

EL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Introducción. 1. Las prestaciones adicionales. 2. Las ampliaciones de plazo. 3. La excesiva onerosidad de la prestación. 4. Las implicancias del riesgo. 5. La variación de la suma alzada. 6. Las fórmulas de reajuste. 7. Las indemnizaciones de daños y perjuicios en la resolución del contrato. 8. Los desequilibrios económicos y financieros por falta de pago. 9. Conclusión.

El tercer párrafo del artículo 45.1 de la Ley de Contrataciones del Estado 30225², consagra categóricamente que la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni a arbitraje ni a la novísima Junta de Resolución de Disputas. Como si ello no fuera suficiente, acto seguido acota que “las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine de la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la

presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.”

La idea, por consiguiente, es evitar a toda costa que se discutan en las vías alternativas las discrepancias relativas a la aprobación de las prestaciones adicionales³ que son, como se sabe, aquellas que no estaban consideradas en el contrato original pero que resultan indispensables para cumplir con su objeto. Esta es, sin embargo, una definición que no aparece en el anexo incluido en el Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 350-2015-EF⁴ sino que se colige de las definiciones que sí se consignan allí y que eventualmente podrían invitar a suponer que sólo hay prestaciones adicionales en la ejecución y en la supervisión de obras, lo que ciertamente no es así.⁵

El precepto no se limita a impedir que prospere una reclamación con ese propósito. Va más allá y prohíbe igualmente que se sometan a arbitraje o a otras formas de resolución de conflictos aquellas pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o a cualquier otra con la que se pretenda encubrir lo que en realidad es un proceso que nace de la falta de aprobación

¹Abogado por la Pontificia Universidad Católica, experto en contratación pública, autor del proyecto de la primera Ley de Contrataciones del Estado del Perú, coautor de su Reglamento. Catedrático de la maestría en Gestión de la Construcción en la Universidad Nacional de Ingeniería, árbitro, conferencista y consultor internacional. Es gerente legal de la firma Cesel S.A., director de la Asociación Peruana de Consultoría y editor del semanario electrónico Propuesta, fundado en 2001.

²Promulgada el 10 de julio de 2014.

³Objetivo que no animó a la original Ley 26850, promulgada el 30 de julio de 1997, en cuyo proyecto incorporé al arbitraje como medio obligatorio de solución de controversias sin ninguna restricción habida cuenta de que no hay ninguna razón válida para limitar la competencia de esta jurisdicción. Los recortes vinieron después y no son de mi responsabilidad. Siempre me opuse a ellos. Hasta hoy.

⁴Aprobado el 9 de diciembre de 2015.

o de la aprobación parcial de prestaciones adicionales. Levanta una valla para cubrirse de la posibilidad, ciertamente frecuente, de que se le saque la vuelta a la Ley.⁶

Esa vocación policíaca, empero, no se condice con lo señalado en el artículo 34.1 que permite la modificación del contrato con el objeto de alcanzar su finalidad “de manera oportuna y eficiente” pero que al mismo tiempo prohíbe que, en el ejercicio de esta opción, se afecte “el equilibrio económico financiero del contrato, [pues] en caso contrario, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada” para restablecer aquello que puede haber desaparecido o reconstruir aquello que se hubiere destruido, en cumplimiento del principio de equidad, que es uno de los que inspiran la norma y en cuya virtud “las prestaciones y los 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.”⁷

Esta alternativa de restablecer el contrapeso económico financiero se subordina, como queda dicho, a la necesidad suprema de alcanzar la finalidad del contrato “de manera oportuna y eficiente”, esto es, que se logre a tiempo y dentro de lo previsto así como en la forma que se espera a fin de conseguir el efecto convenido. Si este objetivo pelagra, pues hay que agotar los esfuerzos para que no se pierda, no se dilate ni se obstaculice.

Para evitarlo, los contratos deben garantizar una indispensable equivalencia e interdependencia entre las prestaciones. Como contratos sinalagmáticos deben asegurar cierta reciprocidad elemental entre las obligaciones de cada una de las partes, una mínima correspondencia de unas con otras que debe permanecer hasta que concluyan las prestaciones.⁸

1. Las prestaciones adicionales

El artículo 34.2 de la Ley de Contrataciones del Estado señala que excepcionalmente y previa sustentación la entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en el caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento del monto contratado. La única condición, como se sabe, es que esas prestaciones adicionales sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. El mismo artículo faculta a la entidad a reducir las prestaciones hasta por ese mismo porcentaje. ¿Estas variaciones podrían modificar el equilibrio económico y financiero del contrato? Mientras sean pagadas y se mantenga esa razonable relación de equivalencia y proporcionalidad no debería haber problema alguno. La situación sería totalmente distinta si la ejecución de estas mayores prestaciones es ordenada por la entidad y no es reconocida la contraprestación que se le adeude al proveedor. Allí se rompería la equidad. Desaparecería esa

⁶Según el Anexo de Definiciones, “prestación” es la obra, la consultoría, el servicio o el bien “cuya contratación se regula en la Ley y en el presente Reglamento.” “Prestación adicional de obra”, a su turno, es “aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato original, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional.” “Prestación adicional de supervisión de obra” es, por último, “aquella no considerada en el contrato original, pero que, por razones que provienen del contrato de obra, distintas de la ampliación de obra, resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento al contrato de supervisión.” Dentro de este concepto también se considera a “aquellas provenientes de los trabajos que se produzcan por variaciones en el plazo de obra o en el ritmo de trabajo de obra.”

interdependencia entre las prestaciones.

