



INSTITUTO GLOBAL DE ALTOS ESTUDIOS EN CIENCIAS SOCIALES (IGLOBAL)

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA (USAL)

El Ius Variandi en la Ley No. 340-06, de Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, sus modificaciones y demás normativa complementaria

Tesis para optar por el título de

MÁSTER EN DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Proponente

Laia Verónica Rojas Alfau

Asesores

Dr. Iñigo Sanz
Dr. Pedro Ortega

18 de febrero de 2013
Santo Domingo, República Dominicana

Índice

Contenido	Página
Referencias de abreviaturas.....	4
Introducción.....	5
Capítulo 1. Metodología de la investigación	
1.1 Antecedentes.....	7
1.2 Delimitación.....	9
1.2.1 Delimitación temporal.....	9
1.2.2 Delimitación espacial.....	9
1.2.3 Delimitación sustantiva.....	9
1.3 Planteamiento del problema.....	10
1.4 Objetivos.....	11
1.4.1 Objetivo general.....	11
1.4.2 Objetivos específicos.....	11
1.5 Justificación.....	11
1.6 Marco Teórico.....	13
1.7 Hipótesis.....	14
Método de análisis.....	15
Capítulo 2. El <i>Ius Variandi</i>: Consideraciones Generales	
2.1 Concepto civil del contrato versus contrato administrativo.....	16
2.2 Las Cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos.....	19
2.2.1 La Potestad modificatoria de la Administración.....	22
2.2.2 Fundamento jurídico.....	24
Capítulo 3. Regulación del <i>Ius Variandi</i> en la Ley No. 340-06	
3.1 Alteración del Contrato como consecuencia de la presencia de la Administración.....	26
3.1.1 Precedentes Normativos.....	31
3.2 Principios sustentadores del <i>Ius Variandi</i>	34
3.3 Requisitos para ejercer el <i>Ius variandi</i>	36
3.4 Límites al Ejercicio del <i>Ius Variandi</i>	45
3.4.1 Imposibilidad de modificar cantidades.....	47
3.5 Efectos del ejercicio del <i>Ius Variandi</i> . Equilibrio económico-financiero del contrato. Exclusión del lucro cesante	47

Capítulo 4. Hacia una revisión de la regulación actual del *Ius Variandi*

4.1 ¿ <i>Ius Variandi</i> o nuevo contrato?.....	49
4.2 Modificación irregular. Riesgos y consecuencias.....	51
4.3. Hacia un procedimiento para ejercer el <i>Ius Variandi</i>	55
5. Conclusiones.....	59
6. Recomendaciones.....	62
7. Referencias bibliográficas.....	64

Referencias de abreviaturas

Debido a las constantes ocasiones en que los siguientes términos son utilizados en el presente trabajo de investigación, utilizaremos las siguientes abreviaturas:

LCCP. Ley No. 340-06 de compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones, de fecha 24 de julio del 2006, con modificaciones introducidas por la Ley No. 449-06, del 6 de diciembre del 2006.

RALC. Decreto No. 543-12 del 6 de septiembre del 2012, que instituye el Reglamento de Aplicación de la Ley No. 340-06 de compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones, de fecha 26 de julio del 2006, modificada.

Introducción

La Ley de Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones No. 340-06 (LCCP), promulgada en fecha 24 de julio del 2006, marca un hito en la contratación pública dominicana, toda vez que por primera vez se incorpora al ordenamiento jurídico un régimen integral, abarcador de las diferentes esferas propias de la materia, incluyendo la regulación del ejercicio de potestades en favor de la entidad contratante, sobre la base del interés general que debe de servir de fundamento al contrato mismo.¹

En este contexto, el *Ius Variandi*, o potestad modificatoria, se erige como una de las principales potestades de la Administración en la esfera de la contratación administrativa. La misma es reconocida expresamente en el artículo 31 de la LCCP, para el caso de contratos de obras y servicios, no así en los contratos de suministro de bienes, respecto a las cantidades suministradas. En el presente trabajo de investigación pretendemos determinar en qué medida la regulación del *Ius Variandi* en la LCCP es efectiva.

A tal fin, hemos procedido a abordar el tema partiendo desde diferentes aristas, que van desde el fundamento de esta potestad reconocida a la Administración, siguiendo con un análisis de su regulación en la LCCP, hasta determinar el alcance de su efectividad, conforme los inconvenientes que genera en la práctica su aplicación y el criterio sustentado por reconocidos autores sobre el tema.

De este modo, el primer capítulo se refiere a la metodología de la investigación y del análisis. El segundo capítulo se enfoca en las diferencias fundamentales entre el contrato civil y el contrato administrativo, así como en el fundamento de las cláusulas exorbitantes reconocidas a la Administración, con enfoque en la potestad de modificación del contrato administrativo. En el tercer capítulo se aborda de manera específica la regulación de esta potestad en la LCCP, destacando sus principales características y carencias regulatorias, a la luz del interés general y el criterio predominante en parte de la doctrina moderna. En el cuarto capítulo, insistimos acerca de la necesidad de revisión de la configuración legal del *Ius Variandi*, partiendo de los riesgos y

¹La Ley No. 340-06 es modificada por la Ley No. 449-06, de fecha 6 de diciembre del año 2006.

consecuencias que implica su regulación actual, así como la necesidad de instaurar un procedimiento real para el ejercicio de la potestad.

Partiendo de este esquema, cuestionamos algunos aspectos puntuales propios del ejercicio de esta potestad, como es el caso de su fundamento; el momento a partir del cual puede ser ejercida; la pertinencia de los requisitos y límites exigidos por el legislador dominicano para ejercerla, así como la forma en que la regulación actual puede facilitar el ejercicio arbitrario del poder. Asimismo, nos enfocamos en algunas carencias del texto legislativo, en lo referente a la existencia de un procedimiento real para que la entidad contratante ejerza esta potestad, las garantías del contratista y del ciudadano, sus requisitos, límites y obligatoriedad, todo lo cual incide en el alcance de su eficacia.

Con el propósito de satisfacer los objetivos planteados, hemos utilizado el método hermenéutico, toda vez que hemos realizado un análisis crítico e interpretativo del tema propuesto. Asimismo, hemos consultado diversas fuentes bibliográficas, incluyendo tratados generales de Derecho Administrativo, libros de contratación pública donde se expone el tema propuesto, artículos destacados, leyes, reglamentos y resoluciones nacionales e incluso, la legislación española en la materia.

Capítulo 1. Metodología de la Investigación

1.1 Antecedentes

En este acápite, se describen una serie de investigaciones que se han realizado ligadas al tema objeto de estudio, no sin antes destacar que en el ámbito nacional, la investigación realizada específicamente sobre el tema es escasa, por lo cual los trabajos estudiados fueron realizados a la luz de otras legislaciones, con enfoque en la experiencia española.

Parada, R. (1998), *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Parte General, 10ma ed. En su obra, el autor expone los aspectos más relevantes de la evolución histórica de la contratación pública, desde sus inicios hasta la adopción de un régimen propio de derecho público aplicable a los contratos suscritos por la Administración. Analiza los diversos regímenes existentes en materia de contratación pública, explicando sus fundamentos y contenido histórico, así como sus principales signos distintivos (pp. 326-340).

Martín Rebollo, L. (2004). En su artículo *“Modificación de los Contratos y consecuencias de las modificaciones irregulares (con especial referencia al Contrato de Obras)”*, aborda el tema del *Ius Variandi* en un aspecto integral, analizando aspectos tan cruciales como su justificación y previsiones normativas; riesgos de fraude; presupuestos y límites a su ejercicio; el régimen español sobre el tema; sus especialidades y las consecuencias de la modificación irregular. Advierte de manera especial acerca de las principales diferencias entre un nuevo contrato y la modificación del mismo, dando un tratamiento diferenciado a cada uno (pp. 575-632).

Blanquer, D. (2006) *“Curso de Derecho Administrativo”*, Tomo II. En su obra, el autor destaca magistralmente las principales diferencias existentes entre el contrato civil y el contrato administrativo, partiendo de la distinción entre el fin y los medios perseguidos por cada tipo de contrato. Afirmar en rigor la obligatoriedad del *Ius Variandi* y se adhiere a la postura que niega que la Administración utilice medios bilaterales para imponer su voluntad al contratista. Insiste en que a pesar de la modificación contractual, se mantenga el equilibrio económico financiero del contrato, en consonancia con un ideal de justicia y como mecanismo de evitar el enriquecimiento injusto. (pp. 457-505)

García de Enterría, E. y Fernández, T. (2008), “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, Decimocuarta ed. Los contratos de la Administración son tratados ampliamente por estos autores, con especial enfoque en los contratos administrativos. A pesar de que se refieren brevemente a las cláusulas exorbitantes de la Administración, incluyendo el *Ius Variandi*, constituyen dos de los principales exponentes del criterio que desconoce límites a esta potestad, sobre la base de que la satisfacción del interés general no debe estar sujeta a límites. Sin embargo, señalan que esta potestad debe ser ejercida con cautela debido a los riesgos que implica un uso inadecuado de la misma. Por tanto, para estos autores, los llamados límites al ejercicio de la potestad serían más bien garantías al contratista respecto al límite hasta el cual está obligado a soportar la modificación del contrato (pp. 679-781).

Gallego Córcoles, I. (2006). “Ejercicio del *Ius Variandi* I y II”. Se destaca la compilación jurisprudencial realizada por esta autora, acorde al criterio del Tribunal Supremo español, donde extrae el criterio jurisprudencial respecto a temas de extrema relevancia, como los requisitos y límites del *Ius Variandi*, la compensación al contratista y el procedimiento para la modificación del contrato administrativo (pp.48-59).

Bacigalupo Sagesse, M. (2007) “Las Potestades Administrativas”. Al analizar las potestades administrativas, Bacigalupo Sagesse, M., expone las principales características de los conceptos jurídicos indeterminados, dentro de los que se encuentra el interés general, fundamento mismo del *Ius Variandi*. Este autor distingue las denominadas “zonas de apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados”, aplicables del interés general. Con esta teoría, el autor contribuye a distinguir aquellas situaciones fácticas subsumibles en el concepto de interés general, de aquellas que no lo son (pp.30-36).

Sánchez Morón, M. (2007). “Derecho Administrativo”, Parte General. Tercera ed. Este autor aborda brevemente el tema del interés general, destacándolo como el elemento finalista del contrato administrativo. A diferencia de Blanquer, D. (2006), utiliza el concepto de negocios jurídicos bilaterales para referirse al contrato administrativo. Otorga un papel protagónico a la norma jurídica en cuanto a la determinación y limitación de los intereses generales (pp.74,567).

Blanquer Criado, D. (2010). *Pacta Sunt Servanda*. Por otra parte, este autor insiste en la escasa frontera existente entre la modificación accidental del contrato y la desnaturalización del mismo, en este último caso, en violación al principio de concurrencia. Sin embargo, se opone a la rigidez del contrato cuando el interés público demanda la modificación del mismo (pp.111-140).

Los antecedentes mencionados contribuyen de manera fundamental al desarrollo del presente trabajo de investigación, sobre la base de las siguientes premisas: obligatoriedad del *Ius Variandi*; rigurosidad de los requisitos exigidos para su ejercicio; establecimiento de garantías a favor del contratista como consecuencia del ejercicio de la potestades; necesidad de establecer un procedimiento idóneo para el *Ius Variandi* en aras de evitar las caóticas consecuencias de una modificación irregular, así como la estrecha vinculación entre los principios de Derecho Administrativo y el ejercicio de la potestad modificatoria.

1.2 Delimitación del tema

1.2.1 Delimitación temporal

El punto de partida de la presente investigación se corresponde al año 2006, fecha en que fue promulgada la Ley No. 340-06 de compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones, así como sus modificaciones, introducidas mediante la Ley No. 449-06, del 6 de diciembre del 2006.

1.2.2 Delimitación espacial

El presente trabajo de investigación centrará su análisis en la regulación del *Ius Variandi* en la República Dominicana.

1.2.3 Delimitación sustantiva

Ley No. 340-06, del 24 de julio del 2006, de compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones, con modificaciones introducidas por la Ley No. 449-06, del 6 de diciembre del 2006, modificada por la Ley No. 449-06, del 6 de diciembre del 2006.

Decreto No. 543-12 del 6 de septiembre del 2012, que instituye el Reglamento de Aplicación de la Ley No. 340-06 de compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones, de fecha 26 de julio del 2006, modificada.

1.3 Planteamiento del problema

El “*Ius Variandi*” o “Potestad de Modificar los Contratos Administrativos” por parte de la Administración Pública, es una prerrogativa reconocida y regulada por la Ley No. 340-06, de Compras y Contrataciones de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, (LCCP), modificada por la Ley No. 449-06, así como su Reglamento de Aplicación, instituido mediante Decreto No. 543-12, de fecha 6 de septiembre del 2012 (RALC).

A pesar de su reconocimiento por el ordenamiento jurídico, resulta inminente y necesario una revisión de su regulación actual, sobre la base de la siguiente pregunta general: ¿cuál es el alcance de la efectividad del *Ius Variandi* en la República Dominicana?

Asimismo, de la inquietud anterior se suscitan las siguientes preguntas: ¿la regulación actual del *Ius Variandi* se corresponde con la naturaleza jurídica de esta figura y los principios rectores de la referida ley? ¿la configuración actual de esta potestad contribuye a un desbordamiento del poder discrecional de la Administración? ¿cuáles inconvenientes se derivan de que la Administración pueda modificar los aspectos cualitativos en los contratos administrativos pero no las cantidades en los contratos de suministro de bienes? ¿el mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato debe incluir el lucro cesante?

De igual manera, el estado actual de nuestra legislación, conlleva a cuestionarnos acerca de los siguientes aspectos: ¿cuál es el impacto de la ausencia de procedimientos reales para ejercer esta potestad? ¿cuáles son los riesgos y consecuencias de la modificación irregular? Con la presentación del análisis de los resultados de la investigación realizada buscamos dar respuesta a las preguntas formuladas.

1.4 Objetivos

1.4.1 Objetivo general

Demostrar que la regulación actual del *Ius Variandi* en la LCCP y demás normativa complementaria, carece de la efectividad necesaria para satisfacer plenamente el interés general y garantizar el principio de transparencia e igualdad entre los contratistas del Estado.

1.4.2 Objetivos específicos

- Exponer que la regulación del *Ius Variandi* en la LCCP no se corresponde con una concepción efectiva de su fundamento jurídico.
- Demostrar las inconsistencias existentes entre los principios rectores de la LCCP y la regulación del *Ius Variandi*.
- Advertir acerca de los riesgos que implica la modificación irregular del contrato administrativo.
- Analizar las consecuencias de la ausencia de un procedimiento especial para la modificación del contrato administrativo.
- Advertir acerca de los inconvenientes que implica la imposibilidad de modificar las cantidades en los contratos de suministro de bienes.
- Aclarar el alcance del mantenimiento económico-financiero del contrato.

1.5 Justificación

La suscripción de contratos por parte de los diversos entes y órganos que conforman la Administración Pública es una realidad incuestionable. La Potestad de modificar unilateralmente los contratos administrativos o *Ius Variandi* es una de las potestades más importantes para la

Administración Pública, toda vez que se le permite variar las condiciones primitivas de los contratos suscritos con particulares, en aras de beneficiar el interés general que sirve de sustento a la contratación misma. Si bien el mismo interés público justifica el carácter preceptivo de la inclusión de esta figura en el ordenamiento jurídico, su deficiente regulación, facilita la arbitrariedad en el ejercicio de las potestades de la Administración, así como el quebrantamiento de los principios rectores de la LCCP, en especial los principios de transparencia e igualdad.

