

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno

TITULO: El Principio de Equilibrio Económico Financiero del Contrato en la Ley de Contrataciones del Estado

Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en [Derecho Público y Buen Gobierno

Autor: Luis Fernando Villavicencio Benites

Asesor: Alberto Castro Barriga

Código de alumno: 20090280

2018

RESUMEN

Las Compras Públicas abarcan un alto número de transacciones y representan una porción sustancial del producto bruto interno en la mayoría de los países del mundo. Según la Organización Mundial del Comercio (OMC) las compras estatales representan entre el 10% y 15% del producto interno bruto mundial. Es debido a ello que el desempeño correcto del Sistema de Compras Públicas es clave para cualquier economía y su desarrollo.

Dada su relevancia social y económica, las políticas de compras públicas no son simplemente una cuestión técnica. Su diseño implica un importante desafío para la intervención estatal, no sólo porque define a la eficiencia con la que el Estado cumple sus tareas, sino también porque desempeña un rol clave en el fomento del desarrollo económico. En esta línea, las políticas de gasto pueden influir de manera sustancial en la adopción de un sendero de desarrollo sostenible, fomentando la producción y comercialización de bienes y servicios más adecuados en términos sociales y ambientales.

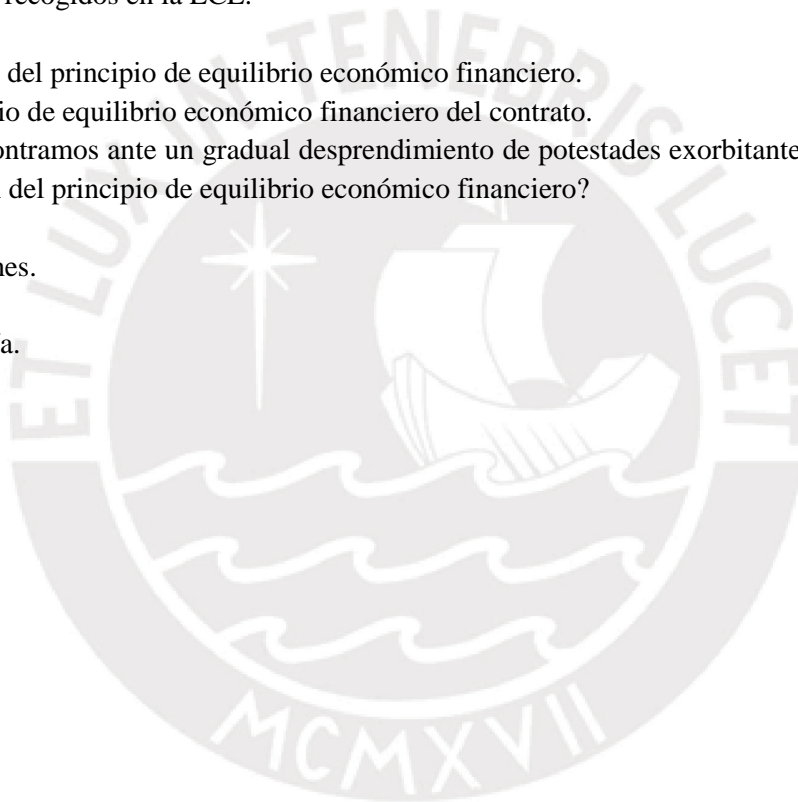
En tal sentido, es de suma importancia que todo ordenamiento jurídico cuente con un marco regulatorio que permita garantizar, a los futuros proveedores del Estado, el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas por este. No obstante ello, en el transcurso de la presente investigación, observaremos que la Administración Pública detenta determinadas potestades exorbitantes, las cuales han fungido como elemento diferenciador de las contrataciones se realizan entre agentes privados. Resulta claro que, para que el Estado pueda asegurar el cumplimiento de sus fines y garantizar el eficiente manejo de su presupuesto, requiere de facultades que lo posicionen en una situación de preeminencia frente al administrado, dicha situación, evidentemente, encuentra su justificación en el interés público.

Sin embargo, actualmente muchas de estas potestades exorbitantes reconocidas al Estado, han ido menguando en cuanto a la intensidad de sus contenidos y su aplicación, dado que la tendencia contemporánea de la Administración Pública es la de garantizar un terreno firme para el inversionista, en el que además, se espera que el riesgo sea el mínimo posible. Para poder cubrir dicha necesidad y a su vez llamar la atención de futuros inversionistas, se ha incluido en el marco de nuestros regímenes de contratación pública, el principio de equilibrio económico financiero, conforme al cual, la expectativa de utilidad del contratista no puede sufrir un menoscabo por razones sobrevinientes o imprevisibles que no le sean imputables, en cuyo caso la Entidad deberá restablecer el beneficio económico previsto.

Como referente para el análisis del precitado principio, se analizaron Opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del Organismo de Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE) publicadas en el período de los años 2005 al 2017, en donde se observó cómo la inclusión del principio de equilibrio económico financiero del contrato ha supuesto la atenuación de las potestades exorbitantes reconocidas a la Administración Pública. De igual modo, se examinaron laudos emitidos por Tribunales Arbitrales en los años 2005, 2013 y 2014, en los que apreciaremos cómo la aplicación del principio bajo estudio, incidió en el fallo final que resuelve la controversia.

ÍNDICE:

1. Introducción.
2. Generalidades de los Contratos Públicos.
 - 2.1. Concepciones y características de la contratación pública.
 - 2.2. Potestades exorbitantes en los contratos administrativos.
3. Principales regímenes de contratación en el Perú.
 - 3.1. La Ley de Contrataciones del Estado.
 - 3.2. Potestades exorbitantes en la LCE.
 - 3.3. Principios recogidos en la LCE.
4. Aplicación del principio de equilibrio económico financiero.
 - 4.1. El principio de equilibrio económico financiero del contrato.
 - 4.2. ¿Nos encontramos ante un gradual desprendimiento de potestades exorbitantes del Estado, por la aplicación del principio de equilibrio económico financiero?
5. Conclusiones.
6. Bibliografía.



1. Introducción:

Las Compras Públicas abarcan un alto número de transacciones y representan una porción sustancial del producto bruto interno en la mayoría de los países del mundo. Según la Organización Mundial del Comercio (OMC) las compras estatales representan entre el 10% y 15% del producto interno bruto mundial. Es debido a ello que el desempeño correcto del Sistema de Compras Públicas es clave para cualquier economía y su desarrollo¹.

Dada su relevancia social y económica, las políticas de compras públicas no son simplemente una cuestión técnica. Su diseño implica un importante desafío para la intervención estatal, no sólo porque define a la eficiencia con la que el Estado cumple sus tareas, sino también porque desempeña un rol clave en el fomento del desarrollo económico. En esta línea, las políticas de gasto pueden influir de manera sustancial en la adopción de un sendero de desarrollo sostenible, fomentando la producción y comercialización de bienes y servicios más adecuados en términos sociales y ambientales².

En tal sentido, es de suma relevancia que todo ordenamiento jurídico cuente con un marco regulatorio que permita garantizar, a los futuros proveedores del Estado, el fiel cumplimiento de las obligaciones contraídas por este. No obstante ello, en el transcurso de la presente investigación, observaremos que la Administración Pública detenta determinadas potestades exorbitantes, las cuales han fungido como elemento diferenciador de las contrataciones se realizan entre agentes privados. Resulta claro que, para que el Estado pueda asegurar el cumplimiento de sus fines y garantizar el eficiente manejo de su presupuesto, requiere de facultades que lo posicionen en una situación de preeminencia frente al administrado, dicha situación, evidentemente, encuentra su justificación en el interés público.

Sin embargo, actualmente muchas de estas potestades exorbitantes reconocidas al Estado, han ido menguando en cuanto a la intensidad de sus contenidos y su aplicación, dado que la tendencia contemporánea de la Administración Pública es la de garantizar un terreno firme para el inversionista, en el que además, se espera que el riesgo sea el mínimo posible. Para poder cubrir dicha necesidad y a su vez llamar la atención de futuros inversionistas, se ha incluido en el marco de nuestros regímenes de contratación pública, el principio de equilibrio económico financiero, conforme al cual, la expectativa de utilidad del contratista no puede sufrir un menoscabo por razones sobrevinientes o imprevisibles que no le sean imputables, en cuyo caso la Entidad deberá restablecer el beneficio económico previsto³.

Como referente para el análisis del precitado principio, analizaremos Opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del Organismo de Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE) publicadas en el período de los años 2005 al 2017, en donde observaremos cómo la inclusión del principio de equilibrio económico financiero del contrato ha supuesto la atenuación de las potestades exorbitantes reconocidas a la Administración Pública. De igual modo, examinaremos laudos emitidos por Tribunales

¹ BEZCHINSKY, Gabriel y LÓPEZ, Mariana. “Compras públicas sustentables en América Latina y el Caribe”. Programa ICT4GP. Red Interamericana de Compras Gubernamentales, IDRC – USAM, 2012.

² Ídem.

³ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge y Álvaro LOREDO ROMERO. “El equilibrio económico financiero en los contratos que se suscriben con el Estado, con especial referencia a los contratos de concesión para la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura pública”. En: Ius Et Veritas N° 33, Lima. 2006, pág. 32-54.

Arbitrales en los años 2005, 2013 y 2014, en los que apreciaremos cómo la aplicación del principio bajo estudio, incidió en el fallo final que resuelve la controversia.

Sin perjuicio de ello, previamente realizaremos un resumido marco teórico acerca de las teorías de la contratación pública; asimismo, detallaremos brevemente la evolución de la Ley de Contrataciones del Estado en nuestro ordenamiento y sus más resaltantes aspectos. Veamos.

2. Generalidades de los Contratos Públicos:

En la teoría contractual es manifiestamente sabido que el Estado es el mejor comprador con el que un agente económico puede vincularse, toda vez que, las ganancias a obtenerse siempre tienden a ser elevadas; y, a que la Administración Pública, en la mayoría de los casos, goza de liquidez inmediata al momento de asumir obligaciones frente a terceros. No obstante ello, la finalidad esencial de la contratación pública no radica en el mero aspecto lucrativo en favor de los contratistas que se vinculen con el Estado, muy por el contrario, su propósito principal consiste en la concretización de los deberes primordiales de la Administración Pública, esto es, el garantizar y promover el bienestar general y el interés público.