El artículo 34.3, por su parte, advierte que tratándose de la ejecución de obras, las prestaciones pueden escalar hasta el quince por ciento del monto contratado, restando los denominados presupuestos deductivos vinculados. Agrega, sin embargo, que si resulta indispensable la realización de mayores prestaciones adicionales por deficiencias del expediente técnico o por situaciones imprevisibles que sobrevengan con posterioridad al perfeccionamiento del contrato y hasta el cincuenta por ciento del monto pactado, el titular de la entidad puede autorizarlas, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponderle al proyectista, pero no basta con ello. Se requiere además, para su ejecución y pago, de la autorización de la Contraloría General de la República⁹ y de la comprobación de que se cuenta con los recursos necesarios. En el caso de adicionales de obra con carácter de emergencia esa autorización se debe emitir antes del pago, dejándose abierta la posibilidad de que los respectivos adicionales se puedan ejecutar sin contar con ella. El mismo artículo 34.3 concluye admitiendo que la entidad también puede resolver el contrato y no aceptar ninguna prestación adicional, sin distinguir si esta prerrogativa sólo se aplica para aquellas que van por encima del primer tramo hasta el quince por ciento del monto contratado o si se aplica desde la primera de ellas. Como hace referencia a una

facultad discrecional que puede ejercerse o no, queda claro que la entidad puede optar por la resolución del contrato en cualquier momento en que se solicite una prestación adicional, salvo que pueda denegarla y seguir adelante.

En esa hipótesis queda claro que el contrato debería conservar su equilibrio económico financiero en tanto no se experimenten mayores variaciones en las prestaciones. Sin embargo, es posible que resolverlo de manera inesperada genere algunos desequilibrios que eventualmente irían a compensarse más adelante con la ejecución más avanzada. Hay contratos que establecen fórmulas de pago en función de la inversión ejecutada y no del trabajo realizado. En esas circunstancias es frecuente que al comienzo la inversión sea mínima y el trabajo muy intenso. Es decir, que uno y otro no sean equivalentes. Si la relación se rompe en esa coyuntura el contrato evidenciará un desbalance que habrá que corregir o reparar de alguna forma.

En los contratos de supervisión el artículo 34.4 distingue dos clases de prestaciones adicionales: las que se producen por variaciones en el plazo o en el ritmo de trabajo de la obra y las que se derivan de otras prestaciones adicionales autorizadas para la ejecución de la obra. En ambas, las mayores prestaciones deben ser indispensables para el adecuado control del trabajo. En el primer caso, el titular de la entidad puede autorizarlas bajo las mismas condiciones originales y hasta

⁶Lo que sucedía es que la fuerza de la necesidad creó controversias que bajo distintas denominaciones lo que buscaban –en muchos casos– no era burlar la ley sino encontrar el cauce adecuado para canalizar una reclamación perfectamente válida que la norma impide dilucidar en la vía que ella misma reconoce como la más idónea para el efecto, por su rapidez y por su eficiencia.

⁷Inciso i) del artículo 2 de la Ley 30225.

⁸Ver: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. “El equilibrio económico en los contratos administrativos”, en Derecho PUCP, N° 66, Año 2011, páginas 55-87.

por un máximo equivalente al quince por ciento del monto contratado, “considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas.” Cuando se supere este primer límite se requiere de la aprobación, previa al pago, de la Contraloría General de la República.

La frase entrecomillada debe concordarse con el cuarto párrafo del artículo 139 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, según el cual “para el cálculo del límite establecido en el primer párrafo del artículo 34.4 de la Ley sólo debe tomarse en consideración todas las prestaciones adicionales de supervisión que se produzcan por variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, distintos a los adicionales de obra”, precisión que elimina del cómputo a esta segunda clase de prestaciones adicionales de supervisión. En este segundo escenario, el titular de la entidad autoriza las mayores prestaciones sin ningún límite y sin el requisito de otra aprobación. La única exigencia es que se observen las mismas estipulaciones y/o precios originales y, en lo que respecta al monto, que éste sea proporcional al incremento que se registre para la ejecución de la obra, “no siendo aplicable para este caso el límite establecido en el numeral 34.2 del presente artículo”, por si subsistiese alguna duda. Queda claro que para el primer caso, el titular de la entidad las autoriza hasta el quince por ciento y de ahí hasta el límite del veinticinco por ciento las

aprueba la Contraloría General de la República. Conservar las mismas condiciones y/o precios originales también puede generar cierto desequilibrio económico y financiero en la medida de que, por otras circunstancias, las condiciones acordadas al empezar, con el correr el tiempo pueden haberse divorciado de la realidad y crear esas variaciones que terminan por convertir la prestación en excesivamente onerosa para una de las partes, concepto que no es exclusivo de los contratos de supervisión sino que, con sus respectivas variantes, puede aplicarse a todos los contratos regulados por la Ley 30225.

