

Si vis pacem, para iustitiam*

La Dimensión Económica-Financiera en el Sistema Ecuacional de los Contratos de la Administración Pública Derivados de dos Procedimientos de Contrataciones del Estado

Juan Manuel Hurtado Falvy**

“En el presente artículo, el autor nos describe al Sistema Ecuacional de los contratos de la Administración Pública, explicando sus diversas dimensiones, en especial la economía financiera, para advertirnos de la necesidad primaria de tener una regulación adecuada en la normativa de Contratación Estatal, con la finalidad de reducir la litigiosidad que produce una demora en la ejecución de los contratos, la elevación de los costos de transacción y el alejamiento al suplemento del interés público y purado, para lograr un adecuado equilibrio contractual”

I. Notas Preliminares

Bajo el ámbito de la facultad de legislar delegada al Poder Ejecutivo por el Congreso de la República mediante Ley N° 29157, sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos entró en vigencia el 01 de febrero de 2009, el D. Leg. N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, así como su Reglamento, aprobado por D.S. N° 184-2008-EF².

Sobre ello, advertimos la renuencia del legislador, en este caso el Ejecutivo, de recoger expresamente el sistema ecuacional de los contratos en la Normativa de Contratación Estatal, a pesar de existir sendos pronunciamientos del Órgano Rector sobre su existencia y obligatorio seguimiento, al menos en su dimensión económica.

Efectivamente, a pesar de no existir dispositivo expreso dentro de dicho cuerpo legal³ que norme los elementos, actuaciones involucradas y la obligación de mantener un equilibrio entre las prestaciones de las partes a fin de no desvirtuar la rentabilidad estructurada originariamente en la formulación estática del contrato, encontramos ya recogida esta fórmula en pronunciamientos y opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE desde el año 2002, así como también en la Doctrina y laudos sobre la materia.

En ese sentido, a raíz de la nueva normativa y tomando en cuenta la frecuente litis que genera la materia en las relaciones jurídicas derivadas de los contratos de la administración pública y particularmente en aquellos originados en los procedimientos de contrataciones del Estado,

* “Si quieres la paz, prepara [desarrolla] la justicia”

(**) Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con especialización en derecho Administrativo y Contrataciones y Adquisiciones del Estado y estudio de maestría en Derecho de la empresa de la PUCP. Distinguido miembro del Consejo de Honor de Derecho & Sociedad.

2 Según lo dispuso el Artículo 1° del D.U. N° 014-2009, publicado el 31 de enero de 2009 en el diario oficial El Peruano

3 A excepción, como veremos más adelante, de las fórmulas de reajuste permitidas por el inciso i) del Artículo 26° del D. Leg. N 1017, que de ninguna forma abarca todos los escenarios posibles

estimábamos oportuno su adecuada regulación con el fin de reducir dicha litigiosidad, que dilata innecesariamente la ejecución contractual, incrementa los costos de transacción para las partes, retardando así cumplir con el interés público.

A través del presente informe es nuestra intención presentar una breve introducción al ámbito de la ecuación contractual, específicamente en su magnitud económica-financiera, exponiendo su desarrollo en el ordenamiento peruano, invitando así a la reflexión sobre la necesidad de contar con la respectiva regulación expresa sobre la materia.

II. A modo de Introducción

El Contrato de la Administración Pública es, conjuntamente con los actos jurídicos, hechos administrativos, actos de administración interna y el reglamento, una de las formas jurídicas por las que se exterioriza la actividad administrativa, para la satisfacción de un interés público, en este caso, mediante la participación de un tercero.

Según las formas de satisfacer dicho interés público, la literatura distingue especialmente tres tipos de contratos, llamados de colaboración (o primera generación), de integración (o segunda generación) y de transformación (o tercera generación).

Los primeros son aquellos en los cuales el Estado se relaciona con el contratista para que éste realice las prestaciones objeto del contrato, con el fin de coadyuvar al cumplimiento de la finalidad pública del Estado (por ejemplo, los contratos de obras públicas). Los contratos de integración son aquellos que viabilizan la comunidad económica de las naciones; mientras que los últimos implican el abandono de la gestión directa de los servicios públicos y su traspaso a manos de contratistas particulares, como es el caso de las concesiones.