Por tanto, resulta inminente y necesario analizar en detalle la configuración actual de esta potestad en el ordenamiento jurídico dominicano, con el objetivo de indicar cuáles son aquellas debilidades regulatorias que obstaculizan la efectividad de esta potestad. Inclusive, el tema objeto de análisis tiene una connotación jurídica, social y económica de primer orden, debido al alcance de la contratación pública frente a los recursos del Estado, la igualdad de condiciones entre los proveedores del mismo y las consecuencias de la modificación irregular.

Una de las advertencias que realizó el Grupo de Gestión Moderna (GGM)² a raíz de la implementación del Observatorio a las Contrataciones Públicas en la República Dominicana (2009), es “la falta de vinculación entre el gasto y el presupuesto, lo que imposibilita la ejecución efectiva de la planificación de las compras y contrataciones que efectúan las instituciones” (p.66). Teniendo el uso abusivo del *Ius Variandi* un efecto negativo frente al control del presupuesto, las observaciones plasmadas en el presente trabajo, orientadas en gran medida a mejorar el ejercicio del *Ius Variandi*, podrían contribuir a la atenuación de esta debilidad.

Asimismo, la implementación de las observaciones planteadas en el presente trabajo de investigación, tendría un impacto significativo frente a la realización de los principios de igualdad y transparencia evitando supuestos de corrupción a través de la modificación irregular del contrato. Por igual, contribuirían a evitar los riesgos producidos por la modificación irregular, evidenciados en la desnaturalización de la esencia misma del contrato. Asimismo, se sentarían las bases para la instauración de un procedimiento efectivo para el ejercicio de esta potestad. En adición, habría una

² Conforme lo establecido en el mismo documento, se trata de un “Grupo contratado por el Consorcio Participación Ciudadana, la Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), el Centro de Gobernabilidad y Gerencia Social (CEGES) del Instituto Tecnológico de Santo Domingo (INTEC), y el Centro de Investigación y Estudios Sociales (CIES) de la Universidad Iberoamericana. (Consorcio PC-FINJUS-CIES/UNIBE-CEGES/INTEC)” (p.5)

mayor credibilidad de la ciudadanía en lo referente a la gestión de las contrataciones públicas y un mayor control de ésta sobre el ejercicio de las potestades reconocidas a la Administración.

1.6 Marco Teórico

Gómez de Mercado (2004) define la potestad de modificación del contrato administrativo como una “facultad genérica de que goza la Administración para modificar en determinados casos sus contratos y excepcionalmente resolverlos, si razones de interés público abundan a favor de tal medida, compensándole al particular contratante los perjuicios que con este motivo pueda sufrir” (p. 395).

Martín Rebollo, L. (2004). Es de los autores consultados que con mayor precisión y extensión aborda el tema del *Ius Variandi* o “potestad de la Administración de modificar unilateralmente el contrato administrativo” a cargo de la Confronta la postura de gran parte de la doctrina española que niega la imposición de límites al ejercicio del *Ius Variandi*, con la de otros autores citados por éste (Climent Barberá, J., Hernández, J.A., y Rollón Muñoz, J.) que admiten la existencia de límites al ejercicio de esta potestad. Distingue claramente las diferencias existentes entre un nuevo contrato y la modificación en sí, sobre la base de la legislación española sobre la materia y dictámenes emitidos por el Consejo de Estado de España. Aborda de manera específica, y exponiendo el criterio de autores como Villar Palasí, las causas del *Ius Variandi*, contribuyendo a concretar algunos supuestos fácticos subsumibles en el concepto de interés general. Por igual, aplica la teoría de la invalidez de los actos administrativos a las consecuencias producidas por la modificación irregular, exponiendo las limitaciones que al respecto tienen los efectos de la nulidad relativa y absoluta (pp. 575-632)

Blanquer, D. (2006). “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II. Este autor parte del criterio de los medios y el fin perseguido para distinguir los contratos civiles de los administrativos. El carácter crítico con que aborda la obligatoriedad del *Ius Variandi* nos sirve de fundamento para interpretar y cuestionar la regulación actual de esta potestad en la LCCP, incluyendo la crítica a la posibilidad de que se exija el mutuo acuerdo entre las partes para la operatividad de la modificación (pp. 457-505).

Gallego Córcoles, I. (2006). “Ejercicio del Ius Variandi I y II”. La recopilación e interpretación jurisprudencial que realiza esta autora respecto al *Ius Variandi*, le permite deducir una serie de premisas tomadas en consideración en el presente trabajo de investigación. Tal es el caso de la “pervivencia del contrato sobre la resolución del mismo cuando el interés general así lo exija” y el “abuso de derecho y la desviación de poder como consecuencia de la modificación irregular del *Ius Variandi*”.

1.7 Hipótesis

La regulación actual del *Ius Variandi* en la Ley No. 340-06 de compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones, sus modificaciones, y demás normativa complementaria, trae como consecuencia la ineffectividad del ejercicio de esta potestad.

Método de análisis

La presente investigación ha sido realizada utilizando el método hermenéutico, toda vez que se ha realizado un análisis crítico del tema propuesto, interpretando el criterio utilizado por el legislador dominicano en lo que respecta al ejercicio del *Ius Variandi* y su correspondencia con la naturaleza y el fundamento de esta figura jurídica.

Un factor que contribuyó a la utilización de este método responde a la necesidad de compatibilizar la regulación de la LCCP con las razones que gravitan en torno a la necesidad de modificar el contrato administrativo, determinando la necesidad de reorientar el criterio utilizado por el legislador dominicano. A su vez, se busca responder a los objetivos propuestos sobre la base de la interpretación de la norma y su análisis, a la luz de los criterios generales dominantes respecto al tema objeto de estudio. La utilización de fichas bibliográficas constituye el instrumento esencial de recolección de datos en la presente investigación.

Como consecuencia del empleo del método hermenéutico hemos pretendido interpretar el verdadero sentido y alcance de la norma, buscando dilucidar la intención del legislador respecto al tema objeto de análisis, haciendo abstracción del principio de razonabilidad y coherencia en la interpretación, por lo que se pudieron advertir las inconsistencias presentes en la regulación normativa. Por igual, el método permite la profundización respecto al verdadero significado de la norma y su efectividad, a la luz del criterio asentado por la doctrina contemporánea. En esencia, el derecho no se agota en la textura de las normas jurídicas, sino que también hay que analizar las sombras y vacíos normativos, en conexión con los valores y principios implícitos en los textos. Así, el método hermenéutico colabora con este propósito.

Capítulo 2. El *Ius Variandi*: Consideraciones generales

Uno de los criterios esenciales que justifica la distinción entre el contrato privado y el contrato administrativo, es justamente el interés general que se erige como fundamento de este último. Inclusive, este interés general justifica una prevalencia del “fin” sobre el “objeto” del contrato y la existencia de potestades administrativas, de cuyo ejercicio es titular la Administración. En el presente capítulo, se exponen las principales diferencias entre el concepto civil del contrato y el contrato administrativo y se analiza el interés general como fundamento mismo de las potestades administrativas, en especial del *Ius Variandi*. Lo anterior, con el objetivo de analizar la estrecha vinculación existente entre esta potestad y su fundamento jurídico.

2.1 Concepto civil del contrato versus contrato administrativo

En principio, el contrato surge como una técnica propia del derecho privado, bajo un esquema de prestaciones recíprocas y un criterio de igualdad entre las partes, al margen de los límites y matices aplicables a los distintos tipos de contratos privados reconocidos por el ordenamiento jurídico. Bajo este esquema, el artículo 1101 del Código Civil de la República Dominicana, establece lo siguiente: “El Contrato es un convenio en virtud del cual una o varias personas se obligan respecto de una o de varias otras, a dar, hacer, o no hacer alguna cosa.”

Más adelante, del artículo 1134 del mismo Código, se deriva uno de los principios fundamentales aplicables a los contratos civiles, al sustentar que las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley entre las partes, pudiendo ser revocadas únicamente por las causas señaladas por la ley o el mutuo consentimiento, debiendo ejecutarse sobre la base de la buena fe de las partes involucradas.

En lo que concierne a la Administración Pública, es incuestionable la necesidad de suscribir contratos con particulares para cumplir con los fines estatales que le son encomendados de manera eficaz. Para satisfacer estos cometidos, la Administración, al contratar con particulares, recurrió en un principio a formas propias de derecho privado, precisamente haciendo abstracción del principio de igualdad imperante en el concepto civil de contrato, el

respeto a las condiciones pactadas, y los riesgos de abuso de poder por parte de los poderes públicos.³

Más adelante, factores como la necesidad de contratar aplicando el principio de igualdad entre los concurrentes; el transparentar las transacciones realizadas por los diversos órganos que integran la Administración, combatiendo así la corrupción administrativa; así como el mantenimiento del control de gasto público, posibilitaron la configuración de un régimen de derecho público aplicable a sendas contrataciones llevadas a cabo por la Administración, específicamente cuando las mismas estuvieran afectadas a algún servicio o interés público.

En países como Francia o España esta configuración de un régimen especial para algunos contratos suscritos por la Administración- en principio, ejecución de obras y servicios públicos- tuvo su origen en el sometimiento de ciertas esferas de la actividad contractual de la Administración a la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa. En palabras de Meilán Gil (2004), las ventas de bienes nacionales luego de la Revolución Francesa de 1789 trajeron como consecuencia el sometimiento de las cuestiones derivadas de estas transacciones a la jurisdicción administrativa; en principio, con el propósito de consolidar los objetivos políticos de la Revolución. En España, aunque por motivos ajenos a la Revolución, aconteció lo mismo, con lo cual disminuía el riesgo de obstaculizar el ingreso de fondos al Estado como consecuencia de la venta de dichos bienes (p. 511-512).

El mismo autor, al referirse a la configuración del contrato administrativo, lo compara con la figura del acto administrativo, afirmando lo siguiente: “esa peculiaridad del régimen jurídico de los contratos administrativos proviene de la incorporación a ellos de notas características del acto administrativo, marcado por la imposición unilateral propia de la ejecutividad que lo caracteriza.” Inclusive, en países como Alemania, tradicionalmente el acto administrativo se situó como alternativa al contrato mismo, -este último sometido a reglas de derecho privado-, justamente porque a través del acto la Administración impone su voluntad en aras de cumplir con sus objetivos (p. 514-517).

³³Véase Ramón Parada, Manual de Derecho Administrativo (Tomo I), Edición 1998, expone los aspectos más relevantes de la evolución histórica de los Contratos y la Administración, desde sus inicios hasta la adopción de un régimen propio de derecho público aplicable a los contratos administrativos. (Págs. 261 y siguientes).

Es de suponer, que haciendo abstracción de la premisa anterior, dicho autor se adhiere a la doctrina que niega el carácter bilateral de las relaciones jurídico- públicas, afirmando que dichas relaciones son de carácter unilateral al descansar en la “exclusiva voluntad del Estado” (p. 508).

A diferencia de lo anterior, autores como Miguel Sánchez Morón (2007) utilizan el término “negocio jurídico bilateral” al referirse a los contratos administrativos. Sin embargo, nos adherimos a la postura de Meilán Gil, puesto que la decisión unilateral de la Administración, se debe imponer al mutuo acuerdo de las partes que caracteriza las relaciones jurídicas privadas. Además,-como veremos más adelante- la Administración se sirve de decisiones unilaterales que se imponen al contratista, para modificar la situación inicial de un contrato administrativo cuando el interés general así lo amerita.

En este tenor, Blanquer, D. (2006), niega la posibilidad de que la Administración Pública utilice medios bilaterales para imponer su voluntad, justificando tal accionar en la desigualdad de las partes en el contrato administrativo, debido a la supremacía de la Administración. Al respecto, el autor expone lo siguiente: “Lo propio de la Administración es mandar e imponerse mediante actos unilaterales, y para disponer su voluntad la Administración no se sienta a negociar para llegar a acuerdos y celebrar un contrato” (p. 457).⁴

Cabe destacar, que un punto neurálgico para el establecimiento de un régimen propio de derecho público aplicable a los contratos administrativos, lo constituye, sin mayores cuestionamientos, el “interés general” que sirve de fundamento a la contratación. Es lo que el tratadista Sánchez Morón, M. (2007) señala como el elemento finalista de la contratación administrativa, no existente en las relaciones jurídicas de carácter privado (p. 567).

⁴ Al referirse a la igualdad de las partes , el autor enarbola la doctrina que sustenta que la igualdad en sí no es un elemento consustancial del contrato, porque inclusive, en los contratos celebrados entre particulares, hay cláusulas impuestas por la parte más ponderosa en la negociación, (contratos de adhesión). En este punto, asimila los contratos celebrados por la Administración como contratos de adhesión (p. 457).

En efecto, es este interés público, concepto jurídico indeterminado y mutable, que esencialmente justifica el rompimiento de la Administración con el derecho privado en lo que respecta a la ejecución de los contratos administrativos. Por tanto, lo que justifica la supremacía de la Administración sobre los particulares es justamente el interés general envuelto en la contratación. Bajo este esquema, el contratista se convierte en una especie de colaborador de ese interés público que busca ser satisfecho a través de la ejecución del contrato.

En términos similares, Blanquer, D. (2006) distingue los contratos privados de los contratos administrativos, exponiendo el criterio de la distinción entre el fin perseguido y los medios utilizados. En este tenor, el tratadista sostiene lo siguiente: “Mientras que en las empresas o administraciones privadas se persigue el lucro (fin) a través de la celebración de contratos (medio), las Administraciones Públicas se orientan a la satisfacción de los intereses generales (fin) mediante el ejercicio de potestades exorbitantes”. De igual manera, el mismo autor señala “el arbitrio de la relación contractual”, como otra diferencia entre los contratos privados y los administrativos. Lo anterior, en el entendido de que la Administración ejerce sus potestades sin necesidad de acudir a los tribunales para hacerlas valer, a diferencia de las relaciones jurídico-privadas (p. 457).

Cabe destacar, que tales facultades han de enmarcarse dentro del principio de legalidad, el cual constituye la piedra angular de la actuación de la administración. Por lo tanto, la implementación de estas cláusulas exorbitantes está sometida al imperio de la ley, en ausencia de lo cual, las decisiones tomadas estarían afectadas por el vicio de nulidad.

2.2 Las cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos. “Privilegios de la Administración”.

El debate de las similitudes o diferencias entre el contrato civil y el administrativo cede ante la existencia de facultades o potestades intrínsecas a la Administración, cuyo ejercicio no escapa a la actividad contractual desarrollada por ésta. Es decir, que la Administración Pública se encuentra investida de una serie de potestades habilitadas por el ordenamiento jurídico y que se manifiestan a través del ejercicio de ciertas facultades y atribuciones exclusivas reguladas por la

rama del derecho público; mismas que, sin lugar a dudas, resultan incompatibles con los preceptos trazados por el Derecho Privado, y sin que ello implique un conflicto de sistemas, más aún cuando se trata de regímenes de naturaleza distinta.

Destacamos, que el establecimiento de potestades a favor de la administración no proviene de su previsión en el contrato mismo, sino que por el contrario, y como señala Treviano Fos, citado por Miriam Mabel Ivanega (2010), “la potestad es una facultad de actuación otorgada por una norma jurídica, que apodera y habilita a la Administración, por eso toda la acción administrativa se presenta como ejercicio de un poder atribuido en forma previa por la ley, y por ella delimitado y construido. Es un título de esa acción” (p. 64).

