

---

# El equilibrio económico financiero en los contratos que se suscriben con el Estado, con especial referencia a los contratos de concesión para la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura pública

Jorge Santistevan de Noriega<sup>(\*)</sup>  
Álvaro Loredó Romero<sup>(\*\*)</sup>

Un tema recurrente en la contratación con el Estado tiene lugar cada vez que se aplica el principio del equilibrio económico financiero del contrato para actualizar los términos contractuales y, significativamente, para habilitar supuestos de modificación de los convenios y contratos. También viene a colación cuando es necesario resolver controversias que se derivan de la ejecución de los contratos con el Estado. Y es que, al ser las entidades públicas partes en los contratos que celebran y, al mismo tiempo, depositarios del interés público contenido en el contrato, además de sujetos de ejecución presupuestal, el criterio de modificación contractual no se sujeta a la sola voluntad de las partes sino que se rige por estándares más altos que aquellos que se aplican en la contratación privada. Así, junto al acuerdo *inter partes*, cada vez que es necesario modificar un contrato, renegociarlo o llevar a cabo procesos de conciliación o de búsqueda de acuerdos que tengan como objetivo alterar los términos originales, de un contrato o

convenio, aparece como baremo de legitimidad y legalidad de tal modificación este principio - enunciado como equilibrio económico financiero - cuyo contenido está siendo objeto de precisión en la doctrina y en la práctica administrativa de nuestro país.

¿Cuál es el contenido del principio, cómo opera, qué componentes deben tomarse en cuenta para aplicarlo? Todas estas preguntas son recurrentes en los ambientes de la Administración y en las instancias de resolución de conflictos a las que se someten los contratos que suscribe el Estado. Dentro de estas últimas, los tribunales arbitrales están destinados a establecer el contenido y la operatividad de este principio ya que se recurre a los árbitros en nuestro país para resolver las controversias que emanan de contratos suscritos con el Estado por voluntad expresamente adelantada de parte de este último a través de la ley.

Resulta además significativo destacar la importancia que entraña este principio que, como

(\*) Abogado y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro integrante de las listas de: Centro Internacional para el Arreglo de Disputas en materia de Inversión (CIADI) con sede en Washington, así como de los centros de arbitraje de Lima institucionalizados en la Cámara de Comercio, la Cámara Peruano Norteamericana de Comercio, la Pontificia Universidad Católica del Perú y CONSUCODE. Profesor en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Maestría en Derecho de la Empresa), en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas a cargo de los cursos: Contratación con el Estado, Derecho Regulatorio de los Servicios Públicos y Seminario de Protección y Promoción de la Inversión respectivamente.

(\*\*) Abogado por la Universidad de Lima. Asistente de cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en Facultad de Derecho de la Universidad de Lima en los cursos de: Seminario de Protección y Promoción de la Inversión y Derecho Regulatorio de los Servicios Públicos respectivamente.

veremos, constituye una alternativa diferente a las soluciones indemnizatorias que, como resultado de la resolución del contrato, prevé el Código Civil. En efecto, en la contratación con el Estado y, especialmente en aquella de largo aliento que promueve la inversión privada en programas de construcción, rehabilitación o modernización de la infraestructura de transportes en los que prevalece el interés público -caracterizado por la continuidad de la ejecución del contrato para la terminación de las obras de infraestructura y la dotación del servicio público aunado a estas- adquiere especial significación la aplicación del principio del equilibrio económico financiero del contrato para facilitar su conservación en un marco de flexibilidad en el que debe atenderse a la equivalencia de las prestaciones entre las partes.

#### 1. El régimen jurídico de la contratación con el Estado en el Perú: ¿teoría dualista o monista?

En nuestro país, no existe una clara definición del marco legal de la contratación con el Estado. Tradicionalmente, la doctrina administrativa peruana se ha adherido a la teoría dualista defendiendo la existencia de un “contrato administrativo” celebrado por la Administración, distinto de los contratos civiles que esta también podría suscribir. Se enmarcaba dentro de los primeros a aquellos contratos que celebra la Administración estatal para el cumplimiento de fines públicos<sup>(1)</sup>. Aparejado a estos “contratos administrativos” se admitía, también doctrinariamente, que el Estado, en ocasiones, contrataba para propósitos que no se enmarcaban claramente dentro de los fines públicos; en estos casos, decía la doctrina la autoridad se desprendía de su personalidad pública y celebraba contratos de Derecho Privado regidos por el Código Civil.

La distinción doctrinariamente antes anotada, que concibe como autónomos y radicalmente distintos al contrato general regido por el Código Civil y a los contratos administrativos, aun teniendo repercusión en la práctica de la administración del Estado en el Perú, no estuvo acompañada de la dación de un régimen específico que regulara a estos últimos. En la actualidad, la normativa ha avanzado en el sentido de hacer converger en muchos aspectos los contratos que celebra el Estado con el régimen del contrato civil, al punto de que por ley se determina que, en algunos casos, los contratos de concesión o de

estabilidad jurídica que se celebra con los particulares tienen naturaleza civil y no administrativa. Este último, como veremos, es el caso de los contratos de concesión que celebra el Estado para la concesión de la infraestructura pública de transporte.

En términos generales, analicemos las normas que disciplinan los contratos que el Estado celebra con los particulares, desde tres puntos de vista que son los más importantes a los efectos del presente artículo:

a) El régimen especial de “contratos de concesión” que el Estado suscribe para promover la participación del sector privado en los contratos de concesión para la infraestructura pública o servicios públicos, establecido mediante el Decreto Supremo 059-96-PCM que contiene el Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley promulgadas con tal propósito y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 060-96-PCM, que constituirán el objeto de análisis esencial de este trabajo.

b) El marco de los llamados contratos ley, generalmente referidos a contratos de estabilidad jurídica o contratos de estabilidad tributaria, que es igualmente aplicable a los contratos de concesión de infraestructura de transportes que se sustentan en: el segundo párrafo artículo 62 de la Constitución, el artículo 1357 del Código Civil y los términos contenidos en los Decretos Legislativos 662 (sobre estabilidad jurídica a las inversiones) y 757 (Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada).

c) Aquellas que se refieren a la adquisición de bienes y servicios por parte de la Administración estatal, contenidas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, su Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 083-2004-PCM, y el reglamento de la ley igualmente aprobado mediante Decreto Supremo 084-2004-PCM; nos servirá como marco referencial meramente pues no son aplicables a los contratos de concesión que celebra el Estado. Cabe señalar que recientemente este régimen general de contratación para la adquisición de bienes y servicios del Estado ha sido modificado en su aspecto reglamentario a través del Decreto Supremo 148-2006-EF<sup>(2)</sup> que contiene un nuevo reglamento y de procedimientos especiales instituidos a través de la Ley 28870 relativa a la situación de emergencia que justifica medidas especiales para los proyectos de saneamiento<sup>(3)</sup>; el procedimiento especial de selección para la

(1) LINARES, Mario. *El Contrato Estatal*. Lima: Grijley, 2002. pp. 2 y siguientes. Esta corriente ha estado representada principalmente por Bacacorzo que señala: “Queda así, bien en claro, que como contratos hay elementos comunes de orden jurídico institucional; la variación está en que unos son de orientación y necesidad privada (civil, comercial); otros, de satisfacción y motivación siempre mayoritaria, social (administrativos)”. BACACORZO, Gustavo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomos I y II. Lima: Gaceta Jurídica, 2002. p. 339.

