**3ª Seção –
Doutrina Estrangeira**

***Section 3 –
Foreign Doctrine***

REGÍMEN DE MODIFICACIÓN AL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA (PPP) EN URUGUAY

AMENDMENT REGIME OF PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP (PPP) CONTRACTS IN URUGUAY

ADRIÁN A. GUTIÉRREZ

Abogado. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de la República Oriental del Uruguay (UDELAR) y de la Universidad Católica del Uruguay. Profesor de Protección de Datos Personales y Acceso a Información Pública en la Especialización en Ingeniería y Computación en Seguridad Informática del Centro de Postgrados y Actualización Profesional en Informática de la Facultad de Ingeniería de la UDELAR. Profesor Invitado por el Centre Sorbonne Fiscalité /Ateliers de Droit Fiscal de la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne sobre "Control de constitucionalidad de las leyes y contencioso administrativo tributario en Uruguay". Master en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo. Diploma de Especialización en Derecho de la Empresa por la Facultad de Derecho de la UDELAR.
dr.adrian.a.gutierrez@gmail.com

PABLO LEIZA ZUNINO

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Profesor de Público II y III de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor de Derecho Administrativo I y II de la Universidad Católica del Uruguay – Facultad de Derecho. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Autor de varias obras sobre la temática.
pabloleiza@gmail.com

Recibido em: 29.07.2018
Aprovado em: 04.11.2018

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: El régimen de Participación Público Privada (PPP) ha cobrado especial impulso en Uruguay recientemente, constituyendo un instrumento que ha permitido avanzar en obras de infraestructura de mediano y gran porte. En este esquema, y dadas las complejidades que muchas veces se presentan en la etapa de ejecución del contrato es que nos hemos preocupado por

ABSTRACT: The Private Public Participation regime (PPP) is gaining importance recently in Uruguay and it constitutes an instrument to advance in regular and important infrastructure works. Within this sketch and due to the complexities appeared during the execution stage of the contract is the reason why we try to analyze the modifications to the rules a necessary way to get the pursued aim.

analizar el régimen de modificaciones al mismo situación que, muchas veces deviene necesaria para la consecución del fin perseguido. En este trabajo se analiza el régimen legal de modificación al contrato de PPP y su alcance, frente a las distintas situaciones que puedan presentarse.

PALABRAS CLAVE: Participación Público-Privada – Contratación administrativa – Prerrogativas de la administración – Modificación unilateral del contrato – Ejecución del contrato – Contratos administrativos.

In this work the legal regime of the modifications to the PPP and its reach are analyzed facing the different situations that may be presented.

KEYWORDS: Private Public Participation – Administrative contract – Administration prerogatives unilateral modification of the contract – Execution of the contract – Administrative contracts.

SUMARIO: 1. Mecanismos de modificación del contrato de PPP. 2. Modificación unilateral del contrato de PPP por la APC. 2.1. Consideración previa: acerca de la existencia de una potestad unilateral de la APC para modificar los contratos. 2.2. Regulación de la modificación unilateral del contrato en la ley de PPP. 2.2.1. Antecedentes parlamentarios. 2.2.2. El texto legal aprobado en Cámara de Senadores el 6/7/011 y en Cámara de Representantes el 12/7/011. 2.3. Requisitos para que proceda la modificación unilateral del contrato por la APC. 2.3.1. La potestad de modificación unilateral debe encontrarse expresamente prevista en el contrato de PPP. 2.3.2. Condiciones que deben pactarse para habilitar el ejercicio de la potestad modificatoria. 2.3.3. Otras condiciones que pueden pactarse para ejercer la potestad modificatoria. 2.4. Procedimiento para el ejercicio de la potestad de modificación unilateral. 2.5. Conclusiones. 3. Revisión del contrato de PPP por acuerdo de partes. 3.1. Proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo al Poder Legislativo de fecha 9/11/010. 3.2. Proyecto de ley aprobado en la Cámara de Representantes de fecha 11/5/011. 3.3. El texto aprobado en Cámara de Senadores el 6/7/011 y en Cámara de Representantes el 12/7/011. 3.3.1. Estipulaciones que, necesariamente, deben preverse para habilitar la modificación bilateral del contrato. 3.3.2. Estipulaciones que, no necesariamente, deben preverse en el contrato para habilitar su modificación bilateral. 3.4. Procedimiento de modificación bilateral del contrato. 3.5. Conclusiones. 4. Renegociación del contrato de PPP. 4.1. Concepto e importancia de la renegociación. 4.2. Regulación de la renegociación en la ley de PPP. 4.2.1. Proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo al Poder Legislativo de fecha 9/10/011. 4.2.2. Texto aprobado. 4.3. Causales de renegociación. 4.3.1. Hecho del príncipe. 4.3.2. Fuerza mayor. 4.3.3. Ausencia de acuerdo en la revisión del contrato de PPP. 4.4. Límites a la renegociación. 4.5. Procedimiento de renegociación. 5. Indemnización por daños y perjuicios. 6. Condición temporal habilitante para modificar el contrato de PPP. 6.1. Consideraciones previas. 6.2. Alcance de la disposición.