El ejercicio de las potestades administrativas es vinculado con el “Principio de Autotutela de la Administración”. En efecto, para ejercer las facultades que le son reconocidas por el ordenamiento jurídico, la Administración no tiene que recurrir ante los tribunales para obtener una habilitación previa para el ejercicio de las mismas, sino que las ejerce por sí misma, a la vez que el destinatario debe soportar las consecuencias que se derivan de su ejercicio, dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.⁵

Las potestades esenciales concedidas a la Administración en ocasión de los denominados contratos administrativos, se encuentran expresamente consagradas en el artículo 31 de la LCCP. Al respecto, el artículo 31 de la indicada ley señala lo siguiente: “La entidad contratante tendrá las facultades y obligaciones establecidas en esta ley, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en otra legislación y en sus reglamentos, en los pliegos de condiciones, o en la documentación contractual. Especialmente podrá...”

Bajo este esquema, importa detenernos en el amplio alcance con que el legislador dominicano revistió las potestades de la Administración en la esfera contractual. Esto debido a que la entidad contratante no goza únicamente de las facultades expresamente señaladas en la ley, sino que el legislador permite que a través del reglamento, los pliegos de condiciones y la

⁵ Véase Martín Rebollo, L. Este autor, en su obra “Comentario a la Ley de las Administraciones Públicas” (2004), aclara que el ejercicio de las potestades administrativas no son consecuencia de la suscripción del contrato, sino del principio de autotutela del cual está investida la Administración (p. 577).

documentación contractual -inclusive- la entidad contratante ejerza otras facultades al margen de las establecidas en la LCCP. Con ello se evidencia el notable margen de discrecionalidad a que se circunscribe la actuación de la administración en cuanto al establecimiento de ciertas facultades en favor de la actividad contractual que desarrolla.

Sin desmedro de lo anterior, citamos las prerrogativas reconocidas expresamente por la LCCP en su artículo 31, a favor de la entidad contratante:

- El derecho a interpretar administrativamente los contratos y de resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, el Órgano rector emitirá la opinión definitiva.
- Podrá acordar la suspensión temporal del contrato por causas técnicas o económicas no imputables al contratista, o por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, observándose las condiciones que se prevean en el respectivo reglamento.
- Efectuará la administración del contrato en sus aspectos técnico, administrativo y financiero, así como el control de calidad de los bienes, obras y servicios. El hecho de que la entidad no supervise los procesos, no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad a la que contractualmente esté obligado;
- El poder de control, inspección y dirección de la contratación;
- La facultad de imponer las sanciones previstas en la ley a los oferentes y a los contratistas, cuando éstos incumplieren sus obligaciones.
- La prerrogativa de proceder a la ejecución directa del contrato, cuando el proveedor o contratista no lo hiciere dentro de plazos razonables y proceder al encausar al incumplidor ante la jurisdicción correspondiente.
- Modificar, disminuir o aumentar hasta un veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original de la obra, siempre y cuando se mantenga el objeto, cuando se presenten circunstancias que fueron imprevisibles en el momento de iniciarse el proceso de contratación, y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público

- En la contratación de bienes, no habrá modificación alguna de las cantidades previstas en los pliegos de condiciones;
- En el caso de contratación de servicios, podrá modificar, disminuir o aumentar hasta el cincuenta por ciento (50%), por razones justificadas que establezca el reglamento⁶;

Insistimos, que con la admisión de otros privilegios al margen de la ley correríamos el riesgo de atentar contra la seguridad jurídica de los administrados, toda vez que dada la singular relevancia de su funcionalidad y contenido deben ser configurados directamente por el legislador, en resguardo de la “certeza” ciudadana sobre el derecho aplicable y la “predictibilidad” de la forma de proceder de la Administración ante la concurrencia de los elementos fácticos que justifican la utilización del privilegio de que se trate. En adición, deducir alguna potestad de los principios contenidos en la LCCP puede resultar contraproducente, dado el carácter amplio e interpretativo con el cual se encuentran configurados estos principios.

2.2.1 La Potestad modificatoria de la Administración

Al momento de contratar, la Administración no se encuentra en condiciones de prever todo cuanto pueda acontecer en detrimento de las necesidades públicas, puesto que el interés general es mutable y se encuentra influenciado en numerosas ocasiones por situaciones económicas, políticas y sociales complejas.

Como establecimos precedentemente, Gómez de Mercado (2004) define la potestad de modificación del contrato administrativo como una “facultad genérica de que goza la Administración para modificar en determinados casos sus contratos y excepcionalmente resolverlos, si razones de interés público abundan a favor de tal medida, compensándole al particular contratante los perjuicios que con este motivo pueda sufrir”. (p. 395).

En lo referente a la concesión de servicios públicos, específicamente en el área de las telecomunicaciones, mediante Sentencia No. 20, del 26 de agosto del 2009, la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, definió el *Jus Variandi*, como el “ principio de adaptabilidad

⁶ Véase artículo 31 de la LCCP.

o principio de mutabilidad que tiene el Poder Público en la concesión de servicios públicos, que le permite introducir mediante ley o reglamento (...) o incluso por actos administrativos individuales, modificaciones o variaciones a los títulos habilitantes de licencia y concesión otorgados a los operadores de telecomunicaciones, y éstos están obligados a soportarlas en aras del interés general presente en dicha actividad.”⁷

Por vía de consecuencia, la Administración no está obligada a soportar la ejecución del contrato en los términos originalmente pactados si el mismo no se ajusta al interés público en virtud del cual fue suscrito. En esencia, la necesidad de adaptación al cambio exige la modificación impuesta. No obstante-como bien señala Gómez de Mercado- esta potestad debe darse sólo debe darse en determinados casos, siempre sustentados en la satisfacción del interés público.

Bajo este esquema, Villar Palasí, citado por Rebollo, L.M. (2004), cita otras razones –que aunque unidas al interés general-constituyen causales de modificación del contrato:

- Las exigencias potencialmente cambiantes del interés general
- Complejidad de ciertos contratos (sobre todo los de obras) que hacen difícil determinar con precisión y a priori la concreta prestación o que generan con frecuencia errores iniciales de apreciación
- La larga duración de muchos contratos que propicia cambios sobrevenidos de circunstancias que inciden en el contenido de las obligaciones
- La necesidad de atender a la rápida prestación real de que se trate (que se vería frustrada si hubiera que acudir siempre a nuevas licitaciones)⁸

Como parte de la configuración actual de la referida potestad modificatoria, se manifiesta en la doctrina comparada una prevalencia del fin sobre el objeto. García de Enterría, E. (2008),

⁷ Véase quinto considerando de la sentencia.

⁸ Destacamos, que este autor añade otras razones en virtud de las cuales los contratos administrativos son objeto de modificación, a saber: “ a) incidencia de los cambios políticos, incluyendo la modificación de las prioridades de acción de gobierno, b) la diferencia de criterios entre los redactores del proyecto y los ejecutores del mismo, c) algunas prácticas ciertamente viciosas como ofertar por debajo del precio real, obtener la adjudicación para luego solicitar la modificación con la presión añadida de la urgencia y las dificultades presentadas de llevarse a cabo un nuevo proceso.

sostiene que “la inalterabilidad del fin impone o puede imponer, la alteración parcial o, mejor aún, la adaptación del objeto” (p. 743).

Por tanto, la finalidad del contrato administrativo justifica la adaptación del objeto mismo del contrato acorde a las exigencias de las necesidades públicas envueltas. No obstante, de no tomarse las previsiones correctas tendentes a regular el ejercicio de esta potestad, se advierten ciertos “peligros” en cuanto al uso de la misma, como lo sería la desviación del poder.

2.2.2 Fundamento jurídico

Ya hemos reiterado que el interés general constituye el fundamento jurídico esencial que justifica los privilegios de la Administración, incluyendo su ejercicio en la ejecución de los denominados contratos administrativos. Sobre la base del referido interés general o “elemento finalista de la contratación”, Sánchez Morón, M. (2007) sostiene lo siguiente:

... este peculiar elemento finalista, que no existe en las relaciones jurídicas privadas, conlleva que los contratos públicos, una vez celebrados puedan reformarse, modificarse e incluso resolverse cuando el interés público lo exige y supone que la Administración no se desentienda de su ejecución, sino que adopte una actitud vigilante y asuma, en su caso, facultades que le permitan dirigir instrucciones al contratista o resolver las dudas que surjan sobre la interpretación y el cumplimiento del contrato. Es decir, no obstante de tratarse de negocios jurídicos bilaterales, aquellos en los que la Administración es parte o, al menos los más característicos entre ellos (obras, servicio público, suministro, concesiones, etc.), son contratos en los que las partes no se hallan en situación de igualdad, puesto que la Administración se reserva algunas prerrogativas o facultades exorbitantes. Eso sí, el contratista tiene derecho a mantener el equilibrio financiero del contrato y a ser resarcido de los perjuicios que pueda suponerle el ejercicio de tales prerrogativas. (p. 567)

Ahora bien, ¿qué son los intereses generales? ¿cómo se configuran? Sánchez Morón, M. (2007) señala lo siguiente: “Los intereses generales, (...) se diferencian por definición de los intereses particulares, pero no son sino intereses sociales o colectivos que el Estado asume como

propios. En virtud de ello, los publica, es decir, los convierte en objetivos y prioridades políticas, lo que le lleva a movilizar los recursos y poderes públicos necesarios para gestionarlos y defenderlos.” (p. 74)

El interés general, constituye uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados, cuya característica esencial, según define Bacigalupo Sagesse, M. (2009) reside en que “el juicio sobre la subsunción del caso concreto en el supuesto de hecho normativo no suele ser un juicio seguro, sino, en la mayoría de los casos, opinable.” (p. 31)

Ante la disyuntiva de si estamos o no en presencia de una situación fáctica subsumible en el concepto de interés general, Bacigalupo Sagesse, M. (2009), establece bajo el siguiente esquema, tres “zonas” de apreciación del concepto: “ a) zona de certeza positiva, b) zona de certeza negativa y c) zona de incertidumbre o penumbra.” Cuando estamos en la zona de certeza positiva, no hay duda de que una situación en concreto constituye un supuesto de interés general; por el contrario, en la zona de certeza negativa, no cabe duda que el interés general no está en juego. Las mayores discrepancias se manifiestan en la zona de incertidumbre o penumbra, donde-según señala el autor-la apreciación se logra en base a criterios extrajurídicos. Por tanto, sólo en la zona de incertidumbre es que se evidencia cierto margen de apreciación, el cual no escapa al control jurisdiccional, en lo referente a la observancia de aspectos formales, control de la arbitrariedad y error ostensible por parte de la Administración (pp.30-36).

De ahí insistimos en la innegable importancia que reviste el establecimiento de los controles necesarios que justifiquen la utilización de las potestades exorbitantes intrínsecas a la Administración. No es de extrañar, que con frecuencia se exijan informes y criterios externos al órgano que ejerce la potestad, con el objetivo principal de transparentar el ejercicio de la prerrogativa y determinar si realmente la situación fáctica que da origen a la modificación del contrato, se subsume en este concepto.

Capítulo 3. Regulación del *Ius Variandi* en la Ley No. 340-06

En el capítulo anterior, aclaramos que el interés general es el fundamento jurídico del *Ius Variandi*. Sin embargo, el criterio utilizado por el legislador dominicano en la LCCP es distinto: la simple presencia de la Administración, altera el contrato y lo convierte en administrativo. Ocurre lo mismo respecto al ejercicio de las potestades administrativas, salvo para el caso de la potestad modificatoria, desnaturalizando el fundamento mismo del ejercicio de estas potestades. En este capítulo, procedemos a exponer que la regulación del *Ius Variandi* en la LCCP no se corresponde con una concepción efectiva de su fundamento jurídico, así como a analizar las inconsistencias existentes entre los principios rectores de la LCCP y esta potestad. Asimismo, se advierte acerca de los inconvenientes que implica la imposibilidad de modificar las cantidades en los contratos de suministro de bienes y se aclara el alcance del mantenimiento económico-financiero del contrato como consecuencia del ejercicio del *Ius Variandi*.

3.1 Alteración del Contrato como consecuencia de la presencia de la Administración

En el capítulo anterior, nos referimos a las diferencias fundamentales entre los contratos privados y los contratos administrativos. No obstante, en derecho comparado ello no implica que todos los contratos celebrados por la Administración sean considerados como contratos administrativos. De hecho, en países como España y Francia son ampliamente reconocidos los denominados contratos privados de la Administración, cuya ejecución, efectos y extinción queda a expensas de las previsiones establecidas por el Derecho Privado.

Dicha distinción, responde a un amplio proceso evolutivo construido por la doctrina comparada y reproducido a nivel legislativo. A pesar de que originalmente la distinción entre ambas categorías de contratos tuvo una finalidad pragmática, eminentemente procesal; posteriormente, factores como la construcción de la teoría de los servicios públicos-acuña en Francia-, la presencia de las cláusulas exorbitantes, así como la consagración de actividades propias del “giro o tráfico” de la administración-conforme advierte el reconocido tratadista Eduardo García de Enterría-, trajeron consigo la determinación de que la Administración no

estaba llamada a ejercer las atribuciones derivadas de su condición en toda la actividad contractual de la que fuera parte.⁹

No obstante, es ampliamente reconocido, no sin antes haber aceptado ciertas modulaciones¹⁰, que la presencia de un órgano o ente del sector público constituye un requisito indispensable para que haya un contrato administrativo. Así lo advierte el tratadista García de Enterría, E. (2008), al señalar lo siguiente: “Los contratos administrativos siguen exigiendo hoy como requisito *sine qua non* la presencia en la relación jurídica de una Administración Pública.” Sin embargo, y como advertimos con anterioridad, este no constituye el único requisito aceptado por la doctrina comparada-en especial el caso español, para la existencia de un contrato administrativo (p. 705).

Tal consideración, se evidencia en la legislación española relativa a los contratos del sector público, contenida en el Real Decreto Legislativo 3/2011, del 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Sin detenernos en la amplia extensión de dicha norma, la misma distingue los contratos privados de la Administración de los contratos Administrativos.

Del artículo 19.1 de la indicada Ley, se desprende el primer requisito para la existencia de un contrato administrativo: la presencia de una Administración Pública. Correlativamente, el literal a) del mismo artículo asimila dentro de los contratos administrativos aquellos “contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado”, excluyendo de esta categoría algunos contratos de servicios mencionados expresamente en dicha ley. A seguidas, el literal b) del reiterado artículo admite que otros contratos celebrados por una Administración Pública pueden ser contratos administrativos en la medida en que estén

⁹ García de Enterría, E., hace referencia en su obra Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Edición 2008, al giro o tráfico administrativo como signo especial de distinción entre los contratos privados celebrados por la Administración y los contratos administrativos propiamente dichos. En principio, hace referencia a las obras y servicios públicos como actividades características en las cuales participa la Administración. Más adelante (págs. 708), el autor añade que se trata de aquellas actividades que se sitúan “dentro del campo concreto de las competencias y atribuciones cuyo ejercicio constituye su misión y su responsabilidad específicas.”

¹⁰ Siguiendo con las consideraciones expuestas por este mismo autor en la obra arriba indicada (págs. 702-703), éste indica que en el caso de Francia (“Arret Peyrot del 8 de julio de 1963”), y España (“Sentencia del Tribunal Supremo de 1973”), se llegó a admitir la existencia de contratos administrativos entre entes privados, por estar afectados, de una forma u otra, a un servicio público.

vinculados al “giro o tráfico” específico la Administración contratante, o bien, cumplan una finalidad pública competencia de la misma.

En sentido contrario, el artículo 20.1 de la indicada norma, asimila como contratos privados aquellos celebrados por “entes, organismos y entidades del sector público” que no sean considerados como Administraciones Públicas. Consecuentemente, los contratos celebrados por aquellos órganos del sector público que no sean Administraciones Públicas, son considerados contratos privados y no administrativos. En esta categoría quedarían incluidos los contratos celebrados por las empresas públicas. Más aún, en el ordinal 20.2 del texto se incluyen dentro de esta categoría algunos contratos celebrados por Administraciones Públicas propiamente dichas (servicios de seguros, servicios bancarios y de inversión, servicios de esparcimiento, culturales y deportivos, entre otros).