(2) Publicado en el *Diario Oficial El Peruano* con fecha 23 de setiembre de 2006.

(3) Ley para optimizar la gestión de las entidades prestadoras de servicios de saneamiento, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* con fecha 12 de agosto de 2006.

ejecución, supervisión y consultoría de obras a que se refieren los Decretos Supremos 020 y 024-2006-VIVIENDA<sup>(4)</sup>; el proceso de selección abreviado comprendido en la Ley 28880 que aprueba el crédito suplementario en el presupuesto del año 2006<sup>(5)</sup>; el mecanismo extraordinario y excepcional para contrataciones y adquisiciones relativas a bienes, servicios y obras mediante el proceso de selección abreviado previsto en el Decreto de Urgencia 024-2006<sup>(6)</sup>; así como las medidas de prevención y mitigación de los posibles daños del fenómeno “El Niño” y los procedimientos especiales previstos en el Decreto de Urgencia 025-2006<sup>(7)</sup>.

Ahora bien, al no haber un marco regulatorio específico para los contratos que celebra la Administración estatal en cualquiera de sus formas (entidades representantes de los Poderes del Estado, de los órganos constitucionalmente reconocidos, o pertenecientes al Ejecutivo en su expresión del Gobierno Nacional o a los Gobiernos Regionales o Municipales) las normas antes referidas van a establecer reglas privativamente aplicables a los contratos del Estado, remitiéndose al Código Civil. Lo hacen, en muchas ocasiones, para complementar el marco legislativo público o, como veremos, para someter toda la ejecución del contrato a las reglas del Código Civil. Por lo cual, virtualmente, nuestro régimen jurídico se adhiere en estos tiempos a la teoría monista del contrato en general dentro de la cual se enmarcan los contratos con el Estado.

Por ello, es pertinente la observación que hace en nuestro país Mario Linares<sup>(8)</sup> en el sentido de que en el Perú debemos hablar de un marco contractual general único, contenido en el Código Civil, que al ser utilizado por el Estado en la adquisición de bienes o servicios da por resultado un “contrato estatal” que se somete a un régimen predominantemente público. En este caso, las remisiones al Código Civil van a ser complementarias al “contrato estatal” o van a operar normas supletorias.

En la misma vena, Richard Martin<sup>(9)</sup> -quien como Linares no comparte el criterio de la existencia de

contratos de la administración en la legislación peruana- concluye que en nuestro país no existe una distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración pública. Propone más bien un régimen jurídico único para los contratos celebrados por las entidades del Estado que se deberá desarrollar sobre la base de las siguientes variables: (i) la existencia de un régimen unitario para la formación de la voluntad del Estado, que a nuestro juicio sigue las pautas de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; (ii) el establecimiento de un fuero único para la solución de las controversias derivadas de la interpretación y ejecución de los contratos estatales que, en el Perú de hoy, está definido como el arbitral<sup>(10)</sup>; y, (iii) la aplicación integrada de normas provenientes del Derecho Público y del Derecho Privado.

Sin embargo, no siempre ocurre así cuando tenemos al frente contratos de concesión de obras de infraestructura y servicios públicos, o en los que el Estado establece garantías y otorga seguridades en materia de estabilidad jurídica o tributaria, pues estaremos ante “contratos con el Estado” que se someten en su ejecución a un régimen predominantemente privado como lo veremos más adelante.

Convencionalmente, debemos identificar como género a los “contratos estatales” o “contratos con el Estado”, esto es aquellos actos jurídicos generadores de derechos y obligaciones que celebren las entidades del Estado. Con Ricardo Hoyos Duque<sup>(11)</sup> habría que concluir que un contrato estatal o un contrato con el Estado es aquel en que la participación subjetiva de la Administración Pública está presente como requisito *sine qua non*. Y, como especie -que además constituye el objeto de análisis del presente artículo- identificamos a los contratos de concesión que se rigen en los aspectos particulares propios de dichos contratos (como por ejemplo la modificación contractual) por normas a título de ley especial y que remiten la ejecución contractual a las reglas del Código Civil.

(4) Publicados en el *Diario Oficial El Peruano* con fecha 12 y 30 de agosto de 2006 respectivamente.

(5) Publicada en el *Diario Oficial El Peruano* con fecha 9 de setiembre de 2006.

(6) Publicado en el *Diario Oficial El Peruano* con fecha 26 de setiembre de 2006.

(7) Publicado en el *Diario Oficial El Peruano* con fecha 28 de setiembre de 2006.

(8) LINARES, Mario. *Op. cit.*; pp.16 y siguientes.

(9) MARTIN TIRADO, Richard J. *La Naturaleza del Contrato Estatal. La Necesidad de Contar con un Régimen Unitario de Contratación Pública*. En: *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*. Año 1. Lima. 2006. pp. 103-117.

(10) Respecto al arbitraje al que se someten conforme al artículo 53 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado para la solución de controversias sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez de los contratos son muy interesantes las acotaciones que al respecto han hecho: BULLARD, Alfredo. *Arbitraje y Contratos administrativos ¿enemigos irreconciliables?* En: *Revista Peruana de Arbitraje*. Número 2. Lima. 2006. pp. 187-190; y LINARES, Mario. *El Sistema Internacional de Protección de la Inversión Extranjera y los Contratos Público*. Lima: Grijley. pp. 69-72.

(11) HOYOS DUQUE, Ricardo. *El Contrato estatal y las cláusulas excepcionales*. En: Autores varios. *Comentarios al Estatuto General de la Contratación Administrativa*. Medellín: Jurídica, 1994. p. 157. Citado por: ESCOBAR GIL, Rodrigo. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. 2da. edición. Bogotá: Legis, 2003. p. 53.

