

El equilibrio económico financiero del contrato y las prestaciones adicionales en las contrataciones del Estado: A propósito de las materias no sujetas a los mecanismos de solución de controversias

The economic and financial balance of the contract and the additional renderings in the public procurement: Given the issues non subject under the dispute resolution mechanisms

Luis Fernando Villavicencio Benites

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), titulado en los Programas de Segunda Especialidad de la PUCP en Derecho Administrativo y Derecho Público y Buen Gobierno. Secretario Arbitral Senior del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Maestrando del máster en Contratación Pública por la Universidad Castilla - La Mancha. Actualmente, es adjunto de docencia del curso de Principios Jurídicos de Buen Gobierno del PSE de Derecho Público y Buen Gobierno.

RESUMEN

En la presente investigación, se busca cuestionar la existencia de materias no sometidas a los mecanismos de solución de controversias que contempla el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado. Dicho cuestionamiento tiene como sustento al principio de equilibrio económico financiero del contrato, ya que las referidas materias excluidas son aquellas que derivan de la falta de aprobación o aprobación parcial de prestaciones adicionales, o lo que es lo mismo, del ejercicio de una potestad exorbitante. Así, en el entendido que el mencionado principio cumple la función de proteger al contratista de las decisiones unilaterales de la Administración Pública, una interpretación extensiva del mismo debería permitir que tales controversias se ventilen a través de los medios que la Ley prevé, y no por medio de Poder Judicial.

ABSTRACT

The following research attempts to question the existence of issues non evaluated under the dispute resolution mechanisms, which is contemplated under the Unique Ordered Text of the Public Procurement Laws. The questioning uses as an argument the principle of economic and financial balance of the contract, because the excluded issues are derived from the lack of approval, or partial approval of additional renderings; which is the same as the exercise of an exorbitant power. Moreover, understating that the mentioned principle complies with the function of protecting a contractor from the unilateral decisions of the Public Administration, an extensive interpretation should allow that such controversies be evaluated under the mediums that the law provides, and not through the State Judicial Power.

PALABRAS CLAVE

Contratación pública | Potestades exorbitantes | Prestaciones adicionales | Equilibrio económico financiero del contrato | Mecanismos de solución de controversias

KEYWORDS

Public procurement | Exorbitant powers | Additional obligations | Financial and economic equilibrium of a contract | Dispute resolution mechanisms

SOBRE EL ARTÍCULO

El siguiente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 29 de noviembre de 2019 y aprobado para su publicación el 23 de junio de 2020.

SUMARIO

1. Introducción; **2.** Contratación pública y potestades exorbitantes: naturaleza de las prestaciones adicionales en las contrataciones del Estado, **2.1.** Generalidades de las potestades exorbitantes en la contratación pública, **2.2.** Modificaciones al contrato en la Ley de Contrataciones del Estado: Prestaciones adicionales como potestad exorbitante; **3.** Principios en la contratación pública y equilibrio económico financiero del contrato, **3.1.** La importancia de la aplicación de principios en las contrataciones del Estado, **3.2.** Conceptualización del principio de equilibrio económico financiero del contrato; **4.** Solución de controversias y equilibrio económico financiero del contrato, **4.1.** Solución de controversias en las contrataciones del Estado, **4.2.** El equilibrio económico financiero del contrato como sustento para rebatir la existencia de materias no sujetas a los mecanismos de solución de controversias; **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. De acuerdo con el portal web CONOSCE del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), tan solo en el año 2018, el monto adjudicado en procedimientos de selección en todas las regiones del Perú, arrojo un total de S/ 46,585.00 millones, cifra que representa aproximadamente el 6.4% de nuestro PBI (INEI, 2019). Dada su relevancia social y económica, las políticas y normativa en materia de compras públicas no se reducen a una simple 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. Así pues, 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 (Bezchinsky y López, 2012, p. 01).

En ese sentido, es de suma relevancia que todo ordenamiento jurídico cuente con los mecanismos necesarios para asegurar el correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por los proveedores que se vinculan con la Administración Pública. Sin perjuicio de ello, también es importante que el sector privado vea protegida su inversión en caso la Entidad contratante proceda de manera arbitraria.

Sin embargo, en el terreno de los hechos, los proveedores del Estado muchas veces no ven garantizado su derecho a recibir el pago por la ejecución de determinadas prestaciones.

Un claro ejemplo de esta problemática son las prestaciones adicionales llevadas a cabo sin la aprobación o aprobación parcial de la Entidad. Esto último surge, en la mayoría de casos, cuando la Administración Pública exige al contratista la ejecución de prestaciones adicionales, con cargo a regularizarlas y formalizarlas de forma posterior a su cumplimiento. Dicha situación puede ocurrir debido a que urge con premura que se lleven a cabo estas acciones; no obstante, el problema se origina cuando el proveedor, actuando de buena fe, ejecuta las prestaciones adicionales requeridas y la Entidad jamás las formaliza. Ante ello, la vía por la cual el proveedor perjudicado puede hacer valer sus derechos, no son los mecanismos de solución de controversias recogidos en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado¹ (en adelante, TUO de la LCE) y su Reglamento² (en adelante, el Reglamento), sino el Poder Judicial.

La presente investigación tiene como objetivo plantear que no existe alguna justificación para que las controversias que surjan a raíz de la ejecución de prestaciones adicionales sin la aprobación o aprobación parcial de la Entidad, sean llevadas ante el Poder Judicial, ya que, cualquier tipo de conflicto en la ejecución del contrato debería ser revisado empleando la conciliación, el arbitraje o la junta de resolución de controversias.