Al margen de esta clasificación, la diferencia esencial entre ambos contratos radica en el régimen jurídico aplicable durante su ejecución y el ejercicio de potestades, propias de los contratos administrativos. A pesar de que los aspectos relativos a la preparación y adjudicación del contrato, ambos se rigen por normas de Derecho Público, no sucede lo mismo en cuanto a efectos y extinción del contrato. Mientras que los contratos administrativos se continúan rigiendo-en cuanto a sus efectos y extinción-, por normas propias del derecho administrativo, y sólo supletoriamente por el derecho privado, los contratos privados celebrados por la Administración Pública y demás entes que conforman el sector público, se rigen en este aspecto por normas de derecho privado.

En el caso de República Dominicana, la LCCP no hace distinción entre contratos privados de la Administración y contratos administrativos. Por el contrario, el criterio asimilado por el legislador dominicano es que el contrato es administrativo por la sola presencia de la Administración y/o cualesquiera de las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la ley; es decir-conforme al artículo 2 de la LCCP- “el Gobierno Central, las instituciones descentralizadas y autónomas financieras y no financieras; las instituciones públicas de la seguridad social; los ayuntamientos de los Municipios y el Distrito Nacional; las empresas públicas financieras y no

financieras y cualquier entidad que contrate la adquisición de bienes, servicios, obras y concesiones con fondos públicos.”¹¹

Por tanto, el único requisito exigido para la configuración de un contrato administrativo, es que una de las partes en la relación contractual sea alguna de las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la ley, arriba mencionadas. En ninguna de sus disposiciones, el legislador previó la posibilidad de que la actividad contractual de la Administración y demás entidades del sector público pudiera someterse al Derecho Privado.

En este punto de nuestro análisis, conviene detenernos en algunas consideraciones puntuales. Concluir que sólo basta la presencia de la Administración para la configuración del contrato administrativo, como si fuera un baluarte único e indestructible, tiene consecuencias –a nuestro modo de ver-, que ameritan una reorientación del criterio adoptado.

En este punto, analicemos el impacto que suscita la adopción de este criterio por parte del legislador dominicano. Podríamos vincular la actitud del legislador al inicial contenido procesal de la distinción entre contratos privados y contratos administrativos. Es posible, que el sometimiento de los contratos celebrados por la Administración, en sentido general, a la jurisdicción contenciosa administrativa, haya sido realizado bajo el criterio de especialidad de esta jurisdicción en cuanto al funcionamiento de la Administración Pública misma.

Sin embargo, recordemos que esta acción inicial fue posteriormente modulada a través de la abstracción de criterios como la noción de servicio público, las actividades propias de giro o tráfico de la Administración, y sobre todo el interés público envuelto en la contratación, que constituyen elementos, sin lugar a dudas, configuradores del concepto actual de contrato administrativo. Por apreciación en contrario, esto nos conduce a admitir que existen contratos suscritos por la Administración que no forman parte de su giro o tráfico, donde distinguir el interés público envuelto es de extrema dificultad debido al objeto y finalidad directa de la contratación de que se trate.

¹¹ Artículo 2 de la LCCP. Destacamos, que para fines de aplicación de la referida Ley, el Párrafo I del artículo 2, señala lo siguiente: “...se entenderá por Gobierno Central, la parte del sector público que tiene por objeto la conducción político-administrativa, legislativa, judicial, electoral y fiscalizadora de la República, conformada por el Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, la Junta Central Electoral y la Cámara de Cuentas.”

Lo anterior nos lleva a plantearnos el siguiente ejemplo hipotético. Supongamos que el Ministerio de Salud Pública se encuentra en proceso de ejecución de dos contratos simultáneamente. Por un lado, ha contratado el suministro de ciertos medicamentos de uso indispensable para suplir algunos hospitales del país. Por otra parte, se ha suscrito un contrato cuyo objeto es la remodelación de un club social disponible para el esparcimiento de sus empleados ¿Podríamos concluir que ambas actividades son propias del giro o tráfico de dicha Administración? La respuesta es obvia.

En lo que concierne al interés general, si bien es un concepto jurídico indeterminado, importa considerar las zonas de certeza de dicho concepto a las cuales nos hemos referido. En el primer caso (suministro de medicamentos para hospitales), no cabe duda de que estamos en la zona de certeza positiva, máxime cuando en un Estado Social y democrático de Derecho, como es el caso de la República Dominicana, el derecho a la salud y con ello las prestaciones necesarias para su adecuado ejercicio, constituyen derechos fundamentales, en estricta relación con la dignidad humana. Por el contrario, en el segundo caso (remodelación de un club social) estamos en la zona de certeza negativa del concepto. En definitiva ¿Cuál sería el impacto en detrimento del interés público de no llevarse a cabo, o postergarse, la remodelación del club social asignado para uso exclusivo de los empleados de dicho Ministerio? La respuesta salta a la vista.

En este punto, importa detenernos en el impacto de esta configuración legal en cuanto al ejercicio de potestades. Más arriba, hicimos alusión a las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la LCCP, y a las potestades reconocidas por ésta a la entidad contratante. En ninguno de sus preceptos, la indicada norma contiene atenuaciones o modulaciones respecto a las potestades reconocidas a la entidad contratante, así como tampoco, restringe su ejercicio a algunos contratos en específico. Por tanto, haciendo abstracción del ejemplo supra indicado, cualquier entidad sujeta a la aplicación de la ley-sin distinción alguna- podrá ejercer las prerrogativas expresamente reconocidas en la misma, así como las que sean establecidas por vía reglamentaria, en los pliegos de condiciones o en la documentación contractual, sin importar el objeto y finalidad del contrato suscrito.

Conviene detenernos en la innegable vinculación entre el interés general y las potestades administrativas. En este tenor, el tratadista Sánchez Morón, Miguel (2004) expone lo siguiente: “... esa determinación de los intereses generales no se realiza de cualquier manera y no está exenta de límites jurídicos. Ante todo son las normas jurídicas las que establecen los intereses generales a perseguir, los definen, y, en su caso, otorgan preferencia a unos sobre otros, atribuyendo a la Administración las potestades que precisan para servirlos” (p. 74).

Partiendo de lo anterior, las potestades de la Administración se justifican en la medida en que su ejercicio responda a la necesidad de salvaguardar intereses generales. Dada la relevancia de esta situación, el autor insiste en la concreción normativa de los intereses generales, disminuyendo así, la existencia de criterios interpretativos y opinables respecto a la determinación del interés general. Siendo así, nos sorprende la posición contraria adoptada por el legislador dominicano, en el sentido de que la simple presencia de la Administración en la relación contractual, supone el sometimiento de la misma a reglas de derecho administrativo, con sujeción a la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.¹²

3.1.1 Precedentes normativos

Con anterioridad a la LCCP, la legislación relativa a contratación pública en la República Dominicana es escasa e incompleta. Mencionamos como antecedente inmediato, la Ley No. 295 de Aprovisionamiento del Gobierno, del 30 de junio de 1966. A través de ésta, se crea la Comisión de Aprovisionamiento del Gobierno, con el objetivo, entre otros, de realizar las compras del Gobierno, a excepción de las pertenecientes a las instituciones descentralizadas.¹³ Por igual, se creó la Dirección General de Aprovisionamiento como órgano ejecutivo de la Comisión.

¹² En un extremo opuesto, David Blanquer (Pag. 458) expone el caso de países como Alemania o Italia, donde no existe la figura del Contrato Administrativo. Es decir, que los contratos celebrados por la Administración están sometidos a reglas de Derecho Privado y sometidos a los Tribunales Ordinarios a los cuales se someten los particulares en sus relaciones contractuales. En adición a ejemplos como Francia o España, donde se reconocen los denominados “Contratos Privados de la Administración”, el autor menciona a Bélgica. (Pág. 458.)

¹³ El artículo 12 de la referida ley excluye de la autoridad de la Comisión las compras realizadas por las instituciones descentralizadas del gobierno, salvo aquellas que sean realizadas obedeciendo a medidas generales para todos los organismos públicos.

No obstante, la indicada ley adoleció de ciertas carencias legislativas necesarias, pasando por alto conceptos tan relevantes para la Administración, como el interés general, y obviando la inclusión de potestades a favor de la Administración. Más adelante, el 10 de julio de 1998, mediante Decreto No. 262-98, se establece el Reglamento de Compras y Contrataciones de Bienes y Servicios de la Administración Pública. Sin embargo, este último Reglamento se limita a regular aspectos como el funcionamiento de la Comisión de Aprovisionamiento, los procedimientos de selección del contratista, garantías y pagos, dejando de lado lo concerniente a los efectos y extinción de la relación contractual, incluyendo el establecimiento de las denominadas potestades administrativas.¹⁴

Desde una perspectiva jurisdiccional, la Ley No. 1494 promulgada el 31 de julio de 1947- modificada por la Ley No. 13-07, del 5 de febrero del 2007- que instituye la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa-, se limita a someter a dicho Tribunal los contratos administrativos, sin establecer un concepto real de los mismos. De manera prácticamente accidental, en su artículo 3 se vislumbra un intento de nominar los contratos administrativos, en el sentido siguiente:

El Tribunal Superior Administrativo será la jurisdicción competente para conocer y decidir, en la primera y última instancia, las cuestiones relativas al cumplimiento, caducidad, rescisión, interpretación y efectos de los contratos administrativos (concesiones y contratos de servicios públicos o de construcción de obras públicas) celebrados por el Estado, los establecimientos públicos, el Distrito de Santo Domingo, las Comunes y Distritos Municipales con personas o empresas particulares, como igualmente las que versen sobre el uso y goce de las dependencias del dominio público del Estado, las Comunes o Distritos Municipales.¹⁵

Por la redacción del texto, parecería que el criterio utilizado por el legislador para distinguir los contratos administrativos de los que no lo son, estuvo influenciado por la noción de servicio público, obra pública y régimen de concesiones. No obstante, este último aspecto no

¹⁴ Cabe destacar, que el artículo 55 del indicado Reglamento, sostiene que los funcionarios y proveedores que hayan incumplido con las disposiciones contenidas en el reglamento serán pasibles de las sanciones contenidas en la Ley No. 295. En lo referente a los proveedores, esta Ley sólo otorga facultad a la Comisión de Aprovisionamiento de prohibir al licitante abastecer el Gobierno y sus instituciones descentralizadas temporal o permanentemente.

¹⁵ El subrayado es nuestro.

encuentra precisión en la norma, puesto que el artículo 22 de la misma, referido al procedimiento para apoderar al Tribunal, se refiere a “contratos administrativos o concesiones”, como categorías separadas. Por tanto, haciendo abstracción de esta premisa, todo indica que el criterio real utilizado por el legislador para diferenciar los contratos administrativos de los privados, desde una perspectiva procesal, fue estrictamente el de obras y servicios públicos.¹⁶

En este punto, conviene hacer la siguiente distinción. Si bien, todos los contratos suscritos por la Administración-salvo lo previsto para las instituciones descentralizadas-, estaban sometidos a la autoridad de la Comisión de Aprovisionamiento del Gobierno, desde una perspectiva procesal, el legislador sólo reconoció-en principio-, la autoridad de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa sobre las disputas suscitadas respecto de los contratos de obras y servicios públicos.

No es sino hasta el 2006 con la promulgación de la LCCP, cuando se establece en la República Dominicana un régimen integral de compras y contrataciones públicas, que instaura un sistema basado en la “centralización normativa y descentralización operativa”¹⁷ e incluyendo dentro de su ámbito de aplicación a todos los poderes públicos, así como también las instituciones descentralizadas, sin desmedro de la inclusión de los demás entes referidos en el acápite anterior. Es en esta norma donde se reconocen potestades reales a la Administración en el ámbito contractual, incluyendo la que constituye el objeto de nuestro análisis.

Posteriormente, mediante Decreto No. 490-07, del 30 de agosto del 2007, se establece el Reglamento de aplicación de la LCCP, cuyo artículo 123 hace referencia a las potestades de la entidad contratante. No obstante, dicho reglamento fue derogado por el Decreto No. 543-2012 del 6 de septiembre del presente año, cuyo artículo 127 hace mención de la facultad de modificación del contrato. No obstante, el nuevo reglamento no contiene disposiciones adicionales respecto a las demás potestades reconocidas en la LCCP.

¹⁶ A continuación, citamos de manera íntegra el artículo 22 de la Ley No. 1494, a saber: “El apoderamiento del Tribunal Superior Administrativo para el conocimiento y decisión de todo caso se hará por una instancia del recurrente dirigida al presidente del tribunal, o por el recurrente o el Procurador General Administrativo cuando se trate de un recurso relativo a contratos administrativos o concesiones, o al uso y goce del dominio público, o de un recurso de revisión”.

¹⁷ Véase artículo 34 de la LCCP.

3.2 Principios sustentadores del *Ius Variandi*

Los principios funcionan como garantía del funcionamiento y ejercicio adecuado de las prerrogativas de la Administración. En cuanto al *Ius Variandi*, sirven de freno a su ejercicio arbitrario; de ahí la necesidad de su correcta concreción normativa. Es decir, que los mismos se reflejen en preceptos específicos, máxime cuando informan al ordenamiento jurídico mismo.

Bajo este esquema, los principios sustentadores de la Ley, y consecuentemente del *Ius Variandi*, figuran en el artículo 3 de la LCCP. Al respecto, el mismo señala que las contrataciones se regirán por los siguientes principios, a saber: “ a) eficiencia; b) igualdad y libre competencia; c) transparencia y publicidad; d) economía y flexibilidad; e) equidad; f) responsabilidad, moralidad y buena fe; g) reciprocidad; h) participación y i) razonabilidad.”

Llama la atención la gran cantidad de principios incluidos de manera expresa en la ley, máxime cuando algunos pueden ser subsumidos en otros. Tal es el caso del principio de economía y flexibilidad y su estrecha vinculación con el principio de eficiencia. En lo que respecta al *Ius Variandi* y sus efectos, se advierte su estrecha vinculación de manera especial con algunos de éstos, e inclusive, otros no incluidos como tales dentro de la LCCP.

Si bien la LCCP reconoce expresamente el principio de igualdad, coincidimos con la postura de Beltrán G., en el sentido de que a la luz del *Ius Variandi*, la mayor expresión de este principio se manifiesta en la fase de calificación y selección del contratista más que en la fase de ejecución del contrato administrativo, donde las exigencias del interés general justifican que el contratista original ejecute las modificaciones necesarias. Sin embargo, con ello no queremos concluir que el principio de igualdad no debe ser tomado en consideración para modificar el contrato. De hecho, corroboramos que previo a la modificación, se de audiencia a los demás oferentes que no resultaron adjudicatarios (p.441-460).¹⁸

¹⁸ El Principio de Igualdad en la Licitación Pública y la Potestad Modificatoria en los Contratos Administrativos. Consultado en línea el 15 de diciembre del 2012. Disponible en: http://www.despachogambier.com/despacho/images/pdf/licitacion_publica.pdf

Respecto del principio de eficiencia, el artículo 3.1 de la LCCP termina de la siguiente manera: “Los actos de las partes se interpretarán de forma que se favorezca al cumplimiento de los objetivos y se facilite la decisión final, en condiciones favorables para el interés general”. Asumiendo que el interés general es la quintaesencia de la potestad modificatoria, ésta última constituye un medio eficiente para dar respuesta a las cambiantes necesidades públicas.

