

La ejecución del contrato de obra pública en Sudamérica ante el COVID-19: posibles alternativas para mantener su equilibrio económico o terminarlo anticipadamente

The execution of public works contract in South America under COVID-19: possible alternatives to maintain its economic balance or terminate it early

Alex Wagemann Farfán*
Claudio Nicolás Inostroza Guajardo**
Wagemann Abogados & Ingenieros

Resumen:

El presente estudio tiene por objeto analizar los principales efectos del COVID-19 en la ejecución de los contratos de obra pública en distintos países de Sudamérica. En particular, la construcción de proyectos de infraestructura pública ha sido declarada una actividad esencial en distintos países, lo que ha obligado que los contratistas deban cumplir sus obligaciones en términos excesivamente onerosos o bien ajenos al fin que motivó la celebración de los acuerdos con la Administración del Estado. Por lo tanto, teniendo en consideración lo anterior, se efectúa un análisis de las posibles alternativas que ofrece el Derecho, ya sea para reestablecer el equilibrio económico del contrato o bien para terminar anticipadamente el acuerdo.

Abstract:

This paper studies the principal effects of COVID-19 in the execution of public works contracts throughout South America. In particular, different countries have declared that the construction of public infrastructure is an essential activity, a situation that has forced the contractors to fulfill their obligations in excessively onerous terms or outside the purpose that led to the termination of the agreements with the State Administration. Considering the above, this article analyzes the possible alternatives offered by the Law, either to reestablish the economic balance of the contract or to terminate the agreement early.

Palabras clave:

Contratos de obra pública – COVID-19 – Equilibrio financiero – Ecuación contractual – Frustración del contrato

Keywords:

Public works contracts – COVID-19 – Economic balance – Contractual equation – Contract frustration

* Socio en Wagemann Abogados & Ingenieros. Abogado Universidad de Chile. Master en Construcción Internacional, Universidad de Stuttgart, Alemania. Líder del Grupo Mundial de Trabajo para Contratos de Construcción en la Confederación Internacional de Asociaciones de Contratistas (CICA). Miembro del Directorio de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción (ALDEC). Ex – director de la Sociedad Chilena de Derecho de la Construcción. Profesor de la Escuela de Ingeniería de la Pontificia Universidad Católica de Chile. ORCID iD: 0000-0003-1574-0776. Contacto: awagemann@wycia.com.

** Asociado en Wagemann Abogados & Ingenieros. Abogado Universidad Adolfo Ibáñez. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción (ALDEC). ORCID iD: 0000-0003-1635-4615. Contacto: cinostroza@wycia.com.

Sumario:

1. Introducción – 2. Breve aproximación al concepto y objeto del contrato administrativo de obra pública – 3. La ejecución de obras públicas bajo circunstancias anormales o extraordinarias originadas por el COVID-19 – 4. Las alternativas proporcionadas por el Derecho para asegurar la utilidad y beneficio de los contratos de obra pública – 5. Medidas adoptadas por distintos países de Sudamérica respecto de la ejecución de contratos de obra pública ante el COVID-19 – 6. Conclusiones – 7. Bibliografía

1. Introducción

Como es de conocimiento general, en diciembre de 2019 fueron detectados los primeros casos de COVID-19, enfermedad provocada por un virus denominado “coronavirus 2 del síndrome respiratorio agudo grave” (SARS-CoV-2) y que fue declarada pandemia en marzo de 2020 por la Organización Mundial de la Salud¹.

Debido a la fácil propagación del virus², actualmente se estima que más de 12 millones de personas se han enfermado por COVID-19³, lo que ha permitido identificar que estamos ante una de las mayores crisis sanitarias de la historia de la humanidad. Producto de lo anterior, y con el objetivo de contener la propagación del virus, los gobiernos nacionales se han visto en la necesidad de adoptar medidas tales como el confinamiento y distanciamiento social para resguardar la seguridad y salud de la población⁴.

Ahora bien, es posible identificar que producto de la implementación de medidas de suspensión de actividades para contener la propagación del virus, se ha generado una drástica contracción en la economía global, la que según el Banco Mundial “sería la peor recesión desde la Segunda Guerra Mundial”⁵. Esta contracción económica ha afectado múltiples actividades, entre las que se encuentra la construcción de proyectos ubicados en zonas de cuarentena.

En particular, a efectos del presente artículo, resulta interesante analizar fáctica y jurídicamente la situación en que se encuentran actualmente los proyectos de *construcción de obra pública*. Esto último, ya que son varios los Estados que han declarado la ejecución de estos trabajos como una actividad esencial para asegurar la prestación de servicios públicos.

De esta manera, aquellos contratistas que celebraron contratos de obra pública antes del reconocimiento del COVID-19 como pandemia, se han visto compelidos a continuar ejecutando sus proyectos en circunstancias anormales o extraordinarias que conllevan una excesiva onerosidad del cumplimiento de las obligaciones. Adicionalmente, es posible reconocer que, dadas las circunstancias anormales de ejecución, los proyectos de construcción enfrentan actualmente y enfrentarán en el futuro eventuales retrasos, situación que se podría traducir en la aplicación de multas por parte del propietario, con lo que la utilidad o beneficio originalmente esperada por contratista dejaría de existir.

Dado lo anterior, surgen inmediatamente las siguientes dos interrogantes: i) ¿cómo la legislación existente está resolviendo este asunto?, y; ii) ¿qué alternativas nos proporciona el Derecho para encontrar una solución equilibrada?, ya sea pensando en el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, o bien, en su resolución anticipada.

Con el propósito de resolver las interrogantes antes señaladas, el presente artículo se estructura de la siguiente manera: en primer lugar, analizaremos de manera breve el concepto y objeto del contrato administrativo de obra pública; posteriormente, nos referiremos a los efectos del COVID-19 en el desarrollo de la construcción de obras públicas; luego, analizaremos las distintas soluciones que entregan los ordenamientos jurídicos para asegurar la utilidad y beneficio esperado por los contratistas al momento de celebrar los contratos de obra pública, y; a continuación, presentaremos de manera sintética las medidas adoptadas por algunos países de Sudamérica para enfrentar la crisis sanitaria, así como los posibles mecanismos que posee el contratista para asegurar la utilidad del contrato. Finalmente, serán formuladas algunas conclusiones.

1 “Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19)”, Organización Mundial de la Salud, acceso 14 de julio, 2020, <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>.

2 Organización Mundial de la Salud, “Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19)”.

3 “WHO Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard”, Organización Mundial de la Salud, último acceso 14 de julio de 2020, <https://covid19.who.int/>.