Para la consecución de tales fines el Estado requiere adquirir diversos bienes y servicios de distintos proveedores, privados o públicos, utilizando fondos y recursos públicos⁴. Dicha actividad se somete a un régimen particular, es decir, a una serie de reglas y disposiciones que lo dotan de orden y control. Las bases de este régimen de contratación pública han sido recogidas en el artículo 76° de la Constitución Política del Perú, cuyo texto señala:

“Artículo 76.-

Las obras y adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.”

Conforme se aprecia de la glosada norma, la Constitución ha establecido que la provisión de bienes y servicios con cargo a fondos públicos, debe efectuarse obligatoriamente por procedimientos de contratación pública: licitación o contratación pública. Asimismo, establece una reserva legal respecto de la aprobación del procedimiento, excepciones y responsabilidades, lo que supone que únicamente vía norma de rango legal se regulará la contratación de obras o servicios y la adquisición o enajenación de bienes con fondos públicos.

⁴ KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. “Derecho Constitucional Económico”. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2009, pág. 724.

En esta línea de interpretación el Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída en el Expediente N°020-2003-AI/TC⁵, se ha pronunciado sobre el contenido del artículo 76° de la Carta Magna, conforme se aprecia en el fundamento jurídico cuyo tenor se cita a continuación:

“17. Es evidente entonces que en la disposición sub-análisis existe una reserva de ley para determinar los procedimientos, las excepciones y responsabilidades en las obras, adquisición de bienes y contratación de servicios. Ese es el caso de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que constituye una norma de desarrollo constitucional, y en la que se establecen los casos en los cuales el Estado está exceptuado de efectuar adquisiciones bajo los procesos de selección en ella señalados (artículo 19° y 20° de la Ley), así como las responsabilidades solidarias para el caso de los miembros del comité especial encargado de llevar a cabo el proceso de selección.”

Conforme a lo declarado por el Tribunal Constitucional, las adquisiciones de bienes y servicios con fondos públicos deberán establecerse mediante una norma de rango legal, por lo que de acuerdo al marco jurídico vigente, es la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE), la que desarrolla dicho precepto legal y contiene el procedimiento general de contratación pública que las entidades de la Administración Pública deben observar para adquirir bienes y servicios, así como las excepciones y responsabilidades correspondientes.

Otro de los aspectos que son parte del pronunciamiento del Tribunal Constitucional y que tienen relevancia para los fines de la presente investigación, es que la LCE no es el único dispositivo legal que puede regular las adquisiciones de bienes y servicios del Estado y sus excepciones, sino que también pueden existir otros regímenes especiales que, dadas sus particularidades, requieren de otros procedimientos (también especiales) que deberán regularse por una norma de rango de ley.

Podemos apreciar que nuestro ordenamiento jurídico, tanto normativa como jurisprudencialmente, no es ajeno a la necesidad de regular la contratación pública. En tal sentido, en los párrafos subsiguientes nos detendremos a desarrollar, de modo general, las particularidades de los contratos que celebra la Administración Pública.

2.1. Concepciones y características de la contratación pública:

El régimen de contratación aplicable a las adquisiciones de bienes o servicios que son realizadas con fondos públicos, y al que se refiere expresamente la Constitución Política del Perú, presenta diferencias notables respecto de la contratación realizada entre privados. Dicha distinción encuentra sustento, principalmente, en la naturaleza de los fondos en virtud de los cuales se adquieren los bienes y servicios.

En el régimen privado de contratación, las partes del contrato son particulares, quienes ejerciendo su autonomía privada, deciden reglamentar sus intereses y que éstos produzcan efectos jurídicos⁶; es decir, la finalidad del contrato privado la determinan las partes en función a sus propios intereses y con las reglas que éstos convengan.

⁵ Tribunal Constitucional. Expediente N°020-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 17.

⁶ NAVARRETTA, Emanuela, “Hechos y actos jurídicos”. En: Revista Jurídica del Perú. Traducción de Rómulo Morales, N° 91, Gaceta Jurídica, Lima, pág. 299.

Por su parte, en el caso de la contratación pública, presenta como particularidad y característica que una de las partes que conforma dicha relación sea una entidad de la Administración Pública que, en ejercicio de la función pública, contrata con un privado para la consecución de un fin público.

De acuerdo con esto último, resulta entonces claro que las bases del régimen de contratación pública para las adquisiciones de bienes con cargo a fondos públicos establecidas en la Constitución, se fundamentan en el interés público que tutela el Estado y el cual determina las finalidades para las cuales se emplean los recursos públicos.

En ese sentido, la doctrina ha señalado que si bien uno de los aspectos que diferencia el contrato privado del público, es que en el último caso, una de las partes es la Administración Pública, no basta dicho elemento para determinar la existencia de un contrato público, sino que será necesario determinar el interés que persiguen las partes⁷. En el caso del contrato público las partes tutelan un interés público que se superpone a la voluntad de las partes, para la consecución de una finalidad pública que se determinará en cada caso específico, así por ejemplo, la demanda de servicios públicos se superpondrá a los intereses del concesionario y dotará a la Administración de ciertas prerrogativas en beneficio del interés general⁸.

Con relación a lo señalado, es preciso mencionar que mientras en el caso de los contratos privados, para adquirir bienes o servicios los recursos provienen del patrimonio del adquirente, en el caso del Estado, los recursos provienen de fondos públicos, cuya utilización se rige por el presupuesto asignado a cada entidad pública mediante la Ley de Presupuesto, por lo que el empleo de los recursos no puede ser el que indistintamente convenga una entidad de la Administración, sino que debe cumplir lo que estipula la referida norma y el Plan Anual de Contrataciones (PAC) de la entidad, como bien lo ha dispuesto la Constitución en el artículo 77⁹ y el artículo 15^o de la LCE¹⁰, respectivamente.

⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. “El Contrato Administrativo”. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, pág. 23.

⁸ Ídem, pág. 25.

⁹ Artículo 77^o.- La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: gobierno central e instancias descentralizadas.

El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. Corresponden a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona en calidad de canon

¹⁰ Artículo 15^o.- Plan Anual de Contrataciones

15.1 Formulación del Plan Anual de Contrataciones: A partir del primer semestre, y teniendo en cuenta la etapa de formulación y programación presupuestaria correspondiente al siguiente año fiscal, cada Entidad debe programar en el Cuadro de Necesidades los requerimientos de bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y actividades para dicho año, los que deben encontrarse vinculados al Plan Operativo Institucional, con la finalidad de elaborar el Plan Anual de Contrataciones. Dichos requerimientos deben estar acompañados de sus respectivas especificaciones técnicas y/o términos de referencia, los cuales pueden ser mejorados, actualizados y/o perfeccionados antes de la convocatoria.

15.2 Contenido del Plan Anual de Contrataciones: El Plan Anual de Contrataciones que se apruebe debe prever las contrataciones de bienes, servicios y obras cubiertas con el Presupuesto Institucional de Apertura y el valor referencial de dichas contrataciones, con independencia de que se sujeten al ámbito de aplicación de la presente Ley o no, y de la fuente de financiamiento.

Ahora bien, demarcadas las distinciones entre la contratación privada y la pública, corresponde precisar que los contratos administrativos también pueden diferenciarse en dos categorías: contratos administrativos y contratos privados de la administración pública. La diferencia radicaría en que en los primeros sería aplicable un régimen de Derecho Administrativo a la relación contractual, mientras que en los segundos se regularía por normas propias del Derecho Privado¹¹; sin embargo, tal diferenciación no es pacífica.

Dicho esto, cobra especial relevancia la distinción entre la teoría unitaria o monista y la teoría dualista o clásica, sobre la contratación pública. De acuerdo a la primera, los contratos que suscribe el Estado son de categoría única, diferenciados entre sí por la modulación o regulación de derecho público que poseen. Esta tesis monista reconoce que en algunos casos la modulación puede ser más intensa que en otros. En cambio, en la tesis dualista, se admite la existencia de contratos administrativos y de contratos privados de la Administración Pública, siendo que en el caso de los primeros se le reconoce al Estado determinadas potestades exorbitantes, propias de las facultades de *ius variandi* y que no podrían ser estipuladas en una relación contractual entre privados, como es el caso de la modificación unilateral del contrato, por citar un ejemplo¹².

Podemos señalar, entonces, que los contratos administrativos son aquellos que tienen por objeto actividades vinculadas al giro o funciones determinadas de la Administración contratante, toda vez que mediante su suscripción se satisface de forma directa e inmediata una finalidad pública de su específica competencia, a ello habría que aunarle el reconocimiento de potestades exorbitantes. Por su parte, los contratos privados de la Administración, corresponden a todos los demás contratos que celebre la Administración Pública y que posean una escasa o nula regulación de derecho público¹³.

Un claro ejemplo de esto último es el que se regula en el literal a) del artículo 05° de la LCE, disposición que establece que están excluidos del ámbito de aplicación de la norma pero sujetos a supervisión del OSCE, las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. En este tipo de contratación las relaciones existentes entre el Estado y el contratista, no podrán ser reguladas por las disposiciones y procedimientos establecidos en la LCE, dado que la Administración Pública se despoja de sus atribuciones exorbitantes y asume el comportamiento de un agente privado.

Otro ejemplo de un contrato privado de la administración es el caso del contrato de compra venta de bienes de dominio privado o patrimoniales de la Administración Pública¹⁴, relación jurídica que se regula por la Ley N° 29151, Ley General de Bienes Estatales, la cual dispone en su artículo 07° que dicha transacción se realizará por medio de una subasta pública, sin requerirse alguna formalidad adicional,

¹¹ BACA ONETO, Víctor. “La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración en el derecho Peruano: notas para una polémica”. En: El Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano. Lima: Grijley, 2008, pág. 668.