Asimismo, mediante la publicidad y transparencia en los procesos, los administrados y demás órganos vinculados al sistema tienen la oportunidad de conocer los procedimientos, así como todas las incidencias acontecidas en el mismo, lo cual sirve de advertencia, freno, e incluso mecanismo de control frente a la comisión de actos arbitrarios. Como bien indica el artículo 3.3. de la LCCP, “Las compras y contrataciones se ejecutarán en todas sus etapas en un contexto de transparencia basado en la publicidad y difusión de las actuaciones derivadas de la aplicación de esta ley”. Bajo este esquema, las actuaciones derivadas del ejercicio de la potestad modificatoria no escapan al principio de publicidad y transparencia.

El principio de equidad, utilizado frecuentemente de manera errónea e indeterminada, encuentra cabida en la LCCP, cuyo artículo 3.5 señala lo siguiente: “El contrato se considerará como un todo en donde los intereses de las partes se condicionan entre sí. Entre los derechos y obligaciones de las partes habrá una correlación con su equivalencia de honestidad y justicia.”

La vinculación del principio de equidad con la idea de equilibrio, honestidad y justicia, permite relacionarlo de manera directa con los efectos del *Ius Variandi*, en lo que respecta al mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato. Tal como señala De Urbano Castillo, E. (2010), “La necesidad de que en el contrato se guarde un cierto equilibrio durante la ejecución del mismo a fin de que lo que se pactó en su momento se vea respetado durante la vida del mismo, y no suponga un desnivelamiento de los derechos y obligaciones pactados, constituye un elemento central de todo contrato” (p. 265).

El principio de responsabilidad, moralidad y buena fe constituye un deber intrínseco de todo funcionario, incluyendo aquellos que desenvuelven su actividad en la esfera contractual. No obstante, la buena fe se enfoca esencialmente al derecho privado, con lo cual conviene sustituirlo

por el principio de confianza legítima de gran realce en el derecho administrativo. Y es que el deber de la Administración de no frustrar las expectativas fundadas de los particulares, obliga a la misma a indemnizarles por los perjuicios causados. El ejercicio del *Ius Variandi* no escapa a esta realidad, debido a que si la Administración hace uso de esta potestad, encuentra como contrapartida el deber esencial de compensar al contratista.

En lo concerniente al principio de participación, consideramos pertinente realizar una pequeña acotación. El artículo 8.1 señala que “El Estado procurará la participación del mayor número posible de personas físicas o jurídicas que tengan la competencia requerida...” Al respecto, consideramos excesiva la intención del legislador debido a que la capacidad del ente contratante es limitada en cuanto a la recepción y procesamiento de solicitudes. Además, frente al ejercicio del *Ius Variandi*, se trata de un principio limitado, debido a que, en determinadas circunstancias, el principio de participación e igualdad -inclusive-, cede ante el interés público que exige que el alcance de la prestación originalmente pactada con el contratista sea modificada y consecuentemente, sea realizada por el contratista original.

Por último, la LCCP incluye el principio de razonabilidad, cuyo artículo 3.9 señala que “ninguna actuación, medida o decisión de autoridad competente en la aplicación e interpretación de esta ley deberá exceder lo que sea necesario para alcanzar los objetivos de transparencia, licitud, competencia y protección efectiva del interés y del orden público, perseguidos por esta ley...”

3.3 Requisitos para ejercer el *Ius Variandi*

Resulta interesante la redacción del artículo 31 de la LCCP, específicamente en sus numerales 2 y 4, los cuales nos informan acerca de los requisitos- y a su vez- de los límites establecidos para la modificación del contrato administrativo.¹⁹ A continuación, citamos las referidas disposiciones respecto a las facultades de la entidad contratante directamente relacionadas con el *Ius Variandi*:

¹⁹ Acorde al índice propuesto, tratamos el tema relativo a los límites del ius variandi en otro acápite del presente trabajo de investigación, por considerarlo más apropiado a nuestros propósitos. Asimismo, es tratado de manera separada por la mayoría de los autores consultados. Tal es el caso de Isabel Gallego Córcoles (Ejercicio del *Ius Variandi* I y II, 2006) y Francisco Javier Vázquez Matilla (Revista Española de Derecho Administrativo, julio-septiembre, 2009).

Podrá Modificar, disminuir o aumentar hasta un veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original de la obra, siempre y cuando se mantenga el objeto, cuando se presenten circunstancias que fueron imprevisibles en el momento de iniciarse el proceso de contratación, y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público (...)

En el caso de contratación de servicios, podrá modificar, disminuir o aumentar hasta el cincuenta por ciento (50%), por razones justificadas que establezca el reglamento;

Guiándonos de la redacción del texto, se advierten notables diferencias respecto a los requisitos exigidos para modificar el contrato administrativo, en tanto que se trate de un contrato de obras o de servicios. En el primer caso, es decir, el contrato de obras, el legislador admitió sin reserva alguna la existencia de “circunstancias imprevistas” para ejercer el *Ius Variandi*, así como que la modificación en sí sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público. Por el contrario, dejó a merced del reglamento el establecimiento de los requisitos necesarios para el ejercicio de tal facultad.

Ante tal vacío legislativo, tanto el antiguo reglamento de aplicación de la LCCP, instituido mediante Decreto No. 490-07, del 30 de agosto del 2007, como el Decreto No. 543-2012, del 6 de septiembre del 2012, que instituye el nuevo reglamento de aplicación de dicha ley, esclarecieron el criterio. Así, aprovechando la reserva reglamentaria expresamente acordada por el legislador en el artículo 31, numeral 4 de la LCCP, el artículo 127 del Decreto No. 543-12, dispone lo siguiente:

Causales de Modificaciones y Suspensión del Contrato. La Entidad Contratante podrá modificar, disminuir o aumentar hasta un veinticinco por ciento (25%) del monto del Contrato original de obra y hasta un cincuenta (50%) en el caso de contratación de servicios, siempre y cuando se mantenga el objeto de la contratación, cuando se presenten circunstancias que fueron imprevisibles en el

momento de iniciarse el proceso de contratación, y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público.”²⁰

Por tanto, es el reglamento que asume la tarea de unificar el criterio respecto de los requisitos exigidos para el ejercicio de la potestad modificatoria del contrato. Así, la existencia de circunstancias imprevisibles, conjuntamente con la necesidad de satisfacer el interés público, se erigen como las exigencias básicas para ejercer el *Ius Variandi*, tanto en los contratos de obras, como en los de servicios. En este sentido, no se prevén disposiciones especiales en cuanto al régimen de concesiones.²¹

Sobre el “cambio de circunstancias” Díez, citado por Martínez, Patricia (2002), señala que “el poder de la Administración para modificar el contrato no puede ser totalmente discrecional, porque si así fuera, implicaría 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” (p. 481).

En sentido similar, Cassagne, citado por Martínez, P. (2002), ha establecido que el cambio de circunstancias ha justificado el ejercicio del *Ius 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” (p. 481).

Ahora bien, el cambio de circunstancias por sí sólo no conduce a una modificación del contrato, es necesario, pues, que no exista otra forma de satisfacer el interés general. De hecho, el interés público se erige como fundamento, límite y requisito que habilita el ejercicio de esta potestad. En este escenario, ¿cómo conjuga la entidad contratante la determinación de circunstancias imprevistas y la satisfacción del interés general? ¿se exige mayor rigurosidad en

²⁰ El artículo 117 del Decreto No. 490-07, hoy derogado por el Decreto No. 543-12, se pronuncia en sentido prácticamente idéntico, con la particularidad de que a la parte final del artículo precitado, es decir “y esa sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público”, añade “y el objetivo del contrato”, lo que denota una segregación entre el interés general y el objetivo del contrato. La idea no resulta incoherente si tomamos como parámetro el criterio utilizado por el legislador dominicano, en el sentido de que la presencia de la administración-y no necesariamente el interés general- es lo que determina el ejercicio de las potestades administrativas.

²¹ En relación al ejercicio del *Ius Variandi*, debemos asimilar el término “obras” y “servicios” en sentido lato, lo cual incluye no sólo la generalidad, sino también las especificidades dentro de cada renglón.

algunos casos respecto a la determinación e individualización de causas imprevistas? ¿qué sucede cuando es la Administración la que ha cometido un error inicial en la elaboración del proyecto?

Respecto a estas inquietudes, la ley no ofrece mayores respuestas y tomando en consideración, la escasa jurisprudencia nacional sobre el ejercicio de esta potestad, consideramos prudente remitirnos a algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo Español.

Así, mediante sentencia del 4 de mayo del 2005, citada por Gallego Córcoles, I. (2006), parecería que dicho tribunal se centra en la continuidad del servicio-que implica la satisfacción del interés general-como elemento fundamental para el ejercicio de la potestad, sin mayor rigurosidad respecto a la demostración de necesidades nuevas o causas imprevistas. Así, la referida sentencia dispone lo siguiente:

En efecto, además de que la propia realidad, del cambio de la normativa, ya se puede entender que justificaba la modificación del contrato, al menos de forma genérica, para dar cumplimiento a las nuevas exigencias de esa normativa, como refieren las partes recurridas, así la Ley 10/97 del 22 de agosto sobre Residuos Sólidos Urbanos de Galicia , y la Ley 7/97 del 11 de agosto, de Protección contra la Contaminación Acústica, de Galicia, no conviene olvidar, que en el expediente, folios 68, y 115 a 122 se exponen los objetivos de la propuesta, ampliar el alcance de los servicios actuales, dar soluciones a problemas concretos, mecanizar los servicios, modernizar y razones económico financieras, y ellas por sí solas justifican la modificación del contrato en vigor, sin que se advierta la necesidad de celebrar otro nuevo contrato, como para algunos supuestos refiere la parte recurrida, ya que, aparte de que en los años 1992,1993 y 1994 se habían producido ampliaciones a la concesión primitiva, aprobada en 1990, cuando menos en principio, parece más conveniente, que sea la propia empresa que lo venía prestando, la que haga frente a las reformas que en el servicio, que ya prestaba, se han ido produciendo, las que se han hecho necesarias por las reformas legales y las que sean concordantes con ellas y hayan surgido a lo largo del tiempo de vigencia del contrato, sin olvidar que las razones de oportunidad corresponde valorarlas al Ayuntamiento, teniendo en cuenta además que la

concesión, según doctrina de esta Sala, sentencia de 2 de diciembre de 1988, está dominada por un criterio fundamental, mantener la continuidad de la prestación del servicio. (p. 51)²²

Más aún, mediante sentencia No. 645/1997 del 1ero de febrero del 2000 del Tribunal Supremo Español, citada por Gallego Córcoles, Isabel (2006), éste estableció el criterio de que entre la pervivencia del contrato y su resolución, debe primar su vigencia, cuando el interés general así lo exija. Así, la referida sentencia sostiene lo siguiente:

... un error inicial de la Administración contratante posteriormente detectado, o un cambio de circunstancias tenidas en cuenta en el momento de contratar, o la adopción de medidas generales que, aunque no varíen directamente el objeto del contrato, inciden sobre él, permiten la posterior modificación del contrato para adaptarlo a las nuevas exigencias... en la opción entre el mantenimiento del contrato y su resolución debe atenderse el interés público en juego, dando preferencia a la pervivencia de la relación contractual por las consecuencias perniciosas-costes de nueva contratación, retraso en la prestación del servicio, etc.-que la Resolución conlleva. La jurisprudencia de esta Sala en sentencias reiteradas...ha reconocido el *ius variandi*. Se dice en ellas que ‘constituye un poder para adaptar los contratos a las necesidades públicas’, que el ‘interés general es el que debe prevalecer en todo caso’, que ‘la prevalencia del fin sobre el objeto...es la que justifica la habilitación de la Administración con una potestad de promover adaptaciones al objeto pactado para así conseguir tal fin (p. 50).

Acentuando aún más la satisfacción del interés general como presupuesto inexcusable de la potestad modificatoria, Gallego Córcoles, I. (2006) se refiere al criterio sentado por el Tribunal Supremo Español mediante sentencia del 10 de febrero de 1997, en el sentido de que “el ejercicio del *Ius Variandi* sin que medie razón de interés público constituiría un abuso de derecho o un supuesto de desviación de poder al implicar el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento Jurídico...” (p. 52).

²² Destacamos, que la autora afirma que en otros casos, “la jurisprudencia española ha sido más rigurosa al exigir que se hayan producido necesidades nuevas.”

Partiendo de los argumentos anteriores, podemos afirmar que las circunstancias imprevisibles servirán de presupuesto para la modificación del contrato, en la medida en que las mismas afecten el interés general que se persigue satisfacer con la prestación. Ahora bien, considerando que el interés general no es el criterio adoptado por el legislador dominicano para que el contrato sea administrativo, sino que por el contrario, la simple presencia de la Administración u otra entidad contratante sujeta al ámbito de aplicación de la LCCP altera el contrato, es menester realizar algunas reflexiones.

Acorde a las disposiciones transcritas, la modificación del contrato se admite cuando se presenten circunstancias imprevisibles y esa sea la única forma de satisfacer el interés público. No se trata de requisitos excluyentes, sino que ambos son necesarios para que opere el *Ius Variandi*; esto, sin desmedro de las notas jurisprudenciales destacadas cuya razón se inclina por la satisfacción del interés general, más que por cualquier otro requisito adicional.

Tomando en consideración que todos los contratos celebrados por las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la LCCP son administrativos, la facultad de modificación resultaría mermada cuando no es posible justificar el interés general que sirve de presupuesto a la modificación contractual. Para ilustrar esta premisa, supongamos que el Ministerio de Industria y Comercio, luego de agotar un proceso concursal para el suministro y servicio de pintura del edificio donde se encuentra su sede principal, decide por circunstancias sobrevenidas modificar el contrato. ¿Podría fácilmente, -al tratarse de una actividad ajena a sus funciones principales- justificar el interés general que debe servir de fundamento a la modificación misma? ¿no constituye el interés general un límite esencial respecto a los términos tan absolutos en que fue configurado por el legislador dominicano el ejercicio del *Ius Variandi*?

Respecto a la primera inquietud, volvemos a las ya aludidas “zona de certeza positiva y negativa” y “zona de incertidumbre o penumbra” del interés general. En el ejemplo expuesto, es evidente que la simple pintura del edificio de la sede del Ministerio para fines eminentemente estéticos no tiene un impacto directo y real sobre el interés público, por más indeterminación que posea el concepto. Por tanto, estaríamos en una zona de certeza negativa del interés público que

imposibilita la modificación del contrato. Consecuentemente, y a la luz del artículo 31, numerales 1 y 2 de la LCCP, el interés público se erige como fundamento, requisito *sine qua non* y límite esencial para ejercer el *Ius Variandi*, aun así se trate de un contrato suscrito por alguna de las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la LCCP, y habilitada en principio -por esta única condición- para ejercer las facultades y obligaciones establecidas en dicha Ley. Por tanto, en un sentido práctico, el interés general se impone a pesar de la redacción de la norma.

