

La Función Garantista del Equilibrio Económico Financiero en el Contrato de Obra Pública

Alan Carlos Alarcón Canchari*

Resumen:

El presente artículo tiene como propósito explicar, dentro de un escenario de variación inesperada de los costos de una obra de infraestructura, cómo ha sido la defensa legal del Estado contra las pretensiones económicas que se han esbozado, para seguidamente analizar cómo es que estas pretensiones, lejos de constituirse en necesariamente un eventual perjuicio para el Estado, finalmente y dependiendo de la casuística, terminan siendo necesarias para la consecución de intereses públicos.

Palabras clave:

Equilibrio económico financiero – Contratación pública – Función garantista – Defensa Legal

Abstract:

The present article seeks to explain, in the frame of cost variations of infrastructure works, the way the legal defense of State has been carried out against the pretension outlined. Then, we will analyze the way this pretensions, far from causing a prejudice to State, they tend to be necessary to achieve the public interests.

Keywords:

Economic and financial balance – Public procurement – Right-based function – Legal defense

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios en la Maestría de Derecho de la Empresa. Procurador Público del Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

Empecemos señalando que para el Estado, el principal objetivo en la ejecución de un contrato de obra es, precisamente, contar oportunamente con la infraestructura contratada, con la finalidad de satisfacer un interés público de manera adecuada; mientras que para el contratista, el principal objetivo es el lucro que legítimamente pretende al haberse adjudicado la obra en un proceso de selección en el cual previamente ha participado. Ambos intereses son dos caras de una misma moneda y pretender desligarlos es una de las razones que motivan la elevada conflictividad de los contratos de obra en los que se encuentra inmerso el Estado, pues se trata de dos intereses que no son contrapuestos, sino que por el contrario se complementan, al punto que esta interdependencia finalmente conlleva a que ambos deban encontrar un equilibrio de coexistencia.

Sin embargo, no es inusual que estos dos intereses que subyacen al contrato de obra pública, encuentren no pocas circunstancias que alteren su equilibrio, sea por incompreensión cabal acerca de estos legítimos intereses o por posiciones incorrectamente enfocadas en el contrato de obra pública. Cuando esta doble conceptualización de intereses no es comprendida a cabalidad, sea en desmedro del Estado o del contratista, es precisamente cuando ocurren las controversias. En general hacemos alusión a un supuesto en donde existe un escenario de ejecución contractual, en donde el Estado obtiene una infraestructura e incumple completamente con la parte económica que le corresponde; o desde el otro lado, que un contratista obtenga ilegítimamente un lucro sin haber culminado la infraestructura a la que se ha comprometido contractualmente con el Estado. Son esos supuestos, en general, el camino perfecto para el inicio de una controversia y un ulterior arbitraje, encareciendo a la larga los costos de transacción en los contratos de obra pública.

Para entrar en el asunto propuesto, partamos por recordar que, si bien es principio jurídico que los contratos permanezcan inalterables en las obligaciones asumidas por las partes, conforme a los términos del artículo 1361° del Código Civil, esta obligatoriedad de los contratos encuentra excepciones, como la prevista en el artículo 1140° del mismo cuerpo normativo, en donde se señala al regular la excesiva onerosidad de la prestación que:

«En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las

circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas».

En ese sentido, queda claro que solamente en principio los contratos deben mantenerse inalterables, pudiendo darse excepciones, las que entre otras razones pueden sostenerse en una variación de los costos de la obra pública, sea por insuficiencias o deficiencias del expediente técnico y en general por eventos ajenos a las partes contratantes, porque de darse por causas atribuibles a uno de los contratantes estaríamos en un escenario de responsabilidad contractual.