¹² Ídem pág. 673.

¹³ Ídem, pág. 669.

¹⁴ El Reglamento de la Ley General de Bienes (Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA), en su artículo 02°, define como bienes de dominio privado o patrimoniales de la Administración Pública a aquellos bienes estatales que siendo de propiedad del Estado o de alguna entidad, no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público, y respecto de los cuales sus titulares ejercen el derecho de propiedad con todos sus atributos.

como las que son exigidas en los procedimientos de selección de la LCE, siendo el Código Civil la norma a aplicarse de originarse cualquier tipo de controversia o contingencia.

Podemos concluir que, un contrato será administrativo, en la medida que esté especialmente vinculado con el interés general, interés que además constituye un motivo causalizado que influye no solo en el acto administrativo de adjudicación, sino también sobre el contenido de la relación jurídica que dará origen al vínculo contractual; asimismo, en dichos contratos, el Estado se encuentra en la capacidad de ejercer determinadas facultades que desbordan y desnaturalizan las relaciones bilaterales y sinalagmáticas propias de los contratos privados, siendo tales atribuciones manifestaciones del *ius variandi* y las potestades exorbitantes reconocidas a la Administración Pública¹⁵.

Llegados a este punto, el lector podrá advertir que para entender el concepto de contratos administrativos es necesario comprender el alcance de las potestades exorbitantes que ostenta el Estado. En tal sentido, será nuestra labor en el siguiente apartado, detallar algunas de las más resaltantes de estas facultades.

2.2. Potestades exorbitantes en los contratos administrativos:

Las potestades exorbitantes del Estado, propias de las facultades de *ius variandi*, no solo cumplen una función teórica de diferenciar los contratos administrativos de los contratos privados de la Administración Pública, sino además, son clara muestra del régimen particular que envuelve a la contratación pública, esto es, se trata de las reglas y disposiciones que dotan de orden y control a los contratos administrativos que celebra el Estado con la finalidad de velar por el interés público.

Así, de acuerdo con Ariño Ortiz: *“el régimen jurídico de los contratos administrativos, hecho de privilegios y de sujeciones, y derivadas del régimen jurídico aplicable al Estado, introducen en el contrato tales distorsiones, que se hace imposible mantener la figura dentro de las reglas y el molde con que fue diseñada por el derecho privado”*¹⁶.

De igual modo, De la Puente y Lavalle¹⁷ menciona que: *“El contrato es administrativo por razón de su objeto cuando, tratándose de una prestación a cargo del contratante dicha prestación se relaciona inmediatamente, con alguna de las funciones esenciales o específicas del Estado, con los “fines públicos” propios de éste, y cuando, tratándose de una prestación a cargo de la Administración Pública, dicha prestación se refiera a un objeto que, dentro de los jurídicamente posibles como acto contractual, excluya la posibilidad de ser materia de un contrato entre particulares (...) la cláusula exorbitante corresponde frecuentemente a la de una prerrogativa exorbitante o una prerrogativa de poder público. De allí, entonces, que la cláusula exorbitante sería la que comporta la puesta en acción de una de esas prerrogativas, en particular aquella que en las relaciones de la Administración con el co-contratante confía a la primera poderes exorbitantes con respecto al segundo.”*

¹⁵ DE SOLAS RAFECAS, José María. “Contratos administrativos y contratos privados de la Administración”. Madrid: Tecnos, 1990, págs. 24-33.

¹⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Contrato y Poder Público. La figura del contrato administrativo en el Derecho español y europeo”. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, págs. 879-891.

¹⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Cláusulas Exorbitantes”. En: Themis N° 39, Lima, 1999, págs. 07-11.

Por su parte, Sánchez Morón¹⁸ señala que: “en los contratos administrativos, la Administración como parte de los mismos, tiene la potestad de ejercer prerrogativas especiales frente al contratista, las que no poseería en el contexto de un contrato de derecho privado. Dichas potestades, que se han visto disminuidas paulatinamente, tienen por finalidad permitir que la Administración Pública pueda salvaguardar el interés público con la mayor eficiencia posible.”

Cabe resaltar que el precitado autor, enumera algunas de las más resaltantes prerrogativas exorbitantes de la Administración Pública, entre las que se encuentran:

- a) La potestad de modificar unilateralmente las prestaciones del contrato: Prerrogativa ejercida en base a las facultades de *ius variandi* que ostenta el Estado; sin embargo, debe señalarse que esta potestad tiene límites derivados de criterios de razonabilidad, ya que de otro modo no existirían incentivos suficientes para que los particulares contraten con el Estado.
- b) La posibilidad de emitir decisiones unilaterales y ejecutivas, materializadas en actos administrativos, cuyo contenido puede dirigirse a lo siguiente: (i) realizar una interpretación del contrato; (ii) sancionar el incumplimiento del contratista mediante la aplicación directa de penalidades establecidas en el ordenamiento; (iii) realizar la cancelación del procedimiento de selección antes de la suscripción del contrato; (iv) anular actos administrativos dictados durante el procedimiento de selección en aplicación del principio de legalidad; y, (v) la potestad de resolver unilateralmente el contrato si se produce alguna de las causales establecidas en la Ley.
- c) Potestad de dirección y control de las obligaciones de los contratistas en cumplimiento de sus prestaciones, en la medida que se pretende tutelar un interés general o público.
- d) Inaplicación de la excepción al incumplimiento en los contratos administrativos y por el cual el contratista debe asumir la mora de la Administración hasta límites razonables, debiendo continuar con las prestaciones a su cargo.

Señaladas de modo general algunas de las más sustanciales potestades exorbitantes del Estado, en los siguientes apartados realizaremos una breve descripción de los principales regímenes de contratación en el Perú, con especial énfasis en la LCE, norma que comentaremos a partir de sus orígenes y principales cambios. Posteriormente, detallaremos las facultades exorbitantes más resaltantes que se han recogido en la referida norma, así como también desarrollaremos otros aspectos esenciales de esta, tales como los principios que congrega, labor que nos catapultará directamente al punto central de la presente investigación, la aplicación del principio económico financiero del contrato. Veamos.

3. Principales regímenes de contratación en el Perú:

Podemos comenzar afirmando que, a diferencia de Colombia y de los ordenamientos legales de otros países como España, entre otros, en el Perú no existe un régimen legal que abarque o intente comprender toda la contratación administrativa que realiza el Estado. La Ley de Contrataciones del Estado ha

¹⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Capítulo XIV: Los Contratos del Sector Público”. En: Derecho Administrativo Parte General. Décimo Tercera Edición. Madrid: Tecnos. 2017, págs. 640-643.

constituido un indudable avance dado que proporciona una regulación unitaria, pero solo de una parcela, por cierto que muy importante, de la contratación administrativa, que involucra los contratos de adquisición de bienes y servicios, suministro y de obra, pero que no regula la totalidad del universo contractual del Estado¹⁹.

Así, de acuerdo a la oficina de Unidad de Prensa e Imagen Institucional del OSCE²⁰, en nuestro país coexisten quince regímenes especiales, junto con los procedimientos de selección que están estipulados en la Ley de Contrataciones del Estado y que son supervisados por la precitada Entidad, tal como lo establece la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado (LCE) modificada por el Decreto Legislativo N° 1341.

Sobre el particular, cabe señalar que el OSCE no tiene injerencia en los regímenes especiales, entre los que figuran las Concesiones y Asociaciones Público Privadas, cuya base legal es el Decreto Legislativo N° 1224 cuyo objeto es establecer los procesos y modalidades de promoción de la inversión privada para el desarrollo de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a estos, proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica y la ejecución de proyectos en activo. Asimismo, no podemos dejar de mencionar los contratos de concesión que se suscriben en materia de Telecomunicaciones, Energía o en la explotación de recursos naturales al amparo del artículo 66° de la Constitución Política de 1993, los cuales se regirán por las normas especializadas del sector que corresponda.

Tampoco ostenta potestades para supervisar las contrataciones que se realizan mediante Decretos de Urgencia como es el caso del D.U. N° 032-2009, vigente hasta hoy, que establece un procedimiento especial para la ejecución de obras, únicamente a través de un concurso oferta a precios unitarios. Dentro de esta figura legal se contrató la Línea 02 del Metro.

Por su parte, la Ley N° 29523 sobre Cajas Municipales, prevé que cada caja de ahorro y crédito aprobará su reglamento de contrataciones, sólo con opinión favorable del OSCE sobre aspectos generales.

Otro régimen no supervisado es el de Qali Warma, fijado por la Ley de Presupuesto del 2013, como un “proceso de compra” con plazos más cortos y que no admite observaciones ni apelaciones.

En el caso de PETRO PERÚ, sus contrataciones se efectúan a través de dos modalidades (competencia mayor y competencia menor), cuya elección está en función al monto que se pretenda contratar.

Por otro lado, muy particular es el caso de los Contratos Ley, figura mediante la cual, de acuerdo al artículo 62° de nuestra Constitución Política, el Estado otorga a los contratistas e inversionistas privados, determinadas seguridades y garantías que implican el reconocimiento de un tratamiento particular, consistente en inalterabilidad del régimen jurídico vigente al momento de la suscripción del contrato.

¹⁹ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El régimen de los contratos estatales en el Perú”. En: Derecho Administrativo Contemporáneo, Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo, Palestra Editores, Lima, 2007, págs. 63-106.

²⁰ ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO. Oficina de Unidad de Prensa e Imagen Institucional, Nota de Prensa N° 007 – 2017, Lima, enero del 2017.

Diferente también es el régimen de Obras por Impuestos, modalidad regulada por la Ley N° 29230, y que consiste en permitir que una empresa privada, en forma individual o en consorcio, financie y ejecute proyectos priorizados por los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, Mancomunidades Regionales, Mancomunidades Municipales, Universidades Públicas o Entidades del Gobierno Nacional, para luego recuperar la inversión total realizada a través de un certificado para el pago de su impuesto a la renta.