Nosotros abocamos estas líneas en los contratos de la administración pública llamados de colaboración, centrándonos en aquellos que se forman a través del procedimiento administrativo de contratación desarrollado por el D. Leg. N° 1017, que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por D. S. N° 184-2008-EF.

El marco teórico de este Contrato de naturaleza administrativa, especie dentro del género Contrato, es definido en el numeral 13, del Anexo I del mencionado Reglamento, como: *el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y del Reglamento*⁴, y es sobre las relaciones jurídicas originadas en este contrato que analizaremos su unidad ecuacional.

III. El Sistema Ecuacional de los Contratos de la Administración Pública

Como lo hemos señalado, el contrato de la administración pública es un instrumento para el fin último inalterable, implícito y connatural a él, de satisfacer de la mejor manera posible el interés público, lo cual motiva que cualquier análisis que se realice sobre él, prime la interpretación a favor de mantener su vigencia.

En dichos contratos concurren simultáneamente diversos elementos que expresan los intereses tanto de las partes (vertiente conmutativa) así como intereses colectivos, generales o sociales (vertiente distributiva), que deben ser conciliados hacia una línea media justa.

Así, considerando la necesidad de preservar la continuidad de estos contratos, el sistema de ecuaciones surge como una fórmula de justicia en los órdenes conmutativo de las partes y distributivo del bien común, de seguridad jurídica que busca restablecer el equilibrio entre lo que pretende obtener cada parte ante la ruptura en la equivalencia y equidad de la concurrencia compensada de sus elementos.

La fórmula ecuacional es una suma de elementos (social, ética, política, administrativa, tecnológica, ambiental, económica, financiera, tributaria, de mercado), que comprometen derechos y deberes recíprocos de las partes, así como también de terceros, que a su vez se descomponen en ecuaciones parciales y menores dentro de ella, que deben también mantenerse equilibrados para lograr en conjunto el equilibrio de cada ecuación y por ende del contrato.

En este sentido, cada una de estas dimensiones tiene una línea ideal que representa el equilibrio entre los intereses involucrados en cada dimensión que se contraponen en polos opuestos. Cuando el contrato se base en su formación y desarrollo en un diseño de igualdad entre sus componentes, que estará dado por la mayor aproximación a esta línea ideal, se podrá conocer y restablecer más claramente las equivalencias pactadas o proyectadas ante una fractura de esta línea de equilibrio.

A modo ilustrativo, se afectaría el equilibrio del sistema ecuacional, si hechos de Estado, como cargas impositivas o el incremento de la remuneración mínima vital (factores exógenos a la relación contractual), alteran directamente la ejecución de determinados contratos al incrementar las obligaciones del contratista particular frente a su rentabilidad adecuada. Bajo este supuesto como veremos más adelante se verifica una tensión entre los polos opuestos del costo y por otro lado del beneficio, alterándose el equilibrio original del contrato.

Presentamos en calidad de resumen las ecuaciones admitidas por la doctrina más especializada⁵, centrandó nuestro análisis en las dimensiones económica y financiera, ecuaciones de alguna forma recogidas por el ordenamiento peruano, advirtiendo que el desarrollo teórico del sistema ecuacional es muy rico y excede estas pocas líneas permitidas.

“La fórmula ecuacional es una suma de elementos (social, ética, política, administrativa, tecnológica, ambiental, económica, financiera, tributaria, de mercado), que comprometen derechos y deberes recíprocos de las partes, así como también de terceros, que a su vez se descomponen en ecuaciones parciales y menores dentro de ella, que deben también mantenerse equilibrados para lograr en conjunto el equilibrio de cada ecuación y por ende del contrato”.

LA DIMENSIÓN SOCIAL: está referida al interés público manifestado por el libre acceso de usuarios y consumidores al mercado de los servicios públicos, tomando en cuenta la salud y la seguridad en la prestación de los mismos, mejorando la calidad de vida; así como en obtener el bien o servicio por un precio justo, razonable y de forma eficiente.

