencia de las relaciones contractuales, así como la flexibilidad interpretativa a favor de la estabilidad de las concesiones,<sup>9</sup> vuelven innecesaria la aplicación inmediata de medidas como la revocación del servicio por razones de oportunidad, o la resolución del contrato cuando se producen este tipo de modificaciones en la relación jurídico-administrativa original, en otras palabras, la variación del contrato en sus elementos no esenciales es el mecanismo ideal que asegura la continuidad del fin público como razón principal de las concesiones, y de la inversión privada en el país, más no la continua resolución o rescisión de los contratos.

---

8. FANELLI EVANS, GUILLERMO E. *El Ius variandi en los contratos administrativos*. En: VVAA., *El Derecho Administrativo Argentino, hoy*, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, p. 197.

9. CASSAGNE, JUAN CARLOS. *El resurgimiento del Servicio Público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado*. En: *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 208, Buenos Aires, Enero de 1996, pp. 10 y 11.

El fundamento último y primero de las modificaciones o variaciones contractuales es por tanto el interés público ya que el contrato administrativo, particularmente el de concesión, se configura como un instrumento al servicio de fines esencialmente públicos que precisamente por ser tales, son intransferibles para la administración<sup>10</sup> y al mismo tiempo compete especialmente a ella la determinación de lo que constituye el interés general de la comunidad.<sup>11</sup> La administración posee pues libertad de apreciación política sobre el tema en cuestión, pero no una discrecionalidad absoluta, por cuanto en diversas legislaciones del orbe se vienen instaurando los mecanismos denominados «audiencias públicas»<sup>12</sup>, mediante las cuales la comunidad directamente puede intervenir en la regulación y fiscalización de determinados tipos de concesiones, especialmente la de servicios públicos, contribuyendo de esta manera a definir con una mayor precisión lo que constituye el bien público.

- 
10. PARADA VÁZQUEZ, RAMÓN. *Derecho Administrativo*, Tomo I, Séptima Edición, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1995, p. 274.
  11. Sin embargo, podríamos reflexionar que si un contrato de concesión implica que la Administración Pública a través de un acto administrativo, de carácter bilateral, decida sobre el destino temporal de un bien o servicio que pertenece o es patrimonio de la colectividad y que por lo tanto se encuentra orientado a la consecución de un fin público que trasciende los intereses particulares del contrato mismo, la voluntad de la comunidad, respecto a las circunstancias especiales que impliquen o sugieran la modificación de dicho acto en razón de la finalidad última que reviste el objeto del mismo, debe recogerse a través de procedimientos tales como las audiencias públicas las cuales operan a manera de mini-referéndum o diálogo consensuado de los ciudadanos con las autoridades en el tema concreto, evitando las posibles arbitrariedades o desconocimientos que una negociación entre el Estado y el concesionario puedan revestir para los ciudadanos, y que luego de haberse efectuado los cambios éstos son publicados. Es opinión personal que en casos extremos donde se implique de alguna u otra forma una grave lesión a los intereses de la colectividad, los contratos de concesión deberían someterse, bajo reglas clara y objetivamente definidas, a un referéndum local, regional o nacional, dependiendo de la jurisdicción de la concesión, para decidir la conveniencia o no de continuar ejecutando los mismos con miras al futuro jurídico y socio-económico de la provincia, región o del país.
  12. En este sentido cabe citar el art. 182º de la Ley del Procedimiento Administrativo General de aplicación directa en nuestra realidad: las normas administrativas prevén la convocatoria a una audiencia pública, como formalidad esencial para la participación efectiva de terceros, cuando el acto al que conduzca el procedimiento administrativo sea susceptible de afectar derechos o intereses cuya titularidad corresponda a personas indeterminadas, tales como en materia medioambiental, ahorro público, valores culturales, históricos, derechos del consumidor, planeamiento urbano y zonificación; o cuando el pronunciamiento sobre autorizaciones, licencias o permisos que el acto habilite incida directamente sobre servicios públicos. Ver nota anterior.