En otro orden de ideas, la LCCP no exige que en los pliegos de condiciones se establezcan de manera específica las condiciones en que podrá modificarse el contrato. Sin embargo, el artículo 104 de dicha Ley dispone lo siguiente: “El contrato para considerarse válido contendrá cláusulas obligatorias referidas a: antecedentes, objeto, plazo, precio, ajuste de precios, equilibrio económico-financiero, modificación, terminación, resolución...”²³

Sobre este particular, consideramos que es más cónsono con el principio de transparencia e igualdad entre los oferentes que las condiciones de modificación del contrato estén previstas en el pliego de condiciones, de modo que todos los oferentes, antes de someter sus propuestas tengan toda la información detallada de las posibles consecuencias respecto a la mutabilidad del contrato, en caso de resultar adjudicatarios. En el caso español, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, antes aludido, establece como regla general que la modificación del contrato esté prevista “en los pliegos o en el anuncio de la licitación.” No obstante, en el artículo 107 del mismo texto se desprende la posibilidad de que se modifique el contrato sin que esta posibilidad haya sido prevista en los pliegos de condiciones, cuando concurra una de las causas que a continuación citamos textualmente:

- a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.
- b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de

²³ El subrayado es nuestro.

manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.²⁴

De la lectura de las disposiciones transcritas, resulta evidente la rigurosidad y especificidad con que se abordan las causales de modificación del contrato no previstas en los pliegos de condiciones o en el anuncio de la licitación. De manera específica, el primer acápite resuelve el tema de la comisión de errores iniciales en la elaboración del proyecto, situación no prevista aún por el legislador dominicano.

No obstante lo anterior, otra situación nos parece aún más preocupante. La Resolución No. 8/2010, del 7 de mayo del 2010, emitida por la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), declara en su primera disposición el “uso obligatorio de todos los documentos estándar publicados en el portal web de la DGCP”. Como parte de estos documentos estándar, dicha entidad ha elaborado diversos documentos, incluyendo los modelos de contratos a los cuales deben ajustarse las entidades contratantes.

En este sentido, la DGCP ha elaborado modelos de contrato de suministro de bienes, de ejecución de servicios, ejecución de servicios de consultorías y ejecución de obras, inclusive. En los

²⁴Ver artículos 105 y siguientes del Real Decreto Legislativo 3/11, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Documento BOE-A-2011-17887. A seguidas en el mismo artículo 107, numeral 2, se dispone lo siguiente: “La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.”

mismos, se incluye una cláusula referente a las modificaciones del contrato, cuyo texto transcribimos a continuación: “Cualquier modificación a los términos y condiciones del presente Contrato deberá hacerse por mutuo acuerdo entre Las Partes, por escrito, mediante enmiendas numeradas cronológicamente y la fecha de vigencia de cada una se contará a partir de la fecha de aprobación realizada por la Entidad Contratante”²⁵

Esto es bastante preocupante considerando la preceptividad del *Ius Variandi* cuando el interés público así lo exige y la potestad de decisión ejecutoria, que aunque no incluida como tal en la LCCP, resulta indispensable para la efectividad del *Ius Variandi*. En este sentido, ¿con la inclusión de esta Cláusula no estaríamos supeditando el interés público a la voluntad del contratista? Más aún, ¿cómo se conjuga esta disposición con el principio de igualdad entre los oferentes que la misma LCCP invoca en su artículo 3?

La inclusión de este tipo de cláusulas resulta aplicable en un contrato privado, no así en un contrato administrativo, donde el interés general se erige como fundamento, requisito y límite del contrato mismo. Es a raíz de este interés general, que gravitan las principales diferencias entre ambas categorías de contratos. Por tanto, supeditar dicho interés a la aceptación del contratista respecto de la modificación contractual, sería desnaturalizar la esencia misma del contrato administrativo y consecuentemente, la Administración podría ver seriamente frustrados sus objetivos.

Por otra parte, la necesidad del mutuo acuerdo de las partes para la modificación, puede derivar en graves perjuicios para los demás oferentes que no resultaron adjudicatarios, otorgándole al oferente un privilegio de alterar el contrato, cayendo en el riesgo de alterar la esencia misma de la prestación convenida. Y es que, en definitiva si los demás oferentes están en condiciones de prever el alcance de ese “mutuo acuerdo” entre las partes, aumenta la posibilidad de que presenten sus ofertas apegadas a la previsión conocida.

Para evitar estos graves inconvenientes, la Administración debe tener la posibilidad de imponer la modificación del contrato cuando el interés general así lo amerita, en el marco de la ley.

²⁵ El subrayado es nuestro. Dicha cláusula figura en dichos modelos de contratos, cuyas nomenclaturas son las siguientes: SNCC.C.023 (Contrato de Suministro de Bienes); SNCC.C.24 (Contrato de Ejecución de Servicios); SNCC.C.025 (Contrato de Servicios de Consultoría); SNCC.C.026 (Contrato de Ejecución de Obras).

De ahí insistimos en la inclusión expresa de la potestad de decisión ejecutoria en el catálogo de prerrogativas que figuran en el artículo 31 de la LCCP.

Por último, importa referirnos-aún así brevemente-al momento a partir del cual es posible ejercer el *Ius Variandi*. A pesar de que la LCCP no indica de manera expresa que el *ius variandi* debe ejercerse necesariamente durante la ejecución del contrato, sería bastante cuestionable aceptar el ejercicio de esta potestad durante el proceso de selección, toda vez que no se puede modificar algo que aún no existe. En ese tenor, coincidimos con Gallego Córcoles, Isabel (2004), quien tras haber analizado varias sentencias del Tribunal Supremo Español, reafirma que “el *Ius Variandi* de la Administración está relacionado con la ejecución del contrato y no con la selección del contratista, de modo que, en base a esta potestad, y con la justificación de un mejor cumplimiento del interés público, no puede adjudicarse un contrato a un licitador que no se hubiese sometido al pliego de condiciones.” (p. 53)

3.4 Límites al ejercicio del *Ius Variandi*

Autores como Villar Palasí, Rebollo, L.M., y García de Enterría, E., niegan categóricamente que la imposición de límites al *Ius Variandi*. En este tenor, Villar Palasí, citado Rebollo, L.M (2004) sostiene que “esos pretendidos límites no son limitaciones legales a la potestad *variandi* en sí misma considerada, sino limitaciones a la potestad de imponer las modificaciones al contratista” (p. 591).

En consonancia con esta vertiente, Rebollo, L.M. (2004), sostiene lo siguiente: “salvado de que se trate de modificaciones y no de nuevos contratos, y salvado también que esté en juego el interés general y cubierto el oportuno trámite procedimental, en puridad no hay límites al ejercicio del *Ius Variandi*. O, si se prefiere no hay más límite que el citado interés general concretado en las mencionadas necesidades nuevas o causas imprevistas justificadas que habrán de quedar descritas y suficientemente motivadas en el expediente abierto al efecto” (p. 594).

Por el contrario, autores como Climent Barberá, J., Hernández, J.A., y Rollón Muñoz, J, citados por Rebollo, Luis M. (2004), “admiten que hay límites al ejercicio del *ius variandi*, por tanto, la resolución del contrato se impone cuando se superan esos límites cuantitativos y la modificación represente una alteración sustancial del contrato.” Interesante la postura de Rollón

Muñoz, J, citado por Rebollo, L.M. (2004), al establecer lo siguiente: “...puede que el interés público exija la modificación total de una obra, pero ello no tiene que suponer necesariamente que el contratista originario ejecute la nueva solución. Se trataría de promover la competencia. No de impedir los cambios (...) la alteración sustancial al suponer una variación de la voluntad administrativa ha de originar una nueva contratación.” (p. 592)

En adición a los requisitos antes vistos -interés general y circunstancias imprevisibles-, la LCCP prevé ciertos “límites” al ejercicio de la potestad modificatoria, específicamente de carácter cuantitativo. Así, del artículo 31, numerales 2, 3 y 4 se desprende que en el caso del Contrato de Obras, la modificación no deberá exceder o disminuir más allá del 25% por ciento del monto original del mismo, mientras que para el caso de servicios, el umbral máximo es de un 50% del monto del contrato original, pudiendo ser en ambos casos una reducción o aumento de la suma originalmente pactada. En el caso de contratación de bienes, la modificación no es permitida.

Sin embargo, la LCCP no indica que la inobservancia de estos límites engendra automáticamente la resolución del contrato. Mas bien, parecería que el legislador dominicano se adhirió al criterio sustentado por Villar Palasí y García de Enterría, E., en el sentido de rechazar “límites” a la potestad modificatoria, debido a la imposibilidad de limitar el interés general mismo. No obstante, los porcentajes establecidos no dejan de ser una garantía a favor del contratista cuando la entidad contratante supera los mismos. En este escenario, el contratista bien pudiera solicitar la terminación del contrato y la correspondiente indemnización que restaure el equilibrio económico financiero del mismo.

Otro límite impuesto por la LCCP y su actual Reglamento de Aplicación, es la imposibilidad de alterar el objeto del contrato. Sobre esta particular, autores como Villar Palasí y Ariño Ortiz, citados por Martínez, P.R. (2002), admiten la posibilidad de introducir modificaciones en el objeto del contrato para la adaptación a sus fines o mejor realización del mismo (p. 476).

Partiendo de los argumentos anteriores, entendemos que lo indispensable a tomar en consideración en vista de una eventual modificación contractual es el fin público sobre el cual subyace tal modificación. El fin hace posible que se toquen, inclusive, ciertos elementos atinentes al objeto contractual.

3.4.1 Imposibilidad de modificar cantidades

Llama la atención de manera especial, el artículo 31, numeral 3 de la LCCP, el cual establece la prohibición de modificar cantidades en la contratación de bienes. Por tanto, es posible modificar la calidad de las prestaciones pero no así las cantidades de los bienes suministrados. En este escenario, nos preguntamos, ¿no puede el interés general exigir un aumento o disminución de los volúmenes de los bienes suministrados? ¿cuál es la razón por la cual es posible modificar calidad y no cantidad en los contratos administrativos?

Respecto a la primera inquietud, ya nos hemos referido a lo cambiante que resulta el interés general, muchas veces impulsado por situaciones complejas. Los ejemplos que nos llevan a cuestionar seriamente esta postura asumida por el legislador dominicano son muchos. Tal es el caso de un contrato de suministro de materiales eléctricos indispensables para mantener la calidad en el suministro de electricidad. Ante una demanda del interés público, ¿no debería la entidad contratante tener la potestad de modificar el contrato ya sea aumentando o disminuyendo la cantidad de los materiales a suministrar? Negar la posibilidad de modificar cantidades podría implicar serias consecuencias en detrimento de interés general, dado que nada impide que éste pueda exigir el aumento o disminución de cantidades en los contratos de suministro.

3.5 El mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato. Exclusión del lucro cesante

Si bien el legislador reconoce la potestad de la Administración de modificar el contrato, configura un sistema de garantías a través del cual el particular es resarcido ante cualquier circunstancia que le perjudique como consecuencia de la modificación contractual. Dicho de otro modo, la contratación administrativa implica, como bien diría Ávila Orive, J.L. (1995), un tratamiento más favorable para el contratista que la propia de la regulación civil. Por tanto, en el contrato administrativo se imponen una serie de limitaciones al principio de riesgo y ventura, como consecuencia de la alteración sustancial de las condiciones iniciales en que se suscribió el contrato.

De este modo, la Administración está llamada a mantener el equilibrio económico del contrato, hasta la extinción del mismo, evitando un perjuicio económico al contratante. De lo contrario operaría un enriquecimiento injusto a favor de la Administración.²⁶

Con esto nos referimos a que este último “tiene derecho a los ajustes correspondientes de las condiciones contractuales cuando ocurrieren acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, con relación a las condiciones existentes al momento de la presentación de las propuestas, que devuelvan el equilibrio económico del contrato”, conforme establece el Artículo 32, Numeral 1) de la LCCP. No se trata de que el uso de las potestades previstas en el ordenamiento jurídico por parte de la Administración se traduzca en una mayor rentabilidad económica para el contratante, sino que se mantenga inmutable el equilibrio económico del contrato, determinado por las condiciones existentes al momento de la adjudicación y posterior suscripción del contrato.

A su vez, la LCCP sólo prevé la posibilidad de resarcir el daño emergente, no así el lucro cesante. En este contexto, García de Enterría, E. (2008), al referirse a los contratos de gestión de servicios públicos, conocidos en nuestro ordenamiento jurídico bajo la denominación genérica de “concesión de servicios públicos”, establece que la compensación económica producto de las modificaciones directas del objeto contractual debe ser integral, de modo tal que debe incluir el lucro cesante; con esto se pretende que quede restablecida la ecuación financiera del contrato (p.755)²⁷. Partiendo de la idea de justicia y de principios esenciales con cabida en el derecho administrativo, de innegable trascendencia, resulta necesario indemnizar íntegramente al contratista.

Capítulo 4. Hacia una revisión de la regulación del *Ius Variandi*

En el presente capítulo se abordan los riesgos negativos que subyacen en el ejercicio del *Ius Variandi*, los cuales se maximizan con una regulación inefectiva del ejercicio de la potestad. En definitiva, es menester distinguir cuándo estamos en presencia de un supuesto de modificación del

²⁶ Así lo indica José Luis Ávila Orive, Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Deusto, en su artículo Principios Generales de los Contratos Administrativos: La Ley 13/1995, del 18 de mayo. (p. 12)

²⁷ No obstante, el autor sustenta que para el caso de los contratos de obras, cuando se trate de reducción o supresión de unidades de obras no se admite la posibilidad de compensar el lucro cesante; a diferencia de cuando se trate de un aumento de las mismas o modificación de sus características, que puede dar lugar a la fijación de nuevos precios de forma contradictoria.

contrato y cuándo se trata de un nuevo contrato, totalmente ajeno al contrato principal. Por igual, interesante es reflexionar acerca de las consecuencias derivadas del error inicial respecto del proyecto, ya sea a cargo del contratista o de la Administración. En este contexto, a continuación se advierte acerca de los riesgos que implica la modificación irregular del contrato administrativo y se analizan las consecuencias de la ausencia de un procedimiento efectivo para la modificación del contrato administrativo.

4.1. ¿*Ius Variandi* o nuevo contrato?

En el capítulo anterior, nos referimos a la dificultad que implica hablar de “límites al *Ius Variandi*”, debido al alcance de las exigencias del interés general. Sin embargo, no deja de ser una prerrogativa que debe ser ejercida con extrema cautela, toda vez que lo que en apariencia puede parecer la “modificación de un contrato”, es en realidad uno distinto, ejecutado por el contratista original, en evasión a la celebración de uno de los procedimientos de selección expresamente establecidos por la LCCP. Y es que la esencia del contrato, su razón de ser, no puede quedar desnaturalizada por la modificación misma. Sobre este particular, se han pronunciado destacados juristas como Blanquer Criado, D. (2010), quien establece lo siguiente:

“El grado de rigor o elasticidad para valorar los cambios no es uniforme, sino que depende de que la modificación afecte a cuestiones esenciales o accidentales del contrato. La regla es rechazar los cambios de los elementos esenciales, que son aquellos factores estructurales cuyo incumplimiento justificaría la resolución del negocio jurídico. Se puede admitir la alteración del contrato manteniéndose el mismo vínculo jurídico, pero siempre que se continúe con la ejecución de unas prestaciones que son una extensión de las originalmente pactadas. Ahora bien, no cabe modificar el negocio jurídico para introducir unas prestaciones que serían propias de un nuevo y distinto contrato. Por vía de modificación de las prestaciones no se puede desnaturalizar de forma sobrevenida el objeto del contrato que se adjudicó después de realizar un proceso selectivo entre los empresarios que aspiraban a la adjudicación (p.118).”

Sobre este esquema, la regla es clara y nada mejor que ilustrar su desnaturalización con un ejemplo sencillo. En este tenor, imaginemos que el Ministerio de Educación de la República Dominicana, luego de un procedimiento concursal, ha contratado los servicios de una empresa para la fabricación y suministro de pupitres, los cuales deberán ser entregados antes del inicio del año escolar. Modificar el contrato, podría implicar la reducción o el aumento del volumen de pupitres por alguna razón fundada de interés general. Sin embargo, acordar con esa misma empresa la construcción de aulas en base al mismo procedimiento concursal, implicaría un nuevo contrato, vulnerando el principio de igualdad entre los demás oferentes que no resultaron adjudicatarios. Lo anterior, debido a que de haber conocido la intención del Ministerio quizá su oferta hubiese sido distinta.