De otra parte, la propia LCE, en los artículos 04° y 05°, regula supuestos excluidos de su ámbito de aplicación y supuestos excluidos de su ámbito de aplicación, pero sujetos a supervisión del OSCE, respectivamente. Un característico ejemplo del primer caso es la contratación de los servicios brindados por instituciones arbitrales para la etapa de solución de controversias; asimismo, en el caso del artículo 05°, tenemos a las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción..

Si bien los regímenes de contratación pública en nuestro país son copiosos y variopintos, no podemos perder de vista que la LCE ha constituido un indudable avance en la materia, toda vez que proporciona una regulación unitaria a los contratos que realiza el Estado, no obstante sus supuestos de exclusión y la existencia de otros sistemas de contratación. Dada su importancia, urge reseñar brevemente la evolución de la norma y su repercusión en nuestro ordenamiento.

3.1. La Ley de Contrataciones del Estado:

Como antecedente inmediato nos ubicaremos el 27 de julio de 1997, fecha en el que se promulgo la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma que tuvo como principal característica el poder unificar en un solo cuerpo normativo todos los procesos de adquisiciones de bienes, servicios y obras de las diversas Entidades Públicas, incluyendo incluso a las empresas del Estado. Posteriormente, por medio del artículo 05° de Ley N° 28267, se efectuaron modificaciones a la Ley N° 26850, disponiéndose que el Poder Ejecutivo aprobase, mediante Decreto Supremo, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, promulgándose de esta forma el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, vigentes desde el 29 de diciembre del 2004.

Posteriormente, con la finalidad de modernizar la contratación pública, se promulgaron el Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, creándose de este modo el OSCE. Tales normas tendrían vigencia desde el 31 de enero del 2009, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto de Urgencia N° 014-2009. Cabe señalar que las modificaciones más relevantes de las aludidas normas fueron realizadas mediante Ley N° 29873 y Decreto Supremo N° 138-2012-EF, respectivamente, vigentes desde el 20 de setiembre del 2012.

Actualmente tenemos que, con fecha 09 de enero del 2016, entró en vigencia la Ley de Contrataciones del Estado – Ley N° 30225 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, siendo ambas normas modificadas mediante el Decreto Legislativo N° 1341 y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, respectivamente y con vigencia desde el 03 de abril del 2017. De este modo, se dejó sin efecto Decreto Legislativo N° 1017 y el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, con sus respectivas modificaciones.

El núcleo de partida de estas modificaciones, de acuerdo con la exposición de motivos de la Ley N° 30225, consistía esencialmente en la comparación de los objetivos de las normas. Así, si bien el Decreto Legislativo N° 1017 tenía como finalidad el maximizar el dinero del contribuyente logrando que las contrataciones realizadas por el Sector Público se realicen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de calidad y precio, la Ley N° 30225, conservando estos elementos, le añadió otros de trascendental importancia: la gestión por resultados y la repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos²¹.

Como puede verse, se trata de un giro que busca alejar a la administración pública del puro formalismo, concentrándose en guiar su actuación administrativa hacia la obtención de resultados que signifiquen, necesariamente, una mejora en el bienestar de las personas, lo cual concuerda con lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. La reforma de la normativa de contrataciones del Estado, en consecuencia, articula al sector público y al sector privado en torno de un objetivo común: la repercusión positiva en las condiciones de vida de la ciudadanía. De esta manera, se logra que el sector privado se involucre en la finalidad pública que es inmanente a la actuación del Estado y, al mismo tiempo, se consigue que el Estado sea un agente que contribuya a la dinamización de la economía²². Un claro ejemplo de ello fue la modificación de las modalidades de contratación en la norma, introduciéndose a la Adjudicación simplificada, la Selección de consultores individuales, la Comparación de precios y la Subasta inversa electrónica, y eliminándose a la Adjudicación directa y de menor cuantía, agilizando de este modo los procedimientos de selección.

En dicha línea argumentativa, cuando se realizaron las modificaciones a la actual LCE y su Reglamento, mediante el Decreto Legislativo N° 1341 y el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, el cambio respondía a una finalidad bastante similar a lo ya descrito, puesto que, en la exposición de motivos del precitado Decreto Legislativo, se manifestaba que el objetivo de la reforma consistía en hacer que la contratación estatal se efectúe en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, perfeccionándose el procedimiento de contratación, de modo tal que se pueda prevenir, evitar y sancionar las prácticas indebidas²³. Es quizás por esto último que se incluyó a la norma el principio de Integridad, conforme al cual la conducta de los participantes en cualquier etapa del proceso de contratación estará guiada por la honestidad y veracidad.

Detallados los motivos por los que se realizaron cambios a la LCE, corresponde avocarnos en el análisis de las potestades exorbitantes que han sido recogidas en dicha norma, en razón a que resultaría inviable el análisis del principio objeto de estudio sin vincularlo previamente con las facultades características de la Administración Pública en materia de contratación pública. Veamos.

3.2. Potestades exorbitantes en la LCE:

Recapitulando los párrafos precedentes, recalcamos que la inserción de una cláusula exorbitante en un contrato celebrado por la Administración tiene la virtud de convertirlo en administrativo, dado que, de

²¹ Exposición de Motivos de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado.

²² Ídem.

²³ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1341 que modifica la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado.

incorporarse a un contrato de derecho privado serían ilícitas; asimismo, las aludidas potestades tienen por objeto otorgar determinados derechos a la Administración Pública e imponer obligaciones y cargas a los administrados, con miras a preservar y atender el interés general²⁴.

Dicho esto y siguiendo la enumeración realizada por Sánchez Morón²⁵, a continuación reseñaremos algunas de las más resaltantes potestades exorbitantes recogidas en la LCE:

1. La posibilidad de emitir decisiones unilaterales y ejecutivas, materializadas en actos administrativos, cuyo contenido puede dirigirse a lo siguiente:
 - i. Realizar una interpretación del contrato: Sobre el particular, de acuerdo con el artículo 45° de la LCE²⁶, nuestro ordenamiento no recoge tal atribución, dado que la interpretación del contrato se realizará empleando uno de los medios de solución de controversias recogidos por la aludida norma, siendo el arbitraje el medio ideal por antonomasia.
 - ii. Sancionar el incumplimiento del contratista mediante la aplicación directa de penalidades establecidas en el ordenamiento: Al respecto, el Reglamento de la LCE en su artículo 132°²⁷ ha establecido que, en caso el contratista no cumpla injustificadamente con sus obligaciones o prestaciones, en el plazo establecido contractualmente, la Administración Pública aplicará penalidades por mora u otras que se estipulen en las Bases. En el caso de estas últimas el cálculo debe ser razonable y no desproporcionado. Cabe señalar que, si la suma total de las penalidades impuestas superase el 10% del monto contractual, la Entidad tendrá la atribución de resolver el contrato, ello de conformidad con el artículo 135° del mismo cuerpo legal²⁸.
 - iii. Realizar la cancelación del procedimiento de selección antes de la suscripción del contrato: Esta prerrogativa, de acuerdo con el artículo 30° de la LCE²⁹, únicamente podrá ser

²⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. “El Contrato Administrativo”. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, pág. 19.

²⁵ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Capítulo XIV: Los Contratos del Sector Público”. En: Derecho Administrativo Parte General. Décimo Tercera Edición. Madrid: Tecnos. 2017, págs. 640-643.

²⁶ Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

²⁷ Artículo 132.- Penalidades

El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

²⁸ Artículo 135.- Causales de resolución

135.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista: (...)

2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo.

²⁹ Artículo 30.- Cancelación

ejercida en la medida que la Entidad contratante demuestre motivadamente: (i) la desaparición de la necesidad de contratar; o, (ii) de persistir la necesidad, el presupuesto inicialmente asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente. Advertimos que tal potestad solo puede actuarse en cualquier momento previo a la adjudicación de la Buena Pro.

- iv. Anular actos administrativos dictados durante el proceso de selección en aplicación de principio de legalidad: La presente atribución, establecida en el artículo 44° de la LCE³⁰, es compartida por el Titular de la Entidad contratante y el Tribunal de Contrataciones del Estado, siendo que, en ambos casos, se declarará de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable.
- v. La potestad de resolver unilateralmente el contrato si se produce alguna de las causales establecidas en la ley: La presente prerrogativa es también manifestación de la facultad de declaración de oficio de la nulidad de determinados actos emitidos por la Administración Pública. Sin embargo, la LCE, también en el artículo 44^{o31}, reseña taxativamente en qué

30.1 La Entidad puede cancelar el procedimiento de selección, en cualquier momento previo a la adjudicación de la Buena Pro, mediante resolución debidamente motivada, basada en razones de fuerza mayor o caso fortuito, cuando desaparezca la necesidad de contratar o cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto inicialmente asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente, bajo su exclusiva responsabilidad, de conformidad con lo establecido en el reglamento.

30.2 La Entidad no incurre en responsabilidad por el solo hecho de actuar de conformidad con el presente artículo, respecto de los proveedores que hayan presentado ofertas.

³⁰ Artículo 44.- Declaratoria de nulidad

44.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

44.2 El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación. La misma facultad la tiene el Titular de la Central de Compras Públicas-Perú Compras, en los procedimientos de implementación o mantenimiento de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

³¹ Artículo 44.- Declaratoria de nulidad

(...)

44.2 (...)

Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) Por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11 de la presente Ley. Los contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.
- b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, previo descargo.
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.
- d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa.

supuestos la Entidad contratante podrá resolver el contrato de forma unilateral, dejando de lado la fórmula general de contravención al principio de legalidad, ello en salvaguarda de los derechos del contratista.