2. Las ampliaciones de plazo

El artículo 34.5 de la Ley de Contrataciones del Estado faculta al contratista a “solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual” para luego indicar que “de aprobarse la ampliación de plazo debe reconocerse los gastos y/o costos incurridos por el contratista, siempre que se encuentren debidamente acreditados.” Esta última anotación es fundamental para los efectos de mantener el balance económico y financiero del contrato habida cuenta de que éste se romperá con toda seguridad si no se reconocen esos gastos y esos costos. Tanto es así que, de conformidad con el artículo 140 del Reglamento, al ocuparse de las ampliaciones de plazo, sostiene que “en el

⁹La Contraloría cuenta con un plazo máximo de quince días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento que debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, según el segundo párrafo del artículo 34.3 de la Ley 30225.

caso de consultoría de obras, debe pagarse al contratista el gastos general variable y el costo directo, este último debidamente acreditado, además de la utilidad”, redondeando una filosofía óptima que comprende todos esos gastos y/o costos a los que alude el artículo 34.5 de la Ley y que, por cierto, debería extenderse a los otros servicios de consultoría¹⁰, a los servicios en general, a la adquisición de bienes y a la ejecución de obras. No hay razón valedera alguna para retacearle a un proveedor lo que en justicia le corresponde como consecuencia de la extensión del plazo de la prestación más aún cuando se produce no por deficiencias suyas ni por causas imputables de cualquier otra forma a él. Si tiene que quedarse más tiempo y tiene que incurrir en mayores costos directos e indirectos¹¹, pues no hay otra alternativa que pagarle. Lo contrario, rompe el equilibrio económico y financiero del contrato y alienta la excesiva onerosidad de la prestación. También rompe la equidad pagarle un monto que no cubre las expectativas ni los costos en los que tiene que incurrir para atender esa extensión de sus servicios, fenómeno que se presenta a menudo en economías inflacionarias y en circunstancias en las que lo que se le reconoce al proveedor en estos casos no es exactamente lo que corresponde sino una parte minúscula de eso, insuficiente para cuando menos compensar sus gastos.

La necesidad de mantener el equilibrio económico y financiero, asimismo, obliga a la

entidad a extender el plazo de los contratos directamente vinculados a aquel para el que se hubiese aprobado una ampliación.¹²

Es lo que sucede, por ejemplo, con los contratos de supervisión cuando se prolonga el plazo de la ejecución de la obra. Como ésta no puede continuar sin aquella¹³, el Reglamento prevé que si se atrasa la obra¹⁴ por causas imputables a quien la ejecuta, el contratista asume la obligación de pagar por los mayores servicios de supervisión, lo “que se hace efectivo deduciendo dicho monto de la liquidación del contrato de ejecución de obra.”

En materia de plazos también puede ocurrir que un proveedor se niegue a extender sus servicios por causas que no le son imputables a él y que son responsabilidad de la entidad, de un tercero o de casos fortuitos o de fuerza mayor. Eventualmente, hacerlo, o sea ampliar su contrato, puede romper su estabilidad económica financiera. Sin embargo, la normativa no ha considerado esta posibilidad y por el contrario lo obliga –equivocadamente desde mi punto de vista– a seguir atado a una relación que puede dejar de tener la reciprocidad necesaria.

Sobre el particular baste traer a colación la Opinión 059-2015/DTN¹⁵ con la que el Gobierno Regional de Cajamarca le consulta al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado si un supervisor se puede negar a cumplir con la extensión de sus servicios

¹⁰La elaboración de estudios de factibilidad por ejemplo son considerados como servicios de consultoría pero no de consultoría de obra pese a estar vinculados a la futura ejecución de una obra. Esa distinción acarrea una serie de complicaciones que deberían evitarse modificando el concepto de consultoría de obra incluido en el Anexo de Definiciones del Reglamento e incorporando a todos los estudios previos dentro de sus alcances.

¹¹Los costos indirectos, por contraposición a los directos que son los comprometidos en la prestación, son los denominados gastos generales en los que incurre el contratista para conservar su propia actividad empresarial y para mantenerse en el mercado.

¹²Así lo establece el antepenúltimo párrafo del artículo 140 del Reglamento de la LCE.

¹³Según el artículo 16, inciso a), de la Ley 30372 de Presupuesto del Sector Público, toda obra que tenga un valor referencial igual o mayor a S/. 4 300 000,00 debe tener supervisión obligatoria.

dispuesta como consecuencia de causas no imputables a él. La respuesta es que no puede negarse, toda vez que como toda obra debe contar con un control adecuado y permanente,¹⁶ el supervisor se encuentra obligado a velar por su correcta ejecución, “desde el inicio hasta su culminación, aun cuando el plazo pudiese resultar algunas veces más extenso de lo inicialmente establecido...”