4 “Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19): orientaciones para el público”, Organización Mundial de la Salud, último acceso 14 de julio de 2020, <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public>.

5 Banco Mundial, “El COVID-19 (coronavirus) hunde a la economía mundial en la peor recesión desde la Segunda Guerra Mundial”. Acceso 14 de julio. <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2020/06/08/covid-19-to-plunge-global-economy-into-worst-recession-since-world-war-ii>.

2. Breve aproximación al concepto y objeto del contrato administrativo de obra pública

Si bien este artículo no pretende efectuar un estudio pormenorizado sobre los contratos administrativos, resulta fundamental a propósito de la ejecución de contratos de obra pública ante el COVID-19, tener en consideración ciertas características propias de los acuerdos celebrados entre un particular y la Administración del Estado.

Dentro de dichas características especiales, se encuentran las denominadas “facultades exorbitantes” que posee la Administración para cumplir con su deber de proporcionar de manera eficaz y continua los servicios públicos necesarios para el funcionamiento del país. De esta manera, a diferencia de las relaciones entre privados, resulta fundamental que la Administración cuente con prerrogativas especiales, tales como contar con poderes de control y dirección del contrato, o contar con la facultad de poder modificar unilateralmente el acuerdo si es necesario⁶.

Ahora bien, no basta con que la Administración cuente únicamente con facultades exorbitantes para lograr satisfacer las necesidades públicas, sino que muchas veces resulta necesario que disponga de la infraestructura adecuada al efecto. Por esta razón, la Administración se ha visto históricamente en la necesidad de celebrar contratos de obra pública, mediante los cuales encarga a un tercero la ejecución, reparación o conservación de este tipo de infraestructura, cuyo principal objeto es propender justamente a un fortalecimiento del bien público⁷.

De esta manera, la celebración de contratos de obra pública no solo ha permitido que los Estados cuenten con la infraestructura necesaria para asegurar la prestación de servicios públicos tales como salud, transporte o educación, sino que además se ha transformado en una de las principales fuentes de trabajo formal en distintos países de Sudamérica y el mundo. Lo anterior, según será analizado en profundidad a continuación, ha motivado que varios países de la región hayan determinado que la construcción de obras públicas constituye una actividad esencial; es decir, que no puede detenerse a propósito de la pandemia mundial que hemos experimentado durante el año 2020⁸.

3. La ejecución de obras públicas bajo circunstancias anormales o extraordinarias originadas por el COVID-19

Como es de público conocimiento, en diciembre del año 2019, los hospitales de la ciudad de Wuhan, capital de la provincia de Hubei, en la República Popular China, detectaron los primeros casos de COVID-19, enfermedad que es ocasionada por el virus denominado “coronavirus 2 del síndrome respiratorio agudo grave” (SARS-CoV-2)⁹.

Tras comenzar a evidenciar un rápido incremento de contagios en distintos países del mundo, entre los días 22 y 23 de enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud (“OMS”) comenzó a evaluar si el brote constituía una emergencia sanitaria de preocupación internacional¹⁰.

Dos meses después, la enfermedad se encontraba en más de 100 países a nivel mundial, siendo reconocida como pandemia por la OMS, el día 11 de marzo de 2020¹¹.

La delicada situación sanitaria que ha experimentado la población mundial durante el año 2020 ha derivado en que los gobiernos nacionales impongan restricciones de viaje, cuarentenas, confinamientos, aislamiento social, cancelación de eventos y cierre de establecimientos, entre otras medidas.

6 Juan Carlos Flores Rivas, “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 56 (II semestre 2019): 69.

7 A efectos del presente artículo, entendemos por “bien público” aquel que pertenece o es provisto por el Estado, y cuyo dominio corresponde a la nación toda.

8 *Infra Sección 4.*

9 Organización Mundial de la Salud. 2020. “Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19)”. Acceso 14 de julio. <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>.

10 Organización Mundial de la Salud. 2020. “Statement on the meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)”. Acceso 13 de julio. [https://www.who.int/news-room/detail/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news-room/detail/23-01-2020-statement-on-the-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)).

11 Organización Mundial de la Salud. 2020. “Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020”. Acceso 13 de julio. <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>.

En este contexto, ha sido posible identificar que la industria de la construcción se ha visto fuertemente afectada por al menos dos grandes fenómenos: i) la paralización total de los proyectos y ii) la continuidad de la ejecución de los contratos bajo circunstancias anormales o extraordinarias.

Sobre el primero de los casos antes señalados, existe un cierto consenso global en el sentido de que estaríamos ante la presencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, cuya regulación y alcance se encuentra tratado en todas las legislaciones de Sudamérica, casi sin excepción¹².

Sin embargo, no todos los proyectos de construcción han sido paralizados. En efecto, tal como ya fue señalado previamente, algunos países han determinado que, aun cuando existan medidas de confinamiento, la construcción de obras públicas es una actividad esencial del Estado y, por lo tanto, la ejecución de estos contratos no puede detenerse¹³, cuestión que hace imposible la invocación de la fuerza mayor por parte de los contratistas¹⁴.

De esta manera, aquellos privados que habían celebrado contratos de obra pública con el Estado antes del reconocimiento del COVID-19 como pandemia mundial, han debido continuar ejecutando los proyectos de construcción en circunstancias anormales o extraordinarias, lo que ha conllevado que el cumplimiento de sus obligaciones se vuelva excesivamente oneroso.

En efecto, los contratos de obra pública y normativa laboral establecen obligaciones claras en cuanto a la necesidad de que el contratista adopte todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de sus trabajadores. Así, este último no solo se ha visto en la obligación de adquirir implementos de seguridad tales como mascarillas, guantes y otros elementos de protección; sino que adicionalmente se ha producido una natural afectación como consecuencia del retraso en la recepción de los suministros necesarios para la ejecución de los trabajos, así como en el desplazamiento normal de maquinaria de construcción hacia las obras.

Todas las medidas extraordinarias que han debido adoptar los contratistas para continuar con la ejecución de obras públicas no solo conllevan una pérdida de productividad evidente, sino también se traducirán en la práctica en una mayor permanencia de personal y recursos en la obra por un periodo superior al originalmente contratado.

Las consecuencias antes señaladas han producido al menos, un desequilibrio en la ecuación financiera de los contratos de obra pública, ya que los contratistas están incurriendo en costos adicionales no previstos al momento de la celebración del acuerdo¹⁵. Dado lo anterior, surgen de inmediato las siguientes preguntas clave: primero, cómo la legislación existente está resolviendo este asunto y, segundo, qué alternativas nos proporciona el Derecho para encontrar una solución equilibrada, pensando el restablecimiento de un balance económico. Ambos puntos serán analizados a continuación en este artículo.