2. Potestad de dirección y control de las obligaciones de los contratistas en cumplimiento de sus prestaciones, en la medida que se pretende tutelar un interés general o público: Tal potestad, establecida en el artículo 10º de la LCE³², tiene como finalidad el aseguramiento de la buena marcha del servicio prestado, así como la verificación del cumplimiento de las obligaciones del contratista. Cabe agregar que la aludida facultad es manifestación de la potestad de control y vigilancia de la Administración Pública.
3. Inaplicación de la excepción al incumplimiento: La figura de excepción de incumplimiento, supone la negativa de una de las partes de continuar realizando las prestaciones establecidas contractualmente, en la medida que no se le otorgue la contraprestación correspondiente. Sin embargo, su aplicación no es viable en los contratos administrativos de conformidad con el artículo 40º de la LCE³³, pues de tener lugar algún tipo de demora en la ejecución del contrato, la Entidad podrá aplicar penalidades establecidas en el contrato y previamente ya comentadas. No obstante ello, debemos mencionar que conforme al artículo 149º del Reglamento de la LCE, la Entidad debe pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguiente a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello. En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

Ahora, si bien hemos detallado algunas de las más resaltantes potestades exorbitantes reconocidas a la Administración Pública en la LCE, lo que realmente nos interesa a efectos de aterrizar la presente investigación, es identificar la potestad exorbitante que nos abra las puertas al análisis del principio de equilibrio económico financiero. Tal facultad es la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato. Veamos.

e) Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. En este supuesto, asumen responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.

f) Cuando se acredite que el contratista, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión en relación con ese contrato o su procedimiento de selección conforme establece el reglamento. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar.

g) En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo procedimiento de selección que correspondiera.

³² Artículo 10.- Supervisión de la Entidad

10.1 La Entidad debe supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros. El hecho de que la Entidad no supervise los procesos, no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder.

10.2 Cuando la supervisión sea contratada con terceros, el plazo inicial del contrato debe estar vinculado al del contrato de la prestación a supervisar y comprender hasta la liquidación de la obra o la conclusión del servicio, de acuerdo a lo que establece el reglamento. Asimismo, el reglamento establece los mecanismos a aplicar en los casos en los que surjan discrepancias en el contrato y estas se sometan a arbitraje, por el tiempo que dure este.

³³ Artículo 40.- Responsabilidad del contratista

40.1 El contratista es responsable de ejecutar la totalidad de las obligaciones a su cargo, de acuerdo a lo establecido en el contrato.

En el artículo 34° de la LCE y el 139° de su Reglamento, se ha establecido lo siguiente:

Artículo 34. Modificaciones al contrato

34.1. El contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la Entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. En este último caso la modificación debe ser aprobada por la Entidad. Dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.

34.2 Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje. (El resaltado es nuestro)

Artículo 139.- Adicionales y Reducciones

139.1. Mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o de consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determina por acuerdo entre las partes.

139.2. Igualmente, puede disponerse la reducción de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original.

139.3. En caso de adicionales, el contratista debe aumentar de forma proporcional las garantías que hubiese otorgado. En caso de reducciones puede solicitar la disminución en la misma proporción.

El lector podrá apreciar que la norma es bastante clara al disponer que la Administración Pública puede modificar unilateralmente el contrato, ordenando la implementación de adicionales o reducciones hasta por el 25% del monto contractual, con la salvedad de que tales acciones sean indispensables para alcanzar la finalidad pública y, siempre y cuando, se respete el equilibrio económico financiero.

Cabe agregar que la prerrogativa de modificar unilateralmente el contrato fue recogida, en las normas que precedieron a la actual regulación en materia de contrataciones con el Estado, sin incluir al principio de equilibrio económico financiero; sin embargo, en el caso del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento (Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, respectivamente), el porcentaje de variabilidad era solamente del 15%, esto es, 10% menor a lo actualmente establecido. Podemos observar:

Decreto Supremo N° 083-2004-PCM - Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y	Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (Reglamento del TUO)
--	--

Adquisiciones del Estado	
<p>Artículo 42°.- Adicionales, reducciones y ampliaciones.- La Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.</p>	<p>Artículo 231.- Adicionales y reducciones Para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales, para lo cual deberán contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determinará sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o servicio y de las condiciones y precio pactados en el contrato; en defecto de éstos, se determinará por acuerdo entre las partes. Igualmente, podrá disponerse la reducción de las prestaciones hasta el quince por cien (15%) del monto del contrato. En este caso, el contratista reducirá proporcionalmente las garantías que hubiere otorgado.</p>

Decreto Legislativo N° 1017, modificado por Ley N° 29873.	Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF
<p>Artículo 41. Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones 41.1 Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.</p>	<p>Artículo 174°.- Adicionales y Reducciones Para alcanzar la finalidad del contrato y mediante resolución previa, el Titular de la Entidad podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, para lo cual deberá contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determinará sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determinará por acuerdo entre las partes. Igualmente, podrá disponerse la reducción de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original.</p>

Ahora bien, previamente a efectuar el estudio del principio bajo comentario, en el último apartado de la presente investigación, corresponde realizar una resumida descripción de los principios regulados en la norma bajo comentario y reseñar brevemente la importancia de la aplicación de estos en todo procedimiento de contratación administrativa.

3.3. Principios recogidos en la LCE:

Para Robert Alexy³⁴, los principios jurídicos son: “mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.”

Para la contratación administrativa, los principios no solo representan mandatos empleados para llevar a cabo procedimientos de selección y contratos de manera eficiente y con la menor onerosidad posible, sino además, son atenuantes de las potestades exorbitantes que detenta la Administración Pública.

Así, tenemos que el artículo 18º de la Directiva de la Unión Europea N° 2014/24/UE, dispone algunas precisiones sobre los principios de la contratación pública:

Artículo 18.-

1. Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia. Se considerará que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.

2. Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de Derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X.

Dicho esto, cobra especial relevancia el artículo 02º de la LCE, dispositivo que establece una lista de principios aplicables a las contrataciones con el Estado. Veamos:

- a) Libertad de concurrencia: Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.
- b) Igualdad de trato: Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.
- c) Transparencia: Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de

³⁴ ALEXY, Robert. Ponencia presentada por el autor en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas, celebradas en San Sebastián en septiembre de 1988.

conurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

- d) **Publicidad:** El proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones.
- e) **Competencia:** Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.
- f) **Eficacia y Eficiencia:** El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.
- g) **Vigencia Tecnológica:** Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.
- h) **Sostenibilidad ambiental y social:** En el diseño y desarrollo de la contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano.
- i) **Equidad:** Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.
- j) **Integridad:** La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.

El lector podrá percatarse que el listado de principios descritos tiene diversas finalidades, entre las cuales destaca la búsqueda de mayor competitividad y confluencia de postores posibles; o, que se brinde toda la información posible a estos. Sin embargo, quisiéramos enfatizar lo recogido en el literal i) del citado artículo, el cual contiene el principio de equidad, siendo el único mandato que hace exclusiva referencia a la paridad y equivalencia que debería existir entre las cargas y derechos que ostentan las partes del contrato.

Recordemos que el artículo 34° de la LCE, previamente analizado, detalla que las modificaciones al contrato no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato; en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad.

Al respecto, Guzmán Napurí³⁵, sobre el principio de Equidad, señala que: “(...) hoy en día no puede seguirse manteniendo de manera rigurosa el concepto de régimen exorbitante tradicionalmente empleado para la contratación administrativa. A su vez, la existencia de determinadas prerrogativas a favor de la Administración no puede afectar el beneficio esperable del contratista, el mismo que debería obtener por lo menos similares beneficios a los que obtendría contratando con sujetos provenientes de la actividad privada.”

Dicho principio nos aproxima al mandato que pretendemos analizar, pues es evidente la vinculación existente entre ambos, dado que, en esencia tienen como finalidad el proteger los derechos adquiridos por el contratista al vincularse contractualmente con el Estado, siendo clara muestra, además de ser una medida paliativa ante las potestades exorbitantes que detenta la Administración Pública. En las siguientes líneas nos dedicaremos a analizar cómo es que el principio de equilibrio económico financiero se ha aplicado en nuestro ordenamiento, respondiendo también a la pregunta de si su inclusión en nuestros regímenes de contratación administrativa, supone una mengua en las facultades de *ius variandi* del Estado.

4. Aplicación del principio de equilibrio económico financiero:

Antiguamente, la contratación estatal, se regía bajo el principio del riesgo y ventura que no era más que una aplicación del principio general del “*pacta sunt servanda*” y de la “*lex contractus*” que respondían al cumplimiento estricto de los términos pactados, sin importar que las circunstancias originales por las que se efectuó la contratación hayan sufrido variaciones. Actualmente, el criterio que se emplea es el equilibrio económico financiero de los contratos, que es un concepto evolucionado de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, cuyo origen está en el derecho canónico y que permitía la modificación del contrato de tracto sucesivo si las circunstancias bajo las cuales fueron celebrados no subsistían³⁶.

El precedente más antiguo que se conoce sobre la noción del equilibrio económico financiero se encuentra establecido en el fallo del Consejo de Estado Francés del 21 de marzo de 1910, en el caso promovido por el Ministro de Obras Públicas contra Compagnie Générale Française des Tramways, que cambió la jurisprudencia previa concluyendo que corresponde a la esencia de todo contrato de concesión de servicio público encontrar y realizar, en la medida de lo posible, un equilibrio entre las ventajas otorgadas al concesionario y las cargas que le son impuestas, las cuales deben balancearse de manera que formen la contrapartida de los beneficios probables y de las pérdidas previstas³⁷.

³⁵ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. “Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa”. En: Revista de Derecho Administrativo N° 07, PUCP, Lima, 2009, pág. 215.

³⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho Administrativo”. Tomo II. Lima. Palestra Editores. 2010. Página 509, nota 109

³⁷ RODRIGUEZ R., Libardo. “El equilibrio económico en los contratos administrativos”. En: Revista de Derecho PUCP N° 66, 2011, pág.15.

Por su parte, en nuestro ordenamiento, desde la incorporación de los postulados del Consenso de Washington en la década de los noventa, anticipándose incluso a la Constitución Política del año 1993, fueron publicados en el año 1991 un conjunto importante de Decretos Legislativos, que constituyeron reformas legislativas sustantivas en diversos ámbitos, como el económico, laboral inversiones, comercio exterior, entre otros; dirigidas a promover el crecimiento de la inversión privada, flexibilizar el mercado laboral, impulsar las privatizaciones de empresas públicas en los diversos sectores de la economía, simplificación administrativa, reforma tributaria, entre otras.