Asimismo, tiene en cuenta la incidencia de las relaciones laborales en la ejecución del contrato (por ejemplo la diferencia entre los convenios colectivos o las remuneraciones otorgadas al personal por las empresas que brindan los servicios, factores que pueden llegar a ser determinantes en la tarifa cuando la prestación objeto del contrato involucra gran cantidad de mano de obra), y la intensidad de la protección social de los intereses colectivos, generales, comunitarios o difusos.

La línea ideal media se encuentra en el equilibrio del interés público (eficiente servicio público) frente al privado (rentabilidad adecuada). La alteración surge cuando causas políticas, administrativas o normativas recogen una nueva valoración del interés público, originando que los citados aspectos varíen o se actualicen a la realidad, incrementando las contraprestaciones originarias del contratista privado necesarias para llevar a cabo tal finalidad y por ende su rentabilidad primigenia.

LA DIMENSIÓN ÉTICA: está referido a la equidad, la solidaridad y la eticidad como pautas de las conductas públicas básicas que imponen los límites a la moral pública.

Así, todas las partes involucradas en las fases previas que conlleven a la formalización del contrato así como la ejecución del mismo deben desempeñarse con honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad, velando en todos los actos por los intereses del Estado, en forma transparente.

Los contratos que no respondan a esta dimensión podrían ser considerados viciados por “lesión subjetiva”. Así por ejemplo, el desequilibrio de la ecuación ética puede sustentarse en la transgresión de los valores de honestidad y probidad al establecer en el Valor Referencial dolosamente sobreprecios lesivos al interés público.

LA DIMENSIÓN POLÍTICA: referida a la calidad de los servicios en parámetros de eficiencia y eficacia que cumplan con la finalidad pública de satisfacer las necesidades colectivas respondiendo a los cambios económicos, jurídicos y tecnológicos, por ejemplo, mediante el abaratamiento de las tarifas.

Incluye el marco regulatorio de los servicios e implica una valoración de oportunidad, mérito y conveniencia tomando en cuenta la subsidiariedad del Estado en la prestación de los servicios públicos, dentro de un marco que fomente la libre competencia.

La línea ideal media se encuentra en la competitividad que constituye el equilibrio en la eficiencia de los servicios frente a la regulación, que se ve afectada cuando las tarifas son establecidas con el fin obtener una opinión favorable del público, por ejemplo, con fines electorales.

LA DIMENSIÓN ADMINISTRATIVA: presenta en un polo a los derechos y garantías que el contrato de la administración recoge para el contratista, frente a las cargas y obligaciones, el punto medio ideal es la seguridad jurídica.

Así, para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, el contratista sólo deberá soportar las cargas necesarias para cumplir con el objetivo que se encuentren dentro de los límites de razonabilidad.

LA DIMENSIÓN TECNOLÓGICA: encuentra los polos opuestos en el deber de vigencia frente al derecho al desarrollo, siendo su línea media la calidad actualizada del servicio.

5 Al respecto, recurrimos al autor más citado en los Pronunciamientos de la Gerencia Técnica Normativa del OSCE: DROMI, ROBERTO. Las Ecuaciones de los Contratos Públicos. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001

Es materia de discusión el deber implícito que tiene el contratista privado de actualizar constantemente las tecnologías involucradas en las prestaciones a su cargo con el fin de satisfacer de la mejor manera posible el interés público, con las mejoras brindadas por la modernización.

El empobrecimiento (por los gastos incurridos en esta nueva tecnología) o enriquecimiento (pues el contratista también puede beneficiarse por la tecnología al obtener una mayor ganancia en la tarifa, al reducir sus costos), que ello conlleva afecta la ecuación del sinalagma original, obligando a restablecer la justicia contractual.

LA DIMENSIÓN AMBIENTAL: se configura entre el polo de la conservación de la naturaleza y el polo del desarrollo y crecimiento de la industria, siendo su línea ideal el equilibrio del progreso con el medio ambiente, el desarrollo sostenible.

En síntesis esta fórmula exige la armonía con la inversión realizada con el fin de mantener y mejorar el medio ambiente, máxime considerando que nos encontramos en una Economía Social de Mercado donde *se condiciona la participación de los grupos económicos en armonía con el bien común y el respeto del interés general*⁶.