En consecuencia, la administración no puede renunciar a su potestad modificatoria por cuanto ello implicaría la dejación de una de las prerrogativas que para la buena ejecución de la obra o servicio público se le otorgan. La presencia dominante del interés público determina que la inmutabilidad del contrato se desplace a la inmutabilidad del fin que con el mismo se persigue, si bien no debe olvidarse que tal prerrogativa es la excepción y no la regla, por lo que para que pueda variarse el contrato deberán concurrir las causas que legitiman el apartamiento del principio de inmutabilidad.<sup>13</sup>

El interés público<sup>14</sup> vendría a constituir, en síntesis, el único supuesto que permite la legislación para admitir la procedencia del *ius variandi*, dicho interés público se debe entender como una cláusula general, la cual será determinada en cada caso concreto por la administración pública, y de ser el caso por los tribunales o árbitros respectivos, sin otras limitaciones cuantitativas o cualitativas adicionales a las señaladas por los ordenamientos jurídicos correspondientes.

### 3. LA POTESTAD MODIFICATORIA O *IUS VARIANDI* DEL ESTADO

Tal como lo mencionamos, una de las particularidades del régimen jurídico que caracteriza a la figura del contrato administrativo, calificada incluso como la más singular y extraordinaria, es, precisamente, el poder en manos de la Administración de modificar las condiciones estipuladas en el contrato, conocido comúnmente como *ius variandi*. Su esencia reside en la posibilidad atribuida a la Administración Pública de alterar unilateralmente los términos de las obligaciones pactadas, en este caso, con los concesionarios, adaptando el contrato a las necesidades

---

13. HORGUÉ BAENA, CONCEPCIÓN. *La modificación del contrato administrativo de obra*, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997, p. 46.

14. Pretender arribar a una definición exacta y unívoca sobre el concepto de interés público constituye una especie de utopía jurídica por cuanto la extensión de sus alcances e implicancias son de tal magnitud como las que poseen las definiciones de nación u orden público. En todo caso, las circunstancias concretas que se presenten ante la Administración Pública en donde efectivamente las autoridades puedan comprobar mediante hechos verificables el beneficio o perjuicio (económico, social o moral) que un acto administrativo pueda causar directa o indirectamente a un grupo o la totalidad de ciudadanos de una jurisdicción permitirán una adecuada ponderación de los intereses particulares frente a aquellos que sean identificados como públicos, otorgando de esta forma una cierta objetividad y respaldo a las acciones que se ejecuten.

públicas, debido a que al fin económico privado se antepone la necesidad pública colectiva interesada con su ejecución y con una correcta inversión privada en el país.<sup>15</sup>

El poder con que cuenta el Estado para modificar los contratos administrativos se concibe fundamentalmente en términos de potestad (por ello es mejor denominarlo *potestas variandi*), y no de derecho subjetivo, en consecuencia esta potestad encuentra su correspondencia no en las relaciones de general sujeción de los administrados, sino en aquellas relaciones nacidas de un título concreto; de ahí que, a veces, aunque sobre ello existen discrepancias, se la haya caracterizado como potestad doméstica o de supremacía especial.<sup>16</sup> Precisamente esta posibilidad de modificación del contrato administrativo por motivos de interés público, sin necesidad de previsión contractual es la prerrogativa que aporta una verdadera peculiaridad de fondo al régimen de la contratación administrativa.

En Francia, por ejemplo, la potestad de modificación contractual por parte del Estado se ha entendido como un pilar básico de la teoría y del régimen jurídico del contrato administrativo, y así el Consejo de Estado Francés reconoce esta atribución a la Administración Pública en defecto de previsión contractual expresa.<sup>17</sup> De esta forma la *potestas variandi* no surge, en principio, de lo estipulado en el contrato sino del ordenamiento legal como una regla general que se consuma a través del ejercicio de la prerrogativa modificatoria.