En efecto, se propone que estas controversias puedan ser llevadas ante los mencionados medios de solución de controversias. Para tal fin se empleará la figura del principio de equilibrio económico financiero del contrato, el cual, si bien tiene como finalidad garantizar que deba existir reciprocidad entre las obligaciones de cada una de las partes, de modo que exista correspondencia de unas con otras y se los pueda considerar como equivalentes a las prestaciones pactadas (Rodríguez, 2011, pp. 55-87); también puede ser aplicado de forma extensiva hacia los mecanismos de solución de controversias, pues la equivalencia entre las prestaciones pactadas también implica que los conflictos que surjan sean analizados por especialistas que tengan pleno conocimiento sobre la materia, evitando encargar dicha tarea a una institución caracterizada por su lentitud en la resolución de casos.

2. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y POTESTADES EXORBITANTES: NATURALEZA DE LAS PRESTACIONES ADICIONALES EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

2.1. Generalidades de las potestades exorbitantes en la contratación pública.

La institución del contrato constituye uno de los pilares básicos del orden económico de nuestra civilización y es el cauce a través del cual se realizan las funciones económicas básicas de intercambio y distribución de toda clase de bienes y servicios entre los individuos y los grupos sociales. Por contrato, los bienes cambian de manos (se compra y se vende; se adquiere y se transmite); se establecen derechos de utilización limitada de cosas de otro (por ejemplo, arrendamiento); se realizan las actividades financieras y de crédito (préstamos en el más amplio sentido de la palabra) y los servicios, gratuitos o retributivos, que, en nuestro sistema jurídico, partiendo del esquema de la libertad personal, una vez desaparecidas las formas de servidumbre o de esclavitud, son objeto de contratación (contratos de trabajo, de mandato, de gestión, de arrendamiento de servicios, etc.) (Díez-Picazo, 2004, p. 08)

1 Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 (modificada mediante Decretos Legislativos N°'s 1341 y 1444), aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF.

2 Reglamento de la Ley N° 30225, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

De este modo, la libertad contractual se manifiesta en la voluntad autónomamente expresada, que determina el establecimiento de las estipulaciones que las partes se otorgan de manera libre, pudiendo, en ciertos casos, hacer exclusión parcial o total de la norma jurídica, y que son obligatorias para ellas desde el punto de vista jurídico (Castrillón, 2008, p. 155).

Al respecto, el artículo 62 de la Constitución se refiere a la libertad de contratar en los siguientes términos: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato (...)”. Respecto de dicho derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“(...) se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo (fruto de la concertación de voluntades) debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Tal derecho garantiza, prima facie:

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual (...)” (2005, fundamento jurídico 9).

Sobre este derecho, Landa indica que “la contratación es un acto de orden civil, que está reconocido por el ordenamiento jurídico constitucional, en tanto existe y es gestora de las relaciones personales y patrimoniales de los ciudadanos. Pero, lo cierto es que la libertad contractual garantizada por la Constitución Política de 1993 no alcanza sólo a la libertad de contratar en el sentido civil patrimonial del término, sino también a la libertad de toda persona para coincidir en voluntades con otra y generar una convención sobre cualquiera de las materias que resulten lícitas para el Derecho. Es decir, se garantiza también el derecho a convenir por temas no patrimoniales” (2014, p. 314).

Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener en cuenta que el ejercicio de la libertad contractual, no necesariamente es manifestación de las relaciones jurídicas que se originan en la contratación pública, sino todo lo contrario. Muestra de ello es el artículo 76 de la Constitución, según el cual:

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.

Sobre el particular, Chanamé menciona que la función constitucional del artículo 76 consiste en determinar y -a su vez- garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento especial que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. Su objeto es lograr el mayor grado

de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado (2015, p. 522).

En esta línea de interpretación, el Tribunal Constitucional, se ha pronunciado sobre el contenido del artículo 76 de la Carta Magna, conforme se aprecia a continuación:

“La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos” (2004, fundamento jurídico 12).

Es decir, antes que ser una manifestación de la libertad contractual, los contratos administrativos son una limitación a dicha libertad debido a que las partes no pueden pactar de acuerdo con su sola voluntad pues se encuentran sometidas a un régimen donde prima el interés general y donde las reglas de juego están sujetas a una intensa regulación (Vargas y Villavicencio, 2019, p. 266).

En efecto, para la consecución de sus fines, el Estado requiere adquirir diversos bienes y servicios de distintos proveedores, privados o públicos, utilizando fondos y recursos públicos (Kresalja y Ochoa, 2009, p. 724). Dicha actividad se somete a un régimen particular, es decir, a una serie de reglas y disposiciones que lo dotan de orden y control.

Así, el contratado administrativo debe ser comprendido por sus particularidades especiales, las mismas que los diferencian de los contratos de corte civil. De acuerdo con Morón y Aguilera, los elementos esenciales de la contratación administrativa son los siguientes:

1. Ausencia de libertad estipulativa en su formación.
2. Función instrumental al servicio del interés público.
3. Sujeción del contrato a la planeación estatal.
4. Desigualdad reglada entre las partes o subordinación jurídica del contratista.
5. Prerrogativas exorbitantes en favor del Estado, respecto a la contratación común.
6. La publicidad y transparencia como reglas generales, esto es auditable por todos.
7. Acceso de los potenciales contratistas al procedimiento de selección en condiciones de igualdad.
8. Formación del consentimiento bajo el esquema de una invitación a ofertar.
9. El contrato administrativo suele ser de duración prolongada.
10. El contrato administrativo admite su mutabilidad de forma unilateral (para la administración).

11. Interpretación legalista del contrato y no bajo un criterio voluntarista.
12. Existencia de procedimientos de selección debidamente reglados.
13. El contrato administrativo requiere de un perfeccionamiento documental.
14. Ofrece protección patrimonial al contratista, mediante el equilibrio económico financiero del contrato (2017, pp. 26-40).