3. **La excesiva onerosidad de la prestación**

La excesiva onerosidad de la prestación, que es otro concepto estrechamente vinculado al equilibrio económico financiero del contrato, está regulada en el Código Civil. El artículo 1440 establece que “en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.” El artículo siguiente advierte que esta disposición se aplica “a los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella” y “a los contratos aleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato.” Contratos conmutativos, de acuerdo a la definición más común, son aquellos que generan obligaciones y cargas equivalentes

y recíprocas entre las partes, razón por la que se estima que lo son aquellos que están gobernados por la Ley de Contrataciones del Estado en la medida que una parte se obliga a ejecutar una prestación a favor de la otra que, a su vez, se compromete a pagarle un monto en vía de contraprestación en la forma y las condiciones pactadas. Calzan como anillo al dedo y por consiguiente corren este riesgo de convertirse en prestaciones excesivamente onerosas. Contratos aleatorios, a su turno, son aquellos que versan sobre una esperanza incierta.¹⁷

La necesidad de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles exige que la excesiva onerosidad sobrevenga por hechos que no se producen habitualmente y que no pueden anticiparse a juzgar por las señales que se vislumbran. Una devaluación abrupta e inesperada, un aluvión o un sismo que modifica radicalmente la configuración de un terreno, el sorpresivo descubrimiento de gran cantidad de material arenoso que debe retirarse para poder estabilizar suelos y taludes. Todos ellos son hechos cuyas características se ajustan a estos requerimientos del Código Civil. El artículo 1442 del mismo cuerpo de leyes agrega que “cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad.” Luego añade que “si no se puede reducir la prestación, rige lo dispuesto en el segundo

¹⁴Artículo 161 del Reglamento

¹⁵De fecha 28 de abril de 2015.

¹⁶El documento se refiere al artículo 190 del antiguo Reglamento, cuyo equivalente es el artículo 159 del Reglamento actual que obliga a tener de modo permanente y directo, un inspector o un supervisor, según corresponda.

¹⁷El primer párrafo del artículo 1440 del Código Civil establece que “cuando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior, salvo que la obligación verse sobre una esperanza incierta, caso en el cual el contrato es aleatorio.”

párrafo del artículo 1440.” Este segundo párrafo estipula, a propósito de la reducción o del aumento de la contraprestación para que cese la excesiva onerosidad, que “si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato” que obviamente “no se extiende a las prestaciones ejecutadas.”

La acción no procede cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada sentencia el artículo 1443 del Código Civil incorporando dentro de su seno el principio universal que impide sustentar una reclamación en un hecho propio, deliberadamente propiciado por uno mismo. Como contrapartida, el artículo siguiente también prohíbe la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación.

El artículo 1445, por último, puntualiza que esta acción “caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440” en tanto que el artículo 1446 concluye señalando que este plazo “corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.” Si el proveedor inicia la acción antes del vencimiento del señalado plazo naturalmente evita que éste caduque. Actualmente se discute si iniciar el trato directo previsto contractualmente como una primera etapa obligatoria para los efectos de

emprender la solución de una controversia suspende el plazo de caducidad. Mi opinión es que lo suspende toda vez que el contratista necesariamente tiene que cumplir con esta etapa como requisito para pasar a la siguiente que puede ser la conciliación o eventualmente el arbitraje mismo. En muchos contratos el trato directo o solución amigable no puede obviarse, tiene sus propias características y sus propios plazos que deben observarse.

Eventualmente, los tres meses pueden consumirse en esta etapa y ello lógicamente tampoco puede dar pie para que se alegue la caducidad que sólo cabría en el caso de que quien la invoque no haya activado el mecanismo contractualmente previsto para reclamar. Es verdad que el texto del Código Civil está pensando para una demanda en la vía judicial y por eso menciona directamente al juez al que toca acudir para incoar la reclamación. Trasladar la institución de la excesiva onerosidad al mundo contractual y más precisamente al universo de las contrataciones públicas que dilucidan sus discrepancias en las vías alternativas, obliga a reacondicionar ciertas exigencias y amoldarlas a las características de esta realidad.

4. Las implicancias del riesgo

El riesgo, de otro lado, no se traslada al proveedor en la contratación pública a diferencia de lo que ocurre en la contratación entre privados o en materia de concesiones. El

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado ha emitido varias opiniones al respecto. Una de las primeras es altamente ilustrativa. Es la Opinión 079-2008/DOP¹⁸. Un proveedor consulta sobre la posibilidad de incorporar cláusulas de reajuste de precios en los contratos celebrados con las entidades, al amparo de la normativa sobre contratación pública y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 del Reglamento de una versión anterior de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así llamada, aprobado mediante Decreto Supremo 084-2004-PCM. Al absolver la consulta el OSCE admite que los contratos pueden considerar fórmulas de reajuste conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI. Para tal efecto, sin embargo, dice que los postores deberían solicitarlo en la etapa de consultas aunque finalmente admite que será la entidad la que decida si acoge o no ese pedido. Ello, no obstante, si durante la ejecución del contrato, la variación de las condiciones económicas altera el equilibrio y convierte a la prestación en excesivamente onerosa para el contratista, éste se encuentra plenamente facultado para iniciar un proceso arbitral con el fin de solicitar “la reducción de su prestación, el reajuste de los precios o —si no fueran viables las alternativas anteriores— la resolución del contrato.” Las opciones sirven para aclarar el concepto que engarza, como se ha destacado, con lo señalado en el artículo 34.1 de la LCE. No

se trata de encasillar el procedimiento a las reglas, a las que se ha hecho referencia líneas arriba, que el Código Civil establece para la reclamación que se formula ante el juez porque ello sería contraproducente. Pese a ello, los requisitos que exige pueden perfectamente aplicarse a la contratación pública en lo que fuere pertinente. Por ejemplo: Que se presente, la excesiva onerosidad, en los contratos de ejecución continuada, periódica y diferida. Que no sean prestaciones ya ejecutadas, que no los son en tanto queden reclamaciones pendientes de resolver y en tanto todas ellas sean siempre entendidas en función de pagos a cuenta, no cancelaciones.¹⁹