Sin embargo, esta potestad no se puede ejercer de modo arbitrario, pues debe existir una compatibilidad entre la facultad de modificación unilateral y el principio de inalterabilidad de los contratos, ya que esto permite que la administración introduzca modificaciones a los contratos ante los

- 
15. DROMI, ROBERTO. *Renegociación y reconversión de los contratos públicos*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 19.
  16. VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS y VILLAR EZCURRA, JOSÉ LUIS. *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo III, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1983, p. 105; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Quinta Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1990, p. 443.
  17. En este sentido JEZÉ, G. *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo IV, traducción de la Tercera Edición, Buenos Aires, 1950, p. 230; LAUBADÈRE, MODERNE y DEVOLVÉ. *Traité des contrats administratifs*, Tomo II, Segunda Edición, 1984, p. 398, citados por HORGUÉ BAENA, CONCEPCIÓN, *Op. Cit.*, p. 27. Esta doctrina fue confirmada por la decisión del Consejo de Estado Francés del 2 de febrero de 1983 en el caso «*Union des transports publics urbains et régionaux*».

cambios de circunstancias para cumplir con la finalidad perseguida, lo cual será lícito y justo cuando las modificaciones fueran objetivamente necesarias, cualquiera hubiera sido el contratista seleccionado en condiciones normales y en la medida en que no se suprima el riesgo empresarial.

En este sentido existen autores<sup>18</sup> que han señalado que no obstante el principio de flexibilidad contractual presente en los contratos administrativos que favorece al estado, la regla del *pacta sunt servanda* resulta incluso más rígida en este tipo de contratos que en los civiles puesto que se ha acudido al procedimiento de licitación pública para formalizarlos y por lo tanto habría que respetar los derechos de los oferentes excluidos. Consecuentemente, el ámbito del ejercicio de la potestad modificatoria, aún cuando encuentra más límites que una modificación contractual regida por el Derecho Civil o comercial, viene a compensar la mayor rigurosidad que tiene el *pacta sunt servanda* frente a los oferentes excluidos de la selección.

Se tiende entonces a preservar la igualdad que hay que asegurar a todo oferente en un procedimiento de selección, este principio está destinado a proteger a quienes pretenden contratar con el Estado durante la fase licitatoria y su supervivencia durante la ejecución del contrato opera como un elemento residual habilitante para el ejercicio del control del obrar administrativo sobre la utilización de la *potestas variandi*.<sup>19</sup> Lo contrario implicaría quebrantar las reglas de la leal competencia y de los principios que sustentan el régimen de la contratación pública, facultando a los afectados a iniciar los correspondientes reclamos ante la administración pública.

### 3.1. Modalidades que asume la *potestas variandi*

La potestad modificatoria se manifiesta de una forma distinta en los dos contratos administrativos por antonomasia: la concesión de servicios públicos y los contratos de obras públicas.

- En la concesión de servicios públicos los poderes de controlar y dirigir el servicio, modificando por ello las cláusulas del contrato, están a tal

---

18. Entre ellos CASSAGNE, JUAN CARLOS. *El Contrato Administrativo*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 68.

19. GAMBIER, BELTRÁN. *El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos*. En: *Derecho Administrativo*, Obra colectiva en Homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 937 y ss.

punto justificados que su existencia es tenida en cuenta al formular la teoría de la naturaleza jurídica mixta o compleja de la concesión de servicio público.

Esto también deriva de la existencia de terceros cuyos intereses dependen cabalmente de la adecuada reglamentación que se haya dado al servicio y del puntual cumplimiento del mismo por el concesionario, de ahí la conocida fórmula de la jurisprudencia francesa «el concesionario gestiona, la administración controla.»<sup>20</sup>

Los poderes que tiene la administración sobre el servicio son poderes de regulación interna del mismo, de modificación interna de su cantidad, de su calidad, de sus destinatarios, de sus precios, de sus modalidades internas, de su organización, de su financiación, nadie ha señalado en sí límites cuantitativos a la *potestas variandi* en este tipo de contratos.<sup>21</sup>

Tal como se puede apreciar, los poderes que tiene la administración sobre el contratista que firmó un contrato de gestión de servicio público son poderes amplios, estando obligado el concesionario a respetar las observaciones esenciales que la administración le indique teniendo en cuenta el interés público, afirmando alguna doctrina que el concesionario solamente tendría derecho, en caso de no estar de acuerdo con aquellas modificaciones a reclamar una retribución económica razonable y el mantenimiento de la ecuación financiera del contrato, la cual en ningún supuesto puede ser alterada sin que el contratista sea adecuadamente reparado por dicho perjuicio económico.<sup>22</sup>