Así, para promover la inversión en infraestructura de servicios públicos fue emitido el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que aprobaba el “Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos”, en cuyo artículo 17° otorgaba garantías para la inversión privada en la modificación del contrato de concesión por causal no regulada de suspensión y caducidad de la concesión; asimismo, en los literales b) y c) del artículo 33° de la precitada norma, tendremos el primer avistamiento del principio materia de la presente investigación, dado que se determinaba que cuando resultase conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar, en lo posible, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y, el equilibrio financiero para ambas partes.

En el caso de la LCE la incorporación del principio de equilibrio económico financiero se dio recién con la entrada en vigencia de la Ley N° 30225 y su Reglamento, en los ya analizados artículos 34° y 139, respectivamente, no teniendo ninguna referencia previa en los precedentes normativos.

4.1. El principio de equilibrio económico financiero del contrato:

De acuerdo con Libardo Rodríguez³⁸: *“Los contratos administrativos deben ser pactados de tal manera que exista una interdependencia entre las prestaciones; es decir, como contratos sinalagmáticos que son, debe existir una reciprocidad entre las obligaciones de cada una de las partes, de tal manera que exista una correspondencia de unas con otras, y se los pueda considerar como equivalentes las prestaciones pactadas. Entonces, en aplicación de esa idea, el principio del equilibrio contractual se refiere a la necesidad de que dicha correspondencia entre prestaciones (esto es, entre derechos y obligaciones) se mantenga hasta la finalización del contrato.”*

Así para, Marienhoff³⁹: *“(…) el equilibrio financiero, o la ecuación financiera del contrato, es una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato, entre un conjunto de derechos del cocontratante y un conjunto de obligaciones de este, considerados equivalentes: de ahí el nombre de ecuación (equivalencia-igualdad)”*

En dicha línea argumentativa, Santistevan de Noriega y Loredó Romero señalan que⁴⁰:

³⁸ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. “El equilibrio económico en los contratos administrativos”. En: Revista de Derecho PUCP N° 66, 2011, págs. 55-87.

³⁹ MARIENHOFF, Miguel S. “Contratos administrativos. Teoría general”. En: Tratado de Derecho administrativo, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, pág. 469.

⁴⁰ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge y Álvaro LOREDO ROMERO. “El equilibrio económico financiero en los contratos que se suscriben con el Estado, con especial referencia a los contratos de concesión para la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura pública”. En: Ius Et Veritas N° 33, Lima. 2006, pág. 42.

“(…) la figura del equilibrio económico financiero surge como respuesta a dos necesidades diferenciadas:

- a) De una parte, la que tienen las partes contratantes de mantener de manera estable y equivalente las condiciones a las que se comprometen y obligan dentro del marco contractual que suscriben. Ante circunstancias en que las condiciones contractuales varíasen de manera sobreviviente, por razones ajenas a los contratantes, y alguno de estos pueda ver perjudicada su expectativa económica o imposibilitada su capacidad de cumplir con lo pactado la opción de renegociación para modificar los términos del contrato queda habilitada, brindando el principio del equilibrio económico financiero del contrato un parámetro o baremo indispensable para la validez de dicha modificación sobre la base de la simetría en las prestaciones originalmente establecidas; y,*
- b) En el ámbito de la contratación con el Estado, como consecuencia del ejercicio de las atribuciones exorbitantes -pretendidamente inherentes a este en materia de contratación de obras y servicios públicos la modificación contractual respetando el equilibrio económico financiero del contrato aparece como la alternativa más favorable para las partes y para el cumplimiento de los fines públicos a que se contraen los contratos que suscribe el Estado. En efecto, bajo el principio de dar prioridad al interés público en la culminación de una obra o en la dotación de un servicio público tradicionalmente se consideraba que el Estado quedaba facultado para exigir, en uso de sus facultades exorbitantes de ius variandi, el cumplimiento del contrato aun en condiciones negativas para el contratista, o sustituir al contratista para lograr la ejecución contractual por un tercero. Este principio nació como una protección a los privados que contraten con el Estado puesto que son estos quienes se encuentran más expuestos frente a una lesión a su patrimonio derivada de un cambio en las circunstancias de cumplimiento del contrato o del ejercicio de las facultades exorbitantes del Estado.”*

No obstante las ilustrativas definiciones precitadas, nos acogeremos al análisis realizado por Cajarville Peluffo⁴¹, autor que describe diversas circunstancias que pueden alterar la ecuación económico-financiera prevista por las partes en un contrato administrativo:

- a) **Hechos ajenos a las partes:** El mismo tipo de acontecimientos (posteriores a la celebración del contrato, ajenos a las partes, imprevisibles en el caso concreto, irresistibles) que inciden en la ejecución de un contrato son contemplados en materia de contratación administrativa por dos institutos: la “teoría de la fuerza mayor” y la “teoría de la imprevisión”:
 - i) La **teoría de la fuerza mayor** es aplicable cuando el acontecimiento provoca la imposibilidad de cumplir con las obligaciones asumidas, transitoria o definitivamente. El efecto de la aplicación de la teoría consiste en la justificación del incumplimiento del deudor, quien es exonerado de responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados por su falta de cumplimiento y, por ende, es liberado de la obligación de repararlos. Si la imposibilidad es definitiva, produce la extinción de la respectiva obligación, y eventualmente de todo el contrato cuando todas las obligaciones de la parte, o al menos aquellas que constituyen la sustancia del sinalagma contractual son las afectadas.

⁴¹ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. “Mutabilidad de los contratos de la administración en el Derecho uruguayo”. En: Revista de Derecho PUCP N° 66, Lima, 2011 pág. 460-465.

- ii) El supuesto de la **teoría de la imprevisión** consiste en el acaecimiento de circunstancias de hecho, de índole fundamentalmente económica, ajenas a las partes, ocurridas con posterioridad a la contratación, que no pudieron ser previstas en su ocurrencia, en sus consecuencias o aun en su intensidad, que alteran sustancial y transitoriamente el equilibrio de las prestaciones recíprocas previsto y pactado en el contrato, y en consecuencia lo tornan más oneroso para el cocontratante. En esas situaciones se reconoce a quien ha contratado con la administración el Derecho a que se restablezca en medida variable según los casos aquel equilibrio; se traslada, así, la mayor onerosidad resultante de las circunstancias imprevistas sin que la existencia y exigibilidad de sus obligaciones contractuales se vea afectada.
- b) **Circunstancias materiales preexistentes:** Durante la ejecución de un contrato pueden conocerse circunstancias materiales anormales relativas al objeto de las obligaciones del contratante o a los bienes sobre los que deban ejecutarse, que preexistían a su celebración, pero no fueron conocidas ni previstas y eran razonablemente imprevisibles para las partes al momento de contratar. Estas circunstancias materiales no hacen imposible el cumplimiento, pero inciden en la ecuación económico-financiera y la tornan más onerosa para el contratante. Estas circunstancias no eximen al contratante de cumplir con las obligaciones asumidas, pero generan en su favor el derecho a ser íntegramente indemnizado, tanto del daño emergente como del lucro cesante.
- c) **Hechos o actos imputables a la administración:** Finalmente, la ecuación económico-financiera del contrato puede verse también alterada durante su ejecución por una actuación (acto o hecho) de la administración contratante, arreglada a Derecho, cumplida espontáneamente en ejercicio de sus potestades públicas y no de facultades contractuales, por ende necesariamente unilateral, subjetiva o general, imprevista al contratar, que hace más onerosa la ejecución del contrato causando con ello un perjuicio particular o especial al contratante. Estos acontecimientos dan lugar a la aplicación de la teoría llamada **“hecho del príncipe”** o **“hecho de la administración”**. También esta circunstancia genera un derecho a la indemnización integral daño emergente y lucro cesante en favor del cocontratante, que en nada ve atenuadas la existencia y exigibilidad de sus obligaciones contractuales.

Conforme podemos apreciar de los citados autores, el principio económico financiero es aquella figura que busca armonizar los intereses de las partes a lo largo de la relación jurídica que se genera por la celebración de un contrato administrativo, esto es, la existencia de razonable equivalencia entre las cargas y ventajas establecidas. Asimismo, puede entenderse como un derecho y una obligación: Derecho del contratista a no verse afectado por el ejercicio de potestades exorbitantes por parte del Estado; y, obligación legal de la Administración Pública a no vulnerar la paridad que debe existir entre las prestaciones existentes y establecidas en el contrato.

Debemos tener en cuenta también que, la afectación del principio económico financiero del contrato puede deberse a hechos o circunstancias no atribuibles a las partes (sean estas preexistentes o posteriores a la celebración del contrato); o, a hechos o actos imputables a la Administración Pública (hecho del príncipe). Un claro ejemplo de esto último son las modificaciones unilaterales al contrato que puede realizar el Estado a determinado contrato, previstas en el artículo 34° de la LCE. En tal sentido,

corresponde finalizar la presente investigación analizando Opiniones emitidas por el OSCE sobre la materia y Laudos expedidos en el marco de controversias consistentes en la exigencia de adicionales o reducciones. Observaremos que la inclusión del principio de equilibrio económico financiero en la LCE ha ayudado en la atenuación de la aplicación de potestades exorbitantes por parte de la Administración Pública. Veamos.

4.2. ¿Nos encontramos ante un gradual desprendimiento de potestades exorbitantes del Estado, por la aplicación del principio de equilibrio económico financiero?:

Como bien señalamos en la sección introductoria de la presente investigación, como parte de nuestro análisis, examinaríamos el contenido de Opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, en el periodo del año 2005 al 2017, cuyo contenido desarrolla lo relativo a las modificaciones unilaterales del contrato y la aplicación del principio económico financiero. Al respecto, cabe señalar que de conformidad con lo dispuesto por el literal o) del artículo 52° de la LCE y la Tercera Disposición Complementaria Final de su reglamento, las consultas que absuelve el OSCE son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos. Dichas Opiniones son manifestación de la función consultiva de la Administración Pública; y, son fuente del derecho administrativo, de conformidad con el numeral 2.9 del artículo V del Título Preliminar del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴².