1. MECANISMOS DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE PPP

En Uruguay los contratos de PPP, están regulados por la Ley N° 18.786 de 19 de julio de 2011 y reglamentado por los Decretos n° 18/012 de 26 de enero de 2012, el n° 280/012 de 24 de agosto de 2012 y n° 251/015 de 14 de setiembre de 2015 y el último el n° 313/017 de 13 de noviembre de 2017.

Nos referiremos en este trabajo a los diferentes “régimenes de modificaciones al contrato de PPP” establecidos en la ley uruguaya, dentro de los cuales incluimos la modificación unilateral del contrato por la Administración Pública Contratante – APC; la revisión del mismo por acuerdo de ambas partes (modificación bilateral) y la renegociación ya que, cualquiera de estos instrumentos habilita a modificar las condiciones pactadas por las partes en el contrato de PPP.

En el Capítulo X de la ley “Modificaciones y cesión del contrato”, se regulan los mecanismos en base a los cuales se puede modificar el contrato de PPP (artículos 47 a 49). Disposiciones que fueron reglamentadas en los artículos 71 a 74 del capítulo octavo, “Ejecución del contrato de PPP”, del Decreto No. 17/012.

La modificación del contrato de PPP puede proceder:

i) a instancias de la Administración Pública Contratante (artículos 47 de la ley de PPP y 71 del decreto).¹

ii) a instancias de cualquiera de los contratantes cuando:

- se solicite la revisión del contrato, siempre que tal posibilidad se hubiere previsto en el mismo (artículos 48 de la ley y 72 del decreto).
- se solicite la renegociación del contrato, la que procede con o sin previsión contractual (artículos 49 de la ley y 73 del decreto).

Surge de lo expuesto que la ley establece, en forma taxativa, las circunstancias cumplidas las cuales la Administración o cualquiera de los co-contratantes puede solicitar la modificación de las condiciones pactadas en el contrato de PPP. De esta forma, queda vedada toda posibilidad ulterior de modificación del contrato de PPP por circunstancias que no hayan sido previstas por las partes al contratar o no encontrarse expresamente reguladas en la ley.

Esta solución legal parecería ir en contra de la propia naturaleza de los contratos administrativos dado que, durante la etapa de su ejecución, ocurren normalmente cambios en la medida que se trata de contratos de tracto sucesivo (obras, concesión, suministros, etc.), que se caracterizan porque su duración se prolonga en el tiempo. Por este motivo, revisten una singular complejidad técnica, que dificulta la concreción previa de todas las prestaciones en las bases de contratación y en el propio contrato, y en su ejecución requieren de una especial organización empresarial y económica.²

1. Se trata de una modificación realizada por la Administración, en calidad de parte del contrato, y en ejercicio de una potestad expresamente prevista en el mismo.
2. Cfe. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 255.

Es así que Delpiazzo³ ha señalado que en una “Administración concertada” se impone, en primer lugar, la flexibilidad frente a la rigidez, apuntando a que la relación entre la Administración y el contratista no quede encorsetada en reglas ptreas, sino que permita que ese carácter de colaboración entre ellas ambiente una relación equilibrada de carácter fluido y dinámico.

Sin embargo, como ya lo expresamos, el régimen de modificación de las condiciones pactadas en el contrato de PPP es de carácter restrictivo y limitado a los mecanismos regulados en la ley y/o en el contrato.