Que se genere, la excesiva onerosidad, como consecuencia de acontecimientos posteriores a la celebración del contrato y que ellos sean de carácter extraordinario e imprevisible, como el alza de materiales, de mano de obra por un aumento sorpresivo, un proceso devaluatorio o inflacionario, entre otros. El hecho extraordinario será aquel que está alejado de lo que frecuentemente sucede como situación normal o corriente. Lo imprevisible, en cambio, será aquel vinculado con lo que ordinariamente puede esperarse, esto es, lo que surge del razonamiento común y corriente de los seres humanos. En todos los casos, tal como lo señala el documento, “la parte perjudicada, tiene el derecho de pedir al Juez —en el caso de los contratos del Estado, al árbitro— la revisión del contrato, para que reduzca la prestación o aumente

¹⁸De fecha 29 de octubre de 2008.

¹⁹Según el segundo párrafo del artículo 39 de la Ley de Contrataciones del Estado “los pagos por adelantado y a cuenta no constituyen pagos finales, por lo que el beneficiario de los pagos sigue siendo responsable de los montos percibidos hasta que se haya efectuado el pago final.”

la contraprestación, a fin de hacer cesar la excesiva onerosidad.” No hacerlo sería transigir y convivir con un contrato que no es equitativo. Es interesante anotar que la legislación universal registra una evolución importante entre la doctrina que se desprende del principio del *pacta sunt servanda*, consustancial al derecho romano, en cuya virtud los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos,²⁰ y aquella otra que se concentra en el principio del *rebus in stantibus*, más propia del derecho canónico, según la cual la ejecución del contrato queda condicionada al mantenimiento del estado de las cosas existentes al momento de su suscripción.²¹ Aplicadas ambas a las contrataciones públicas, la primera permitiría responsabilizar al proveedor frente a cualquier eventualidad que afecte el equilibrio del contrato en nombre del riesgo transferido. La segunda, impediría hacerlo y más bien permitiría enarbolar la bandera de la excesiva onerosidad de la prestación para reclamar la restitución del equilibrio perturbado.

5. La variación de la sumaalzada

En el marco de las compras públicas en el Perú se admiten, como en el resto del mundo, contratos a sumaalzada y a precios unitarios. Existe un tercer sistema que combina estos dos. La norma no lo dice pero se reconoce que puedan incorporar regímenes con gastos reembolsables o sin ellos. El inciso 1 del artículo 14 del Reglamento

prevé que la sumaalzada se aplica “cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra ...” El inciso siguiente revela que el sistema a precios unitarios, por el contrario, se aplica “en las contrataciones de bienes, servicios en general, consultorías y obras, cuando no puede conocerse con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas.” En el primer caso la norma sentencia que “el postor formula su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.”²² Luego agrega que “tratándose de obras, el postor formula dicha oferta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del Expediente Técnico, en ese orden de prelación; debiendo presentar para la suscripción del contrato el desagregado de partidas que da origen a la oferta.”²³

En el segundo caso, cuando se trata de “bienes, servicios en general y consultorías, el postor formula su oferta proponiendo precios unitarios en función de las cantidades referenciales contenidas en los documentos del procedimiento de selección y se valorizan en relación a su ejecución real, durante

²⁰Código Civil, artículo 1361, primer párrafo.

²¹Ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Lima. Fondo Editorial PUCP, 2001.

²²Artículo 14, inciso 1, primer párrafo, del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 350-2015-EF.

²³Ibíd. Artículo 14, inciso 1, segundo párrafo.

²⁴Ibíd. Artículo 14, inciso 2, primer párrafo.

²⁵Ibíd. Artículo 14, inciso 2, segundo párrafo.

²⁶GANDOLFO CORTÉS, Ricardo. Las tres patas de la mesa. En Diario Gestión, martes 12 de octubre de 2004, página 15.

un determinado plazo de ejecución.”²⁴

A continuación añade que en obras “el postor formula su oferta proponiendo precios unitarios considerando las partidas contenidas en los documentos del procedimiento, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas y las cantidades referenciales, que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.”²⁵

Que varíe el presupuesto en una prestación contratada a precios unitarios no es novedad porque es referencial. Que varíe en una suma alzada puede ser frecuente pero lo que no es habitual es que se le pretenda cobrar la diferencia a la entidad, habida cuenta de que bajo este sistema el postor se obliga a ejecutar el íntegro de las prestaciones comprendidas dentro de su contrato en el plazo y por el monto ofertado. De allí se desprende el principio de la invariabilidad del precio. De allí también se desprenden los tres elementos sustanciales de este sistema: objeto, precio y plazo. Como si fuera una mesa de tres patas, según nuestro ejemplo clásico.²⁶