LA DIMENSIÓN ECONÓMICA: *está destinada a mantener un equilibrio entre las prestaciones que debe cumplir el contratista, en especial en cuanto a la inversión comprometida y efectivamente realizada, y las obligaciones a cargo de la Administración, a fin de no desvirtuar la rentabilidad estructurada originariamente en la formulación estática del contrato, es decir, entre los dos polos, costo y beneficio previstos contractualmente*⁷.

El medio es la intangibilidad del precio y su análisis pasa por una "adecuada equivalencia" entre la inversión del contratista y su razonable rentabilidad proyectada.

LA DIMENSIÓN FINANCIERA: encuentra los polos opuestos en las inversiones del contratista frente a la obtención de ingresos esperados por el fisco.

Tiene en cuenta el crédito otorgado al contratista en relación al riesgo de la inversión y las tarifas que constituyen el retorno de la misma.

Su línea media es el retorno de la inversión dentro de los plazos proyectados, en base a la seguridad jurídica y estabilidad financiera.

LA DIMENSIÓN IMPOSITIVA: se manifiesta en el equilibrio deseado entre la igualdad respecto a las cargas tributarias frente a la legalidad y justicia tributaria que, *en tanto principios aseguran que la carga impositiva que provee de ingresos al erario público no desvirtuará la previsión impositiva originaria*⁸.

Estos polos se resuelven a través de la seguridad impositiva, manifestada en la realidad y previsibilidad de los tributos. En este sentido, el análisis se debe centrar en la legalidad material intrínseca que portan las cargas tributarias, centrándose en la alteración sustancial de las previsiones tributarias realizadas ab initio de los actos destinados a la formalización del contrato, siendo el punto de quiebre el momento en que se presenta la oferta, por cuanto ésta obliga al postor.

LA DIMENSIÓN COMERCIAL: se expresa entre la oferta y demanda teniendo como medio el acceso al mercado que garantiza la competitividad y productividad. En la presente ecuación se considera a las intervenciones estatales que fijan precios u otorgan subsidios que distorsionan la competencia, así como a la regulación y a las barreras de acceso al mercado.

Doctrinariamente se ha desdoblado la ecuación contractual en clásica y pública. En base a ello, a los contratos de colaboración les corresponde su análisis bajo la concepción clásica conformada estrictamente por la ecuación económica-financiera, mientras que a los contratos de transformación sí les corresponden en conjunto todas las ecuaciones mencionadas.

Sin embargo, dejamos abierto el diálogo en relación a la idoneidad de analizar los contratos de colaboración, no sólo bajo la ecuación económica-financiera, sino también por los demás componentes. Ello por cuanto, es claro advertir que los elementos distintivos de cada ecuación se manifiestan en ambos tipos de contratos.

IV. La Dimensión Económica-Financiera en la Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

El primer grado regulatorio del sistema ecuacional en la vigente normativa de Contrataciones del Estado, propiamente en su dimensión económica-financiera, la encontramos en el dispositivo referente a la fórmula de reajuste de los contratos pactados en moneda nacional, Artículo 49º del Reglamento de la Ley de Contrataciones^{9 10}. Bajo su ámbito, se resguarda

6 Fundamentos 28-30 de la Sentencia de fecha 27.09.2008, recaída en el Expediente N° 03610-2008-PA/TC: "(...) el desarrollo sostenible importa que los procesos de inversión no se entiendan y manejen únicamente con el fin de obtener beneficios monetarios, sino que se consideren asimismo factores no monetarios (por ejemplo las realidades sociales, culturales y ecológicas). Esto significa que el valor de los servicios y los bienes medioambientales debe estimarse en el proceso de formación de las decisiones e incorporarse al mismo"

7 DROMI. Op Cit. Pag. 231

8 Op Cit. Pag. 269

9 De conformidad con el inciso i) del Artículo 26º del D. Leg. N° 1017

10 "En los casos de contratos de tracto sucesivo o de ejecución periódica o continuada de bienes o servicios, pactados en moneda nacional, las Bases o el contrato podrán considerar fórmulas de reajuste.

la vigencia constante de la estructura de costos presentada por el contratista en su oferta económica respecto de la inflación, mediante la revisión de precios o actualización de los mismos. Sin embargo, este dispositivo se restringe al supuesto allí contenido, no siendo de aplicación para el gran número de escenarios posibles expuestos en los párrafos precedentes.