Con esta explicación precedente, pretendemos sostener que el *Pacta Sunt Servanda* encuentra serios retos en el contrato de obra en general, porque el objeto material de contratación está en permanente movimiento, en constante creación y adecuación a un expediente técnico y, por tanto, a diferencia de un contrato ordinario en donde el objeto es plenamente conocido con antelación, en este particular tipo de contratación el objeto material se va haciendo constantemente en la búsqueda de satisfacción del propietario de la obra dentro de los costos aceptados por el contratista. Esta dinámica intrínseca del contrato de obra justamente propicia su alta conflictividad, porque a diferencia de un contrato en donde el objeto material del contrato está definido y es reconocido anticipadamente, en el contrato de obra se va haciendo progresivamente. Es decir, la conflictividad del contrato de obra es propia de su naturaleza y no necesariamente consecuencia de una actitud de las partes contratantes, quienes deben adecuarse a esta y encontrar soluciones que satisfagan sus legítimos intereses.

En efecto, es en este escenario en donde tanto el Estado como el contratista deben buscar un equilibrio de sus intereses, para alcanzar sus objetivos y ver de esta manera satisfecho cada quien sus propias necesidades. En ese afán, uno de los conceptos que puede dar sustento a esta búsqueda de intereses es el equilibrio económico financiero del contrato, entendido como el intento de obtener una perfecta equivalencia en las prestaciones a cargo de cada una de las partes del contrato de obra. En efecto, por un lado este concepto procura que el costo de la obra sea el adecuado y esté estrictamente limitado conforme al expediente técnico y a las disposiciones del Estado, satisfaciéndose así la procura en la obtención de una infraestructura de interés público, mientras que para el contratista implica la obtención de un reconocimiento oportuno y legítimo a su expectativa económica materializada no solamente en la obtención de lucro, sino además también en el reconocimiento

total de los gastos incurridos en la ejecución de la obra, siempre dentro de los objetivos finales del expediente técnico. Es decir, el equilibrio económico financiero del contrato se constituye en una garantía, para que el contrato alcance esa doble finalidad indesligable a la que se ha hecho alusión inicialmente.

Para comprender la existencia de este necesario equilibrio de las prestaciones, es necesario deslindar con acepciones propias del contrato de obra, como el riesgo del contrato mismo. Por definición, una de las características del contrato de obra es el riesgo que asume el contratista, sea a suma alzada o a precios unitarios, situación que normalmente va a implicar que el contratista tome un determinado monto y sea tal con el que ejecute la obra de acuerdo al expediente técnico, pues aun cuando esté en condiciones de ofertar, siempre será dentro de determinados parámetros impuestos por el Estado. En este artículo no nos referiremos a este riesgo natural e intrínseco del contrato de obra –de ahí el deslinde que puntualizamos precedentemente– sino fundamentalmente a una variación ostensible de los costos por razones ajenas a las partes contratantes. Hay ciertamente un riesgo económico inevitable en todo contrato de obra, pero cuando se trata de contratación pública, este riesgo no solamente se focaliza en el costo de las partidas, sino además en una normativa que procurando evitar un perjuicio al erario nacional, ha venido imponiendo restricciones a las soluciones que normalmente el Derecho de la Construcción brinda a las partes contratantes en este ámbito de conflictividad.

Cuando hacemos alusión al desequilibrio económico financiero del contrato de obra, nos referimos a una inesperada circunstancia, ajena al riesgo propio del contrato de obra, en donde esta equivalencia en las prestaciones se ha visto quebrantada de manera inusitada o cuando menos de una forma tan ostensible, que impide la continuación de la ejecución del contrato. Así, esta situación conlleva una doble afectación, pues por un lado el Estado no obtendrá la obra de infraestructura que ha requerido, postergando de esta manera la satisfacción de un interés público, mientras que el contratista tampoco podrá obtener el legítimo lucro que propició su intervención en un proceso de selección. Es decir, el desequilibrio económico financiero del contrato de obra se constituye en una circunstancia que implica una doble pérdida, tanto para el Estado como para el contratista, de ahí la necesidad de poder analizar su viabilidad y los mecanismos con los que cuentan las partes para poder reestablecerlo en aras de encontrar una satisfacción de sus intereses.