## 2. El régimen especial de los contratos de concesión para la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos

Definidos por la Ley (el artículo 1 del Decreto Supremo 059-96-PCM, leído en conjunción con el artículo 2 y 3 del mismo Texto Único Ordenado) los contratos de concesión que celebra el Estado con los particulares a efectos de atraer inversiones para las obras de infraestructura pública o de servicios públicos se catalogan en la doctrina como “contratos de transformación”. Con ello Roberto Dromi<sup>(12)</sup> hace referencia a que la contratación con el Estado no solamente supone un ámbito de colaboración del contratista con las entidades públicas, sino que en este caso “se instrumenta un traspaso de cometidos del Estado a manos privadas” por lo que añade más adelante: “El Estado, al ser sustituido por sujetos no estatales en la prestación de los servicios públicos, da paso al Estado subsidiario, que abandona la gestión directa y retiene la regulación y control, subsistiendo su responsabilidad subsidiaria. Así, prestadores no estatales, al recibir los cometidos públicos, se ‘publicitan’, en tanto ostentan una función pública como sucesores del Estado (...)”.

Por lo demás se trata de contratos complejos que tienen por objeto tanto la realización de obras de infraestructura<sup>(13)</sup> como la prestación de servicios públicos como un todo. En base a ello -que el artículo 2 del Decreto Supremo 059-96-PCM define como una modalidad especial de contratación- la naturaleza de estos contratos es integral<sup>(14)</sup>. No son en consecuencia dos contratos unidos o dos de carácter

sucesivo (ejecución de obras de construcción, reparación, conservación de obras de infraestructura, por un lado; y concesión para la explotación de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, por el otro) sino un solo contrato que involucra ejecución de obra y explotación de la infraestructura para el servicio público, con características de continuidad<sup>(15)</sup> que se celebran con el propósito de atraer el concurso financiero y gerencial de inversionistas privados para el cumplimiento de los fines públicos del contrato.

El contratista, en consecuencia, se convierte en un gestor privado de la infraestructura pública<sup>(16)</sup> que ingresa, a partir del vínculo contractual establecido con el Estado (en nuestro caso a través del Estado), a una verdadera “relación de asociación con el Estado” destinada a mantenerse por el tiempo de la concesión. Pero, además, el vínculo celebrado con el Estado va a desplegar sus efectos hacia terceros particulares y estatales. ¿Quiénes son estos últimos?

a) En primer lugar, terceros no participantes del contrato: el público usuario y los agentes intermediarios de los servicios de transporte a quienes el contratista tendrá el derecho de cobrar una tarifa para recuperar su inversión; y,  
b) En segundo lugar, el organismo regulador de la explotación de dicha infraestructura, encargado de velar porque en la explotación de una facilidad esencial, que -después de simular las reglas del mercado que no operan en una situación de monopolio natural- establecerá la regulación y el control indispensable para que el contratista se comporte en un ámbito de libre mercado.

(12) DROMI, Roberto. *Las Ecuaciones de los Contratos Públicos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. p. 59.

(13) Es importante destacar que el concepto de infraestructura no coincide con el de obra pública. En efecto, cuando se habla de infraestructura, especialmente en el ámbito de transporte, se está haciendo referencia al concepto de red que en ese caso serían redes continuas cuyos elementos se encuentran enlazados en uno o varios puntos con un objeto común (carreteras, ferrocarriles) o discontinuas entre las que no existe continuidad física en los elementos que la integran (puertos, aeropuertos). Véase: ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Lima: Ariño y Asociados y ARA, 2004. pp. 689 y siguientes.

(14) A este respecto, es del caso mencionar que la normativa vigente en el Perú no sigue el modelo español que separa en categorías diferentes la concesión de obras públicas del de gestión de los servicios públicos. Véase ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. *Op. cit.*; p. 712.

(15) El artículo 37 del Decreto Supremo 059-96-PCM, impone al concesionario la obligación de prestar el servicio en condiciones de normalidad y continuidad, definiendo a esta última como una prestación “ininterrumpida”.

“Artículo 37. La etapa de explotación se sujetará al siguiente régimen:

a) El concesionario deberá conservar las obras, sus vías de acceso, señalización y servicios en condiciones normales de utilización.

b) La prestación del servicio se hará en forma continua, debiendo el concesionario:

b.1. Facilitarlo en condiciones de absoluta normalidad, eliminando las causas que originen molestias, incomodidades, inconvenientes o riesgos excesivos, excepto cuando la adopción de medidas que alteren la normalidad del servicio obedezcan a razones de seguridad o urgente reparación; y,

b.2. Prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales debidas a caso fortuito o fuerza mayor”.

(16) ARIÑO ORTÍZ, Gaspar. *Op. cit.*; p. 712; señala:

“Lo que sí puede afirmarse es que la concesión implica un modo privado de gestión de las infraestructuras públicas cuyo objeto ha de consistir (según el artículo 221 de la Ley 13/2003 en:

a) la explotación de las obras públicas conforme a su naturaleza y finalidad;

b) la conservación de las obras;

c) la adecuación reforma y modernización de las obras para adaptarlas a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que aquéllas sirven de soporte; y,

d) las actuaciones de reposición, gran reparación que sean exigibles en relación dos los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquellas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y demandas sociales”.

Para el efecto del presente artículo, este último es el Organismo Supervisor de la Inversión en la Infraestructura para el Transporte (OSITRAN). Como resultado de todo lo descrito, a este tipo de contratos se les considera, no solamente como característicos de la asociación público-privada, sino -como se dejó dicho anteriormente- verdaderos ejemplos de una nueva generación contractual: los contratos de transformación.

Así como los Decretos Supremos 059-96-PCM y 060-96-PCM establecieron en el Perú las normas para este tipo de contratos de nueva generación, en España, mediante Ley 13/2003 se añadió un capítulo específico al Texto Refundido de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones Públicas (TRLCAP) que adopta similar orientación. Esta nueva ley española es descrita de la siguiente manera en cuanto al modelo de contrato por ella concebido:

“La figura concesional es el modelo paradigmático de la gestión privada de infraestructuras (tomada en préstamo de los modos de gestión de los servicios públicos) y por eso está llamada a ser la fórmula sobre la que recaiga el peso, si lo que se desea es dar entrada a la iniciativa privada en esta materia”<sup>(17)</sup>.