- En el caso de los contratos de obra pública una de las peculiaridades del sistema de ejecución mediante *contrata* reside justamente en los poderes de dirección y control que la Administración se reserva para sí, ya que las instrucciones que da el interventor técnico designado por el Estado son de obligatorio cumplimiento para el contratista durante la ejecución

---

20. GARRIDO FALLA, FERNANDO. *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 1992, p. 90-91.

21. VILLEGAS BASAVILBASO, BENJAMÍN. *Derecho Administrativo*, Tomo III, Tip. Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, p. 76 y ss.

22. ARIÑO ORTÍZ, GASPAR. *El contrato de gestión de servicios públicos, su trascendencia en la problemática del servicio público*. En: VVAA, *Contratación Pública-II*, Segundas Jornadas de Valladolid, 25-26 de enero de 1996, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997, p. 176.

de la obra, siendo ilógico que el contratista proteste contra ellas debido a que todo contrato de obra pública contiene implícito el poder de dirección de la obra por parte de la entidad estatal contratante.

En el caso de los contratos de concesión de obras públicas algunos autores señalan que la Administración Pública ejerce un poder de control sobre los concesionarios que se expresa de dos maneras:

- **Un control técnico**, referido a las obras, maquinaria, a los medios técnicos en general, adoptados por el concesionario para la explotación de la obra; y
- **Un control económico**, relativo a la gestión financiera de la empresa concesionaria, control que se refiere sobretodo a las relaciones con los usuarios, en relación a las tarifas, etc.<sup>23</sup>

Dado los largos plazos de las fases de explotación en los contratos de concesión de obras públicas debemos concluir que este tipo de contratos son particularmente vulnerables, más que la generalidad de los contratos administrativos, a la ocurrencia durante su vigencia de situaciones que determinen la necesidad de introducir variaciones en lo contratado, con las respectivas limitaciones que las leyes nacionales<sup>24</sup> han impuesto en este sentido a la Administración Pública.

### 3.2. La *potestas variandi* como única vía de modificación de los contratos de concesión

El interés público presente en la selección del contratista impide que una vez perfeccionado el contrato el particular y la administración dispongan su alteración por mutuo acuerdo, al menos si se entiende que ello consentiría prescindir de los cauces estrictos en los que se enmarca la *potestas variandi*, desde esta perspectiva la inalterabilidad del contrato sólo encuentra un cauce legítimo de excepción en la *potestas variandi*, como forma de preservar en todo momento el interés público que con este tipo de contratos se persigue.<sup>25</sup>

---

23. VARGAS FRITZ, JOSÉ FERNANDO. *La concesión de obras públicas*, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago, 1997, p. 223

24. Al respecto cabe citar las principales normas que se han emitido para garantizar la inversión privada en el país: Leyes 26438, 26885, 27342, Decreto Ley 26120, Decretos Legislativos 662, 757, 758 y 839 y sus modificatorias y ampliatorias.

25. HORGUÉ BAENA, CONCEPCIÓN. Op. Cit., pp. 48-49.

No olvidemos que la modificación consensuada puede suponer un obstáculo a los principios de la libre competencia y buena fe que deben presidir la contratación de las administraciones públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos al adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran conocido la variación que posteriormente se produce por acuerdo de las partes. Asimismo, la modificación por mutuo acuerdo no necesariamente se lleva a cabo en razón del interés público por cuanto en dicho caso no es preciso señalar razones que justifiquen dicho cambio, tan sólo primaría la voluntad negocial de las partes, mas este criterio del derecho privado no se puede extrapolar directamente al derecho administrativo.

Nada impide, por otro lado, que la Administración y el contratante puedan acordar la modificación de un contrato administrativo en la medida en que con ello se preserve el cumplimiento de la finalidad de interés público tenida en vista al celebrar el acuerdo de voluntades originario, es decir, cuando la única razón alegada tanto por el concedente como por el concesionario para modificar las estipulaciones contractuales sea el bien público de la comunidad, y, claro está, siempre que esto pueda efectivamente corroborarse en la realidad. De la misma forma se deben respetar las condiciones de la licitación pública por la cual fue otorgada la concesión sin perjudicar infundadamente a los otros oferentes desplazados.