4. Las alternativas proporcionadas por el Derecho para asegurar la utilidad y beneficio de los contratos de obra pública

Si bien los países han respondido de distintas maneras a la pandemia del COVID-19, un hecho común en una gran mayoría de los Estados Sudamericanos ha sido la declaración de zonas de cuarentena o confinamiento. Esta medida ha obligado a detener gran parte de la actividad económica y, en particular, ha paralizado un importante número de proyectos de construcción.

Sin embargo, tal como fue señalado previamente, en varios países de la región, dicha medida no ha afectado la ejecución de los contratos de obra pública, cuyos contratistas se han visto compelidos a cumplir con sus obligaciones en circunstancias extraordinarias que, dada la naturaleza de la pandemia, no podían ser previstas al momento de la celebración de los acuerdos.

Estas circunstancias, ajenas a la responsabilidad de quien ejecuta la obra, han hecho que el cumplimiento de las obligaciones contractuales sea excesivamente más oneroso, o bien, que la finalidad económica que motivó la celebración del contrato no pueda ser alcanzada.

12 Véase, por ejemplo: artículo 1730 del Código Civil y Comercial argentino; artículo 45 del Código Civil chileno; artículo 1315 del Código Civil peruano.

13 *Infra* Sección 4.

14 Primero, debido a que la fuerza mayor supone la imposibilidad de cumplir la obligación, y; segundo, porque suele estar restringida únicamente al otorgamiento de mayor plazo, es decir, no contempla la indemnización de mayores costos, con lo que resulta ser ineficiente a efectos de restablecer la conmutatividad de las prestaciones, que es justamente lo que se busca obtener en estos casos.

15 Sin perjuicio de que el mayor plazo de ejecución producto de esta situación se podría traducir además en la aplicación de multas, sanciones y penalidades por parte del mandante.

Dado lo anterior, resulta relevante cuestionarse quién debe soportar los costos adicionales que conlleva la ejecución de los proyectos de obra pública en estas circunstancias excepcionales. Lo expuesto, partiendo de la base que los impactos sufridos con ocasión del COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, no pueden ser de responsabilidad directa del contratista, al menos, en aquellos casos en que este último ha tomado todas las medidas de prevención necesarias.

Atendido lo ya indicado, es posible identificar que los contratistas de proyectos de obra pública, según las opciones que le otorgue el ordenamiento jurídico del respectivo país, pueden, en general, optar por una de las siguientes alternativas: i) restablecer el equilibrio económico del contrato, o; ii) reclamar la frustración del fin del contrato y, en consecuencia, resolver anticipadamente el acuerdo.

4.1 Primera alternativa: restablecimiento del equilibrio económico del contrato

Tal como fue señalado al comienzo de este artículo, los contratos de obra pública corresponden a una categoría de los contratos administrativos y, al igual que en cualquier relación contractual, las partes esperan beneficiarse de los términos comprometidos, los cuales han sido acordados teniendo en consideración la existencia de una interdependencia entre las prestaciones que se deben entre ellas¹⁶.

De esta manera, se ha entendido que el *principio de equilibrio económico del contrato* busca que la correspondencia entre las prestaciones se mantenga hasta el término de la relación contractual.

En particular, la doctrina ha definido este principio de la siguiente manera:

“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)”¹⁷.

En efecto, se ha entendido que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato es la institución jurídica mediante la cual es posible perseguir que se mantengan incólumes los fines acordados por las partes al momento de celebrar el acuerdo, y así evitar que las circunstancias sobrevinientes que no sean imputables al contratista le causen pérdidas patrimoniales.

La necesidad de resguardar los intereses de las partes durante toda la relación contractual entre el particular y el Estado encuentra su origen en la teoría del servicio público, la que entiende este último como una prestación efectiva, regular y continua¹⁸. Por lo tanto, se ha entendido que el contratista es un colaborador del Estado en la mantención del servicio público, con lo que “tiene derecho a una compensación por la utilización de los poderes exorbitantes por parte de la administración”¹⁹.

El principio de equilibrio económico del contrato ha sido largamente estudiado a propósito de la contratación administrativa, y responde directamente al principio de justicia conmutativa que impera en todo contrato oneroso y que supone una igualdad o equilibrio entre los derechos y obligaciones del contratista. La doctrina y jurisprudencia han entendido que esta equivalencia de las prestaciones no puede ser sacrificada en aras del interés público sin que el contratista sea resarcido por ello²⁰.

Ahora bien, no cualquier sacrificio o hecho extraordinario supone una alteración en las condiciones originalmente acordadas entre las partes. En particular, la doctrina ha reconocido que la aplicación de este principio requiere que se cumpla con las siguientes condiciones²¹:

16 Libardo Rodríguez Rodríguez, “El equilibrio económico en los contratos administrativos”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 66 (2011): 57.

17 Miguel Marienhoff, “Contratos administrativos. Teoría general”, en *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo III-A. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998), 469. En Rodríguez Rodríguez, Libardo, “El equilibrio económico en los contratos administrativos”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, no. 66 (2011): 57.

18 Teoría desarrollada principalmente por la doctrina francesa, cuyo origen se atribuye a Léon Duguit. Véase también: José Miguel Valdivia, *Manual de Derecho Administrativo* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018), 42.

19 Libardo Rodríguez Rodríguez, “El equilibrio económico en los contratos administrativos”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n° 66 (2011): 61.

20 Caso CIADI N° ARB/O7/32. “Astaldi SpA c. La República de Honduras”, p. 50 y ss. Véase también: Gastón Jéze, *Principios Generales del Derecho Administrativo*, Tomo V, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1950): 16 y ss. Juan Carlos Cassagne, “El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo” *Estudio de Derecho Público* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995): 136. Juan Carlos Flores Rivas, “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 56 (II semestre 2019): 87.

21 Libardo Rodríguez Rodríguez, “El equilibrio económico en los contratos administrativos”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n° 66 (2011): 72-76.

- La alteración debe responder a hechos que no sean imputables a la parte que reclama el restablecimiento.
- La alteración debe darse por hechos ocurridos después de la celebración del contrato.
- La alteración debe ser extraordinaria o superar un riesgo normalmente adquirido por los co-contratantes en la ejecución del contrato.
- La alteración de las condiciones contractuales debe afectar gravemente la economía del contrato, lo que debe ser probado por el contratista.