Tratándose de la actividad promocional que corresponde al Estado en materia de infraestructura y servicios públicos<sup>(18)</sup> el régimen vigente peruano contiene tres categorías de normas que definen con claridad el marco legal de la contratación en esta materia:

a) El artículo 1 del Decreto Supremo 059-96-PCM (que incorpora el artículo 1 del Decreto Legislativo 839) que declara de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos<sup>(19)</sup>;

b) El artículo 2 del mencionado decreto (que a su vez incorpora el artículo 2 del Decreto Legislativo 839) que establece que la modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión<sup>(20)</sup>;

c) El artículo 3 del Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 059-96-PCM que determina que tal concesión para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, implica también la explotación del servicio que le permite hacer valer los derechos del contratista frente a terceros para el cobro de tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de la inversión<sup>(21)</sup>; y,

d) El Capítulo II del Decreto Supremo 059-96-PCM, relativo a las garantías para la inversión privada que establece, dentro otros, la posibilidad de establecer garantías y otorgar seguridades de estabilidad jurídica a los inversionistas que celebren estos contratos de concesión, abriendo la posibilidad de que: (i) las controversias que de ellos se deriven sean sometidas a arbitraje nacional o internacional, de conformidad con lo previsto por el tercer párrafo del artículo 63 de la Constitución<sup>(22)</sup>, el artículo 16 del Decreto Legislativo 662<sup>(23)</sup> y el artículo 48 del Decreto Legislativo 757<sup>(24)</sup>; y, (ii) de establecer fórmulas de reajuste de los sistemas de tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de inversiones, así como la fórmula de reajuste por causas sobrevivientes que así lo justifiquen. Todo ello -en virtud de lo dispuesto por el artículo 12 del reglamento aprobado por Decreto Supremo 060-96-PCM<sup>(25)</sup>- permite que estos contratos de concesión estén

(17) *Ibid.*

(18) Artículo 58 de la Constitución. “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado (...) actúa principalmente en las áreas de promoción de (...) servicios públicos e infraestructura”.

(19) Artículo 1 del Decreto Supremo 059-96-PCM. “Declaráse de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos”.

(20) Artículo 2 del Decreto Legislativo 839. “La modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos es la concesión.

Las concesiones, licencias, autorizaciones, permisos, servidumbres y otros que se requieran para la utilización de recursos naturales, la ejecución de obras de infraestructura y la prestación de servicios públicos se rigen por lo establecido en las leyes sectoriales correspondientes”.

(21) Artículo 3 del Decreto Supremo 059-96-PCM. “Las normas contenidas en el presente Texto Único Ordenado promueven la inversión privada en obras de infraestructura y/o de servicios públicos, y regulan su explotación, para cuyo efecto se podrá otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. La concesión de la obra implica la explotación del servicio”.

(22) Tercer párrafo del artículo 63 de la Constitución. “(...) El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

(23) Artículo 16 del Decreto Legislativo 662. “El Estado podrá someter las controversias derivadas de los convenios de estabilidad a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú”.

(24) Artículo 48 del Decreto Legislativo 757. “En sus relaciones con particulares el Estado, sus dependencias, el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Municipales y otras personas de derecho público, así como las empresa comprendidas en la actividad empresarial del Estado, podrán someter a arbitraje nacional o internacional, de acuerdo a la legislación nacional e internacional, de los cuales el Perú es parte, toda controversia referida a sus bienes y obligaciones, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual”.

(25) Artículo 12 del Decreto Supremo 060-96-PCM. “Los concesionarios que efectúen inversiones en obras de infraestructura o en servicios públicos por los montos indicados en el artículo 11 del Decreto Legislativo 662, podrán acogerse al régimen de estabilidad jurídica contemplado en el Título II de dicho Decreto, en el Capítulo Primero del Título V del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, y en su correspondiente reglamento.”

contenidos en convenios de estabilidad jurídica celebrados al amparo del párrafo segundo del artículo 62 de la Constitución<sup>(26)</sup> y del artículo 1357 del Código Civil<sup>(27)</sup>, que se rigen en lo particular por las normas del Título II del Decreto Legislativo 662 y el Capítulo I del Título V del Decreto Legislativo 757 y su reglamento. Estos últimos dispositivos (concretamente el artículo 39 del Decreto Legislativo 757) son, precisamente, los que establecen que: "(...) tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y solo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes".

¿Es rigurosamente cierto que los contratos de concesión para la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura y de servicios públicos - que suponen la realización de obras y la explotación del servicio correspondiente por un plazo especial de treinta años- son contratos regidos plenamente por el Código Civil? A pesar del texto claro del dispositivo legal citado, participamos de la teoría de que se trata de contratos mixtos, en cuya preparación -que supone los actos de formación de la voluntad del Estado<sup>(28)</sup>- se aplica las normas del Derecho Público, a pesar de que su ejecución se rija por las normas del Código Civil con las garantías de inmodificación contenidas

en el artículo 39 del Decreto Legislativo 757 y el blindaje constitucional que inmuniza su contenido frente a las leyes posteriores que promulgue el Congreso de la República en virtud de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución<sup>(29)</sup>. En ello coincide la doctrina nacional y así ha sido admitido por el Tribunal Constitucional<sup>(30)</sup>.

Lo anterior, sin embargo, no supone que en el marco de la ejecución contractual de los contratos de concesión que celebre el Estado, cuya ejecución esté sometida al Código Civil en el que no aparece el principio del equilibrio económico financiero del contrato, no vaya a poder aplicarse este que ha sido concebido en el artículo 33 del Decreto Supremo 059-96-PCM<sup>(31)</sup> y en el artículo 30 de su reglamento. Afirmamos que dichos artículos son plenamente aplicables en los casos de renovación de este tipo de contratos de concesión a título de *lex specialis*, aplicando el principio general del derecho que privilegia la aplicación de la ley especial sobre la general en el caso concreto<sup>(32)</sup> y por resultar de obligatorio cumplimiento para los funcionarios del Estado que constitucional y legalmente están sometidos al principio de legalidad<sup>(33)</sup>.

En consecuencia, el Estado podrá celebrar con los concesionarios convenios de estabilidad jurídica para otorgarles determinadas seguridades y garantías respecto de las inversiones que efectúen en obras de infraestructura o en servicios públicos. En estos casos, el Estado estará representado por los organismos o entidades señalados en dichas normas".