Ahora bien, los inicios del desarrollo conceptual, por parte del Órgano Rector, sobre la ecuación económica-financiera lo encontramos comprendido en el Pronunciamiento N° 062-2002(GTN), donde se manifiesta que dicho instituto se explica doctrinariamente en el entendido que:

"(...) ante factores exógenos que afecten el equilibrio del contrato en perjuicio del contratista, ello será evitado por el Estado, asumiendo el riesgo o parte de él en virtud a que el particular si bien posee intereses propios en el contrato, realiza una labor que deviene en una colaboración con funciones públicas, siendo además necesario mantener la vida del contrato debido al interés público que este conlleva. También se explica el instituto en el sentido de ser un contrapeso a diversas potestades que tiene la Administración en el contrato o en el principio de igualdad ante las cargas públicas por el cual todos los particulares deben soportar por igual, a través del sistema tributario, el encarecimiento de una obra pública por efecto de un hecho imprevisible, siendo injusto que lo haga sólo el contratista."¹¹

Podemos advertir que el OSCE recoge como criterio¹² la importancia de mantener vigente durante la ejecución del contrato el equilibrio de los intereses con el que nació el contrato (aunque sólo analiza la dimensión económica - financiera), reflejado en la vigencia constante de la estructura de costos presentada por el contratista en su oferta económica, frente a factores propios del contrato (como puede ser el ius variandi expresado en la prerrogativa de la Entidad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales¹³) o, a factores exógenos a él; aceptando la Teoría de la Imprevisión¹⁴.

Efectivamente, dicha Entidad reconoce que en el mercado se presentan una serie de acontecimientos económicos que impactan sobre el valor de las prestaciones dinerarias, ocasionando el quiebre de la proporcionalidad y la equivalencia en el valor de éstas¹⁵.

Así, dichos factores podrían determinar que el monto que se pactó al momento de contraer la obligación, ya no represente el valor real actualizado que debería tener al momento en que se realiza el pago.

Efectivamente, tomando en cuenta los plazos perentorios establecidos para la suscripción del contrato, y considerando que el contrato responde a su proforma que ha sido consignada en las Bases, a pesar que el hecho generador del desequilibrio puede haber surgido entre la presentación de propuestas y la formalización del contrato, éste por lo general, no recogerá el factor que origina la alteración de la ecuación económica - financiera, por no existir un tiempo adecuado para su análisis, máxime cuando el Contratista estará presionado ante la posibilidad de ser sancionado administrativamente con la inhabilitación para contratar con el Estado, por negarse a suscribir el documento que contiene el contrato o recibir la orden de compra, según sea el caso.

Ahora bien, el factor que origina la alteración de la ecuación económico-financiera del contrato, debe haber sido extraordinario, es decir, las partes contratantes no pudieron haberlo previsto al momento de presentarse la propuesta económica, momento en el cual la oferta presentada es seria, firme y concreta para las partes.

Esta posición doctrinaria también es recogida mayoritariamente en los laudos emitidos por los Tribunales Arbitrales, los cuales motivan sus resoluciones en base a la mencionada Teoría de la Imprevisión, analizando concretamente si el factor que altera el equilibrio económico-financiero del contrato en cada caso en particular, que origina que no sea posible obtener el beneficio recíproco inicialmente comprometido, pudo razonablemente ser previsible al momento de nacer la obligación jurídica.