Dicho esto, en el cuadro anexado a continuación el lector podrá apreciar cómo ha ido evolucionando el criterio del OSCE, a través de sus opiniones, respecto de la aplicación del principio económico financiero del contrato. Veamos.

Opiniones y Periodos	Norma Aplicable	Criterio
<ul style="list-style-type: none"> • Opinión N° 072-2005/GTN, del 21 de junio del 2005. • Opinión N° 078-2005/GTN, del 11 de julio del 2005. • Opinión N° 004-2006/GTN, del 20 de enero del 2006. • Opinión N° 010-2006/GTN, del 01 de febrero del 2006. • Opinión N° 043-2006/GNP, del 17 de mayo del 2006. 	<p>Artículo 42° del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM - Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.</p> <p>Artículo 231° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM – Reglamento del Texto</p>	<p>“En principio, el artículo 42° de la Ley implementa el tratamiento legal de los adicionales en los contratos del Estado derivados de procesos de selección, disponiendo que la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de obras hasta por el quince por ciento (15%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.</p> <p>La norma citada se enmarca dentro de las</p>

⁴² Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo

(...)

2. Son fuentes del procedimiento administrativo:

(...)

2.9. Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas.

	Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.	denominadas cláusulas exorbitantes que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público, como es el que subyace a las contrataciones y adquisiciones del Estado, en las que la administración pública ocupa un lugar privilegiado frente a su co-contratante , a diferencia de la contratación privada, en la que las partes tienen una posición de igualdad una frente a la otra. En esa línea, la ejecución de prestaciones adicionales implica la existencia del poder con que cuenta la Administración de modificar los contratos administrativos, potestad que supone un quiebre a la regla de la obligatoriedad de lo convenido por la partes y, a la vez, significa que las prestaciones deberán ajustarse a las necesidades del interés general , cuya determinación corresponde, en principio, a una de las partes contratantes: la Administración”
<ul style="list-style-type: none"> Opinión N° 022-2008/DOP, del 29 de febrero del 2008. 	Artículo 42° del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM - Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.	“Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 42° de la Ley dispone que, durante la ejecución de un contrato, las Entidades pueden ordenar al contratista la ejecución de prestaciones adicionales a las inicialmente contratadas o la reducción de las mismas. Tal habilitación normativa, fundamentada en el interés público que se busca satisfacer cuando el Estado contrata, permite a las Entidades disponer modificaciones contractuales con el único objeto de alcanzar la finalidad buscada con la celebración del contrato.”
<ul style="list-style-type: none"> Opinión N° 061-2008/DOP, del 01 de setiembre del 2008. 	Artículo 42° del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM - Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.	“Al respecto, es pertinente señalar que existe unanimidad en la doctrina en reconocer que el acto lesivo emanado de cualquier órgano o repartición estatal, sea o no de la autoridad pública que celebró el contrato, habilita al contratista para requerir una reparación integral, invocando para ello la teoría del hecho soberano (hecho del príncipe) . Para configurar el

		<p>hecho del príncipe la decisión debe provenir de cualquier autoridad pública y afectar el desarrollo del contrato. Orientación que concuerda con aquella que, en la legislación civil, persigue restablecer el equilibrio contractual cuando éste es quebrado por un suceso que acarrea la excesiva onerosidad de la prestación del contratista.</p> <p>En tal sentido, una Entidad puede adoptar las medidas que fueran necesarias para llevar a cabo el reajuste del monto del contrato, a efectos que éste se ejecute de acuerdo a lo previsto originalmente, sin que ello determine un perjuicio económico para el contratista. Este criterio ha sido establecido por CONSUCODE en anteriores oportunidades, pues se reconoce que en estos casos es necesario restablecer la justicia contractual originaria, manteniendo el equilibrio económico financiero del contrato.”</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Opinión N° 114-2009/DTN, del 30 de octubre del 2009. • Opinión N° 074-2010/DTN, del 03 diciembre del 2010. 	<p>Artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1017</p> <p>Artículo 174° del Decreto Supremo N° 184-2008-EF.</p>	<p>“En ese orden de ideas, y atendiendo a la finalidad del contrato, los artículos 41° de la Ley y 174° del Reglamento, establecen que la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, en el caso de bienes y servicios, y siempre que resulte indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.</p> <p>En este contexto, debe tenerse en cuenta que la ejecución de prestaciones adicionales supone la ejecución de prestaciones originalmente no previstas en el contrato pero que resultan necesarias para que se cumpla con la finalidad para la que fue celebrado. Siendo ello así, se entiende que durante la etapa de ejecución contractual la Entidad estaría facultada para requerir un mayor número de prestaciones a las inicialmente pactadas, siempre que dicho contrato se encuentre vigente.”</p>

<ul style="list-style-type: none"> • Opinión N° 104-2012/DTN, del 05 de noviembre del 2012 • Opinión N° 001-2013/DTN, del 11 de enero del 2011⁴³. 	<p>Artículo 63° del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF.</p>	<p>“En este supuesto, corresponderá a la Entidad adoptar las medidas que fueran pertinentes para reajustar el monto del contrato, a efectos que éste se ejecute de acuerdo a lo previsto originalmente, sin que ello determine un perjuicio económico para el contratista. Ello, con la finalidad de restablecer la justicia contractual original, manteniendo el equilibrio económico financiero del contrato, como de manera unánime reconoce la doctrina: “(...) el acto lesivo emanado de cualquier órgano o repartición estatal, sea o no de la autoridad pública que celebró el contrato, habilita al contratista para requerir una reparación integral, invocando para ello la teoría del hecho soberano (hecho del príncipe). Para configurar el hecho del príncipe la decisión debe provenir de cualquier autoridad pública y afectar el desarrollo del contrato.”</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Opinión N° 191-2016/DTN, de fecha 05 de diciembre⁴⁴. 	<p>Artículo 31° del Decreto Supremo N° 350-2015-EF.</p>	<p>“En este supuesto, corresponderá a la Entidad adoptar las medidas que fueran pertinentes para reajustar el monto del contrato, a efectos que éste se ejecute de acuerdo con lo previsto originalmente, sin que ello determine un perjuicio económico para el contratista. Ello, con la finalidad de mantener el equilibrio económico financiero del contrato, como de manera unánime reconoce la doctrina: “(...) el acto lesivo emanado de cualquier órgano o repartición estatal, sea o no de la autoridad pública que celebró el contrato, habilita al contratista para requerir una reparación integral, invocando para ello la teoría del hecho soberano (hecho del príncipe). Para configurar el hecho del príncipe la decisión debe provenir de cualquier autoridad pública y afectar el desarrollo del contrato.”</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Opinión N° 156-2016/DTN, 	<p>Artículo 34° de la Ley</p>	<p>“(…) a pesar que la Entidad en su</p>

⁴³ Si bien las citadas Opiniones no están vinculadas con la ejecución de prestaciones adicionales o reducciones, sino más bien al aumento de costos laborales por el incremento de la remuneración mínima vital, incluido el I.G.V., resulta muy ilustrativa, en la medida que la Administración Pública está reconociendo el pago de los costes adicionales, toda vez que la generación de estos, es atribuible a un “hecho del príncipe”.

⁴⁴ Este supuesto es similar al de las Opiniones N° 104-2012/DTN y N° 001-2013/DTN.

<p>del 23 de setiembre del 2016.</p>	<p>30225</p> <p>Artículo 139° del Decreto Supremo N° 350-2015-EF.</p>	<p>calidad de garante del interés público puede ejercer la prerrogativa especial de reducir prestaciones, la normativa de contrataciones del Estado contempla medidas destinadas a evitar el quebrantamiento de la relación de equivalencia que debe existir entre las prestaciones y derechos de las partes, tal como es el caso de la reducción proporcional de las garantías otorgadas por el contratista cuando la Entidad efectúe la reducción.”</p>
<ul style="list-style-type: none"> Opinión N° 043-2017/DTN, del 08 de febrero del 2017. 	<p>Artículo 34° de la Ley 30225</p> <p>Artículo 139° del Decreto Supremo N° 350-2015-EF.</p>	<p>“Como puede apreciarse, la normativa ha previsto que puedan ejecutarse prestaciones adicionales para alcanzar la finalidad del contrato, lo cual implica que se cumpla con el propósito de satisfacer la necesidad que originó la contratación, en otras palabras, alcanzar la finalidad perseguida por la Entidad al realizar el contrato. Estas prestaciones adicionales se materializan con la entrega o suministro de los bienes o la prestación de los servicios adicionales que cumplan con el propósito de satisfacer la necesidad que originó la contratación.</p> <p>Si bien la normativa de contrataciones no prevé, de manera expresa, como causales de procedencia para las prestaciones adicionales la configuración de hechos extraordinarios o imprevisibles, sí señala que dichas prestaciones se puedan dar de manera excepcional. Para tal efecto, la normativa ha previsto que durante la ejecución del contrato, la Entidad cuente con las herramientas necesarias para atender una eventual inviabilidad del proyecto o hacer frente a determinadas circunstancias ajenas a la voluntad de las partes que, como única solución, exijan la ejecución de determinadas prestaciones (no contenidas en el contrato original) para alcanzar el interés principal de la Administración, que es la satisfacción de sus necesidades y, con ella, la realización del interés público.”</p>

Luego del análisis comparativo realizado a las Opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, entre los períodos 2005 al 2017, observamos que la Administración Pública, atravesó tres diferentes momentos:

- i. Reconocimiento expreso de las potestades exorbitantes del Estado;
- ii. Introducción del principio de equilibrio económico financiero del contrato en las Opiniones del OSCE, sin el reconocimiento expreso en la norma; y,
- iii. La incorporación del principio en la norma y el afianzamiento del criterio destinado a evitar el quebrantamiento de la relación de equivalencia que debe existir entre las prestaciones y derechos de las partes.