Otro escenario es el de las denominadas obras complementarias o adicionales, definidas por el artículo 4 de la LCCP como “aquellas no consideradas en los documentos de licitación ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que dé lugar a un presupuesto adicional.” Por el contrario, Rebollo, L.M. (2004), al referirse a varios dictámenes del Consejo de Estado de España²⁸, utiliza tres criterios de distinción entre las obras complementarias y las modificaciones al contrato: “a) la posibilidad de utilización separada de las nuevas obras; b) su necesidad con relación al proyecto inicial y c) las dificultades técnicas de adjudicación y ejecución separada e independiente” (p.585).

Partiendo de este último criterio, las obras complementarias no implicarían una extensión de las prestaciones del contrato original, sino un nuevo contrato en el que es necesario aprovechar la experiencia que posee el contratista en el área. Por tanto, en este caso, no se estaría en presencia de supuestos de *Ius Variandi*, sino ante la necesidad de aprovechar la idoneidad técnica del contratista.²⁹

No obstante, éste no parece haber sido el criterio del legislador en la LCCP, toda vez que en términos conceptuales, ésta no exige que el contratista principal ejecute las obras complementarias,

²⁸ Dictámenes emitidos el 15 de diciembre de 1983; 29 de noviembre de 1984, 24 de julio de 1985 y 2 de abril de 1992.

²⁹ Martín Rebollo, L. (2005). Véase páginas 585 y siguientes.

salvo en el caso de concesión de obras públicas.³⁰ Sin embargo, en los términos configurados por el legislador, la definición arriba transcrita (obras adicionales o complementarias) puede ser asimilada a ciertos elementos propios del *Ius Variandi*, y parcialmente al criterio expuesto por Rebollo L.M.

En este último caso, cuando la LCCP indica que las obras adicionales no son consideradas originalmente, ya sea en el contrato o en los demás documentos del proceso, se acerca conceptualmente a la existencia de un nuevo contrato. Sin embargo, al establecer la dependencia de la obra principal y la complementaria, niega su utilización independiente, situando el carácter complementario de las prestaciones como una extensión de la prestación originalmente pactada. En términos presupuestarios no se evidencian mayores dificultades, toda vez que en uno y otro caso, la modificación o la obra adicional alterarán de algún modo el presupuesto inicial. En términos prácticos, las obras o servicios complementarios implicarían un riesgo real respecto del uso abusivo del *Ius Variandi*, cuando el concepto sea utilizado para justificar, lo que en el fondo constituye, una modificación irregular del contrato.

4.2 La modificación irregular: riesgos y consecuencias.

Una regulación inefectiva del *Ius Variandi*, facilita que los oferentes presenten ofertas por debajo del precio real para luego prevalerse de la modificación del contrato. Este riesgo ha sido advertido por numerosos juristas, incluyendo a Moreno Molina, J.A. y Pleite Guadamillas, F. (2008), quienes sostienen lo siguiente: “... Estas prácticas presentan serios problemas de compatibilidad no sólo en relación con la normativa de contratación-pueden ser contrarias a la libre competencia-sino también con las disposiciones presupuestarias y económicas a las que están sujetas las Administraciones Públicas, ya que afectan los costes de la inversión pública y dificultan el control presupuestario” (p.640).

De hecho, el uso abusivo del *Ius Variandi* representa serios inconvenientes frente a la programación presupuestaria de la Administración, así como a los principios y demás disposiciones

³⁰ El párrafo I del artículo 55 de la LCCP dispone lo siguiente: “Cuando el contrato de concesión tenga por objeto la construcción y explotación de obras públicas, los pliegos de condiciones generales o particulares que rijan la concesión, deberán exigir que el concesionario se obligue a ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y sean necesarias para que el conjunto cumpla la finalidad determinante de su construcción, permitiendo su mejor funcionamiento y explotación.”

consignados en la Ley Orgánica de Presupuesto del Sector Público No. 423-06, promulgada el 17 de noviembre del 2006. En su artículo 11, la indicada Ley consagra una serie de principios aplicables a todos los organismos del sector público. A continuación, citamos textualmente los contenidos en los literales b); e); g) y j):

b) Principio de integridad. Implica que todos los ingresos, gastos y transacciones, sin excepción, y sin compensación alguna, deben estar contenidos en el presupuesto;

e) principio de sinceridad. Todos los recursos y gastos deben ser estimados con la mayor exactitud y acuciosidad posible;

g) Principio de especialidad cualitativa. Se refiere a que los recursos deben ser gastados exclusivamente en los objetivos establecidos en el presupuesto;

j) Principio de transparencia y publicidad. Implica la garantía de la comunicación pública periódica y del libre acceso a la información por parte de la ciudadanía sobre la gestión presupuestaria

A la luz del uso abusivo del *Ius Variandi*, estos principios merecen especial atención. En este punto, no es casual que el artículo 30 del RALC consigne “la planificación” como etapa obligatoria de todos los procesos de selección instituidos por la LCCP. A seguidas, el artículo 31 del referido reglamento insiste en que los planes y programas anuales de compras de la entidad contratante deberán contener: “las obras a ejecutarse, los bienes a adquirirse y los servicios a contratarse, durante ese año, en función de sus metas institucionales, incluyendo el presupuesto estimado y el cronograma de implementación.”

Las disposiciones anteriores buscan combatir de manera especial los errores derivados en la concepción y la ejecución del proyecto, de modo que el error inicial en la configuración del mismo no sirva de excusa para una eventual modificación del contrato. Distinto es el escenario cuando el interés general, muchas veces cambiante debido a razones extrajurídicas complejas, exige la modificación. Por vía de consecuencia, no pretendemos apelar a una rigidez excesiva del contrato cuya ejecución resulte ineficaz para satisfacer el interés general. Es ese tenor, Blanquer Criado, D. (2010), ha señalado, respecto a la adecuada gestión de un servicio público, que la “rigidez del

pacto choca frontalmente con la elasticidad negocial que reclama la continuada satisfacción del interés general, representado por las necesidades de los usuarios del servicio público” (p.117).

En este punto, conviene hacer la siguiente reflexión respecto a los errores iniciales cometidos tanto como la Administración como por el contratista. Más aún, cuando esos errores iniciales traen consigo la modificación del precio, no así de la prestación. En estos casos, adquiere mayor relevancia la verificación de las circunstancias imprevistas que servirían de causa para la modificación misma, así como si el error es atribuible a la Administración o al contratista. Para el caso del contratista, ya nos referimos a que uno de los riesgos que implica el *Ius Variandi*, es que éste presente su oferta por un precio inferior al precio real, para luego solicitar la modificación del contrato. Esto constituye un indicio de abuso por parte del contratista, lo que debería traer como consecuencia natural la resolución del contrato y la indemnización por parte del contratista de los daños y perjuicios causados.

De ahí insistimos, en que una de las garantías para evitar el ejercicio abusivo del *Ius Variandi*, es a través de los principios de transparencia y publicidad, de modo que se ponga en conocimiento a previo los interesados, en especial a los demás oferentes, la decisión de modificar el contrato. Éstos, a su vez, tendrían la oportunidad de ejercer un control sobre la decisión misma, contribuyendo a determinar su legitimidad y la causa del error. En definitiva, la modificación irregular implica no sólo consecuencias patrimoniales nefastas para la Administración, sino que los principios de transparencia e igualdad en la contratación pública se ven lacerados en demasía.

Por igual, conviene referirnos, aún brevemente, a las consecuencias patrimoniales de la modificación irregular. Según Rebollo, L.M. (2004), la invalidez de las modificaciones “plantea una problemática similar a la de la invalidez de los contratos que se resuelve también en la invalidez de los actos administrativos singulares en que aquellos se desglosan” (p. 610).

En este punto, conviene invocar la teoría de la invalidez de los actos administrativos. Citando a García de Enterría, E. y Fernández, T. (2008), un acto estaría viciado de nulidad absoluta, “cuando su ineficacia es intrínseca y por ello carece *ab initio* de efectos jurídicos sin necesidad de una previa impugnación”. Al referirse a las consecuencias de este supuesto, indica que la mismas son:

“ineficacia inmediata, *ipso iure*, del acto, carácter general o *erga omnes* de la nulidad e imposibilidad de sanarlo por confirmación o prescripción”, mientras que la trascendencia de la nulidad absoluta o de pleno derecho implica “la nulidad de los actos posteriores del acto nulo, sin otra limitación que la relativa a los terceros de buena fe que hayan podido confiar en la validez del acto” .(p.620).

Al referirse a los actos anulables, García de Enterría, E. y Fernández, T. (2008), indican lo siguiente: “Su régimen propio viene delimitado por dos coordenadas: el libre arbitrio del afectado y la seguridad jurídica”. Es por esta razón, que sólo los afectados por el acto anulable, “pueden pedir la declaración de nulidad dentro de un cierto plazo, transcurrido el cual, si no se produce reacción, el acto sana y el vicio de nulidad queda purgado.” Consecuentemente, “el inejercicio de la acción de nulidad y el consentimiento expreso o tácito de quien puede ejercitarla produce un efecto sanatorio” (pp.620-621).³¹

De este modo, cuando se trata de una modificación irregular, los actos administrativos y demás actuaciones propias de la Administración se ven afectados por los vicios de nulidad y anulabilidad, ya se trate de un error grave, como sería la falta de motivación del acto, o de un error susceptible de ser subsanable. A pesar de que en teoría, estos supuestos traen consigo las consecuencias antes citadas, en el escenario de que el contratista haya ejecutado el contrato o acto inválido, no siempre es posible restituir las actuaciones de las partes a su estado original o desconocer por completo los efectos reales del acto inválido, máxime cuando el interés general ha quedado satisfecho. Así lo ha advertido Rebollo, L.M., quien citando a Villar Palasí, Garrido Falla y Parada, J.R. (2004), indica que de la Administración no pagar las prestaciones ejecutadas a raíz del acto inválido, cuando la irregularidad es atribuible a ésta, estaríamos en supuestos de enriquecimiento injusto, e incluso, responsabilidad patrimonial de la Administración (pp.610-616).³²

³¹ El Proyecto de Ley de Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, en su artículo 10, numeral 4, se refiere a la posibilidad de subsanar los actos anulables, al señalar que “los actos anulables podrán ser convalidados subsanando sus defectos de competencia o procedimiento, con efectos desde su fecha o retroactividad para el caso de ser favorables...”

³² El Proyecto de Ley de Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, en su artículo 10, numeral 1, indica lo siguiente: “son nulos de pleno derecho los actos administrativos que subviertan el orden constitucional, vulneren cualquiera de los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución, los dictados por órganos manifiestamente incompetente o prescindiendo completamente del procedimiento establecido para ello, los carentes de motivación, los de contenido imposible, los constitutivos de delito y los que incurran en infracciones sancionadas expresamente con nulidad por las leyes.”

Por tanto, no siempre es posible subsanar los efectos de la modificación irregular en lo referente a la invalidez de los actos que le sirven de fundamento, sin que la Administración tenga que pagar las consecuencias de su error. Y es que, en definitiva, una vez declarada la invalidez de la modificación, no sería correcto en un sentido de justicia alegar esto como causa para negar el pago al contratista, máxime cuando se le ha impuesto las consecuencias de la modificación del contrato, posteriormente afectada de invalidez. Lo anterior, sin desmedro de las sanciones que resulten aplicables a los funcionarios vinculados a la efectividad de la decisión irregular. Esta sin duda alguna, este elemento constituye otra razón para prestar mayor cuidado al fundamento, los requisitos, los límites y el procedimiento para ejercer el *Ius Variandi*.³³

4.3 Hacia un procedimiento efectivo para el ejercicio del *Ius Variandi*

A pesar de que el “Proyecto de Ley de Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo”, impone normas a la Administración como directrices de sus actuaciones y actos administrativos, una de las más graves carencias que tiene la LCCP es justamente la ausencia de un procedimiento especial para ejercer el *Ius Variandi*. Por tanto, si bien la entidad contratante goza del ejercicio de esta potestad, la LCCP ni el RALC instauran una serie de requisitos procedimentales a través de los cuales opere el *Ius Variandi*, no así para la selección y adjudicación del contrato.

Únicamente el antiguo Reglamento de Aplicación de la LCCP, al referirse a la modificación del contrato de obras y servicios en su artículo 117, párrafo I, imponía la obligación a la entidad contratante de comunicar al contratista la decisión que tomara respecto a la modificación, debiendo ser aceptada por éste último a menos de que “se sintiese afectado en sus intereses, porque no encuentra que los justificativos son reales o suficientes”.³⁴

A seguidas, el párrafo II y párrafo III del mismo artículo 117, instauraba dos procedimientos paralelos para el caso de la modificación de los contratos de obras y servicios, dependiendo de si se tratara de a) mayores volúmenes o b) necesidad de extensión del contrato de

³³ Véase Martín Rebollo, L. (pp. 610 y siguientes).

³⁴ Véase el artículo 117 del antiguo reglamento de la LCCP, instituido mediante Decreto No. 490-07.

obras o servicios, nuevos rubros de construcción o nuevas actividades en el caso de los servicios prestados.

En el primer supuesto, es decir, mayores volúmenes, bastaba que el supervisor de los trabajos emitiera un informe pormenorizado de las causas técnicas justificativas de la modificación del contrato. Dicho informe debía ser validado y complementado por la persona encargada de la unidad que administra el contrato. Finalmente, dicho informe debía ser aprobado por la máxima autoridad ejecutiva de la entidad contratante. En el segundo supuesto, el criterio es similar, con la diferencia de que si la modificación implicaba el aumento del monto del contrato inicial en más de un 5%, se debía suscribir uno nuevo. En ambos casos, si era necesario, el contratista debía renovar las garantías. Incluso, el párrafo IV del mismo artículo 117 señalaba que las modificaciones no podían ser realizadas más allá de 30 días luego de ejecutado el contrato.³⁵

Sin embargo, el actual RALC, fuera del reconocimiento de esta potestad en los términos señalados en el capítulo precedente, no instituye ningún procedimiento para hacer efectivo el *Ius Variandi*, en ausencia de lo cual se desborda en demasía el poder discrecional de la Administración, obstruyendo el control de principios tan fundamentales como el de transparencia o igualdad, a pesar del mandato obligatorio de publicar las actuaciones derivadas de la aplicación de la LCCP y demás normativa complementaria. Y es que, de contar con un procedimiento efectivo para la modificación contractual, los ciudadanos podrán tener un control concreto respecto al ejercicio de esta potestad. Estando conformado el procedimiento por un conjunto de actuaciones, éstos podrían fiscalizar las mismas y verificar el cumplimiento de los pasos necesarios en el expediente de la contratación.

A pesar de que el antiguo Reglamento de aplicación de la LCCP se encontraba en mejores condiciones que el actual, al instaurar por lo menos la obligatoriedad de un informe pormenorizado, dejó de lado otros requisitos necesarios a la luz del principio de transparencia e igualdad entre los oferentes y las garantías del contratista. Tal es el caso de la audiencia previa al contratista y la solicitud de un informe preceptivo sobre la procedencia de la modificación, emitido por un órgano

³⁵ Véase artículo 117, párrafos II, III y IV del Decreto No. 490-07. Vale aclarar que estamos en desacuerdo con esta última disposición, debido a que una vez ejecutado el contrato la modificación carece de sentido, no así durante la ejecución del mismo.

externo a la entidad contratante. Al referirse al trámite de audiencia en el marco del procedimiento administrativo, Gallego Córcoles, I. (2007), señala lo siguiente:

(...) el trámite de audiencia (...), que responde al principio de que todo interesado en el procedimiento debe ser oído, no sólo responde a la idea de dar al interesado la posibilidad de formular alegaciones, sino, sobre todo, a la de dar la posibilidad de que conozca en su totalidad el expediente-del que hasta el momento ha tenido un conocimiento sólo fragmentario-y pueda defenderse (p. 1332).