Esta fue la finalidad perseguida por el legislador, tal como surge del mensaje enviado por el Poder Ejecutivo al Poder Legislativo de fecha 9/11/010 en el que se establece que “los contratos de PPP son generalmente de largo plazo, por lo cual las condiciones en que se concretó pueden ir cambiando y es posible que exista un apartamiento entre lo esperado por las partes en el momento de acordar y la realidad de la vida del contrato. Estas diferencias pueden generar conflictos entre las partes y hasta modificaciones contractuales. Esto implica que los contratos de PPP están sujetos a lo largo de su vida a posibles presiones oportunistas para alterar las condiciones del mismo. Para evitar esas conductas es necesario contar con un entorno institucional que reduzca esos riesgos. Por lo tanto, *se requiere de una ley que regule las condiciones de la PPP mientras ésta subsista, como por ejemplo, cómo se resuelven las controversias y en qué casos es válido hacer ajustes en la ecuación económica del contrato*” (el destacado es nuestro)⁴.

Así, el literal I) del artículo 17 de la Ley No. 18.786 dispone, entre las estipulaciones que debe contener el contrato de PPP las “condiciones en que puede procederse a la modificación de determinados aspectos del contrato..., conforme a lo establecido en la presente ley”.

Más claramente, el artículo 72 del Decreto No. 17/012, al reglamentar el régimen de modificación bilateral del contrato preceptúa que “el contrato de PPP

3. DELPIAZZO, Carlos; La contratación administrativa en Uruguay y Argentina frente al MERCOSUR, IEMM, Montevideo. 1993, p. 122.

4. En el mismo sentido puede verse la exposición del Sr. Gallinal en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Senadores de 5/7/011 al señalar que “aceptamos que el Estado pueda modificar unilateralmente el contrato si previamente fue pactado, es decir, que se le conceda a una de las partes esta posibilidad. También aceptamos la modificación acordada por las partes prevista en el contrato... Pero no vamos a aceptar que se haga en forma unilateral, inclusive aunque haya sido pactado, porque pensamos que eso ahuyenta a los inversores... Por otra parte, esta circunstancia provocará la suba de precios porque quien vea que la otra parte del contrato tiene esta facultad, podrá considerar que puede entrar igual -porque tiene resto- pero se cubrirá modificando los precios...”.

podrá establecer condiciones, cumplidas las cuales las partes podrán, de común acuerdo, acordar su revisión. *Si dicha posibilidad no estuviere prevista en el contrato, las partes no podrán modificar el mismo, salvo la opción de renegociación...*⁵

Por lo expuesto, acaecida alguna de las circunstancias que impacten en las condiciones esenciales del contrato -consideradas al momento de su celebración, cuya revisión o renegociación no estén previstas en el mismo o en la ley-, ameritarán únicamente –en aplicación de los principios de equidad y buena fe que rigen el régimen de contratación administrativa, así como el de mantenimiento de la ecuación económico financiera del contrato- el reclamo indemnizatorio respectivo por los daños y perjuicios que pudieran haberse ocasionado por tales motivos, pero no, su modificación ulterior.

2. MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE PPP POR LA APC

2.1. Consideración previa: acerca de la existencia de una potestad unilateral de la APC para modificar los contratos

La doctrina ha discutido respecto a si existe o no una prerrogativa a favor de la Administración Pública para modificar unilateralmente el contenido y alcance del contrato, durante su ejecución.

Un sector de la doctrina ha sustentado que el poder de dirección y contralor del contrato que posee la Administración supone la posibilidad de introducir

5. Una posición diferente sustenta DURAN MARTINEZ con referencia a los institutos de la revisión y la renegociación ya que, según menciona, se tratan de normas de excepción al régimen de libertad por lo cual, en estos casos, la modificación del contrato siempre es posible (Exposición realizada en el Tercer Seminario Internacional de Derecho Administrativo sobre Contratos de PPP, organizado por La Ley Uruguay el 21 y 22 de julio de 2012).

Si bien no consideramos adecuada la solución legal, ni reglamentaria, nuestra interpretación difiere de la sustentada por el distinguido Profesor (ver FERNANDEZ, Makarena y GUTIERREZ, Adrián; “Mecanismos de modificación del contrato de Participación Público-Privada”, en Revista de Derecho Público No. 41, FCU, Montevideo, 2012, ps. 41 y ss.).

Esta situación queda aún más clara en la medida que el literal E) del artículo 17 de la Ley No. 18.786 establece como un contenido básico del contrato de PPP el establecer las “causas y procedimientos para determinar las variaciones de la remuneración a lo largo del período de ejecución del contrato y criterios aplicables respecto del mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato si correspondiere”, lo que hace suponer -a priori- que tal variación para resultar procedente, debe encontrarse prevista en el contrato.

unilateralmente modificaciones en el contenido del mismo, aún sin previsión legal o contractual al respecto⁶. En tal caso, si la alteración del contrato le impone al particular mayores gastos, la Administración debe indemnizarlo, reajustando el precio estipulado⁷.