- (26) Segundo párrafo del Artículo 62 de la Constitución. "(...) Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente".
- (27) Artículo 1357 del Código Civil. "Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato".
- (28) Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en el primer párrafo del Fundamento 34 de la Sentencia recaída en el Expediente 005-2003-AI/TC sobre Acción de Inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 1, 2, 3, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley 26285, lo siguiente: "En la doctrina nacional se discute sobre su naturaleza jurídica. Para unos, se trataría de un contrato civil. Para otros, de un contrato administrativo. Autores hay también que sostienen que el régimen jurídico de los contratos en los que participa el Estado no puede fijarse en abstracto, sino que depende de las reglas específicas que cada uno de ellos contenga. Evidentemente, la naturaleza que se le pueda atribuir al contrato ley -contrato civil o contrato administrativo- depende del contenido que este pueda tener en cada caso concreto que se suscriba, de manera que, en abstracto, no cabe que se la fije. En cualquier caso, de una interpretación a rima obligada del artículo 62 de la Constitución con el artículo 1357 del Código Civil, se desprende que el contenido de los contratos-ley puede y debe sustentarse en razones de interés social, nacional o público".
- (29) Concepto que es ampliamente desarrollado por: PINILLA CISNEROS, Antonio. *Los contratos-ley en la legislación peruana*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1999; ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El contrato ley*. Lima: Gaceta Jurídica, 1997; y, SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Constitución, privatización y servicios públicos. El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004. pp. 577-626.
- (30) Fundamento 16 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 005-2003-AI-TC que expresa: "Desde esta perspectiva, como lo ha expuesto la demandada, en criterio que este Tribunal comparte, el contrato-ley es 'un acuerdo de voluntades entre dos partes, que rige para un caso concreto, solo que está revestido de una protección especial, a fin de que no pueda ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado (...) El blindaje del contrato-ley de manera alguna lo convierte en ley (...); únicamente obliga a las partes que lo acordaron, en ejercicio de su libertad contractual, y dentro de su relación jurídico patrimonial".
- (31) Artículo 33 del Decreto Supremo 059-96-PCM. "Cuando resultare conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente:  
a) la naturaleza de la concesión;  
b) las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y,  
c) el equilibrio financiero para ambas partes".
- (32) Sobre el particular, Torres Vásquez señala que: "Las normas generales, llamadas también de Derecho común, contienen reglas generales que abrazan una categoría muy amplia de relaciones que comprenden a todos los individuos o a un sector amplio de la población (por ejemplo, el Libro de obligaciones del Código Civil) y las especiales contienen una disciplina particular de ciertas personas, bienes o relaciones jurídicas, por lo cual constituye una categoría más restringida ante las primeras (...)". TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*. Lima-Bogotá: IDEMSA-Témis, 2001. p. 241.  
Por su parte, Juan Ramón Capella comparte este criterio cuando comenta el criterio de especialidad de las normas: "Se supone que una norma especial, o específica para una materia, territorio, etcétera, es más precisa y concreta que la norma general que abarca diversas materias, territorios, etcétera, de modo que en principio prevalece sobre esta en ausencia de otros principios determinantes de la ordenación del cuerpo jurídico". CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. Madrid: Trotta, 1999. p. 108.
- (33) Artículo 45 de la Constitución. "El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades

### 3. La modificación contractual como garantía de continuidad y conservación de la contratación concesional que celebra el Estado

A pesar de que se ha afirmado anteriormente que los contratos de concesión que suscribe el Estado para la promoción de la inversión privada en la infraestructura pública de transporte y en el servicio público correspondiente, se ejecutan bajo las normas del Código Civil, existen determinadas características inherentes a la actividad del Estado que no pueden ignorarse. La continuidad de los contratos y de los servicios públicos involucrados es inseparable del interés público involucrado en ellos. Esta simple razón, que justificó toda la teoría de las atribuciones exorbitantes que el Estado podía utilizar en el marco tradicional de los contratos administrativos, se vuelve hoy a favor de cláusulas que permitan la renegociación contractual para mantener dicha continuidad a condición de que respeten el equilibrio económico financiero del contrato. Ello supone la necesaria mutabilidad del contrato con el Estado y el derecho que le corresponde a este -aunque también por igual al particular- de mantener el contrato por encima de otras consideraciones que, en otro ámbito, podrían conducirnos a su resolución y a una posterior discusión sobre la indemnización a que pueda generarse como producto de dicha resolución del contrato.

Los contratos con el Estado, como consecuencia de ello, se deben interpretar siempre a favor de su ejecución, "pro vigencia, pro validez, pro continuidad" -como bien anota Dromi<sup>(34)</sup>-, añadiendo: "lo que importa, en vista del interés general es que el contrato se cumpla". Resulta entonces perfectamente explicable y conveniente que la legislación consagre -como lo hace el tantas veces mencionado artículo 33 del Decreto Supremo 059-96-PCM, así como el artículo 30 de su reglamento- la posibilidad de renegociar para modificar el contrato respetando su naturaleza y el principio del equilibrio económico financiero del contrato.

Por lo demás, en relación a los contratos llamados administrativos en los que tradicionalmente se han considerado vigentes las atribuciones exorbitantes del Estado, la doctrina nacional apunta en la misma dirección pro vigencia, pro validez, pro continuidad, si tomamos en cuenta que Jorge Danós y Richard Martín<sup>(35)</sup> han dejado acertadamente anotado en el sentido de que: "En la contratación

administrativa cuando se produce incumplimiento por parte del contratista lo esencial no es castigar al contratista por sus fallas o sustituir el cumplimiento del contrato por una indemnización pecuniaria, sino asegurar la satisfacción del interés público comprometido en cada contrato que se expresa en la realización efectiva de una obra, de un servicio o de un suministro. En síntesis, lo que realmente importa en el campo administrativo es el cumplimiento efectivo, específico, concreto y determinado del contrato o suministro de que se trate (...). Lo esencial en la contratación administrativa es asegurar que el contratista efectúe las prestaciones a que se ha obligado por contrato, porque solo de esta manera se puede satisfacer la necesidad pública comprometida en cada contrato concreto, ya se trate de la prestación de bienes y servicios o la realización de una obra".

¿Cuál es el marco que disciplina la modificación contractual en este régimen concesional que aplica el Estado en relación con la infraestructura del transporte? El que señala los artículos 32 y 33 del Decreto Supremo 059-96-PCM:

"Artículo 32. El Estado podrá:

- a) Hacer efectivas las penalidades por incumplimiento previstas en el contrato;
- b) Declarar temporalmente suspendida la concesión, cuando concurren alguna de las causales establecidas en el Artículo 38 del presente Texto Único Ordenado;
- c) Declarar la caducidad de la concesión, cuando concorra alguna de las causales previstas en el artículo 39 del presente Texto Único Ordenado; y,
- d) Modificar la concesión cuando ello resulte conveniente de acuerdo con el artículo siguiente".

"Artículo 33. Cuando resultare conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente:

- a) La naturaleza de la concesión;
- b) Las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y,
- c) El equilibrio financiero para ambas partes".

En el mismo contexto es aplicable el inciso f del artículo 30 del reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 060-96-PCM:

"Artículo 30. Son atribuciones de los sectores y/u organismos del Estado las siguientes: (...)