Es sumamente trascendental para el interés público mantener la vigencia de un contrato

de obra, pues solamente con su culminación es cuando podrá verse satisfecha la finalidad para la cual se contrató. Ningún funcionario público inicia un proceso de selección para que el contrato quede trunco, nadie razonablemente busca un escenario de incumplimiento contractual, pero debido a la propia naturaleza del contrato de obra y con mayor recurrencia si interviene el Estado, van a haber circunstancias inesperadas que deberán ser afrontadas, bajo riesgo que el contrato quede resuelto. De ser ese el supuesto, todo el trabajo que implicó no solamente el proceso de selección y la ejecución, sino fundamentalmente la satisfacción del interés público se verán insatisfechos, generando pérdidas y como se ha mencionado, encareciendo la contratación pública.

Una escuela pública incompleta es una afectación al derecho de la educación de la población escolar, tal como un centro asistencial inconcluso es una afrenta al derecho a la salud que tenemos todos los ciudadanos. Así, una eventual resolución contractual solamente debe ser la vía más extrema en un contexto en donde no haya otra alternativa para el Estado, pues la resolución del contrato de obra pública trasciende a la obra en sí misma y afecta directamente derechos esenciales de la población beneficiaria de la infraestructura. En ese sentido, es que para la defensa del Estado el objetivo primordial es que se obtenga la obra de infraestructura; todo lo demás está supeditado a ese propósito. No obstante este evidente interés público que subyace a todo contrato de obra pública, en determinados supuestos es el mismo Estado quien restringe la posibilidad de encontrar una solución satisfactoria para la entidad propietaria y su contratista cuando se advierte un escenario de desequilibrio económico financiero del contrato. En particular nos referiremos a las limitaciones en los adicionales de obra sin que ello suponga que la discusión se agote en ese contexto.

En el Derecho de la Construcción en general, la libertad contractual del propietario y del contratista supone que ambas partes pueden libremente negociar y establecer los mayores costos que involucra la ejecución de una obra, negociación que encuentra mayor necesidad en un escenario tan variable como el de la ejecución de una obra de infraestructura. Sin embargo, esta libertad encuentra limitaciones en el Derecho Público, principalmente debido a la necesidad de garantizar una adecuada utilización de fondos públicos. Si una obra excede su presupuesto, sea por insuficiencia o deficiencia del expediente técnico o por causas ajenas a los contratantes, el adicional de obra será la oportunidad para poder obtener la infraestructura requerida y además otorgar la contraprestación que corresponda. Pero si en el Derecho de la Construcción en general hay

libertad para poder negociar este adicional, en el Derecho Público la situación es diametralmente distinta, porque los adicionales tienen limitaciones en su concesión e inclusive parámetros para su ejecución, que en determinados supuestos pueden conllevar a la pérdida de eficiencia en la ejecución de la obra.

Es entonces cuando los adicionales de obra en la contratación pública adquieren relevancia esencial, pues no es inusual que sucedan circunstancias en donde se hace imprescindible la continuación inmediata de la ejecución del contrato de obra y, sin embargo, debe esperarse el pronunciamiento decisorio de la Contraloría General de la República para ejecutar el adicional de obra cuando este excede el 15% del presupuesto, lo cual implica no solo la postergación de la antes mencionada satisfacción de un interés público, sino que inclusive implica la elevación del costo final de la obra.

Ciertamente el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado, para casos excepcionales, señala que: *«En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emitirá previa al pago»*. Esta norma se refiere a la autorización previa de la Contraloría General de la República para la ejecución y pago de todo adicional de necesidad inmediata o emergencia que exceda el 15% y hasta el 50% del presupuesto de la obra, disponiéndose que sea ejecutado previamente al pago, asegurándose así la ejecución del adicional, pero postergándose el pago a un momento posterior, lo que no garantiza necesariamente el reconocimiento económico equivalente al trabajo realizado en el nivel esperado y eventualmente relegando de esta manera el interés de la otra parte contractual, propiciando así un eventual escenario de conflicto.