La Opinión 061-2016/DTN²⁷ admite que, de manera excepcional, la entidad pueda modificar el precio cuando le ordena al contratista la ejecución de prestaciones adicionales o cuando ordena la reducción de las prestaciones previstas siempre que una u otra medida resulten fundamentales para alcanzar

la finalidad del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la antigua Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo 1017²⁸, aplicable a la consulta que genera ese pronunciamiento, que es lo mismo que establece el artículo 34 de la actual Ley 30225. Esto es, cuando se modifica uno de esos tres elementos sustanciales.

Si se modifica el objeto, por circunstancias ajenas al contratista, tiene que modificarse también el precio y muy probablemente el plazo. Para que la mesa no quede coja. Como la suma alzada se aplica cuando todas las cantidades, magnitudes y calidades de las prestaciones están definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia y en los planos, en la memoria descriptiva y en el presupuesto de la obra, según lo dispuesto de manera uniforme en la normativa, sólo cabe aumentar o reducir prestaciones, según el OSCE, cuando haya que modificar alguno de esos documentos durante la ejecución contractual. Si como consecuencia de ello no se modifican también el precio y el plazo, se romperá también en este extremo el balance del contrato.

No sucede lo mismo en el caso de los precios unitarios, “aplicable en las contrataciones de bienes, servicios en general, consultorías y obras, cuando no puede conocerse con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas.”²⁹ En este sistema el postor formula su oferta proponiendo

²⁷De fecha 15 de abril de 2016.

²⁸Promulgado el 3 de junio de 2008.

²⁹Artículo 14, inciso 2, primer párrafo, del Reglamento.

³⁰Ibíd. Inciso 2, segundo y tercer párrafo.

³¹Ob. Cit. Artículo 17, inciso 1, primer párrafo.

³²Ibíd. Inciso 1, segundo párrafo.

³³Ibíd. Inciso 4.

³⁴Ha ocurrido así en contratos regulados por la Ley de Contrataciones del Estado, ciertamente de manera supletoria pero igualmente válida para los efectos del ejemplo.

determinadas tarifas en función de la información referencial que se incluye en los documentos del procedimiento de selección y que se valorizan en relación a su ejecución real, durante un determinado plazo.³⁰ Salvo que las cantidades o magnitudes desborden toda previsión y la entidad se niegue a reconocer las valorizaciones correspondientes, es improbable que en un contrato a precios unitarios se produzca su desequilibrio económico financiero.

6. Las fórmulas de reajuste

El Reglamento dispone que en los contratos de ejecución periódica o continuada de bienes, servicios y consultorías en general, pactados en moneda nacional, se pueden considerar fórmulas de reajuste para los pagos y para la oportunidad en que éstos deben hacerse efectivos. Para ese fin se empleará la variación del Índice de Precios al Consumidor que publica el INEI correspondiente al mes en que debe cumplirse la obligación.³¹

El mismo dispositivo acota que cuando se trate de bienes sujetos a cotización internacional o cuando su precio esté influido por ésta, “no se aplica la limitación del Índice de Precios al Consumidor a que se refiere el párrafo precedente.”³² Más adelante, en esa misma línea, añade que no se aplican las fórmulas de reajuste cuando “las ofertas se expresen en moneda extranjera, salvo el caso de bienes sujetos a cotización internacional o cuyo precio

esté influido por ésta.”³³ De ambas excepciones se colige que en estos casos, rige la cotización internacional cualquiera que ésta sea. Se deduce igualmente que el precio fijado en moneda extranjera, per se, está protegido de devaluaciones y fluctuaciones diversas, creencia que el crecimiento continuo de la economía nacional se ha encargado de contradecir, en los últimos años, gracias al fortalecimiento del sol respecto del dólar y a la devaluación de éste que ha obligado a muchos proveedores a reclamar, en ocasiones con éxito, la pérdida cambiaria que refleja exactamente una posición totalmente distinta a la prevista en la norma, en nombre precisamente de la necesidad de restablecer el equilibrio del contrato.³⁴

Cuando se trate de contratos de obras pactados en moneda nacional las propias bases establecen las fórmulas de reajuste y las valorizaciones se calculan con los precios originales multiplicados por el coeficiente de reajuste que se obtiene al aplicar a ellas los índices unificados de precios de la construcción que publica el INEI.³⁵

Tanto la elaboración como la aplicación de las fórmulas polinómicas se sujetan a lo dispuesto en el histórico Decreto Supremo 011-79-VC y sus modificatorias, ampliatorias y complementarias.³⁶

Este dispositivo³⁷ ha sobrevivido al paso de los tiempos y, lo que es más admirable,

³⁵Ob. Cit. Artículo 17, inciso 2, primer párrafo.

³⁶bíd. Segundo párrafo.

³⁷Aprobado el 1° de marzo de 1979.

³⁸Aprobado el 18 de agosto de 1977.

³⁹Aprobado el 29 de marzo de 1977.