De las características mencionadas, llama poderosamente la atención la figura de las potestades exorbitantes. Recordemos que el contrato administrativo se diferencia del contrato privado, en la medida que el primero se rige por determinadas reglas cuya finalidad es la de tutelar el interés público. En ese sentido, el ordenamiento jurídico dota de ciertas facultades a la administración pública que en el ámbito civil podrían considerarse como cláusulas leoninas o abusivas. Esto es, los contratos administrativos serán aquellos cuya composición admitirá la inclusión de potestades exorbitantes y que tendrán por objeto actividades vinculadas a las funciones de la Administración contratante, las cuales serán de su específica competencia.

Sobre las potestades exorbitantes De la Puente y Lavalle refiere 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 “finés 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 aquélla que en las relaciones de la Administración con el co-contratante confía a la primera poderes exorbitantes con respecto al segundo” (1999, pp. 07-11).

En el mismo orden de ideas, Sánchez Morón 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” (2017, p. 640).

Del mismo modo, para 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” (1998, p. 879-891).

Finalmente, conforme a los citados autores, podemos concluir que las potestades exorbitantes son clara muestra del régimen particular que envuelve a la contratación pública, pues son manifestaciones propias de las facultades de ius variandi de la Administración Pública, cuya finalidad es la protección y tutela del interés general. En ese sentido, se tratan de reglas y disposiciones que dotan al Estado de cierta discrecionalidad para ordenar y controlar la ejecución de las prestaciones y obligaciones a cargo del contratista.

2.2. Modificaciones al contrato en la Ley de Contrataciones del Estado: Prestaciones adicionales como potestad exorbitante.

Luego de llevar a cabo una breve aproximación al concepto de las potestades exorbitantes en los contratos administrativos, corresponde que estudiemos la existencia de las mismas en nuestro ordenamiento jurídico. Así, el TUO de la LCE y su Reglamento, recogen distintas manifestaciones de este tipo de prerrogativas; no obstante, a efectos de la presente investigación, nos enfocaremos en las modificaciones al contrato.

De acuerdo a las normas citadas, estas modificaciones al contrato son esencialmente las siguientes: Adicionales y reducciones; ampliación del plazo contractual; cesión de posición contractual; y, otras modificaciones al contrato. En el cuadro a continuación podremos apreciar con mayor amplitud su actual regulación:

| Supuesto de modificación contractual | Regulación en el TUO de la LCE y su Reglamento |
|---|--|
| Adicionales y reducciones (regulado en el artículo 34, numerales 3 al 8, del TUO de la LCE y 157 de su Reglamento) | Por medio de esta modalidad de modificación contractual, el titular de la Entidad puede, mediante resolución previa, de forma excepcional y contando con la sustentación del área usuaria de la contratación, 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. Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. No obstante, en el supuesto que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra mayores al quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente técnico de obra y que no son responsabilidad del contratista, estas podrán llevarse a cabo hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado. En este último caso, para la ejecución y pago de las prestaciones adicionales, debe contarse con la autorización previa de la Contraloría General de la República. La Contraloría General de la República contará con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. |

| | |
|---|---|
| <p>Ampliación del plazo contractual (regulado en el artículo 34, numeral 9, del TUO de la LCE y 158 de su Reglamento)</p> | <p>El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual. Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos: a) Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado; y, b) Por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista. El contratista solicita la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización. La Entidad resuelve dicha solicitud y notifica su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tiene por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del titular de la Entidad.</p> |
| <p>Cesión de posición contractual (regulado en el artículo 159, del Reglamento)</p> | <p>Solo procede la cesión de posición contractual del contratista en los casos de transferencia de propiedad de bienes que se encuentren arrendados a las Entidades, cuando se produzcan fusiones, escisiones o que exista norma legal que lo permita expresamente.</p> |
| <p>Otras modificaciones al contrato (regulado en el artículo 34, numeral 10, del TUO de la LCE y 160 de su Reglamento)</p> | <p>Cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto. Cuando la modificación implique el incremento del precio debe ser aprobada por el titular de la Entidad y deberá contar con certificación presupuestal. Este tipo de modificaciones deberán cumplir con los siguientes requisitos y formalidades: a) Informe técnico legal que sustente: i) la necesidad de la modificación a fin de cumplir con la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, ii) que no se cambian los elementos esenciales del objeto de la contratación y iii) que sustente que la modificación deriva de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no son imputables a las partes; b) En el caso de contratos sujetos a supervisión de terceros, corresponde contar con la opinión favorable del supervisor; y, c) La suscripción de la adenda y su registro en el SEACE, conforme a lo establecido por el OSCE.</p> |

De las modificaciones mencionadas, nos abocaremos en las prestaciones adicionales al contrato, pues es a raíz de la misma que surge el objetivo de la presente investigación. Sobre el particular, se podrá apreciar que la norma es bastante clara al disponer que la Administración Pública puede modificar **unilateralmente** el contrato, ordenando la implementación de adicionales hasta por determinados porcentajes 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 dicha prerrogativa de ordenar la modificación unilateral del contrato fue recogida en las normas que precedieron a la actual regulación en materia de contrataciones con el Estado, pero sin incluir al principio de equilibrio económico financiero. Asimismo, 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 menor a lo actualmente establecido. Podemos observar:

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

Fue recién con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1017 y su reglamento, que dicho límite porcentual se incrementó. Asimismo, se diferenciaron los adicionales y reducciones de prestaciones de servicios, bienes y consultorías, con los de obras:

| 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</p> <p>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>41.2 Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original. (...)</p> <p>En el supuesto de que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado (...).</p> | <p>Artículo 174.- Adicionales y Reducciones</p> <p>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> |

De los cuadros esbozados concluiremos que, en efecto, nos encontramos ante una clara potestad exorbitante de la Administración Pública, dado que, en ninguna otra relación comercial, se podría aceptar una cláusula en la que se estipule una disposición con tales características. De darse dicho escenario, nos encontraríamos ante un supuesto de cláusula leonina, no obstante, en el ámbito de las contrataciones públicas su existencia se justifica, pues la finalidad pública de las mismas busca tutelar el interés público.