Dicho esto, podemos llegar a una primera conclusión: La tendencia contemporánea de la Administración Pública y de la teoría contractual pública, es la disminución en intensidad del ejercicio de las potestades exorbitantes del Estado. Cabe señalar que ello no implica la desaparición de tales prerrogativas, pues, como bien señalamos previamente, tales facultades existen con la finalidad de garantizar que la Administración Pública pueda velar por el interés público.

Ahora bien, para darle aún mayor peso a nuestra postura, corresponde analizar los fallos emitidos por Tribunales Arbitrales, en el marco de los mecanismos de solución de controversias reconocidos en el artículo 45° de la LCE. Podremos observar que en el caso de los referidos fallos, los Tribunales Arbitrales han evidenciado una evolución similar a la de las Opiniones del OSCE.

Así todo, en el Laudo Arbitral emitido el 04 de octubre del 2005, en el proceso seguido por el Consorcio Cosapi – Translei contra PROVIAS Departamental, el demandante planteó como pretensión principal que la Administración Pública le reconozca el pago de costos mayores en la obra, producidos por el incremento del precio internacional del petróleo. Entre los argumentos esbozados por dicho Consorcio, se encontraba el resquebrajamiento del principio de equilibrio económico financiero, en razón a que el alza de precios del hidrocarburo, constituía un supuesto de la teoría de la imprevisión, esto es, el acaecimiento de circunstancias de hecho, de índole fundamentalmente económica, ajenas a las partes, ocurridas con posterioridad a la contratación. Sin embargo, el Tribunal Arbitral, resolvió declarar infundada la pretensión del Consorcio, pues no se podría exigir el pago a la Entidad de un rubro que no fue establecido en el contrato y que no esté conforme a la voluntad de las partes. Ello, como ya hemos podido apreciar en los párrafos precedentes, no habría sido posible de reconocerse la aplicación íntegra del principio de equilibrio económico financiero.

Por otro lado, en el Laudo Arbitral emitido el 13 de diciembre del año 2013, en el proceso seguido por el Consorcio Chavín contra PROVIAS Descentralizado, el demandante planteó como pretensión principal el reconocimiento de un saldo a su favor de S/. 1'511,026.64 (Un millón quinientos once mil veintiséis y 64/100 Soles), incluido el IGV, dado que, se le exigió la realización de trabajos adicionales necesarios para la culminación de la Obra, otorgándosele un plazo mayor para la ejecución del contrato, generándose de este modo, mayores costos al contratista.

Al respecto y sobre el principio económico financiero, el Tribunal Arbitral señaló que: *“El tema es: ¿Qué hacer con el resto del contrato afectado por una ampliación de plazo (nacida de la aprobación de un adicional)?, sostener que el resto del contrato deberá sujetarse únicamente al reconocimiento de los gastos generales (variables) no ampliados, implicaría un traslado de los gastos proporcionales al resto del contrato, de modo tal que para el contratista la aprobación de un adicional se convertiría en un hecho oneroso, nocivo y perjudicial en términos económicos, pues tendría que asumir costos a los que no está obligado asumir por el resto del plazo de ejecución contractual o por el resto de ampliaciones de plazo. Tal escenario sería contrario a la noción del equilibrio económico del contrato, por el cual debe mantenerse durante su vigencia la debida equivalencia entre las obligaciones de cada una de las partes.”*

En el fallo de la referida controversia se resolvió declarar fundada la pretensión principal del demandante, en los extremos referidos al pago del Gasto General Fijo y el Gasto General Variable del contrato principal por S/.64,723.01 y S/. 805,274.57, respectivamente.

De otra parte, en el Laudo Arbitral emitido el 21 de enero del 2014, en el proceso seguido por PROVIAS Nacional contra el Consorcio Ejecutores, la Entidad demandante planteó como pretensión principal se declare la nulidad y/o improcedencia de la Resolución de Contrato propuesta por el Consorcio mediante Carta Notarial N° 01/8/2008, comunicación que tuvo como sustento el incumplimiento de la obligación de PROVIAS Nacional de entregar un Expediente Técnico adecuadamente elaborado.

Sobre el particular y en relación al principio de equilibrio económico financiero, el Tribunal Arbitral manifestó que: *“en el marco contractual, podemos afirmar que esta figura se encuentra directamente vinculada con la restitución del equilibrio económico del contrato, en caso que dicha relación de equivalencia haya sido quebrada, cuando por un hecho ajeno a la parte perjudicada, se ve afectada la ecuación económica del contrato”*.

Dicho Tribunal, finalmente resolvió declarar infundada la pretensión principal de la Entidad, debido a que se determinó que el Expediente Técnico fue emitido deficientemente, incidente que, de continuarse ejecutando el contrato, habría generado sobrecostos al contratista, o imposibilitado que este cumpla con sus obligaciones contractuales, quebrantándose de este modo el principio de equilibrio económico financiero.

5. Conclusiones:

1. La aplicación potestades exorbitante en un contrato celebrado por la Administración, hace de este un contrato administrativo; asimismo, las aludidas prerrogativas tienen por objeto otorgar determinados derechos a la Administración Pública e imponer obligaciones y cargas a los administrados, con la finalidad de velar por el interés general.
2. La LCE ha recogido diversas potestades exorbitantes, siendo la más resaltante la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato, de conformidad con el artículo 34° de dicha norma y el 139° de su Reglamento. Cabe agregar que la implementación de adicionales o reducciones puede realizarse hasta por el 25% del monto contractual, con la salvedad de que tales acciones sean indispensables para alcanzar la finalidad pública y, siempre y cuando, se respete el equilibrio económico financiero.

3. La LCE ha establecido distintos principios aplicables a la contratación pública, siendo el principio de Equidad uno de los más relevantes, puesto que dispone que las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general. Dicho principio es uno de los fundamentos y preceptos del principio de equilibrio económico financiero del contrato.
4. El principio de equilibrio económico financiero del contrato tiene por objeto armonizar los intereses de las partes que celebran un contrato administrativo a lo largo de la relación jurídica establecida. Dicha figura busca la razonable equivalencia entre las cargas y ventajas dispuestas tanto para la Administración Pública, como para el agente privado.
5. El principio de equilibrio económico financiero del contrato puede ser aplicado en tres supuestos: (i) Hechos ajenos a las partes posteriores a la suscripción del contrato (Teoría de la fuerza mayor y teoría de la imprevisión); (ii) Hechos imprevisibles y preexistentes a la suscripción del contrato; y, (iii) Hechos o actos imputables a la administración (hecho del príncipe).
6. Actualmente, nos encontramos ante un gradual desprendimiento de las potestades exorbitantes del Estado, por la aplicación del principio de equilibrio económico financiero. Tal afirmación encuentra sustento en las Opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE y los Laudos Arbitrales, analizados en los párrafos precedentes, siendo que en el primer caso, la evolución ha sido paulatina pero firme, pues pasamos de un reconocimiento expreso de las potestades exorbitantes de la Administración Pública, a la incorporación del principio bajo comentario y del criterio de equivalencia que debe existir entre las prestaciones y derechos de las partes que suscriben un contrato administrativo. Por su parte, en el caso de los Laudos Arbitrales, se observó un proceso similar, dado que en los fallos más recientes examinados, se contempló una mayor incidencia del principio en las decisiones tomadas por los árbitros.

6. Bibliografía:

- 1) ALEXY, Robert. Ponencia presentada por el autor en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas, celebradas en San Sebastián en septiembre de 1988.
- 2) ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Contrato y Poder Público. La figura del contrato administrativo en el Derecho español y europeo”. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, págs. 879-891.
- 3) BACA ONETO, Víctor. “La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración en el derecho Peruano: notas para una polémica”. En: El Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano. Lima: Grijley, 2008, pág. 668.
- 4) BEZCHINSKY, Gabriel y LÓPEZ, Mariana. “Compras públicas sustentables en América Latina y el Caribe”. Programa ICT4GP. Red Interamericana de Compras Gubernamentales, IDRC – USAM, 2012.
- 5) CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. “Mutabilidad de los contratos de la administración en el Derecho uruguayo”. En: Revista de Derecho PUCP N° 66, Lima, 2011 pág. 460-465.
- 6) CASSAGNE, Juan Carlos. “Derecho Administrativo”. Tomo II. Lima. Palestra Editores. 2010. Página 509, nota 109.
- 7) CASSAGNE, Juan Carlos. “El Contrato Administrativo”. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, págs. 19-25.
- 8) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El régimen de los contratos estatales en el Perú”. En: Derecho Administrativo Contemporáneo, Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo, Palestra Editores, Lima, 2007, págs. 63-106.

- 9) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Cláusulas Exorbitantes”. En: Themis N° 39, Lima, 1999, págs. 07-11.
- 10) DE SOLAS RAFECAS, José María. “Contratos administrativos y contratos privados de la Administración”. Madrid: Tecnos, 1990, págs. 24-33.
- 11) GUZMÁN NAPURÍ, Christian. “Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa”. En: Revista de Derecho Administrativo N° 07, PUCP, Lima, 2009, pág. 215.
- 12) KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. “Derecho Constitucional Económico”. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2009, pág. 724.
- 13) MARIENHOFF, Miguel S. “Contratos administrativos. Teoría general”. En: Tratado de Derecho administrativo, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, pág. 469.
- 14) NAVARRETTA, Emanuela, “Hechos y actos jurídicos”. En: Revista Jurídica del Perú. Traducción de Rómulo Morales, N° 91, Gaceta Jurídica, Lima, pág. 299.
- 15) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. “El equilibrio económico en los contratos administrativos”. En Revista de Derecho PUCP N° 66, 2011, págs. 15 y 55-87.
- 16) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Capítulo XIV: Los Contratos del Sector Público”. En: Derecho Administrativo Parte General. Décimo Tercera Edición. Madrid: Tecnos. 2017, págs. 640-643.
- 17) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge y Álvaro LOREDO ROMERO. “El equilibrio económico financiero en los contratos que se suscriben con el Estado, con especial referencia a los contratos de concesión para la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura pública”. En: Ius Et Veritas N° 33, Lima. 2006, pág. 32-54.