- f) Modificar el contrato de concesión cuando ello resulte necesario, previo acuerdo con el concesionario, respetando en lo posible su

que la Constitución y las leyes establecen".

Artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, inciso 1.1., "Principio de legalidad. Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas".

(34) DROMI, Roberto. *Op. cit.*; p. 36.

(35) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge y Richard MARTÍN TIRADO. *Consecuencias de la ejecución tardía o parcial por causa imputable al contratista*. En: *Actualidad Jurídica*. Número 138. Lima: Gaceta Jurídica. 2005. pp.19 y 20.

naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las partes”.

Las normas transcritas imponen concretamente reglas que ha de cumplir en dos pasos:

a) El primer paso; decidir por parte del Estado si resulta conveniente modificar la concesión, conforme al inciso d del artículo 32 antes citado. Este ubica la modificación de la concesión en una decisión, en principio, unilateral del Estado: que “resulte conveniente” tal modificación en el marco de las condiciones previstas en el artículo 33. Constituye entonces una prerrogativa estatal que la norma ubica en el mismo nivel que el ejercicio de los derechos de:

a.1. Hacer efectivas las penalidades por incumplimiento previstas en el contrato;

a.2. Declarar la suspensión temporal de la concesión, conforme a las causales establecidas en el artículo 38 de la misma norma<sup>(36)</sup>; o,

a.3. Declarar la caducidad de la concesión cuando se presenten las causales contenidas en el artículo 39.

Esto nos hace afirmar que la renegociación y modificación como iniciativa a tomar por parte del Estado cuando “resulta conveniente” para los intereses públicos involucrados en el contrato, ha sido incorporada como una de las atribuciones exorbitantes que pueden corresponderle a la Administración (en nuestro caso el Estado) en este régimen concesional.

¿Supone este primer paso en la aplicación de las reglas de modificación contractual que solamente opera a iniciativa del Estado y que el contratista no tiene habilitado el derecho de proponerla? No es así, el contratista -sustentado en la bilateralidad del contrato y en la condición de conveniencia para ambas partes que señala el artículo 33- podrá solicitar al Estado la modificación para que inmediatamente este aplique el primer paso (considerarla conveniente de acuerdo a lo previsto en el inciso d del artículo 32 que se comenta) y pasar al cumplimiento de las condiciones habilitantes de la modificación que suponen el segundo paso que se analiza a continuación.

b) Una vez aplicado el primer paso y decidida -en principio- la conveniencia de la modificación, se deberá atender a las reglas que condicionan la posibilidad de procedencia para mutar la concesión.

---

“Los contratos con el Estado (...) se deben interpretar siempre a favor de su ejecución ‘pro vigencia, pro validez, pro continuidad’ (...) ‘lo que importa, en vista del interés general, es que el contrato se cumpla’”.

---

El segundo paso consiste en cerciorarse de que las partes procuren respetar:

b.1. La naturaleza de la concesión;

b.2. Las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; y,

b.3. El equilibrio económico financiero para ambas partes.

Ello supone que, en principio y en un marco de razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta el imperativo de continuidad de la concesión como interés público al que la concesión debe servir, corresponderá atender al mantenimiento de la naturaleza de la concesión (establecida en el artículo 2 del Decreto Supremo 059-96-PCM como concesión para la ejecución de obras de infraestructura y para la explotación de tales obras que permitan su utilización para los servicios públicos que se rijan por las leyes sectoriales del transporte) y a las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas con respeto del principio de equilibrio financiero del contrato. Cabe mencionar, sin embargo, que esta evaluación de las condiciones económicas y técnicas en el largo horizonte de treinta años de las concesiones de infraestructura pública de transporte, brinda espacio para facilitar la modernización y actualización del componente técnico del contrato, que el Estado podrá exigir y el contratista proponer, siempre y cuando ello suponga un reajuste para el logro del reequilibrio económico financiero del contrato.

Evidentemente, en el proceso de renegociación que conduzca a la modificación de la concesión, las partes deberán tomar en cuenta que el artículo 18 del Decreto Supremo 059-96-PCM<sup>(37)</sup> obliga a que las bases del proceso concursal previo a la concesión -que en nuestro sistema se incorporan

(36) Artículo 38 del Decreto Supremo 059-96-PCM. “La concesión se suspenderá por las siguientes causales:

a) en caso de guerra externa, guerra civil o fuerza mayor que impidan la ejecución de la obra o la prestación del servicio;

b) Cuando se produzca una destrucción parcial de la obra o de sus elementos, de modo que resulte imposible su utilización por determinado período, en los términos señalados en el contrato correspondiente; y,

c) por cualquier otra causal convenida en el contrato.

La suspensión extenderá el plazo de la concesión por un período equivalente al de la causa que la originó”.

(37) Artículo 18 del Decreto Supremo 059-96-PCM. “Las bases establecerán la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema de tarifas, precios, peajes, u otros sistemas de recuperación de las inversiones, y la fórmula de reajuste por causas sobrevinientes que así lo justifiquen”.



como parte integrante del contrato de concesión que se celebre- deberán establecer las fórmulas de reajuste por causa sobreviviente de las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones que en cada caso se justifique. Entendemos que la aplicación de dichas fórmulas, que no se haya pactado como automática, dará lugar a una renegociación con miras a la modificación de la concesión bajo las reglas de los artículos 32 y 33 del Decreto Supremo 059-96-PCM.

#### 4. El equilibrio económico financiero del contrato como principio aplicable en la modificación de los contratos del régimen concesional del Decreto Supremo 059-96-PCM

El principio del “equilibrio económico financiero del contrato” ha venido a aparecer en el Derecho, bajo esta denominación, precisamente vinculado con la contratación con el Estado. No tiene expresión puntual en la contratación privada regida exclusivamente por el Código Civil, aunque el equilibrio contractual sea plenamente admitido por la doctrina en el marco del principio de la equivalencia de las prestaciones en cualquier contrato conmutativo. En rigor, todo esto se deriva de la propia Constitución que consagra la igualdad ante la ley en el inciso 2 del artículo 2 de la Carta, y de la naturaleza propia del contrato cuyo contenido negocial equitativo es recogido en el artículo 1359 del Código Civil que condiciona la existencia del contrato a que las partes deben estar conformes sobre todas las estipulaciones del contrato para que este exista<sup>(38)</sup>. Ghersi consagra como piedra angular de todo contrato la equivalencia de las obligaciones asumidas por cada una de las partes, en el mismo sentido que Mosset Iturraspe señala que habrá contrato solamente cuando las prestaciones intercambiables sean equivalentes, justas y razonables de modo que contengan una razonable ecuación de valores<sup>(39)</sup>. Más

aún, en el Derecho Civil, -como veremos- hay instituciones del Derecho Civil destinadas a lograr propósito la equivalencia de las prestaciones.