Sin perjuicio de las condiciones antes señaladas, la doctrina concuerda en que existen al menos tres causas extraordinarias que pueden llegar a alterar el equilibrio económico de los contratos administrativos en general y; por lo tanto, a los contratos de obra pública, en particular. Estas causas se pueden clasificar de la siguiente manera²²:

- i) Potestad de dirección del contrato o potestad variandi, la que permite que la Administración del Estado pueda dirigir y modificar unilateralmente el contrato.
- ii) Actos de la Administración del Estado o “Hecho del Príncipe”, mediante la cual los contratos son modificados como consecuencia indirecta de la publicación o dictación de una norma legal o reglamentaria ajena a la relación contractual.
- iii) Teoría de la imprevisión, mediante la cual la ejecución del contrato se vuelve excesivamente onerosa, producto de una mayor dificultad en el cumplimiento de las obligaciones originalmente pactadas.

Teniendo en consideración el modo en que se han desarrollado los hechos relativos a la pandemia del COVID-19, salvo que esta situación sea utilizada como fundamento por parte de la Administración para modificar unilateralmente el contrato, es posible concluir, en principio, que el caso de potestad variandi no resulta aplicable. Debido a lo anterior, esta hipótesis no será analizada en detalle en este artículo.

Por su parte, sí reviste especial relevancia lograr determinar si el desequilibrio económico del contrato se debe a las medidas adoptadas por la Administración para enfrentar la pandemia, o bien se debe a la ocurrencia de un hecho que puede ser circunscrito en la teoría de la imprevisión.

Como veremos a continuación, la determinación de si resulta mayormente aplicable una situación u otra, dependerá directamente de las acciones que haya adoptado cada país para enfrentar la crisis sanitaria que ha afectado al mundo durante el año 2020.

4.1.1 Actos de la Administración del Estado o “Hecho del Príncipe”

El hecho del príncipe o *factum principis* corresponde a aquella causa extraordinaria que

“resulta del ejercicio lícito de prerrogativas públicas generales, de un órgano de la Administración del Estado distinta de aquella que ha contratado o del poder legislativo, que conlleva un cambio en las condiciones originales del contrato, haciéndolo más gravoso para el contratante privado”²³.

Así, es posible identificar que los hechos del príncipe corresponden a aquellos actos legislativos o administrativos emanados por el mismo órgano o uno distinto, que, sin referirse directamente al contrato, produce efectos sobre el mismo, determinando una mayor onerosidad en su ejecución²⁴.

Un elemento fundamental al momento de analizar el hecho del príncipe es que la alteración sufrida por el contrato surge producto de un hecho o acto, que, si bien proviene de algún órgano del Estado, no es dictado por este último en su calidad de co-contratante y, por lo tanto, su origen no tiene como objetivo directo modificar el contrato.

De esta manera, si, tras el análisis de un *factum principis* es posible advertir que éste tiene consecuencias en ecuación financiera del contrato administrativo, entonces resulta justificado que el contratista sea

22 Flores Rivas, Juan Carlos, “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, no. 56 (II semestre 2019): 71.

23 Juan Carlos Flores Rivas, “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º. 56 (II semestre 2019): 77.

24 Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo* (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002): 231. En Flores Rivas, Juan Carlos, “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º. 56 (II semestre 2019): 78.

compensado por la carga pública desigual que cede en beneficio de la comunidad en general como consecuencia del actuar del Estado²⁵.

Teniendo presente lo anterior, consideramos que aquellos casos en que el Estado ha decretado que la ejecución de proyectos de construcción de obra pública constituye una actividad esencial y que, por lo tanto, no pueden detenerse, sería posible establecer que este acto administrativo constituye un hecho del príncipe que altera el equilibrio económico del contrato.

En efecto, dada la determinación de los proyectos de obra pública como actividad esencial por parte de la Administración, los contratistas se han visto imposibilitados de invocar la fuerza mayor como una manera de resguardar sus derechos mediante la paralización de sus trabajos y disminución de costos, teniendo que continuar con la ejecución de los contratos en circunstancias totalmente extraordinarias.

Sin perjuicio de lo anterior, es menester tener presente que incluso en aquellos casos en que no se ha decretado confinamiento y que, por lo tanto, los proyectos de construcción tanto públicos como privados continúan en operación, la Administración del Estado ha decretado también medidas de higiene y seguridad que han afectado las condiciones originales en que fueron suscritos los respectivos contratos de construcción.

Un ejemplo de lo anterior se puede identificar en Chile, donde la Administración ha determinado medidas específicas para la ejecución de proyectos de construcción en aquellas zonas que no se encuentran en confinamiento²⁶. Dichas medidas incluyen acciones tales como el distanciamiento entre trabajadores, toma de temperatura al ingreso y salida de la obra, reducción del número de trabajadores por turno, establecimiento de turnos para uso de duchas y comedor, entre otras.

Adicionalmente, no se puede perder de vista que las medidas adoptadas por la Administración no sólo afectan la ejecución de los trabajos en la obra, sino que en muchas oportunidades pueden significar una interrupción en la cadena de suministros, cuya fabricación se ha visto interrumpida en zonas de cuarentena por no ser una actividad esencial.

Todas estas medidas, según fue señalado en el Sección 2 de este artículo, no solo han supuesto gastos no contemplados al momento de la suscripción de los contratos, sino que también están teniendo consecuencias directas en la productividad y plazos originalmente considerados por el contratista.

4.1.2 Teoría de la Imprevisión

Una segunda causa extraordinaria que puede alterar la ecuación financiera del contrato ocurre con ocasión de hechos externos ajenos a la voluntad de ambas partes, situación que es conocida como la *teoría de la imprevisión* o de la excesiva onerosidad sobreviniente de las prestaciones²⁷.

En particular, la doctrina ha caracterizado esta teoría de la siguiente manera:

“Cuando circunstancias imprevistas al momento de la celebración del contrato generan un trastorno grave en su economía y la gravedad de la alteración así provocada, sin hacer imposible la ejecución del contrato, la hace difícil y onerosa, más allá de lo que las partes habían podido prever razonablemente, y cuando el déficit de las operaciones sobrepasa los límites del álea normal a la carga de todo contratista, adoptando un carácter anormal y excepcional, el contratante de la administración tiene el derecho a pedir a ésta que venga en su ayuda, que comparta con él el álea extraordinario y que reconozca una indemnización calculada en función del déficit soportado y de todas las circunstancias del caso”²⁸.

De esta manera, la teoría de la imprevisión conlleva un quiebre de la ecuación financiera, el que se origina como consecuencia de un evento imprevisto y externo a la voluntad de las partes, generando una alteración anormal en la economía del contrato, con lo que el cumplimiento de las obligaciones se vuelve mucho más gravoso, pero no imposible.

25 Flores Rivas, “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”, 78.

26 Estas medidas también deben ser adoptadas en aquellos proyectos de obra pública que continúan siendo ejecutados en zonas con régimen de cuarentena o confinamiento.