Así en el Laudo del 05.10.2004, recaído en el Expediente Arbitral N° 035-2004/SNCA-CONSUCODE¹⁶, recaído sobre el servicio de intermediación laboral contratado por una entidad del Estado, se concluyó que el costo ocasionado por el aumento de la remuneración mínima vital debía ser asumido por el contratista, por cuanto dicha carga constituía un hecho previsible al haberse

11 GRANILLO OCAMPO, Raúl. La distribución del riesgo en la contratación administrativa. Buenos Aires: Astrea, 1990. Págs. 100 a 101 y 144 a 147. CASSAGNE, Juan Carlos. "El equilibrio económico financiero del contrato administrativo". En: Revista de Derecho Administrativo, Año 1 N° 1, Mayo-Agosto, Buenos Aires, 1989, pág. 32. ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1979. LINARES, Mario. El contrato estatal. Lima: GRUJLEY, 2002. Pág. 187

12 Posición seguida en sendos Pronunciamientos, tales como: 80-2004(GTN), 110-2007(GTN)

13 Artículo 42° de la Ley N° 26850

14 La Teoría de la Imprevisión se origina en un fallo del Consejo de Estado francés del 30.03.1916 en relación al servicio público de alumbrado y distribución de gas de Burdeos. El contrato con la concesionaria de dicho servicio, fijaba un tope máximo que el precio del gas no podía rebasar en ningún caso. La guerra de 1914 - 1918 implicó una gran alza en el precio del carbón (insumo del gas). Ante ello, la concesionaria alegó ante el Consejo de Estado francés que no podía seguir brindando el servicio. Éste declaró que el municipio de Burdeos estaba en el deber de abonarle una indemnización a la concesionaria capaz de compensarle en el aumento de precio del carbón y que se debía seguir prestando el servicio, a menos que ambas partes no prefieren celebrar un convenio acordando el aumento la tarifa de suministro de gas a pagar por los usuarios.

15 OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de las Obligaciones. Tomo V. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1996. Pág. 38.

16 Hoy OSCE: www.osce.gob.pe

consignado en el pliego absolutorio de consultas del respectivo proceso de selección lo siguiente: “(...) es de exclusiva competencia del CONTRATISTA atender los asuntos relacionados con los incrementos en la Remuneración Mínima Vital, que decreta el Supremo Gobierno”.

A su vez, el Laudo de fecha 26.10.2007¹⁷ señala que el alza del petróleo no altera el equilibrio económico-financiero del contrato, por cuanto no se trata de un evento imprevisible considerando que, “el alza del precio del petróleo en el mercado internacional, estaba ocurriendo desde años antes de la celebración del contrato y que, inclusive se podía predecir con cierta aproximación el aumento que iba a tener en los siguientes meses”.

Como fluye de los citados laudos, en concordancia con los elementos desarrollados en el acápite III, la alteración de la ecuación puede manifestarse; por hechos, actos, o normas emitidas por el Gobierno¹⁸ cuyo alcance afecta al Contrato (en virtud de la teoría de los hechos cumplidos recogida en el Artículo 103° de la Constitución Política del Perú de 1993); o por factores del mercado; de manera temporal produciendo efectos dilatorios en el cumplimiento de las prestaciones o, de manera absoluta causando la resolución del contrato.

Al respecto, DROMI señala que:

“(...) el hecho del príncipe se manifiesta a través de decisiones jurídicas o acciones materiales que pueden modificar las cláusulas o las condiciones objetivas o externas del contrato, lesionando los derechos del contratista de modo sobreviniente a la ecuación jurídica que le dio nacimiento.

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”¹⁹.

Sin embargo es importante advertir que, no obstante que el acto de gobierno altera el equilibrio económico – financiero de un contrato de la administración pública, ello no significa per se una obligación de la entidad de aceptar e incrementar el precio pactado originalmente, por cuanto ello amerita una erogación adicional de fondos o recursos públicos sobre el valor

previamente determinado como monto del contrato. Por ello, primero deberá ser aprobado este nuevo gasto antes de formalizar la aceptación del incremento, en concordancia con la Ley N° 28411²⁰.

Sobre ello, el Consejo Superior, a través de la Opinión N° 036-2004(GTN), ha establecido que:

“el acto de gobierno que altera el equilibrio económico-financiero de un contrato administrativo, obliga a la Entidad a revisar las condiciones y términos del mismo, sea cual fuere el sistema de contratación o adquisición adoptado, a fin de decidir sobre su continuidad, previa verificación de la cobertura presupuestal. De decidir la continuidad de la contratación o adquisición, procederá a modificar el monto contractual con el fin de reconocer al contratista los aumentos de sueldos y salarios que hubiere decretado el gobierno, equilibrando la ecuación económico - financiera alterada por aquella decisión gubernamental”

“(...) la alteración de la ecuación puede manifestarse; por hechos, actos, o normas emitidas por el Gobierno cuyo alcance afecta al Contrato (en virtud de la teoría de los hechos cumplidos recogida en el Artículo 103° de la Constitución Política del Perú de 1993); o por factores del mercado; de manera temporal produciendo efectos dilatorios en el cumplimiento de las prestaciones o, de manera absoluta causando la resolución del contrato.”