Sobre el particular, mediante Opinión N° 153-2018/DTN, la Dirección Técnico Normativa del OSCE, manifiesta lo siguiente:

(...) se desprende que una Entidad tiene la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales en los contratos suscritos bajo el ámbito de la normativa de Contrataciones del Estado, a efectos de alcanzar la finalidad pública y satisfacer la necesidad

que originó dicha contratación; lo cual responde al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, que se enmarca dentro de lo que la doctrina denomina como “cláusulas exorbitantes” que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público –como es el régimen de contrataciones del Estado–, en los que la Administración Pública representa al interés general –el servicio público–, y su contraparte representa al interés privado. De esta manera, se advierte que la potestad de disponer la ejecución de prestaciones adicionales, que prevé la normativa de contrataciones del Estado, ha sido conferida a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público en los contratos que celebra para abastecerse de los servicios –bienes y obras– necesarios para cumplir con las funciones que le ha asignado la ley.

Sin perjuicio de la Opinión citada, previamente el OSCE ya había reconocido la naturaleza de las prestaciones adicionales a través de la Opinión N° 043-2006/GNP, conforme la cual³:

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. La norma citada se enmarca dentro de las 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 las 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.

Ahora bien, debemos recalcar no solo la naturaleza de las prestaciones adicionales como potestad exorbitante, sino además, los requisitos que la normativa sobre contratación pública exige que sean cumplidos previamente a su exigencia. Así, tenemos que las prestaciones adicionales deben llevarse a cabo de manera excepcional y siempre y cuando coadyuven a alcanzar la finalidad del contrato. Adicionalmente, se debe contar con una resolución previa aprobatoria emitida por el titular de la Entidad y con la sustentación del área usuaria de la contratación.

A mayor abundamiento, la Opinión N° 043-2017/DTN del OSCE, describe a detalle la importancia de cumplir con dichos requisitos:

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. 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,

3 La norma aplicable en la citada Opinión es el artículo 42 del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM - Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; y el artículo 231 del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM – Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

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.

3. PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO

3.1. La importancia de la aplicación de principios en las contrataciones del Estado.

De acuerdo con Robert Alexy, 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” (1988, pp. 139-151).

En ese orden de ideas, la figura de los principios también cumple un rol fundamental en las contrataciones del Estado. Así, tenemos que el artículo 18 de la Directiva N° 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, regula algunas disposiciones sobre los referidos 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”.

Se debe también mencionar a la : DIRECTIVA 2014/25/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE (Texto pertinente a efectos del EEE) Por su parte, el artículo 02 del TUO de la LGE, recoge una serie de principios cuya función fundamental es la de velar por una contratación pública transparente y competitiva. De los diez principios que enumera el aludido artículo, destacan, entre otros, el principio de libertad de concurrencia, conforme al cual 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, encontrándose prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores; el principio de transparencia, que dispone que 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 concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad; o, el principio de eficacia y eficiencia, el cual establece que 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.

Estos principios son los que el legislador ha considerado básicos para encauzar; por un lado, los actos de los interesados, postores, adjudicatarios, y contristas del Estado; y por el otro, de la Entidad pública licitante y contratante. Pero no se trata de una orientación meramente indicativa, sino de verdaderos límites a la discrecionalidad de la Administración y a la libertad de actuación de los particulares dentro de las relaciones pre y poscontractuales, de modo que permiten el control concurrente o posterior sobre su corrección, a través de los principios (Morón, 2017, p. 195).

Esto es, para la contratación administrativa, los principios no solo representan mandatos empleados para que los procedimientos de selección y contratos se lleven a cabo de manera eficiente y con la menor onerosidad posible, sino también, constituyen atenuantes de las potestades exorbitantes que detenta la Administración Pública.

En efecto, del listado de principios establecidos en el referido artículo 02, debemos poner especial énfasis en el principio de equidad, conforme al cual 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.

Al respecto, Morón Urbina y Aguilera Becerril, señalan que el mencionado principio: “(...) hace referencia a criterios propios del carácter conmutativo de todo contrato celebrado en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado. Por el carácter conmutativo del contrato, las partes han establecido una equivalencia entre las obligaciones recíprocas, y además, han asumido el compromiso de que esta equivalencia se mantenga hasta la conclusión del contrato” (2017, p. 88).

Dicho principio nos aproxima al mandato que se pretende analizar, pues es evidente la vinculación existente entre ambos, sobre todo porque, en esencia, ambos tienen como finalidad el proteger los derechos adquiridos por el contratista al vincularse contractualmente con el Estado, siendo clara muestra de ser una medida paliativa ante el ejercicio de las potestades exorbitantes que detenta la Administración Pública.

3.2. Conceptualización del principio de equilibrio económico financiero del contrato.

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 subsistían (Cassagne, 2010, p. 509).

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 la 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 previstas (López, 2012, p. 35).

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 normas, que constituyeron reformas legislativas sustantivas en diversos ámbitos; 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 las contrataciones del Estado en nuestro ordenamiento jurídico, la incorporación del principio de equilibrio económico financiero del contrato tuvo lugar recién con la entrada en vigencia de la Ley N° 30225 en el año 2016, no teniendo ninguna referencia previa en los precedentes normativos sobre la materia.