27 Flores Rivas, “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”, 81.

28 Peguignot, Georges, *Théorie Générale du Contrat Administratif* (París: A. Pedone, 1944): 502. En Flores Rivas, “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”, 82.

Ahora bien, es importante señalar que, aun cuando la doctrina tiene a aceptar su aplicación²⁹, la procedencia de la teoría de la imprevisión ha sido una materia controvertida en diversos ordenamientos jurídicos, no sólo por la aplicación del principio de *pacta sunt servanda*, sino también porque se ha entendido que “un contrato es necesariamente un acto de previsión del futuro, mediante el cual las partes arbitran entre ellas los riesgos que conlleva su relación duradera en el tiempo”³⁰. Lo anterior, hace bastante probable que cualquier solicitud de compensación presentada por el contratista bajo este argumento sea finalmente rechazada (salvo que la teoría esté expresamente regulada).

Teniendo en consideración lo anterior, estimamos que, si bien la pandemia originada por COVID-19 es un hecho o acontecimiento totalmente extraño e imprevisible para las partes que celebraron contratos de construcción antes de marzo de 2020, pareciera ser más recomendable para el contratista identificar de manera previa si existen hechos del príncipe relacionados con esta enfermedad. Esto último, por cuanto sería mucho más claro probar la causa del desequilibrio económico.

En resumen, consideramos que la invocación de la teoría de la imprevisión como justificación de la necesidad de restablecer el equilibrio económico del contrato de obra pública, no es recomendable cuando existen actos del Estado que ya afecten indirectamente el contenido de los contratos³¹. Esto último, puesto que, prácticamente todos los países de Sudamérica no sólo han dispuesto medidas de confinamiento en algunas localidades específicas, sino que también han establecido protocolos de seguridad e higiene que las empresas de construcción deben cumplir en los casos en los que resulta materialmente posible continuar con la ejecución de sus trabajos.

4.1.3 Instrumentos jurídicos para hacer efectivo el restablecimiento del equilibrio económico del contrato

Habiendo revisado las causas extraordinarias que permitirían justificar la aplicación del principio del equilibrio económico del contrato, cabe mencionar brevemente cuáles serían los instrumentos jurídicos con los que cuenta el contratista para hacerlo efectivo.

Al respecto, los ordenamientos jurídicos de los distintos países de Sudamérica han reconocido distintas alternativas, las que se pueden clasificar en los siguientes tres grupos: i) instrumentos contractuales; ii) instrumentos de reclamación directa a la Administración y iii) instrumentos judiciales³².

i) Instrumentos contractuales

Por regla general, los contratos administrativos suelen celebrarse previa propuesta o licitación pública, y, sólo en casos excepcionales, mediante licitación privada o trato directo³³. Cuando los acuerdos son celebrados previa licitación pública, los términos del contrato suelen estar previamente definidos y, en consecuencia, dejan un margen mínimo a la negociación entre el privado y la Administración, en caso de que exista alguno.

Sin perjuicio de lo anterior, existen casos en que el principio de autonomía de la voluntad resulta plenamente válido y aplicable a los contratos administrativos³⁴. En estos casos, se ha establecido que, ante la posibilidad de que ocurran hechos que alteren la ecuación financiera, las partes pueden pactar cláusulas de reajuste de precios.

Así, cada vez que se presenten hechos que alteren el equilibrio de las prestaciones, las partes “tienen el deber contractual de ponerse de acuerdo para revisar el negocio en todos sus aspectos”³⁵.

Sin embargo, dadas las condiciones propias del contrato administrativo, reconocido por las facultades exorbitantes que tienen la Administración como mandante, salvo que exista un mandato legal expreso³⁶, la

29 Rodrigo Momberg, “Teoría de la Imprevisión: La necesidad de su regulación legal en Chile”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15 (diciembre 2010): 31.

30 José Miguel Valdivia, *Manual de Derecho Administrativo* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018), 315. Una excepción a lo señalado por el autor se puede reconocer en el derecho colombiano, el que mediante la Ley 80 de 1993, sobre el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública estableció expresamente la posibilidad de reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato con ocasión de la teoría de la imprevisión.

31 Sin perjuicio de nuestro parecer, es importante observar la regulación interna de cada país a propósito de la teoría de la imprevisión y las ventajas de reclamar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato por esta vía.

32 Rodríguez Rodríguez, “El equilibrio económico en los contratos administrativos”, 78-82.

33 Valdivia, *Manual de Derecho Administrativo*, 302.

34 Un ejemplo de esta situación se puede observar en el derecho colombiano, el que establece expresamente la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en la celebración de contratos administrativos.

35 Rodríguez Rodríguez, “El equilibrio económico en los contratos administrativos”, 78.

36 Un típico caso en que la ley obliga a la Administración del Estado a renegociar con el contratista los términos originalmente acordados se encuentra en los contratos de concesión de obra pública o también conocidos como contratos de participación público – privada.

celebración de acuerdos con cláusulas de este tipo es bastante atípica en lo que respecta la construcción de obras públicas. Esto último obedece directamente a la necesidad que tiene el Estado de mantener aquellas facultades que le permitan dirigir y controlar el contrato en pro del servicio público.

Cabe finalmente mencionar en este punto, el potencial rol que pueden cumplir los Paneles de Resolución de Disputas (conocidos también como "Dispute Boards"), en la resolución de diferencias relativas a la pérdida del equilibrio económico contractual. Estos Paneles han ido incrementando su popularidad y uso, siendo actualmente contemplados por la legislación de obra pública en Perú y Brasil (para el Estado de Sao Paulo), e incorporándose en Chile y Brasil (para el Estado Federado). A nuestro juicio, los Dispute Boards pueden cumplir una labor relevante en el establecimiento de líneas de comunicación entre las partes, permitiendo adoptar de consuno medidas preventivas para la mitigación de los impactos como, asimismo, emitiendo recomendaciones o decisiones, según sea el caso, en lo referente a la pérdida o afectación de derechos patrimoniales.

ii) Instrumentos de reclamación directa a la Administración

Este es uno de los instrumentos más utilizados por los contratistas en los distintos contratos de construcción, y, por supuesto, también en los de obra pública. Mediante la presentación de una reclamación directa, el contratista busca que la Administración reconozca la existencia de una determinada alteración de las condiciones originalmente acordadas, y que en consecuencia los mayores costos en el cumplimiento de la obligación le sean compensados³⁷.

El regular uso que los contratistas dan a este instrumento no es baladí. Lo anterior, por cuanto la presentación de reclamos tiene por objeto que las partes puedan resolver directamente cualquier controversia que surja con ocasión de la ejecución del proyecto, y así obtener una solución al problema de la manera más rápida e inmediata posible.