Quienes sustentan esta posición lo hacen en base a la distinción entre los contratos administrativos y los celebrados entre particulares que se encuentran regulados por el derecho privado. Entre las particularidades relativas a los contratos administrativos se invoca la existencia de cláusulas exorbitantes o especiales o potestades exorbitantes o prerrogativas especiales de la Administración⁸ entre las que se destaca la de modificar unilateralmente el contrato.

Señala Cajarville⁹, que la admisión de la prerrogativa de la Administración contratante de modificar unilateralmente los contratos, solo puede fundarse en su reconocimiento como un poder implícito del órgano competente para contratar¹⁰.

6. SAYAGUES LASO, Enrique; Tratado de Derecho Administrativo T. II, FCU, Mdeo., 1991, p. 569. El citado Profesor señala que esta potestad se admite con facilidad en contratos a largo plazo.

Ver también, entre otros, PRAT, Julio; Derecho Administrativo T. 3, Vol. 2, Acali, Montevideo. 1978, pp. 300 y ss., y MARIENHOFF, Miguel; Tratado de Derecho Administrativo III-A, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1979, ps. 400 y 401.

7. SAYAGUES LASO, Enrique; Tratado..., ob. cit., p. 570.

8. PRAT, Julio; Derecho..., ob. cit., ps. 299 y ss; CASSAGNE, Juan Carlos; El Contrato Administrativo, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Bs.As., 2005, ps. 132 y ss; BANDERIA DE MELLO, Celso; Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, Sao Paulo, 2003, p. 571.

9. CAJARVILLE, Juan Pablo; "Sobre contratación...", ob. cit., p. 354.

10. CAJARVILLE expresa que la atribución de cometidos a una entidad estatal significa no solo la facultad, sino el deber de cumplirlos; por eso, conforme al principio de los poderes implícitos, la atribución expresa de cometidos a un órgano público supone implícitamente la atribución de los poderes necesarios para cumplirlos adecuadamente, siempre que el uso de tales poderes no le esté prohibido directa o indirectamente, ni esté atribuido expresamente a otro órgano público (CAJARVILLE, Juan Pablo; "Invalidez de los administrativos. Acto administrativo: Concepto, elementos y presupuestos. Ilegitimidad e invalidez. Desviación, abuso o exceso de poder o violación de una regla de derecho", en Sobre Derecho Administrativo T II, FCU, Mdeo., 2007).

Para el mencionado autor, la potestad de modificar un contrato, conforme al principio de los poderes implícitos, debe reconocerse al órgano contratante aun a falta de texto expreso cuando, por motivos supervinientes que serán los que justifiquen el ejercicio de tal potestad, sus términos impidan a la Administración cumplir conforme a derecho y a criterios de buena administración el cometido para el cual aquél se celebró.

El plazo que se hubiere fijado comienza a computarse a partir de la fecha de la celebración del contrato original de PPP y no de la adjudicación del mismo. Hacemos especial hincapié en el “contrato original” pues entendemos que esta limitación no aplica respecto de ulteriores modificaciones que se realicen al contrato de PPP. De esta forma, una nueva modificación, revisión o renegociación del contrato no implica que deba esperarse nuevamente el transcurso de un nuevo plazo para proceder a una nueva modificación de las condiciones contractuales.

Por lo tanto, una vez transcurrido el plazo que se hubiere fijado, la APC podrá -en cualquier momento- hacer uso de la potestad de modificación unilateral del contrato que estuviere prevista en el mismo, salvo que expresamente se hubiere pactado una solución diferente. Asimismo, cualquiera de las partes podrá solicitar la modificación o, en su caso, la renegociación de dicho contrato. Dicha limitación aplica, únicamente, respecto del contrato originario y no de sus ulteriores modificaciones, renegociaciones o prorrogas.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A utilização das parcerias público-privadas para viabilizar infraestrutura no âmbito das operações urbanas consorciadas, de Mariana Chiesa Gouveia Nascimento – *RTSP*5/163-175 e *RTSP*6/163-175 (DTR\2014\18608);
- Parcerias Público-Privadas, de Ana Carolina Annunziato Inojosa de Andrade – *RTNE*3/17-62 (DTR\2014\2132); e
- A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada, de Eduardo Grebler – *RArb* 2/60-72, *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo* 4/1219-1235 e *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação* 4/787-802 (DTR\2004\294).