Queda claro que no se pretende eludir los necesarios controles públicos en resguardo del erario nacional, sino encontrar soluciones más efectivas para alcanzar el objetivo propuesto. Se entiende que estas limitaciones al adicional de obra en sede administrativa encuentran sustento en que la ejecución de una prestación hasta ese momento inexistente pero necesaria, significa o insuficiencia o deficiencia del expediente técnico, habilitando así una labor de control imprescindible por parte de la Contraloría General de la República para su aprobación cuando los adicionales exceden el 15% del presupuesto inicialmente pactado.

Sin embargo se ha pasado a una restricción absoluta cuando a nivel arbitral se encuentran restricciones como la prevista en el artículo 41.5 de la actual Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, en

donde se señala 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 arbitraje»*, se entiende esta restricción para que se puedan revisar los adicionales en un arbitraje, como una decisión legislativa que se fundamenta en la protección del presupuesto público, pero esa es solamente una arista en el asunto de fondo.

Ciertamente, uno de los elementos esenciales en esta evaluación es el Principio de Equilibrio Presupuestario previsto en el artículo 41° de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, en donde se preceptúa como artículo I del Título Preliminar que:

«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».

Sin embargo, en el mismo Título Preliminar se indica para definir el Principio de Eficiencia en la ejecución de los fondos públicos, que:

«Las políticas de gasto público vinculadas a los fines del Estado deben establecerse teniendo en cuenta la situación económica-financiera y el cumplimiento de los objetivos de estabilidad macrofiscal, siendo ejecutadas mediante una gestión de los fondos públicos, orientada a resultados con eficiencia, eficacia, economía y calidad».

En realidad, la proscripción de la revisión de los adicionales de obra en la contratación pública a nivel arbitral, ha devenido como consecuencia de una sistemática y no menos impropia decisión sobre la materia de algunos tribunales arbitrales, quienes amparados en la jurisdicción que detentaron, emitieron laudos abiertamente perniciosos para el sistema arbitral en general. En efecto, perjudicaron no solamente al Estado, porque a través de laudos cuestionables otorgaron concesiones económicas que no correspondían a la voluntad de las partes, perjudicaron a los demás árbitros que correctamente se habían venido pronunciando sobre adicionales de obra y que ahora han perdido esa potestad. Han causado daño también a los contratistas, que ahora deben someterse a una decisión irrevisable y que limita su legítima intención de lucro, pero también han puesto en riesgo la ejecución de la obra y, por tanto, también los intereses del Estado.

Esta limitación a la arbitrabilidad de los adicionales de obra, entendida como una afectación a la implementación del restablecimiento del equilibrio

económico financiero del contrato, deviene por una decisión legislativa más reactiva ante algunas conductas impropias en el desarrollo de algunos arbitrajes, que sustentada en la eficiencia en la gestión de los fondos públicos que también tiene respaldo normativo. Es decir, las limitaciones que actualmente encontramos tienen un correlato directo con la intención del Estado de evitar justamente aquellas decisiones arbitrales contrarias no solamente a sus intereses, sino principalmente al ordenamiento legal. De esta manera, hay actualmente una restricción al campo de arbitrabilidad en las obras públicas, como consecuencia de una defensa restrictiva por parte del Estado, la que eventualmente y como venimos sosteniendo, puede generar ineficiencia en la obtención de la infraestructura al denostar un mecanismo de resolución de conflictos como el arbitraje.

En ese sentido, es menester redimensionar el arbitraje en la contratación pública, aclarando que, como mecanismo de resolución de conflictos, es absolutamente utilitario, pues es como un arma puede ser utilizado por un delincuente para perpetrar un latrocinio, como por un policía para defender una vida humana. Dependerá de enfocar adecuadamente que en la actualidad es la vía más adecuada para solucionar los conflictos en materia de obra pública. Si ha habido situaciones irregulares, el mismo sistema y sus agentes deberán encargarse de solucionar esta problemática, quedando claro que una restricción absoluta deviene en ineficiente y encarece los costos de transacción.