Sin embargo, para que este instrumento resulte efectivo, es fundamental que el contratista no sólo lleve un registro detallado de todos los hechos que han influido en la pérdida del equilibrio económico, sino que además lleve un estricto control en la obra que permita evidenciar la pérdida de productividad y afectación de los plazos de ejecución del proyecto³⁸.

Lo anterior no sólo facilitará la tarea del contratista al momento de preparar su respectivo reclamo, sino que además permitirá a la Administración determinar si se cumplen los requisitos para la procedencia del restablecimiento económico del contrato y también fundamentar su decisión respecto de la solicitud efectuada por el privado.

Esto último es fundamental, pues los distintos ordenamientos jurídicos de Sudamérica han reconocido que la decisión de la Administración es considerada como un acto administrativo, y en consecuencia puede ser objeto de todos los recursos contemplados por la ley³⁹. En particular, es posible usualmente reconocer dos: i) el recurso de reposición o reconsideración, que tiene por objeto que el mismo órgano autor del acto impugnado emita un nuevo pronunciamiento al respecto⁴⁰ y ii) el recurso jerárquico, cuyo propósito es que el acto impugnado sea revisado por el superior jerárquico del autor de la actuación administrativa⁴¹.

Finalmente, cabe señalar que algunos ordenamientos jurídicos también contemplan como una vía de reclamación administrativa la solicitud de pronunciamiento ante una Contraloría General, o bien, ante quien cumpla dicha función. En efecto, si bien esta institución surgió como un órgano cuyo objetivo era fiscalizar las finanzas o contabilidad de la Administración del Estado, en algunos países ha aumentado su espectro de fiscalización para resolver también cuestiones de índole jurídica (principalmente controles de legalidad)⁴² e incluso de orden técnico⁴³.

iii) Instrumentos judiciales

Un tercer instrumento al que el contratista puede recurrir para restablecer el equilibrio económico del contrato es acudir a la justicia ordinaria o arbitral, cuestión que depende directamente de la regulación interna de cada ordenamiento jurídico.

37 Rodríguez Rodríguez, "El equilibrio económico en los contratos administrativos", 79.

38 Esto es relevante, pues el contratista debe probar que se generó un quiebre en la ecuación financiera del contrato. Véase: *supra* 3.1.

39 Rodríguez Rodríguez, "El equilibrio económico en los contratos administrativos", 80.

40 Valdivia, *Manual de Derecho Administrativo*, 290.

41 Valdivia, *Manual de Derecho Administrativo*, 290.

42 Valdivia, *Manual de Derecho Administrativo*, 340-341.

43 Es importante destacar que la Contraloría General de la República no actúa como Juez, y por lo tanto, no tiene facultades para determinar la procedencia de responsabilidades y en consecuencia, tampoco se puede referir a materias indemnizatorias.

Este instrumento suele ser utilizado por el contratista en aquellos casos en que no fue posible conseguir un acuerdo directo con la Administración del Estado, y, por consiguiente, resulta necesario contar con la participación de un tercero imparcial que tome las medidas correspondientes para lograr el restablecimiento de los perjuicios sufridos con ocasión de la ruptura de la ecuación financiera⁴⁴.

Sin perjuicio de que la recomendación inicial a los contratistas es que presenten siempre reclamaciones directas para hacer valer sus derechos, dado que la regulación del derecho al restablecimiento del equilibrio económico de los contratos de obra pública no se encuentra recogido de manera expresa en todos los ordenamientos jurídicos de Sudamérica, recurrir a la justicia ordinaria o arbitral resulta finalmente muy común al término de la ejecución de los contratos de construcción.

Asimismo, teniendo en consideración que no existe consenso respecto de la aplicación de la teoría de la imprevisión, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, reviste especial relevancia a efectos de la judicialización de la controversia aquellos casos en que la justificación del restablecimiento del equilibrio económico del contrato se encuentra en el hecho del príncipe. En efecto, esta última causa genera un caso de responsabilidad contractual del Estado producto de una infracción a la igual repartición de las cargas públicas⁴⁵. Tanto es así, que la doctrina ha entendido que el contratista no puede renunciar a su derecho para reclamar indemnización de los perjuicios sufridos producto del hecho del príncipe^{46 47}.

4.2 Segunda alternativa: Frustración del fin del contrato

Dado que en varios países de Sudamérica los proyectos de obra pública han sido declarados actividad esencial, el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista no sólo se ha vuelto mucho más gravoso, sino que además en algunos casos los contratistas simplemente han perdido el interés en la ejecución de los contratos. Vimos que en aquellos casos en que el cumplimiento del contrato se ha vuelto excesivamente oneroso, entonces los privados pueden recurrir al derecho de restablecimiento del equilibrio económico de los contratos como método para ser compensados.

Sin embargo, puede ocurrir también que el contratista haya perdido toda motivación en la ejecución del proyecto de obra pública, por cuanto el cumplimiento de las obligaciones ha perdido su utilidad o beneficio originalmente esperado. Ante este escenario, se presenta como alternativa la invocación de la teoría de la "frustración del fin del contrato"⁴⁸.

La frustración del fin del contrato ha sido conceptualizada en un modo más o menos similar por distintos autores. No obstante, para efectos del presente artículo nos remitiremos a la definición dada por Mario Cesar Gianfelici, quien ha señalado lo siguiente:

"la frustración del fin del contrato es el supuesto de hecho en el cual desaparece, de modo absolutamente imprevisible, la utilidad que debía proporcionar una de las prestaciones, según la naturaleza de esta o el acuerdo inequívoco de las partes (contenido del contrato)"⁴⁹.

Esta definición permite identificar que la frustración del fin constituye un supuesto de ineficacia sobreviniente de un contrato por hechos imprevisibles al momento de la celebración de este.

Ahora bien, a efectos de comprender la aplicación de esta teoría, resulta fundamental atender a la noción de "fin" y su relación con la celebración de un contrato. Al respecto, se ha establecido que, el acto de voluntad al momento de celebrar un acuerdo:

"se compone de dos elementos: primero, del consentimiento, que es el hecho de prometer, de obligarse, y después, de la consideración del fin que se propone alcanzar por medio de esta promesa. La obligación no es más que un medio para alcanzar un fin. No pueden separarse estas dos cosas. Aislarlas, no tener en cuenta más que la primera sin fijarse en el

44 Rodríguez Rodríguez, "El equilibrio económico en los contratos administrativos", 81.

45 Flores Rivas, "Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales", 81.

46 Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, 772. Em Flores Rivas, "Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales", 81.