Esta posición también es recogida en la Opinión N° 065-2007/DOP, donde se añade que:

“En esa medida, el ajuste del monto contractual no ha de considerar sólo el monto de la remuneración mínima vital, sino también los demás conceptos cuyo cálculo depende de aquélla. Lo contrario supondría tolerar el desequilibrio de la ecuación económico – financiera del contrato, causa suficiente para que el contratista –parte

17 En Revista Peruana de Arbitraje N° 6. 2008. pags. 219-246

18 Denominado “hecho del príncipe”.

19 DROMI, Roberto. Licitación Pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, 2° ed. Pág. 647

20 DROMI, Roberto. Licitación Pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, 2° ed. Pág. 647

Artículo I de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto: “Equilibrio presupuestario El Presupuesto del Sector Público está constituido por los créditos presupuestarios que representan el equilibrio entre la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar de conformidad con las políticas públicas de gasto, estando prohibido incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente.”

perjudicada– frustre la relación contractual, pues no será posible que se obtenga el beneficio recíproco inicialmente comprometido.”

En ese sentido, el contratista puede solicitar el reajuste de las prestaciones a cargo de la Entidad o la resolución del contrato, pero ello sólo podría obligar a la Entidad a revisar las condiciones y términos del mismo, a fin de decidir sobre su continuidad previa aprobación presupuestal, más no implica, *per se* que ésta deba aceptar incrementar el pago a consecuencia del mayor gasto incurrido por el contratista ante el desequilibrio en la ecuación contractual.

A su vez, es importante recordar que el numeral 2.9 del Artículo V, del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señala que:

“Son fuentes del procedimiento administrativo: Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas.”

Por lo tanto, el sistema ecuacional de los contratos de la administración pública, en su dimensión económica-financiera, se encuentra ya recogido en nuestro derecho a través de la Opinión N° 065-2007/ DOP del OSCE, debidamente difundida a través de su página institucional: www.consucode.gob.pe.

En ese sentido, los agentes involucrados en un contrato de dicha naturaleza pueden encontrar en la citada opinión la herramienta idónea que les permita sustentar las decisiones que adopten, lo que coadyuva a un mejor y más eficiente uso de los

recursos y economía en los costos de transacción, evitando así; privilegiar un proceder formalista que impida la satisfacción de las necesidades públicas y la interposición de demandas arbitrales que dilaten la ejecución del contrato.

V. A Modo de Conclusión

En virtud del principio de intangibilidad de los contratos conocido como *“pacta sunt servanda”* y en concordancia con el principio de continuidad, las partes se encuentran obligadas a cumplir con sus prestaciones sin modificaciones ni interrupción. Sin embargo, estas reglas cuentan con excepciones como el caso fortuito o la fuerza mayor (sinónimos para el Código Civil Peruano), los hechos de la administración, los hechos del príncipe, la teoría de la imprevisión y la lesión subjetiva.

Reconocer la alteración del equilibrio ecuacional de los contratos de la administración pública requiere de un grado de discrecionalidad del operador, por ello, es necesario establecer reglas claras que permitan a los funcionarios públicos establecer la justicia del contrato y así evitar los continuos conflictos originados por la interposición de demandas arbitrales.

Somos de la opinión, tomando en cuenta la obligación de las Entidades por velar por el uso de los recursos públicos, que se debe solicitar también el equilibrio de la ecuación contractual cuando elementos externos al contrato (como la implementación de nuevas tecnologías que reduzcan los costos de transacción o la reducción del precio de la materia prima, de la transformación, redes de distribución, etc.) generen un beneficio al Contratista más haya de lo razonablemente previsto ☒