En definitiva, a través del respeto del derecho de audiencia se vela porque el contratista tenga la oportunidad de plantear su posición respecto a la modificación del contrato. Sin embargo, no funciona únicamente como una garantía propia del contratista, sino que se deriva en un beneficio para la Administración misma. A pesar de que acorde al artículo 31 de la LCCP la entidad contratante tiene el poder de control, inspección y dirección del contrato, es el contratista quien-salvo incumplimiento, ejecuta las prestaciones convenidas, siendo partícipe de todos los inconvenientes técnicos e incluso de otra índole que pudieran desprenderse de la prestación originalmente convenida. Tratándose de un “colaborador de la Administración”, el contratista puede contribuir al esclarecimiento de las razones concretas que justifican la modificación del contrato. Inclusive, en caso contrario, puede contribuir en la determinación de la improcedencia de la modificación, cuando ésta última aún tiene carácter dubitativo para la Administración. En todo caso, el principio de transparencia exige que las alegaciones del contratista, aún así sean desestimadas,consten en el expediente.

En la forma en que está configurado este principio en el artículo 3, numeral 3, de la LCCP, el cual comprende “la difusión de las actuaciones derivadas de la ley”, tales alegaciones constituirían actuaciones propias de la LCCP. Más aún, autores como Rebollo, L.M (2004), entienden que este trámite de audiencia debe ser extensible “a todos los interesados, incluidos los primitivos licitadores que no obtuvieron la adjudicación; notificarles el acuerdo también a ellos y posibilitar así que sean en primer lugar los afectados los que recurran o ejerzan sus derechos competitivos” (p. 579).

Advertimos que la preceptividad de diversos informes donde consten los motivos concretos que respalden la modificación, se debe imponer como uno de los requisitos principales del *Ius Variandi*. Sin embargo, insistimos en la importancia de la motivación del informe, así como del acto posterior que apruebe la modificación, con indicación expresa de las razones concretas que respaldan la modificación. Así, Ramón Fernández, T.R. (1999) advierte lo siguiente:

La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho, en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado ya, por este solo hecho, arbitrario...” (p.82)

Compartimos este criterio, debido no sólo a que la motivación se erige como un requisito indispensable del principio de transparencia y control de la arbitrariedad, sino que una deficiente o débil motivación del informe y acto administrativo que aprueba la modificación tendría resultados similares frente a un eventual control jurisdiccional. Por último, y aún como una mayor garantía de que la modificación responde realmente a la satisfacción del interés general, es menester que sea requerido un informe externo a la entidad contratante. Acorde a la configuración de nuestro sistema de compras públicas, el organismo idóneo para tal fin pudiera ser la Dirección General de Contrataciones Públicas, como órgano rector del sistema, siempre y cuando se adapte la legislación a tal fin.

5. Conclusiones

Si bien existen marcadas diferencias entre el concepto de contrato civil y administrativo, como es el caso de la satisfacción del interés general perseguido por este último, la situación de desigualdad entre las partes contratantes y el arbitrio de la relación contractual, en la República Dominicana, el contrato es administrativo por la simple presencia de la Administración Pública, de empresas públicas y/o cualquier entidad que contrate con fondos públicos.

Este último criterio, comporta una serie de consecuencias negativas que desvirtúan el fundamento del ejercicio de las potestades propias de la Administración en la contratación administrativa, toda vez que admitir que la simple presencia de ésta altera el contrato, desplaza, en principio, el interés general como fundamento del ejercicio de las potestades administrativas.

A pesar de que en el caso específico del *Ius Variandi*, la LCCP reconoce expresamente al interés general como fundamento, requisito y límite para el ejercicio de esta potestad, por sí solo no basta para justificar la modificación, sino que se exige la determinación de circunstancias imprevistas al momento de iniciarse el proceso de contratación. Considerando el grado de afectación al cual puede estar sujeto el interés general y en algunos casos, la dificultad de determinar con precisión las circunstancias imprevisibles, éste se debe imponer sobre la determinación de estas últimas. Más aún, si consideramos otras causales no previstas por el legislador dominicano, como el caso del error cometido por la entidad contratante, en cuyo caso, el interés general no está llamado a pagar las consecuencias.

Ahora bien, determinar la existencia del interés general no siempre es tarea fácil, puesto que con frecuencia la subsunción de la situación fáctica en el concepto no se logra en base a criterios jurídicos, sino que se mezclan con condiciones políticas, sociales y económicas complejas. Una forma de facilitar esta labor es el reconocimiento normativo de los supuestos vinculados al interés general. Sin embargo, reconocemos la imposibilidad de que los supuestos reconocidos normativamente tengan carácter limitativo, dada la naturaleza cambiante de estos intereses y la dificultad real de positivizar todas las situaciones fácticas que afectan este interés.

Otro criterio un tanto cuestionable respecto a los límites del *Ius Variandi*, es la prevalencia del objeto sobre el fin público, que se desprende de la redacción del artículo 31 de la LCCP. Es inevitable que el *Ius Variandi* toque o altere el objeto contractual, como consecuencia del fin perseguido, es decir, la satisfacción del interés público. Ahora bien, no es lo mismo alterar que desvirtuar la esencia misma del contrato, acordando con el contratista una prestación totalmente distinta a la originalmente pactada. En este último escenario la Administración estaría incurriendo en una modificación totalmente ilegítima, quebrantando el principio de igualdad mismo entre los oferentes.

Respecto a los principios rectores de la LCCP, resta eficacia al ejercicio del *Ius Variandi* la ausencia expresa en la norma del privilegio de decisión ejecutoria de la Administración. Más grave resulta aún, considerar el mutuo acuerdo con el contratista como condición previa de la operatividad de la modificación, tal como sugieren los documentos estándar de la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP). Esto no solo se opone al principio de igualdad, sino que niega el carácter preceptivo del *Ius Variandi* cuando se dan las condiciones para su ejercicio.

Otro de los límites cuestionados es la imposibilidad de modificar la calidad de las prestaciones y no así, las cantidades en los contratos de suministro. Esto constituye otro ejemplo del desplazamiento del interés general como elemento justificativo del contrato administrativo, para ser sustituido por otros criterios que desnaturalizan la esencia misma del contrato. En rigor, no encontramos ninguna razón jurídica de peso que justifique esta prohibición.

Destacamos, que si bien en un contexto semántico nos referimos a “límites del *Ius Variandi*”, a la luz de la LCCP y gran parte de la doctrina española sobre el tema, el término alude al establecimiento de una serie de garantías a favor de la transparencia del proceso y del contratista mismo, indicándole el nivel máximo de actuación, que en el marco de la LCCP, está obligado a soportar de la entidad contratante. De hecho, la LCCP no exige la resolución del contrato en caso de inobservancia de los supuestos “límites”. Sin embargo, nada impide que el contratista sea quien exija la resolución, en cuyo caso, la legislación le favorece.

Del artículo 32 de la LCCP se desprende el principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato en las condiciones originalmente pactadas. Sin embargo, no considerar de ningún modo el lucro cesante, resulta incompatible con principios esenciales del derecho administrativo e incongruente en un sentido de justicia.

Finalmente, vemos con extrema preocupación la ausencia de un procedimiento real a través del cual la Administración ejerza la potestad modificatoria. Esto se traduce en un desbordamiento de la facultad discrecional de la Administración, que puede revestir, inclusive, supuestos de arbitrariedades y corrupción. A su vez, controlar la aplicación de los principios rectores del Derecho Administrativo, en especial la interdicción de la arbitrariedad, se torna más difícil debido a la carencia regulatoria evidenciada en la ausencia de disposiciones procedimentales concretas como control del ejercicio del *Ius Variandi*. Supuestos como no reconocer expresamente al contratista y a los demás oferentes, el derecho de ser escuchados como condición previa a la modificación del contrato; la inexistencia de informes adecuadamente estructurados; e incluso la no intervención de órganos externos a la entidad contratante, servirían de presupuesto a la arbitrariedad misma.

6. Recomendaciones

En definitiva, urge una modificación integral a la regulación del *Ius Variandi* en la República Dominicana. A continuación, presentamos algunas recomendaciones puntuales.

- A nivel estructural, proponemos la creación de una comisión conformada por legisladores, juristas, la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP), como órgano rector del sistema, incluyendo entidades de la sociedad civil-como el caso de participación ciudadana-con el objetivo de aclarar de manera conjunta y en una perspectiva integral-los inconvenientes que en la práctica se derivan de la regulación actual del *Ius Variandi* y favorecer la elaboración de un proyecto de ley que modifique en este aspecto, la LCCP.
- En este proceso de revisión legislativa, entendemos conveniente incluir en la LCCP que como parte de los requisitos del pliego de condiciones, se regule el ejercicio de la potestad de modificación del contrato, y en términos similares al caso español, se especifiquen las causas en las cuales se puede modificar el contrato en ausencia de la regulación propia del pliego de condiciones. En este lineamiento y acogiendo favorablemente la legislación española, la causa central que justifica la modificación gravitaría en torno a la inadecuación de la obra, bien o servicio a las demandas del interés público, en cuyo escenario carecería de causa real.
- Sugerimos la eliminación del artículo 31, numeral 3, de la LCCP, cuyo texto dispone lo siguiente: “En la contratación de bienes, no habrá modificación alguna de las cantidades previstas en los pliegos de condiciones.”
- Recomendamos la eliminación inmediata de la cláusula que alude a la modificación por mutuo acuerdo del contrato administrativo, presente en los documentos estándar elaborados por el DGCP.
- En este contexto, proponemos la inclusión expresa en la LCCP del privilegio de decisión ejecutoria como forma de actuación de la Administración, con el propósito de que la

decisión unilateral tomada por la entidad contratante respecto de la modificación del contrato, se imponga concretamente al contratista, sin desmedro del uso de vías recursivas en su favor para impugnar la decisión.

- Advertimos la necesidad de establecer un procedimiento específico y previo a la modificación del contrato administrativo, con toda la rigurosidad que se deriva de los principios rectores de la contratación administrativa. De este modo, recomendamos que se establezcan expresamente en la LCCP, como mínimo, las siguientes garantías: 1) derecho de audiencia previa al contratista y los demás oferentes que no resultaron adjudicatarios; 2) informe pormenorizado del órgano jerárquicamente superior a la entidad contratante y/o la DGCP.

7. Referencias bibliográficas

- Blanquer Criado, D. (2010). Pacta Sunt Servanda. En Santamaría Pastor, J.A. (Ed), *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, Tomo I, (pp. 111-140). Madrid: La Ley, Grupo Wolters Kluwer.
- De Urbano Castrillo, E. (2010). El Principio de Equidad. En Santamaría Pastos, J. *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*, Tomo I, (pp. 249-271). Madrid: La Ley, Grupo Wolters Kluwer
- Bacigalupo Saggese, M. (2009). Las potestades administrativas. En Cano Campos, T. (Ed), *La Actividad de las Administraciones Públicas*, Tomo III, Volumen I (pp.14-36). Madrid: Iustel.
- Grupo Gestión Moderna (2009). *Observatorio a las Contrataciones Públicas en la República Dominicana*. Consultado en fecha 15 de diciembre del 2012. Disponible en: http://www.pciudadana.org/documentos/publicaciones/13/58_Observatori_a_las_Contrataciones_Publicas.PDF
- Mabel Ivanega, Miriam. *Elementos de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2008.
- García de Enterría, E y Fernández, T. (2008). Curso de Derecho Administrativo, Tomo I. España: Thomson Civitas.
- Moreno Molina, J.A. y Pleite Guadamillas, F. (2008). *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Madrid: La Ley, grupo Wolters Kluwer.
- Sánchez Morón, Miguel. (2007). *Derecho Administrativo, Parte General*. Madrid: Tecnos.
- De Rojas Martínez-Parets, F. (2007). Los Actos Administrativos. A) Producción, contenido, motivación y forma. En Garberí Llobregat, J (Ed), *El Procedimiento Administrativo Común (comentarios, jurisprudencia, formularios)*. Tomo I. (pp.154-200). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gallego Córcoles, I. (2006). Instrucción del procedimiento administrativo común. En Garberí Llobregat, J (Ed), *El Procedimiento Administrativo Común (comentarios, jurisprudencia, formularios)*. Tomo II (pp.1303-1399).
- Gallego Córcoles, I. (2006). *Ejercicio del Ius Variandi (I)*. Contratación administrativa práctica: revista de contratación administrativa y de los contratistas. No. 55, 2006 (p. 48-55).
- Gallego Córcoles, I. (2006). *Ejercicio del Ius Variandi (y II)*. Contratación administrativa práctica: revista de contratación administrativa y de los contratistas. No. 56, 2006 (p.53-59).

Blanquer, D. (2006). Curso de Derecho Administrativo. El fin y los medios. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch.

Martín Rebollo, L. (2004). Modificación de los contratos y consecuencias patrimoniales de las modificaciones irregulares (con especial referencia al contrato de obras). En Gómez Ferrer Morant, R. (Ed). *Comentario de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid: Civitas Ediciones.

Meilán Gil, J.L. (2004). *Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidades da Coruña (pp.505-518).

Gómez de Mercado, F. (2004). *Manual de contratación y responsabilidad de la Administración*. Granada: Comares.

Raquel Martínez, P. (2002). Prerrogativa de modificación unilateral del contrato administrativo. En Farrando, I. *Contratos Administrativos* (pp. 474-495). Lexis Nexis.

Fernández, T. R. (1999). *De La arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas.

Parada, R. (1998). *Derecho Administrativo, Parte General*, Tomo I. Madrid: Marcial Pons.

Ávila Orive, J.L. (1995). *Principios generales de los contratos administrativos: La Ley 13/1995, de 18 de mayo*. Conferencia desarrollada en las jornadas sobre la citada Ley, organizadas por el Colegio de Secretarios, Tesoreros e Interventores de la Administración Local de Bizkaia. Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto, Vol. 43, No. 2 (pp. 53-70).

El Principio de Igualdad en la Licitación Pública y la Potestad Modificatoria en los Contratos Administrativos. Consultado en línea el 15 de diciembre del 2012. Disponible en: http://www.despachogambier.com/despacho/images/pdf/licitacion_publica.pdf

Ley de Aprovisionamiento del Gobierno No. 295, de fecha 30 de junio de 1966.

Ley No. 1494, que instituye la jurisdicción contencioso-administrativa, publicada el 2 de agosto de 1947. Gaceta Oficial No. 6673.

Ley No. 340-06 de compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones, de fecha 24 de julio del 2006, con modificaciones introducidas por Ley No. 449-06, de fecha 6 de diciembre del año 2006.

Decreto No. 490-07, de fecha 30 de agosto del 2007, que instituye el Reglamento de Aplicación de la Ley No. 340-06 de compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones, de fecha 24 de julio del 2006, modificada (derogado).

Decreto No. 543-12, de fecha 6 de septiembre del 2008, que instituye el Reglamento de Aplicación de la Ley No. 340-06 de compras y contrataciones de bienes, servicios, obras y concesiones, de fecha 24 de julio del 2006, modificada.

Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, del 14 de noviembre. España.

Ley Orgánica de Presupuesto del Sector Público No. 423-06, promulgada el 17 de noviembre del 2006.

Proyecto de Ley de Derechos de las Personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo. (2012). Disponible en:
<http://www.senado.gov.do/wfilemaster/documentoasociado.aspx?bd=28&item=17819&codigoleccion=53&codigoexpediente=20935>