Actualmente la regulación de dicho principio en nuestro TUO de la LCE, ha mantenido la redacción original que se le diera inicialmente en la Ley N° 30225, ubicándose en el artículo 34 del mencionado cuerpo normativo, en la sección referente a las modificaciones al contrato:

“Artículo 34.-

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”.

En relación al concepto de dicho principio, de acuerdo con Libardo Rodríguez: “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” (2011, pp. 55-87).

Por su parte, Marienhoff señala que: “(...) 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)” (1998, p. 469).

En dicha línea argumentativa, Santistevan de Noriega y Loredo Romero definen que:

“(...) 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 varíen 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” (2006, p. 42).

Sin perjuicio de las definiciones precitadas, nos acogeremos al análisis realizado por Cajaville Peluffo, 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.
 - 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 co-contratante, que en nada ve atenuadas la existencia y exigibilidad de sus obligaciones contractuales (2011, pp. 460-465).

Conforme podemos apreciar de los mencionados 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, a través de prestaciones adicionales por ejemplo, que puede realizar el Estado a determinado contrato.

A continuación, podremos apreciar cómo las Opiniones del OSCE han ido incorporado el principio de equilibrio económico financiero del contrato, a través de los años:

Opinión N° 061-2008/DOP, del 01 de setiembre del 2008⁴:

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 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. 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.

Opinión N° 182-2017/DTN, del 25 de agosto de 2017⁵:

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.

No obstante, si bien existiría este instrumento para amortiguar el ejercicio de la

-
- 4 La norma aplicable en la citada Opinión es el artículo 42 del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM - Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
 - 5 La norma aplicable en la citada Opinión es el artículo 34 de la Ley 30225 y el 139 del Decreto Supremo N° 350-2015-EF.
 - 6 Cabe precisar que, 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., resultan muy ilustrativas, en la medida que la Administración Pública está reconociendo el pago de los costos adicionales, toda vez que la generación de estos, es atribuible a un “hecho del príncipe”.

potestad exorbitante de la Administración Pública para exigir prestaciones adicionales, la aplicación del principio de equilibrio económico financiero del contrato no llega a cubrir del todo al contratista cuando se ve afectado por este tipo de decisiones. Claro ejemplo de ello, es la imposibilidad de poder someter a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el TUO de la LCE, a aquellas pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación o aprobación parcial prestaciones adicionales, ya que estas tendrían que dilucidarse en el Poder Judicial.

Una aplicación extensiva del principio objeto de la presente investigación, no solo debería procurar que exista equivalencia entre las prestaciones de las partes que conforman un contrato estatal, sino además, debería poder garantizar que las controversias que surjan sobre cualquier materia, puedan ventilarse a través del arbitraje, la conciliación o la junta de solución de controversias, y no en el Poder Judicial. Ello en el entendido que la mencionada equivalencia también implica que se garantice para los contratistas, medios de solución de conflictos céleres, especializados y eficientes. Dicha discusión la abordaremos a detalle en el siguiente apartado.

4. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO DEL CONTRATO

4.1. Solución de controversias en la Ley de Contrataciones del Estado.

Una vez que el contrato existe y se establece la relación bilateral entre la Entidad y el contratista, la primera puede incurrir en actos contractuales arbitrarios e ilegales, como aquellos calificados como prerrogativas exorbitantes cuando se usan en forma desproporcionada, sin causa aparente o con vicio de poder. En ese elenco de vicios emblemáticos en la fase contractual, podemos encontrar la aplicación de penalidades indebidas, discrepancias sobre la interpretación de algún alcance del contrato, la intervención de obras sin un atraso real, ejecución de fianzas cuando no hay causal o habiendo controversia, la consideración una menor cantidad de prestaciones ejecutadas para pagar menos, la valoración inferior a lo pactado en pagos a cuenta, el retraso en los pagos, entre otros. Frente a estos actos arbitrarios, los contratistas del Estado tienen mecanismos de protección la conciliación administrativa, el arbitraje y la junta de resolución de disputas (Morón y Aguilera, 2017, p. 176).

De este modo, el numeral primero del artículo 45 del TUO de la LCE establece que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Asimismo, el tercer numeral del mencionado artículo establece que las partes pueden recurrir a la junta de resolución de disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes.

En relación al arbitraje, el artículo 63 de nuestra Constitución Política dispone que el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor, asimismo, también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley. Esto es, existe una habilitación constitucional que permite al Estado y privados, resolver las controversias que surjan de una relación contractual mediante el arbitraje.

Cabe señalar que, de acuerdo al artículo 139 de la mencionada Carta Magna, no

existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. Lo cual implica que los árbitros ejercen potestad jurisdiccional, por lo que sus decisiones tendrán categoría de cosa juzgada. Sobre el particular, recordemos que el artículo 59 del Decreto Legislativo N° 1071 ha establecido que todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. El laudo produce efectos de cosa juzgada.

A mayor abundamiento, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido la naturaleza jurisdiccional del arbitraje:

Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1° de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5°, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo” (2006, fundamento jurídico 14).

Por otro lado, la conciliación se erige como otro medio de solución de controversias alternativo, para fortalecer las relaciones entre las partes y no produce ganadores ni perdedores, ya que ambas partes son favorecidas con el acuerdo logrado, dado que la solución al conflicto fue construida entre todos. Es un mecanismo que permite ahorrar tiempo y dinero en relación con los procesos judiciales o arbitrales. Es ágil porque se desarrolla, por lo general, en las audiencias que las partes consideren necesarias y sin formalidades. El acuerdo lo hacen las propias personas involucradas en el problema, permitiendo que la Entidad y el contratista logren resolver sus discrepancias a través de su participación activa. Ellos mismo controlan el procedimiento y la decisión (Morón y Aguilera, 2017, p. 177).