⁴⁰La CIU es un índice sistemático de todas las actividades económicas a nivel mundial. Cada país tiene una clasificación adecuada a sus necesidades pero ésta, bajo la tutela de la ONU, se utiliza para comparar niveles de desarrollo y requerimientos a escala internacional con los mismos patrones.

⁴¹Artículo 2 del Decreto Ley 21825.

⁴²Artículo 17, inciso 3, del Reglamento.

a las sucesivas normas que han regulado la contratación de obras públicas. Fue expedido originalmente para implementar y adecuar los alcances del Decreto Supremo 031-77-VC,³⁸ emitido a su vez para reglamentar el Decreto Ley 21825.³⁹ Este último precepto, de un lado, que las empresas extranjeras debían asociarse con las nacionales o de lo contrario subcontratar como mínimo el 51% de la construcción, según la definición contenida en la Clasificación Internacional Uniforme de las Naciones Unidas.⁴⁰ De otro lado, estipuló que las entidades que liciten o contraten la ejecución de obras de construcción debían incorporar en sus bases y en los contratos que suscriban, fórmulas polinómicas de reajuste automático de precios “en los que se aplicarán los índices de variación de precios que establezca periódicamente el Consejo de Reajuste de Precios de la Construcción.”⁴¹

El Decreto Supremo 011-79-VC creó las fórmulas polinómicas de reajuste automático de precios en las que se recoge la incidencia en el costo de la mano de obra, materiales, equipos de construcción, gastos generales y utilidad. Tiene regulaciones muy puntuales para las valorizaciones de obra efectuada o de adicionales, para obras atrasadas, adelantadas, con adelantos específicos para materiales y con pago en bonos.

En el caso de contratos de consultoría de obras pactados en moneda nacional, los pagos se sujetan al reajuste por aplicación

de las fórmulas monómicas o polinómicas previstas en los documentos del respectivo procedimiento de selección. Para ese efecto, el consultor calcula e incorpora en sus facturas el monto correspondiente, reajustado hasta la fecha prevista para el pago, utilizando los índices de precios al consumidor que publica el INEI, con cargo a formular las regularizaciones pertinentes en las siguientes valorizaciones.⁴²

Todas las fórmulas buscan que se mantenga el equilibrio en los contratos con la seguridad de que cuando éste desaparece se rompe la equidad así como la elemental correspondencia entre unas prestaciones y otras. En ese escenario surge inevitablemente más pronto que tarde el desasosiego y el desencanto, preludio inminente de nuevos atrasos, ineficiencias y de abruptos e indeseados finales en los que todos pierden. Más, desde luego, el que espera la obra, el servicio, el estudio, el bien, el suministro. O sea, el pueblo, la provincia, la región, en suma, el Estado.

7. Las indemnizaciones por daños y perjuicios en la resolución del contrato

Si como consecuencia de la resolución del contrato la entidad queda perjudicada, ella está facultada para ejecutar las garantías que el contratista le hubiera otorgado sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados, tal como lo

⁴³ Artículo 137, primer y segundo párrafos.

⁴⁴ *Ibid.* Tercer párrafo.

⁴⁵ Código Civil, artículo 1331.

⁴⁶ *Ibid.* Artículo 1321.

dispone el Reglamento. Si, por el contrario, el agraviado es el contratista, la entidad debe reconocerle la respectiva indemnización, bajo responsabilidad de su titular.⁴³

Lo primero no reviste mayor inconveniente para la entidad pues para ejecutar las fianzas le basta con instruir al banco para que proceda a transferir un monto de una cuenta a otra. Lo segundo es más complicado. Si es el contratista el que reclama un daño, ninguna entidad le va a transferir ningún monto de una cuenta a otra a su solo requerimiento. Va a tener que someter el asunto a arbitraje, dentro de los treinta días de notificada la resolución pues si se le pasa este plazo se entenderá que ésta ha quedado consentida.⁴⁴

Lo mismo tendrá que hacer la propia entidad si es que no queda satisfecha con el monto de la garantía y pretende uno mayor por concepto de indemnización. Tendrá que recurrir a la vía arbitral para que el tribunal ordene lo que sea pertinente.

En todos los casos lo que una u otra parte persigue es restablecer cierto equilibrio que la resolución del contrato ha terminado destrozando, haciendo añicos. Uno, porque tenía la justa expectativa de coronar una prestación que iba a enriquecer su experiencia y proveerlo de nuevos ingresos. El otro, porque tenía la no menos comprensible esperanza de inaugurar el colegio, la carretera o la posta médica en un plazo determinado.

El éxito de la reclamación radica, empero, en la prueba del daño generado. Según el Código Civil, el perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso debe acreditar los daños y perjuicios sufridos como condición para solicitarlos.⁴⁵ El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sea consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si tales conductas obedecieran a una culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.⁴⁶

Cuando el contratista exige una indemnización pide la reparación del daño que la propia resolución le ocasiona, esto es, los costos directos que dejará de percibir como consecuencia de la súbita conclusión del contrato y que de seguro tendrá que afrontar con su propio peculio, por ejemplo, para liquidar al personal que dejará de prestarle servicios y que fue convocado expresamente para este trabajo que se termina inesperadamente. También solicita que se compense el lucro cesante, aquello que dejará de percibir, probablemente sus gastos generales y utilidades, con los que habría cubierto parte de sus necesidades operativas y las expectativas de sus accionistas o propietarios.