Debido a estas razones la prerrogativa de la *potestas variandi* y con ello su carácter unilateral, no se muta en un pacto novatorio ante la circunstancia de que el contratista esté conforme con introducir en el contrato las modificaciones que la administración estima necesarias, ya que desde las primeras normas que lo consagraron este poder fue circunscrito en unos términos jurídicos que obviaban, desde la perspectiva de su validez, la consideración de cuál fuese la voluntad del contratista con respecto a la variación de lo pactado, así las reglas procedimentales que fueron impuestas no reconocían la aceptación o no del contratista frente a los cambios ordenados por el Estado.

Si admitiéramos la aceptación del contratista como presupuesto para la modificación contractual la figura de la *potestas variandi* no tendría sentido y ya no estaría sometida a los principios y límites que la rigen.<sup>26</sup> Pierde

---

26. VILLAR PALASÍ-VILLAR EZCURRA, Op. Cit., p. 114, citado por HORGUÉ BAENA, *Concepción*. Op. Cit., p. 53.

por ello toda lógica el realizar addendas o estipulaciones contractuales adicionales al contrato de concesión originalmente firmado entre las partes cada vez que la Administración Pública ejerza la citada *potestas variandi*. Ello reduciría la noción de contrato administrativo a una relación de derecho privado, cosa que como hemos visto no es cierta, ni lógica, aunque muchos expertos nacionales en la materia afirmen lo contrario, debido a particulares interpretaciones del texto constitucional.<sup>27</sup>

### 3.3. Límites a la *potestas variandi*

Con referencia especial a los contratos de concesión de obras públicas debemos decir que los límites a la *potestas variandi* del Estado son esencialmente los descritos a continuación, puesto que en los contratos de concesión de servicios públicos, tal como ya lo explicamos, el único límite que tendría la administración se encuentra delimitado por el interés público siempre y cuando no afecte el equilibrio económico-financiero del contrato.

En sí toda modificación realizada por la administración pública debe respetar la sustancia del contrato de concesión de obras públicas y la esencia de su objeto, puesto que aquellas modificaciones que van más allá de la mutabilidad razonable facultan al contratista para pedir la rescisión del contrato.<sup>28</sup>

Ahora bien, determinar cuándo se altera el objeto de un contrato de concesión pasa a ser una cuestión de hecho, susceptible de apreciación en cada caso concreto,<sup>29</sup> aunque algunos autores afirman que la modificación del objeto del contrato en las concesiones de obra pública constituyen un supuesto raro, ya que dichas concesiones conllevan un período de estudio superior al de los contratos de servicios públicos, el cual además es multidisciplinario (técnico, económico y jurídico), es así que existe un mayor y más profundo período de gestación en las obras públicas a concesionar que previene contra la improvisación y, consecuentemente, contra un cambio de su objeto.

- 
27. Ver los artículos 62° y 63° de la Constitución Política del Perú de 1993, los cuales bajo el concepto de Contrato-Ley no niegan en ningún sentido la *potestas variandi* que tendría el Estado en casos de afectación al interés público, tal como lo demostraría una interpretación sistemática de los artículos 1°, 31°, 38°, 44°, 59°, 73°, 76° y 162° de la Carta Magna.
  28. MARIENHOFF, MIGUEL. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 399-403. En ese sentido se interpretan las disposiciones específicas del Decreto Legislativo 758 y sus modificatorias y ampliatorias.
  29. BARRA, RODOLFO C. *Contrato de Obra Pública*, Tomo III, Editorial Abaco de R. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 1078 y ss., citado por: FANELLI EVANS, GUILLERMO. Op. Cit., p. 199.