Actualmente, dicho mecanismo se encuentra regulado por la Ley N° 26872 – Ley de Conciliación, la cual en su artículo 02 dispone que la conciliación propicia una cultura de paz y se realiza siguiendo los principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía. Asimismo, en su artículo 03 establece que se trata de una es una institución consensual, en tal sentido los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes.

Finalmente, respecto a la junta de resolución de disputas el numeral octavo del artículo 45 del TUO de la LCE señala que: “(...) en los casos en que resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento”.

De forma complementaria, dicho mecanismo es regulado por la Directiva N° 012-2019-OSCE/CD, la misma que en su numeral 6.1 indica que: “Las partes pueden pactar en el contrato de obra o bien acordar incorporar a un contrato ya suscrito que la solución de controversias esté a cargo de una JRD en aquellos contratos cuyos montos sean iguales o superiores a cinco millones de soles. Las partes están obligadas a incluir la solución de sus controversias a la JRD al momento de la suscripción de contratos cuyos montos sean superiores a veinte millones de soles provenientes de procedimientos de selección convocados a partir del año 2020”.

Ahora bien, parecería que los contratistas tendrían garantizado su derecho a que las controversias que pudiesen surgir en la etapa de ejecución contractual puedan ventilarse a través de mecanismos céleres y especializados; sin embargo, actualmente el mencionado artículo 45 del TUO de la LCE, guarda en su redacción una excepción carente de toda justificación, pero que a la luz del principio de equilibrio económico financiero del contrato, puede ser rebatido. Ello lo desarrollaremos a profundidad a continuación.

4.2. El equilibrio económico financiero del contrato como sustento para rebatir la existencia de materias no sujetas a los mecanismos de solución de controversias.

Si bien el TUO de la LCE pone a disposición del contratista hasta tres medios de solución de controversias en la etapa de ejecución contractual, el numeral cuarto del artículo 45 de la mencionada norma dispone las siguientes excepciones:

Artículo 45.-

(...)

45.4 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 arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, 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 norma 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 adicionales que son, como se sabe, aquellas que no estaban consideradas en el contrato original pero que resultan indispensables para cumplir con su objeto. 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 o de la aprobación parcial de prestaciones adicionales (Gandolfo, 2016, p. 67).

Es decir, el TUO de la LCE, adopta un criterio negativo al establecer qué materias no pueden ser sometidas a los mecanismos de solución de controversias, siendo estas las siguientes:

- i. Controversias referidas a pretensiones sobre enriquecimiento sin causa o

indebido que se deriven u originen en la falta de aprobación (total o parcial) de prestaciones adicionales por parte de la Entidad o la Contraloría.

- ii. Controversias sobre pretensiones referidas al pago de indemnizaciones que se deriven u originen en la falta de aprobación (total o parcial) de prestaciones adicionales por parte de la Entidad o la Contraloría.
- iii. Cualquier otra controversia que se derive u origine en la falta de aprobación (total o parcial) de prestaciones adicionales por parte de la Entidad o la Contraloría.

En ese contexto, de la lectura sistemática del artículo 45.1 de la LCE colegimos que será pasible de ser sometida a los mecanismos de solución de controversias toda disputa que surja entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, en tanto no incluyan las referidas anteriormente en los puntos (i), (ii) y/o (iii) (García, 2017, p. 04).

Para poder entender la problemática que plantean estas excepciones a la regla, debemos ubicarnos en distintas situaciones en las que el contratista, de buena fe, ejecuta prestaciones adicionales sin que estas hayan sido aprobadas por la Entidad, pese a que esta última habría generado una expectativa legítima de que en el futuro las iba a formalizar.

Así, imaginemos que la Entidad ordena al Contratista ejecutar un determinado adicional de obra que supera el porcentaje establecido en el segundo párrafo del artículo 34 del TUO de la LCE, es decir, el 15% del monto originalmente pactado. Como sabemos, para ello la Entidad requerirá contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República a efectos de la ejecución y pago del referido adicional. Sin embargo, la Entidad (sin dicha autorización previa) ordena al contratista y éste ejecuta el adicional. En tal sentido, la Contraloría General de la República, obviamente, no aprueba el adicional y la Entidad no le paga al contratista. Como nos imaginamos, el contratista demanda a la Entidad por enriquecimiento sin causa. La Entidad, ante dicha demanda, argumentará que el enriquecimiento sin causa no debe ser resuelto por los mecanismos de solución de controversias (vía arbitral, conciliación o junta de resolución de disputas) sino que debe ser materia de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, ya que se trataría de un tema extra contractual (Freyre y Sabroso, 2009, pp. 259-260).

Otro caso que se podría plantear, es el que se encuentra señalado en el artículo 34.5 del TUO de la LCE, disposición que establece que en el caso de adicionales con carácter de emergencia la autorización que debe emitir la Contraloría de la República puede darse de manera previa al pago, es decir, se deja abierta la posibilidad de que los respectivos adicionales se puedan ejecutar sin contar con la misma (Gandolfo, 2016, p. 69).

Situación similar a las ejemplificadas, podría tener lugar en los contratos distintos a los de obras, cuando por la premura y urgencia de la Entidad de contar con las prestaciones adicionales, se comprometa con el contratista a aprobarlas de maneta posterior a su ejecución. Esto podría dar lugar a que el contratista, actuando de buena fe, proceda con cumplir las exigencias de la Entidad, sin embargo, posteriormente, la regularización de la aprobación de las prestaciones adicionales nunca llegaría a darse.