Deben además explorarse otras soluciones, como podría ser que paralelamente a la tramitación del adicional de obra, la entidad pueda implementar inmediatamente un procedimiento que habilite una ejecución continua de la obra con presencia de un funcionario designado por la Contraloría General de la República, quien debería involucrarse directamente en este procedimiento y que debido a esta excepcionalidad necesariamente debería tener una adecuada supervisión, pero sin detener la obra. Actualmente, tal como está estructurada la tramitación del adicional, cuando menos hay que esperar la autorización de ejecución, que legalmente y en principio debería demorar 15 días hábiles, pero deteniéndose la ejecución de la obra y con un plazo mayor en términos prácticos. Así planteada la situación, la aplicación de la actual normativa propicia un escenario de controversia asegurada, en el cual una de las partes espera la ejecución del adicional y la otra queda en expectativa no solo del pago, sino principalmente de una correcta liquidación de esta necesaria partida presupuestal.

Nos ponemos en el supuesto que la obra ya haya alcanzado el 15% de ejecución contractual y sin

embargo los pilotes del puente que acaban de colocarse empiezan a colapsar por un inadecuado o desfasado estudio del lecho arenoso del río sobre el cual se ha colocado la infraestructura. En ese ejemplo, ¿acaso debemos esperar que la Contraloría General de la República se pronuncie sobre la viabilidad del adicional que sea necesario? El riesgo es inminente y una acción dentro del actual marco legal nos obliga a esperar, pero bajo el peligro amenazador de un colapso del puente y por consiguiente de un perjuicio económico y social para el Estado. Ya no estamos exclusivamente ante una postergación del interés social que devendría en reclamos de la población afectada, sino ante la imperiosa e inexorable intervención inmediata y efectiva del contratista, pues además jurídicamente es la parte que se encuentra en mejor posición de evitar un daño a su contraparte contractual y por tanto debe actuar en ese sentido a fin de evitarlo o cuando menos minimizarlo. Dadas estas circunstancias excepcionales, el adicional se va a ejecutar inmediatamente y su reclamo se verá en instancias arbitrales bajo otra nomenclatura, pues no habría una autorización previa por parte de la Contraloría General de la República para su reconocimiento económico, es decir, controversia asegurada.

Otro ejemplo sería el supuesto de contrato de obra para el mejoramiento de un aeropuerto de ubicación estratégica que se encuentra en su etapa final, en el cual hay que desplazar la antigua torre de control aéreo, debido a que por su ubicación ha quedado casi inoperativa en las nuevas instalaciones aeroportuarias. En tanto esta situación no ha sido prevista, implicaría un eventual adicional de obra, en donde por exceder los límites porcentuales legalmente previstos, previamente se requeriría la autorización extendida por la Contraloría General de la República. Ante la ocurrencia de un siniestro telúrico, con grave afectación a la infraestructura urbana y a las comunicaciones, con aislamiento de poblaciones y lamentables víctimas, nuevamente debemos preguntarnos, ¿acaso debemos esperar a que el adicional de obra quede aprobado o debemos culminar la obra inmediatamente para dar inicio a las acciones de puente aéreo y cubrir necesidades esenciales de asistencia médica y alimentación a la población afectada?

Basta el sentido común para entender que hay determinados supuestos excepcionales en la ejecución de infraestructura pública, en donde se hace imprescindible la intervención inmediata del Estado y la consiguiente exigencia al contratista para que continúe y no paralice la ejecución de un adicional, cuyo reconocimiento económico tal como está la normativa de contratación pública actualmente, inevitablemente va a generar un arbitraje. Esto sucede porque actualmente el

criterio legal para la intervención de la Contraloría General de la República es que solamente se puede aprobar la autorización de ejecución y pago de los adicionales previa aprobación de su parte.

Ante esta situación, tal como hemos mencionado precedentemente, es menester reevaluar tal presupuesto normativo para poder cumplir con un objetivo de satisfacción social que trasciende a la formalidad impuesta por la normativa de contratación pública, en casos que podemos denominar de Ejecución Anticipada del Adicional de Emergencia. Esto porque la realidad nos lleva a implementar procedimientos que se ajusten a la satisfacción del interés público antes que a la formalidad burocrática, a la cobertura tutelar de las personas y las necesidades apremiantes que pueda tener la sociedad antes que a la formalidad. En otros términos, y para el supuesto en concreto, si bien hay un procedimiento para adicionales con carácter de emergencia, igualmente se necesita una autorización para su ejecución, y ese es el punto neurálgico que debemos revisar, pues la realidad nos impone continuar con la ejecución de la obra, tanto como para satisfacer una necesidad pública de manera inmediata, como para evitar un perjuicio económico al propietario de la obra que es el propio Estado.