De otro lado, la finalidad alegada por la administración comitente para hacer uso de esta facultad modificatoria debe ser objetiva, fundada, cierta y real, sólo justificada por el interés público<sup>30</sup>, el cual mencionamos será delimitado por la misma administración encargada de preservarlo, y luego juzgada por los tribunales pertinentes, no pudiendo sobrepasarse los límites cuantitativos previstos en la ley.<sup>31</sup>

Sin embargo, el límite más preciso que la *potestas variandi* tiene se encuentra definido por el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, ya que su alteración faculta al concesionario para exigir el cumplimiento de las medidas tendientes a restablecerlo y de no ser esto posible a pedir su resolución.<sup>32</sup> Las medidas en concreto que tienden al restablecimiento del equilibrio económico-financiero son diversas doctrinaria, legal y jurisprudencialmente, incluyen desde la revisión de la tarifa asignada, hasta la ampliación del plazo de la concesión, pero ello constituye un tema que merece un estudio aparte.

### **3.4. Efecto de la *potestas variandi* en los contratos de concesión**

El efecto inmediato que producen las modificaciones contractuales implica renegociar el contrato de concesión, lo cual conlleva negociar de nuevo, producir ajustes sobre la base de un mismo contrato, volver sobre el mismo asunto, no hay variación sustantiva en la prestación sino que la alteración es sólo del precio, del plazo, del modo, pero sin modificación estructural del asunto o negocio.

Esto conduce a una novación tácita del contrato de concesión, pues sobre la base inicial de la voluntad contractual se reedifica un contrato revisado, modificado, renovado o convertido, de esta manera dichas obligaciones contractuales modificadas, nacidas del contrato público anterior, se extinguen junto con sus accesorios, de modo tal que las obligaciones nacidas de la renegociación sustituyen a las anteriores.<sup>33</sup> Por ejemplo, si las cir-

---

30. En casos de grave e irreparable alteración del orden público en este tipo de contratos administrativos es de aplicación supletoria el art. 202.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, referido a la nulidad de oficio de los actos administrativos, en los casos que correspondan y no sea de utilidad el ejercicio de la *Potestas Variandi*.

31. HERRERA, BENJAMÍN. *Régimen de la exhorbitancia*. En: VVAA, Estudios de profundización en contratación estatal, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1997, p. 210.

32. DROMI, ROBERTO. Op. Cit., p. 22-23.

33. DROMI, ROBERTO. Op. Cit., p. 139.

cunstances técnico-económicas motivaron la ampliación de alguno de los plazos estipulados en el contrato para que el concesionario presente informes o cumpla con entregar determinadas licencias o avances de construcción, el nuevo plazo concedido sustituye al anterior pactado originalmente en el contrato.

#### 4. CONCLUSIONES

- a) El contrato de concesión de obras y servicios públicos presenta un régimen exorbitante en el cual la Administración Pública goza en determinadas ocasiones de la denominada *potestas variandi* para modificar las cláusulas contractuales originalmente pactadas entre las partes.
- b) Todo contrato de concesión celebrado por la Administración Pública tiene como fin principal la protección y mantenimiento del interés público y en vista del mismo en circunstancias concretas se justifican las variaciones contractuales que dispone el Estado, respetando las normas especiales que rijan la promoción de la inversión privada.
- c) La *potestas variandi* se ejerce de distinto modo en las concesiones de servicios públicos, donde sólo tendría como límite el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato de concesión, mientras que en las concesiones de obras públicas presenta otros límites tales como que la modificación se ejerza dentro de lo estipulado por la ley y que se respete el objeto y esencia del contrato.
- d) En los casos de grave alteración del interés público de una concesión de incidencia local, regional o nacional, se debería prever un mecanismo especial de audiencia pública que determine la continuidad o no de dicha concesión de acuerdo al ámbito en el cual sea utilizada.
- e) Las variaciones de las cláusulas contractuales no deben desconocer los derechos de los demás oferentes excluidos de la selección.
- f) La modificación de común acuerdo de las cláusulas del contrato no sería aceptable en los casos que desconozca el interés público en el cual se basa la *potestas variandi*, asimismo la adición de estipulaciones al documento original cada vez que se ejerce la *potestas variandi* es innecesaria.
- g) Las estipulaciones que han sido modificadas por la *potestas variandi* sustituyen a las originalmente pactadas, produciéndose una especie de novación contractual.