Tampoco aparece dicho principio expresamente mencionado en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aunque jurisprudencialmente resoluciones de tribunales administrativos y laudos arbitrales emitidos para resolver controversias en esta área de la contratación con el Estado vienen dando cuenta de la aplicación de este principio. Sin embargo, está expresamente mencionado en el régimen de contratación para la promoción de la inversión privada en obras de infraestructura o de servicios públicos a que se contraen las actividades de Proinversión y, en particular, los Decretos Supremos 059-96-PCM y 060-96-PCM como un principio a respetar en el caso de que se considere conveniente llevar a cabo renegociaciones para modificar los contratos de concesión.

Dicho principio encuentra como antecedente en el Perú la incorporación obligatoria de las fórmulas polinómicas en los contratos de obra que celebra el Estado con los particulares para establecer la remuneración de los trabajos realizados, de modo que se permita la actualización de precios de conformidad con los índices de precios que al efecto publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Estas fórmulas polinómicas, que suponen un mecanismo de actualización de precios para equilibrar los contratos de obra, constituyen práctica corriente al amparo de lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto Ley 21825<sup>(40)</sup>, publicado con fecha 30 de marzo de 1977, desarrollado posteriormente por el artículo 5.6.1 del Reglamento Único de Licitaciones y Contrataciones de Obras Públicas (RULCOP)<sup>(41)</sup>, el literal i del artículo 25 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado<sup>(42)</sup> y los artículos 55 y 256 de su reglamento<sup>(43)</sup>.

En el mismo sentido, como hemos señalado, el propio régimen de contratación concesional para

(38) PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *El Código Civil Comentado*. Tomo VII. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. p. 107.

(39) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Cómo contratar en una economía de mercado*. p. 95. Citado por: PODETTI, Humberto. *Contrato de Construcción*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005. p. 251.

(40) Artículo 2 del Decreto Ley 21825. “Las entidades del Sector Público Nacional que liciten y/o contraten la ejecución de obras de construcción, incorporarán en los contratos que suscriban, ‘FF PP’ de reajuste automático de precios, en las que se aplicarán los índices de variación de precios que establezca periódicamente el Consejo de Reajuste de Precios de la Construcción”.

(41) Artículo 5.6.1 del RULCOP. “Del Reajuste Automático de Precios. El reajuste automático se aplicará según el sistema de Fórmulas polinómicas de acuerdo al régimen legal vigente”.

(42) Artículo 25 del Decreto Supremo 083-2004-PCM. “Condiciones mínimas de las Bases. Las Bases de una Licitación o Concurso Público serán aprobadas por el Titular del Pliego que lo convoca o por el funcionario designado por este último o por el Directorio en el caso de las empresas del Estado y deben contener obligatoriamente cuando menos, lo siguiente: (...)

i) Fórmulas de Reajustes de Precios, de ser el caso; (...).”

(43) Artículo 55 del Decreto Supremo 084-2004-PCM. “Fórmulas de Reajuste de los contratos expresados en moneda nacional:

1. En los casos de contratos de tracto sucesivo o de ejecución periódica o continuada de bienes o servicios, pactados en moneda nacional, las Bases o el contrato podrán considerar fórmulas de reajuste de los pagos que corresponden al contratista, conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI, correspondiente al mes de pago.

Cuando se trate de bienes sujetos a cotización internacional o cuyo precio esté influido por esta, no se aplicará la limitación del Índice de Precios al Consumidor a que se refiere el párrafo precedente.

2. En el caso de contratos de obras pactados en moneda nacional, las Bases establecerán las fórmulas de reajuste. Las valorizaciones

obras de infraestructura y servicios públicos (contenido en el Decreto Supremo 059-96-PCM) prevé la existencia de fórmulas de reajuste por causas sobrevivientes. Lo hace en su artículo 18, como hemos visto, que las bases que la entidad publique a los efectos de una concesión:

“(…) establecerán la forma y el plazo en el que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema de tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de inversiones, y la fórmula de reajuste por causas sobrevivientes que así lo justifiquen”.

En particular, corresponde entonces analizar el marco regulatorio dentro del cual aparece el respeto al equilibrio económico financiero del contrato a la luz de las siguientes normas legales:

a) El artículo 62 de la Constitución<sup>(44)</sup>, cuyo primer párrafo consagra el principio de la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual. Dicha voluntad -que se sustenta en la libertad de contratación por parte de los particulares<sup>(45)</sup> y en las atribuciones de contratación que la legislación

establece en cabeza de la Administración estatal-, opera en el sentido de permitir que los contratantes fijen y establezcan, a su libre albedrío, las cláusulas que les sean convenientes, a condición de que sean reconocidas como válidas por la normatividad vigente al momento de celebración del contrato<sup>(46)</sup>; a lo anterior se añade en dicho artículo constitucional que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, expresión que como sabemos ha dado lugar a debates doctrinarios significativos.

b) Los siguientes artículos del Código Civil: (i) el 1235<sup>(47)</sup> en el que se encuentra la cláusula de valor constante como reflejo de la teoría valorista. Esta - como sabemos- pone énfasis en precisar que la extensión de las obligaciones no se determina por el valor nominal que posean, sino por el valor adquisitivo de estas<sup>(48)</sup>; (ii) así como la excepción de incumplimiento aplicable a los contratos de carácter sinalagmático conforme al artículo 1428 del mismo cuerpo de leyes<sup>(49)</sup>, que si bien no contempla una

que se efectúen a precios originales del contrato y sus ampliaciones serán ajustadas multiplicándolas por el respectivo coeficiente de reajuste K que se obtenga de aplicar en la fórmula o fórmulas polinómicas, los Índices Unificados de Precios de la Construcción que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que debe ser pagada la valorización.

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

3. En el caso de contratos de consultoría de obras pactados en moneda nacional, los pagos estarán sujetos a reajuste por aplicación de fórmulas monómicas o polinómicas, según corresponda, las cuales deberán estar previstas en las Bases. Para tal efecto, el consultor calculará y consignará en sus facturas, el monto resultante de la aplicación de dichas fórmulas, cuyas variaciones serán mensuales, hasta la fecha de pago prevista en el contrato respectivo, utilizando los Índices publicados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI a la fecha de facturación. Una vez publicados los índices definitivos, se efectuarán las regularizaciones correspondientes.