Sin embargo, tal como hemos expuesto al inicio de este artículo, hasta aquí solamente hemos analizado una cara de la moneda, pues el legítimo reconocimiento económico del contratista es la contracara en esta evaluación, en donde actualmente el camino casi asegurado es el del arbitraje, el cual como hemos revisado, tiene serias restricciones para su implementación en esta materia y ello como consecuencia de una política normativa reactiva antes que generadora de eficiencia en la obra pública de infraestructura. Sin duda, más allá de la elevación de los costos de transacción que supone la necesidad de tener que iniciar un arbitraje para obtener el reconocimiento económico que correspondería, está la restricción impuesta legalmente para que este tipo de materias sean analizadas en un tribunal arbitral.

Es entonces en donde esta política legislativa de «*normativa por reacción*» debe reformularse, pues en principio el Estado debe pagar aquella infraestructura que se ha puesto a su disposición siguiendo sus instrucciones y las necesidades finales de la obra. Si esa es la lógica a seguirse, de garantizar económicamente al contratista el trabajo ejecutado con anuencia del propietario de la obra, más eficiente será discutir el monto a reconocer que su procedencia. En otros términos, para una adecuada y pertinente defensa legal, en un supuesto en donde la infraestructura pública se ha ejecutado en su integridad siguiendo las

instrucciones de la entidad, carece de mayor sentido negar ese reconocimiento, siendo más eficiente en resguardo de los intereses del Estado discutir valoraciones o metrados finalmente ejecutados, pues en ese escenario es donde, cuando menos, la obtención de la obra está asegurada.

Sin embargo, actualmente las decisiones del Estado respecto a los adicionales de obra no son materia arbitrable, como hemos mencionado anteriormente, debido a una «*normativa por reacción*», a una opción legislativa de quien se siente perjudicado ilegítimamente. Sin embargo, ponemos en entredicho que restricciones como esta hayan sido adoptadas con una evaluación económica sustentada en la eficiencia en la obtención de infraestructura pública, pues si estimamos toda la regresión en el cierre de la brecha de infraestructura y el costo económico y social que aquello implica y lo comparamos con el perjuicio irrogado a la fecha con algunos laudos cuestionables, definitivamente el daño va a ser mayor con la actual normativa. De ninguna manera pretendemos sostener que ese daño ocasionado al sistema arbitral sea aceptable y, por el contrario, habrá que exigir a los agentes del sistema que sea eliminado.

Precisamente para ese propósito, la defensa del Estado cuenta con mecanismos como la anulación de laudo, respecto de la cual hay que reconocer que el Poder Judicial ha venido actuando con solvencia cuando ha sido requerido. Habría sido más eficiente conceder una mayor capacidad discrecional al Poder Judicial en materia de anulación de laudos, que una norma de total restricción en materia de adicionales como la que hemos venido analizando. Es que en general la continuación o terminación de una obra de infraestructura debería ser materia arbitrable, pues se trata de aspectos de libre disposición de las partes, de tal forma que todo aquello que implique una controversia sea arbitrable. Sin embargo, actualmente esta normativa viene propiciando que las obras se paralicen ante la falta de una decisión rápida y definitiva respecto al adicional, que las obras eventualmente puedan perderse y que los costos de transacción que finalmente se van a trasladar al valor referencial de la obra y que serán asumidos por el Estado se eleven.

El problema no necesariamente es solo económico, pues hay entidades públicas que inclusive dejan de ejecutar la totalidad del presupuesto asignado anualmente, el problema es que debemos reenfocar el arbitraje aplicado a los adicionales de obra pública y para ello, uno de los conceptos gravitantes es el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato como una doble garantía, tanto para el Estado como para el contratista. ■