47 Véase *Infra Sección 4*.

48 Teoría originada en Inglaterra con ocasión del caso *Taylor v. Cadwell* del año 1863. En este caso, la justicia inglesa determinó que el contrato celebrado entre las partes estaba sujeto a una "implied condition", la que en caso de no cumplirse conllevaba que el contrato no tuviera efectos.

49 Mario Gianfelici, *La frustración del fin de contrato* (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2004), 93.

fin que la explica sería amputar arbitrariamente el acto volitivo, deformarlo y desconocer la intención de su autor⁵⁰.

De acuerdo con lo antes señalado, es posible entonces determinar que el “fin” del contrato corresponde a la utilidad o beneficio que cada una de las partes esperaba conseguir por intermedio del cumplimiento de sus obligaciones, con lo que la teoría de la “frustración del fin” busca justamente proteger al contratante en aquellos casos en que, por la ocurrencia de eventos sobrevinientes e imprevisibles, no le sería posible alcanzar el fin que el contrato tenía por objeto satisfacer.

Sin embargo, la aplicación de esta teoría se ha visto enfrentada a fuertes críticas —sustentadas principalmente en el principio de *pacta sunt servanda*—, con lo que su regulación positiva entre los países Sudamericanos se encuentra restringida especialmente al ordenamiento jurídico de Argentina.

En efecto, el artículo 1090 del Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina), establece que:

“La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuanto esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”.

El contenido de esta disposición jurídica es bastante claro en cuanto a los requisitos y efectos de procedencia. De esta manera, en lo que respecta a los requisitos, para que el fin de un contrato se vea frustrado es necesario que: i) se produzca una “alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración”; ii) la causa sea ajena a la voluntad de las partes; iii) la causa extraordinaria supere el riesgo asumido por la parte afectada, y; iv) la frustración de la finalidad sea definitiva, salvo que el plazo para el cumplimiento de la obligación sea esencial⁵¹.

En cuanto al efecto de invocar la frustración del fin del contrato, resulta evidente que este es la resolución o término del acuerdo. Entendemos que la resolución se puede concretar mediante un acuerdo entre las partes, o bien mediante la declaración de resolución del contrato por parte de un Tribunal.

Teniendo presente lo anterior, además de considerar los efectos del COVID-19 como un hecho extraordinario e imprevisible para las partes al momento de celebración del contrato, es posible que los contratistas de un contrato de obra pública consideren que el fin del acuerdo celebrado con la Administración se ha visto frustrado.

Lo expuesto, según vimos en este artículo, ya que, dentro de los numerosos efectos que ha tenido el COVID-19 en la ejecución de los contratos de construcción, es posible identificar pérdidas de productividad, además de un inevitable aumento en el plazo de ejecución del contrato, todo lo cual constituyen elementos esenciales para el cumplimiento de las obligaciones por parte del contratista.

De esta manera, considerando que los proyectos no podrán ser ejecutados dentro de los plazos originalmente programados, existe la posibilidad que, en aquellos casos en que las partes no estén dispuestas a negociar una reprogramación o adenda de contrato, el contratista comunique a la Administración su intención de resolver el acuerdo producto de la frustración de este.

Teniendo en consideración todo lo ya señalado, salvo que las partes hayan pactado cláusulas contractuales que reconozcan la frustración, consideramos que la invocación de esta teoría no es recomendable en aquellos países que no la contemplan positivamente en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

5. Medidas adoptadas por distintos países de Sudamérica respecto de la ejecución de contratos de obra pública ante el COVID-19

Según ha sido analizado en este artículo, dadas las características de la pandemia del COVID-19, los países se han visto en la necesidad de decretar distintas medidas sanitarias con el propósito de disminuir el contagio de la población, entre las que destacan aquellas de confinamiento y seguridad e higiene.

50 Henri Capitant, *De la causa de las obligaciones*, Traducción y notas de Eugenio Tarragato y Contreras (Madrid: Editorial Góngora, 1926), 7.

51 Véase: José María Gastaldi, “La Frustración del Fin del Contrato” en *Estudios de Derecho Privado: comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, (Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016), 98-99.

Sin embargo, aún en el caso de que existan medidas de confinamiento, algunos estados han determinado que la construcción de obras públicas es una actividad esencial que no puede detenerse, y, por consiguiente, los contratistas se han visto obligados a ejecutar los contratos en circunstancias extraordinarias no consideradas al momento de su celebración.

Habiendo estudiado las alternativas que posee el contratista de un contrato de obra pública, ya sea para que sus perjuicios sean compensados o bien, para solicitar la resolución del acuerdo, a continuación, se presenta un cuadro resumen de las medidas adoptadas por algunos países de Sudamérica, y la posibilidad que tiene el contratista de recurrir a una u otra opción⁵²:

País	Declarada Actividad esencial	Medidas de Salud y Seguridad ⁵³	Equilibrio Económico del Contrato	Frustración del fin del Contrato
Argentina	Sí	Sí	<p>El Decreto 691/2016 que establece el Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública, se fundamenta en el principio del equivalente económico, y en consecuencia positiviza el principio del equilibrio económico del contrato.</p> <p>En particular, el artículo 1° del referido Decreto, establece que <i>“el régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública de la Administración Pública Nacional tiene por objeto el mantenimiento del equilibrio económico financiero de los contratos de obra pública y de consultoría de obra pública financiados total o parcialmente con fondos del Estado Nacional a través del establecimiento de valores compensatorios de las variaciones de los insumos”</i>.</p>	<p>El Código Civil y Comercial de la Nación establece expresamente el derecho del contratista a solicitar la resolución del contrato producto de haberse frustrado el fin de este. En particular, el artículo 1090 indica lo siguiente:</p> <p><i>“La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuanto esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”</i></p>
Chile	Sí	Sí	<p>La ley chilena no consagra de manera expresa el derecho del contratista para reclamar el restablecimiento económico del contrato. Sin embargo, la doctrina contemporánea ha considerado que el contratista es un colaborador de la Administración en la satisfacción de necesidades públicas, por lo que el principio de riesgo y ventura se reconvierten por aplicación de la doctrina del equivalente económico del contrato, la que obliga al Estado a reparar, compensar o reequilibrar la ruptura contractual.</p> <p>Para lo anterior, se ha señalado que la exigencia de compensar la desigualdad ante las cargas públicas emana del artículo 19 N° 20 de la Constitución Política de la República, tomando como referencia el principio de justicia distributiva.</p>	<p>La ley chilena no regula de manera expresa la frustración del fin del contrato.</p>

52 Esta tabla ha sido elaborada con información disponible al día 15 de julio de 2020, y por lo tanto su contenido podría haber variado según las decisiones adoptadas por cada uno de los países en relación con la pandemia.