⁴⁷Ley 30225, artículo 39, primer párrafo.

⁴⁸Ibíd. Segundo párrafo.

⁴⁹Ibíd. Tercer párrafo.

⁵⁰Artículo 104 del REGAC, aprobado mediante Decreto Supremo 208-87-EF de fecha 5 de noviembre de 1987, cuyo texto final tuve el alto honor de revisar antes de que sea remitido a Palacio de Gobierno.

⁵¹Código Civil, artículo 1244.

⁵²Ibíd. Artículos 1245 y 1246.

8. Los desequilibrios económicos y financieros por falta de pago

El artículo 39 de la Ley de Contrataciones del Estado estipula que el pago se realiza después de ejecutada la prestación. Luego agrega que se pueden establecer pagos a cuenta. Excepcionalmente, admite, puede hacerse todo un pago por adelantado cuando esa sea la condición “para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios.” A continuación reconoce que los pagos por adelantado y a cuenta no constituyen pagos finales, razón por la que quien los recibe mantiene su responsabilidad hasta que se haya cancelado toda la contraprestación.⁴⁸

El mismo artículo, empero, señala que en caso de retraso en el pago por parte de la entidad, salvo que se deba a un caso fortuito o de fuerza mayor, hay que reconocerle al contratista los intereses legales correspondientes, dejando a salvo el derecho de la entidad de cobrar los respectivos montos a los responsables de la demora. Idéntico derecho le corresponde a la entidad en el caso más improbable de que ella sea la acreedora.⁴⁹

La forma más obvia de propiciar el desequilibrio del contrato es cuando una parte cumple su obligación y la otra no. Cuando una, el proveedor, suministra el bien, presta el servicio o ejecuta la obra y la otra, o sea la entidad, no paga. El antiguo Reglamento General de las Actividades de Consultoría

(REGAC) preveía, en estas circunstancias, que a partir del vencimiento del plazo sin que se haya cumplido con pagar, el consultor tenía derecho a percibir intereses y comisiones iguales a las máximas que establezca el Banco Central de Reserva del Perú para los préstamos que bajo cualquier modalidad realicen los bancos comerciales.⁵⁰

Esa sana previsión desafortunadamente no se ha reproducido en la legislación posterior. El interés legal que reconoce la actual normativa también es fijado por el Banco Central de Reserva⁵¹ pero es manifiestamente menor que el interés comercial. El Código Civil preceptúa que cuando deba pagarse algún interés sin haberse fijado la tasa, se debe abonar el interés legal y si no se ha convenido en un interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y en su defecto, el interés legal.⁵²

El artículo 149 del Reglamento obliga a la entidad a pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince días calendario siguientes a la conformidad que ella misma emite respecto de los bienes, servicios y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.⁵³ En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, repite luego, subrayando que éstos se computan “desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.”⁵⁴ No lo

⁵³Artículo 149, primer párrafo.

⁵⁴Ibíd. Segundo párrafo.

⁵⁵Artículo 166, último párrafo.

dice pero es obvio que siguen corriendo hasta que se concrete el pago.

Si se trata de obras, el artículo 166 establece la forma en que se pagan las valorizaciones y metrados. A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago y si éste no se efectúa, el contratista tiene derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los ya citados artículos 1244, 1245 y 146 del Código Civil.⁵⁵

El resarcimiento por la falta de pago no sólo se limita a los intereses legales de por sí diminutos sino que incluye los daños y perjuicios que ese incumplimiento ha generado entre los que se encuentra todo aquello que el proveedor no ha podido hacer por carecer de ese dinero, en el momento y en la circunstancia prevista. La doctrina lo denomina costo de oportunidad. Se puede definir como el valor de la inversión que no se realiza precisamente por la falta de pago. Se mide por la rentabilidad esperada, por lo que se iba a hacer con ese capital que no ingresa a la caja o que demora en entrar. Y se calcula en función de las expectativas previsibles de los accionistas o dueños de las empresas, explorando las decisiones que habrían adoptado con esos fondos.

9. Conclusión

La inclusión del principio del equilibrio económico financiero del contrato dentro de la Ley de Contrataciones del Estado constituye un avance significativo. Que venga

aparejado del derecho a ser compensado económicamente cuando ese equilibrio se perturba, en atención al principio de equidad, es un adelanto todavía mayor. La clave está en la forma en que ambos principios se plasmarán en la práctica. Sin ninguna duda, tendrán que encontrar sus caminos a través de las vías alternativas de solución de conflictos que la propia norma contempla pero deberán hacerlo con la cautela necesaria para que no parezca que esconden alguna reclamación que se derive de la falta de aprobación o de la aprobación parcial de algunas prestaciones adicionales que deberán transitar por los pasillos judiciales. Mientras no colisionen con esta materia, proscrita aún para el mundo arbitral, las perspectivas se avizoran favorables a la equidad y a la justicia. En buena hora.