Como bien señalamos líneas arriba, en estos tres casos, la Administración Pública actúa de tal manera que genera una expectativa legítima en el contratista, de que las prestaciones adicionales serán formalizadas; sin embargo, ello nunca llega a ocurrir. Esto último suele ocurrir con bastante frecuencia en la etapa de ejecución del contrato y por lo general pueden

dar lugar a la generación de controversias sobre enriquecimiento sin causa, indemnización, entre otros, las mismas que no podrían ser sometidas al arbitraje, la conciliación o la junta de resolución de disputas, sino a través del Poder Judicial.

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. 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 peligra, 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 (Gandolfo, 2016, p. 68).

Tomando como referente el caso del enriquecimiento sin causa, recordemos que, no se trata de una fuente autónoma de obligaciones, sino más bien un principio abstracto que informa al Derecho Civil en general y que ha sido convertido en norma positiva (ya sea una sección específica del Código Civil o no), expresamente con el objeto de producir una obligación en quien se enriquece y un derecho subjetivo en quien se empobrece. Así, el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el Derecho en general (independientemente de si llegue a obtener o no el estatus de principio general del Derecho) y, en tanto ello, no puede decirse que el enriquecimiento sin causa esté limitado a una fuente específica de obligaciones (Campos, 2006, pp. 311-313).

Sin embargo, hay quienes sostienen que el enriquecimiento sin causa constituye en nuestro sistema jurídico una fuente de obligaciones distinta al contrato, por lo que no podría constituir materia de los mecanismos de solución de controversias. Al respecto, se debe precisar que **el hecho de que el escenario natural de los mecanismos de solución de controversias sean las relaciones contractuales**, ello no implica, en lo absoluto, que dichos medios se encuentren restringidos a tales relaciones contractuales (Freyre y Sabroso, 2009, p. 260).

Ahora bien, recordemos que el principio de equilibrio económico financiero del contrato surge como instrumento de 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. Esto es, si el contrato se ve alterado durante su ejecución por una actuación de la administración contratante, arreglada a Derecho, cumplida espontáneamente en ejercicio de sus potestades públicas, por ende necesariamente unilateral, imprevista al contratar, que hace más onerosa la ejecución del contrato causando con ello un perjuicio particular, ello da lugar a la aplicación de dicho principio, circunstancia que genera el derecho del contratista de recibir la correspondiente contraprestación por los cambios que pudiesen producirse.

Sin perjuicio de ello, es preciso establecer que las controversias que surjan u originen

por la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, también se encuentran acogidas por el principio de equilibrio económico financiero del contrato. Recordemos pues, que el origen de estas prestaciones tiene lugar en el ejercicio de potestades exorbitantes de la Administración Pública, las mismas que encuentran su límite en el principio bajo comentario. Así, realizando una interpretación extensiva del mencionado principio, el cual tiene como objetivo tutelar los derechos del contratista frente a estas prerrogativas públicas, el mismo también tendría que garantizar no solo que se reciba la correspondiente contraprestación por la ejecución de las obligaciones que se generen en una relación contractual, sino además, que los mecanismos con los que cuenten los proveedores del Estado, para hacerle frente a las decisiones unilaterales de su cocontratante, sean expeditivos y eficientes.

En ese sentido, no tendría ninguna lógica que la falta de aprobación o aprobación parcial de las prestaciones adicionales, tengan como fuero al Poder Judicial, ya que al tener como procedencia las potestades exorbitantes de la Entidad, su frontera se encuentra ubicada en la aplicación del principio de equilibrio económico financiero del contrato. Es por ello que, en el entendido que dicho principio es el mecanismo de defensa frente a las actuaciones de la Administración Pública, también debería garantizar que los contratistas tengan el derecho a contar con mecanismos de solución de controversias celeres y especializados.

Recordemos que uno de los fundamentos de la contratación pública es el principio de eficiencia y eficacia, el cual, según el literal f) del artículo 02 del TUO de la LCE, dispone que 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. Debido a ello, no resulta razonable que el Poder Judicial se encargue de resolver sobre las mencionadas controversias, ya que dicho poder del Estado no se ha caracterizado precisamente por emitir sus decisiones en un plazo, por decir lo menos, breve. Asimismo, carecen de la preparación y pericia con la que sí cuentan los operadores que ejercen su actividad profesional a través de los mecanismos de solución de controversias que recoge el artículo 45 del TUO de la LCE.

Aunado a lo ya mencionado, vale recalcar que la función del principio de equilibrio económico financiero del contrato es que **no se generen sobre costos** en desmedro del patrimonio del contratista, por las decisiones unilaterales que tome la Administración Pública, en este caso, la modificación del contrato a través de prestaciones adicionales. De esta forma, recurrir al Poder Judicial en lugar de los mecanismos de solución de controversias, generará dichos sobre costos que perjudicarán al proveedor, pues, como reza el viejo adagio, una justicia que tarda no es justicia, y menos aún, si la resolución de los casos no se lleva a cabo con la especialización debida.

En consecuencia, el pre citado principio desempeña el rol de fundamento para que las controversias que surjan u originen por la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, sean ventiladas en la vía arbitral, conciliatoria o a través de la junta de resolución de disputas. Si bien puede tomarse como una interpretación forzada, no es menos cierto que el principio bajo comentario tiene como finalidad el tutelar los derechos de los contratistas ante el ejercicio de potestades exorbitantes. Así, también podría entenderse que esta garantía se extiende a la protección del derecho de los proveedores del Estado de contar con un fuero expeditivo y capacitado.