53 Las medidas de Salud y Seguridad, también conocidos como “Protocolos de Bioseguridad”, corresponden a aquellas providencias cuyo fin es reducir o eliminar los riesgos de contagio entre la población. Dentro de estas medidas se pueden destacar el uso de equipos de seguridad y distanciamiento social.

País	Declarada Actividad esencial	Medidas de Salud y Seguridad ⁵³	Equilibrio Económico del Contrato	Frustración del fin del Contrato
Colombia	Sí	Sí	<p>La Ley 80 de 1993 sobre el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública establece expresamente el derecho del contratista a reclamar el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato. En particular, el artículo 5º de la referida Ley establece:</p> <p><i>"(...) los contratistas: 1º. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.</i></p> <p><i>En consecuencia, tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. (...)"</i></p>	La ley colombiana no regula de manera expresa la frustración del fin del contrato
Perú	No	Sí	<p>La Ley 30.225 sobre el Contrataciones del Estado contempla distintas disposiciones que harían aplicable el derecho del contratista a reclamar el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato.</p> <p>En particular, al Artículo 2º letra i) de la referida Ley, establece como uno de los principios que fundamentan las contrataciones del Estado, la "equidad": <i>"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!"</i></p> <p>Adicionalmente, el artículo 34.1 de la Ley 30225 establece que <i>"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"</i>.</p>	La ley peruana no regula de manera expresa la frustración del fin del contrato.

6. Conclusiones

El presente trabajo ha pretendido analizar los principales efectos del coronavirus o COVID-19 en la ejecución de contratos de obra pública como actividad esencial del Estado, y, asimismo, responder a la interrogante sobre cuáles son las alternativas que proporciona el Derecho para asegurar que los contratos conserven la utilidad y beneficio originalmente esperados por el contratista.

Como resultado de los análisis efectuados en las páginas de este trabajo, es posible extraer las siguientes conclusiones:

- Los contratos administrativos gozan de características especiales, las que encuentran su fundamento en las facultades exorbitantes que posee la administración para cumplir con su deber de proporcionar eficaz y continuamente los servicios públicos necesarios para el funcionamiento del país. Dentro de los acuerdos celebrados por el Estado, es posible identificar los contratos de obra pública, cuyo objetivo es construir, reparar o conservar la infraestructura pública.
- Debido a la importancia que revisten las obras públicas para el funcionamiento del país, varios gobiernos de Sudamérica han decidido que, aun cuando existan medidas de confinamiento, su ejecución debe continuar por tratarse de una actividad esencial del Estado.
- Las medidas adoptadas por la Administración del Estado han generado múltiples impactos en aquellos contratos de obra pública que continúan siendo ejecutados. En particular, los contratistas han debido adoptar todos los resguardos necesarios para proteger la seguridad y salud de sus trabajadores, viéndose además afectados por las medidas limitativas adoptadas por la autoridad, lo que se han traducido en mayores costos, pérdida de productividad y extensión de plazos.
- Dichos impactos han ocurrido por causas ajenas a la responsabilidad del Contratista, y han provocado que el cumplimiento de las obligaciones contractuales sea excesivamente más oneroso, o bien que la finalidad económica con la cual los contratistas celebraron el contrato no pueda alcanzarse.
- Para solucionar los problemas antes mencionados, es posible reconocer que el Derecho permite al contratista optar por alguna de las siguientes alternativas: a) restablecer el equilibrio económico del contrato, o; b) reclamar la frustración del fin del contrato.
- En lo que respecta al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, es posible identificar que se trata de un principio cuyo objeto es mantener en su condición original los fines acordados por las partes al momento de celebrar el contrato. Dados los efectos del COVID-19 en la ejecución de los contratos de obra pública, dicho equilibrio se puede ver afectado por: a) hechos del príncipe, o; b) teoría de la imprevisión.
- En cuanto a la frustración del fin del contrato, constituye un supuesto de ineficacia sobreviniente de un contrato por hechos imprevisibles al momento de su celebración. Sin embargo, consideramos que su aplicación se restringe únicamente a aquellos ordenamientos que la regulan positivamente, como es el caso de Argentina.
- Finalmente, dado que la regulación de las alternativas dadas por el Derecho no es uniforme en los países de Sudamérica, si bien es posible arribar a principios generales comunes a todos ellos, esto no descarta la necesidad de atender, como primera fuente, a la regulación positiva propia de cada uno de los Estados.

7. Bibliografía

Capitant, Henri. *De la causa de las obligaciones, Traducción y notas de Eugenio Tarragato y Contreras*. Madrid: Editorial Góngora, 1926.

Cassagne, Juan Carlos. "El equilibrio económico-financiero del contrato administrativo". En *Estudio de Derecho Público*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995.

Caso CIADI N° ARB/O7/32. "Astaldi SpA c. La República de Honduras".

Flores Rivas, Juan Carlos. "Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 56 (II semestre 2019): 67-98. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512019005000403>

Gianfelici, Mario. *La frustración del fin de contrato*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2004.

Guglielminetti, Ana Patricia y Ibarzábal, Milagros. "El nuevo régimen de predeterminación de precios en el decreto 691/2016". Buenos Aires: Thomson Reuters, 2016.

Jéze, Gastón. *Principios Generales del Derecho Administrativo, Tomo V*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1950.

Marlenhoff, Miguel. "Contratos administrativos. Teoría general". En *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo III-A.

Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, III-A.

Momberg, Rodrigo. "Teoría de la Imprevisión: La necesidad de su regulación legal en Chile". *Revista Chilena de Derecho Privado* 15 (diciembre 2010): 29-64. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000200002>

Peguignot, Georges. *Théorie Générale du Contrat Administratif*. París: A. Pedone, 1944.

República de Argentina, Decreto 691/2016, de 17 de mayo de 2016, sobre el Régimen de Predeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública de la Administración Pública Nacional (Boletín Nacional de 19 de mayo de 2016).

República de Argentina, Ley 26.994, de 1 de octubre de 2014. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

República de Chile, Decreto N° 100, de 17 de septiembre de 2005, Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile (Diario Oficial de 22 de septiembre de 2005).

República de Colombia, Ley 80, de 28 de octubre de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

República del Perú, Ley 30.225, de 13 de marzo de 2019, Ley de Contrataciones del Estado.

Rodríguez, Libardo. 2011. El Equilibrio Económico En Los Contratos Administrativos. *Derecho PUCP*, N° 66 (enero): 55-87. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3126>

Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

Valdivia, José Miguel. *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.