5. CONCLUSIONES

- Las potestades exorbitantes son clara muestra del régimen particular que envuelve a la contratación pública, pues son manifestaciones propias de las facultades de ius variandi de la Administración Pública, cuya finalidad es la protección y tutela del interés general. En ese sentido, se tratan de reglas y disposiciones que dotan al Estado de cierta discrecionalidad para ordenar y controlar la ejecución de las prestaciones y obligaciones a cargo del contratista.
- El artículo 34 del TUO de la LCE dispone que la Administración Pública puede modificar unilateralmente el contrato, ordenando la implementación de adicionales hasta por determinados porcentajes 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.
- Nos encontramos ante una clara potestad exorbitante de la Administración Pública, dado que, en ninguna otra relación comercial, se podría aceptar una cláusula en la que se estipule una disposición con tales características. Nos encontraríamos ante un supuesto de cláusula leonina, pero que en el ámbito de las contrataciones públicas se justifica, pues la finalidad pública de las mismas busca tutelar el interés público.
- No obstante, el principio económico financiero busca contener el ejercicio de las potestades exorbitantes, buscando 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.
- El numeral primero del artículo 45 del TUO de la LCE establece que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Asimismo, el tercer numeral del mencionado artículo establece que las partes pueden recurrir a la junta de resolución de disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes.
- El numeral cuarto del artículo 45 del TUO de la LCE, establece 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 arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Asimismo, dispone que las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, 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, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial
- Si bien puede sonar forzado, una aplicación extensiva del principio objeto de la presente investigación, no solo debería procurar que exista equivalencia entre las

prestaciones de las partes que conforman un contrato estatal, sino además, debería poder garantizar que las controversias que surjan sobre cualquier materia, puedan ventilarse a través del arbitraje, la conciliación o la junta de solución de controversias, y no en el poder judicial. Ello interpretando que la mencionada equivalencia también implica que se garantice para los contratistas, medios de solución de conflictos celeres, transparentes, especializados y eficientes.

- En el entendido que la función del principio de equilibrio económico financiero del contrato es que no se generen sobrecostos perjudicando al contratista, por las decisiones unilaterales que tome la Administración Pública, recurrir al Poder Judicial en lugar de los mecanismos de solución de controversias, generará dichos sobrecostos, pues la resolución de los casos suele dilatarse y no se lleva a cabo con la especialización que amerita.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Revista Doxa, N° 05, p. 139-151.
- Ariño Ortiz, G. (1998). Contrato y Poder Público. La figura del contrato administrativo en el Derecho español y europeo. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Bezchinsky, G. y López, M. (2012). Compras públicas sustentables en América Latina y el Caribe. Buenos Aires: Universidad Nacional de San Martín (USAM).
- Cajarville, J. (2011). Mutabilidad de los contratos de la administración en el Derecho uruguayo. Revista de Derecho PUCP, N° 66, pp. 460-465.
- Campos, A. (2006). La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos. Revista Peruana de Arbitraje, N° 03, pp. 311-313.
- Cassagne, J. (2010). Derecho Administrativo. Tomo II. Lima: Palestra Editores.
- Castrillón, V. (2008). La libertad contractual. Revista Facultad de Derecho de México, N° 250. http://www.derecho.unam.mx/revista/revista_250/articulo09-250.html
- Chanamé, R. (2015). La Constitución comentada. Lima: Legales Ediciones.
- Díez-Picazo, L. (2004). Contrato y libertad contractual. Revista THEMIS, N° 49, p. 08.
- De la Puente y Lavallo, M. (1999) Cláusulas Exorbitantes. Revista THEMIS, N° 39, pp. 07-11.
- Freyre, M. y Sabroso, R. (2009). Materia Arbitrable en la Contratación Pública. Revista Derecho & Sociedad de la PUCP, N° 33, pp. 259-260.
- Gandolfo, R. (2016). El equilibrio económico financiero en la Ley de Contrataciones del Estado. Revista de arbitraje de la PUCP, N° 06, pp. 67-70.
- García, L. (2017). Arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa en la contratación pública. Revista Derecho y Cambio Social, N° 49, p. 04.

- Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI. (2019). Sistema de Información Económica. <https://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/economia/> >
- Kresalja, B. y Ochoa, C. (2009). Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- López, E. (2012). La teoría del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en Costa Rica. Revista de Ciencias Jurídicas, N° 127, p. 35.
- Marienhoff, M. (1998). Contratos administrativos. Teoría general. En: Tratado de Derecho administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Morón, J. y Aguilera, Z. (2017). Aspectos jurídicos de la contratación estatal. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
- Morón, J. (2016). La contratación Estatal. Lima: Gaceta Jurídica.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Indicadores del Mercado Estatal – Montos adjudicados expresados en millones de soles. http://bi.seace.gob.pe/pentaho/api/repos/%3Apublic%3ACuadro%20de%20Mando%3Acuadro_mando.wcdf/generatedContent?userid=public&password=key>
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). (2018). Opinión N° 153-2018/DTN.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). (2017). Opinión N° 182-2017/DTN.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). (2017). Opinión N° 043-2017/DTN.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). (2008). Opinión N° 061-2008/DOP.
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Opinión N° 043-2006/GNP.
- Rodríguez, L. (2011). El equilibrio económico en los contratos administrativos. Revista de Derecho PUCP, N° 66, pp. 55-87.
- Sánchez Morón, M. (2017). Capítulo XIV: Los Contratos del Sector Público. Derecho Administrativo Parte General. Madrid: Tecnos.
- Santistevan de Noriega, J. y Loredó, A. (2006). 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. Revista Ius Et Veritas, N° 33, p. 42.
- Vargas, E. y Villavicencio, L. (2019). La Constitución Política del Perú de 1993 y la contratación pública: ¿Existe un derecho fundamental a Contratar con el estado? VI Convención de Derecho Público de la UDEP, p. 266.

Tribunal Constitucional. (2006). Expediente N° 6167-2005-PHC/TC.

Tribunal Constitucional. (2005). Expediente N° 2736-2004-PA/TC.

Tribunal Constitucional. (2004). Expediente N° 020-2003-AI/TC.