4. No son de aplicación las fórmulas de reajuste cuando las Bases establezcan que las propuestas se expresen en moneda extranjera, salvo el caso de los bienes sujetos a cotización internacional o cuyo precio esté influido por esta”.

Artículo 256 del Decreto Supremo 084-2004-PCM. “De los reajustes. En el caso de contratos de obras pactados en moneda nacional, las Bases establecerán las fórmulas de reajuste. Las valorizaciones de obra y de adicionales serán ajustadas multiplicándolas por el respectivo coeficiente de reajuste K que se obtenga de aplicar en la fórmula o fórmulas polinómicas, los Índices Unificados de Precios de la Construcción que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática-INEI correspondiente al mes en que debe ser pagada la valorización.

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

Dado que los Índices Unificados de Precios de la Construcción son publicados por el INEI con un mes de atraso, los reintegros se calcularán en base al coeficiente de reajuste K conocido a ese momento. Posteriormente, cuando se conozcan los Índices Unificados de Precios que se deben aplicar, se calculará el monto definitivo de los reintegros que le corresponden y se pagarán con la valorización más cercana posterior o en la liquidación final sin reconocimiento de intereses”.

(44) Artículo 62 de la Constitución. “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”.

(45) Así está establecido en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución: “Toda persona tiene derecho: (...) 14) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”; en el artículo 1354 del Código Civil, contenido de los contratos: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”; y, en el artículo 1356 del Código sustantivo, primacía de la voluntad de contratantes: “Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”.

(46) Artículo 1355 del Código Civil. Dirigismo contractual: “La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”.

(47) Artículo 1235. No obstante lo establecido en el artículo 1234, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante.

(48) Al respecto, nos señala Luciano Barchi Velaochaga citando a Hirschberg que “(...) el valorismo sostiene que la extensión de las obligaciones dinerarias no está determinada por una suma nominal de unidades monetarias, sino por el valor de estas”. HIRSCHBERG, Eliyahu. *El principio nominalista*. Buenos Aires: Depalma, 1976. p. 81. Citado por: BARCHI VELAPOCHAGA, Luciano. *Código Civil Comentado*. Tomo VI. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. p. 521.

(49) Artículo 1428. Resolución del contrato por incumplimiento: “En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación”.

modalidad de reajuste automático o equilibrio financiero desencadena la indemnización por daños y perjuicios en caso de incumplimiento; y, (iii) los artículos 1440 y siguientes que contienen las normas de aplicación en caso de excesiva onerosidad de la prestación que permite recurrir al juez para la reducción o aumento de la prestación de uno de los contratantes si esta llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles lo que presupone -en el marco de la autonomía de la voluntad- la posibilidad de renegociación previa del contrato<sup>(50)</sup>.

c) Los artículos 32 y 33 del Decreto Supremo 059-96-PCM y el inciso f del artículo 30 de su Reglamento, el Decreto Supremo 060-96-PCM, establecen las condiciones bajo las cuales es admisible la modificación de los contratos concesionales y dentro de ellas el principio del equilibrio económico financiero del contrato.

Como ya dijimos, para el caso concreto a que se contrae el presente artículo, resulta especialmente atendible la normativa que sobre los contratos de concesión de infraestructura de transportes nos brinda el Decreto Supremo 059-96-PCM y su Reglamento, toda vez que son estos cuerpos de normas los que regulan -de manera especial- los contratos en los que participa el Estado y que le toca negociar y suscribir al Estado. Para tal fin, desarrollaremos el concepto, criterios, condiciones, aplicación, contenido e implicancias del principio del equilibrio económico financiero en los contratos estatales para luego concluir con el tratamiento que le resulta aplicable a este dentro de los contratos de concesión de infraestructura de transportes celebrados en el marco de lo dispuesto por el Decreto Supremo 059-96-PCM y su reglamento.

##### 5. ¿En qué consiste el principio del equilibrio económico financiero en el marco de los contratos estatales?

Comenzaremos señalando que la figura del equilibrio económico financiero surge como respuesta a dos necesidades diferenciadas:

a) De una parte, la que tienen las partes contratantes de mantener de manera estable y equivalente las condiciones a las que se comprometen y obligan dentro del marco contractual que suscriben. Ante

circunstancias en que las condiciones contractuales varíen de manera sobreviviente, por razones ajenas a los contratantes, y alguno de estos pueda ver perjudicada su expectativa económica o imposibilitada su capacidad de cumplir con lo pactado la opción de renegociación para modificar los términos del contrato queda habilitada, brindando el principio del equilibrio económico financiero del contrato un parámetro o baremo indispensable para la validez de dicha modificación sobre la base de la simetría en las prestaciones originalmente establecidas; y,

b) En el ámbito de la contratación con el Estado, como consecuencia del ejercicio de las atribuciones exorbitantes -pretendidamente inherentes a este en materia de contratación de obras y servicios públicos- la modificación contractual respetando el equilibrio económico financiero del contrato aparece como la alternativa más favorable para las partes y para el cumplimiento de los fines públicos a que se contraen los contratos que suscribe el Estado. En efecto, bajo el principio de dar prioridad al interés público en la culminación de una obra o en la dotación de un servicio público tradicionalmente se consideraba que el Estado quedaba facultado para exigir, en uso de sus facultades exorbitantes de *ius variandi*, el cumplimiento del contrato aun en condiciones negativas para el contratista, o sustituir al contratista para lograr la ejecución contractual por un tercero. Este principio nació como una protección a los privados que contratan con el Estado puesto que son estos quienes se encuentran más expuestos frente a una lesión a su patrimonio derivada de un cambio en las circunstancias de cumplimiento del contrato o del ejercicio de las facultades exorbitantes del Estado.

##### 5.1. El principio del equilibrio económico financiero como contrapartida a las prerrogativas del Estado en la ejecución de los contratos que suscribe

En efecto, como hemos señalado, el equilibrio económico financiero dentro de la conveniencia de modificación de la concesión, hoy en día es concebido como parte de las prerrogativas del Estado que el artículo 32 del Decreto Supremo 059-96-PCM le atribuye; y también como derecho del contratista de mantener de manera estable y equivalente las condiciones a las que él y el Estado se comprometen y obligan dentro del

Artículo 1429. Resolución de pleno derecho: "En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.

Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios".

(50) Artículo 1440 del Código Civil. Definición: "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".

vínculo contractual que forjan por voluntad común. Estas nociones se configuran gracias a la intangibilidad de la ecuación económica de la que gozan los contratos estatales salvo que sobrevengan circunstancias que quebranten dicha ecuación y hagan conveniente la modificación contractual con la consecuente alteración de la ecuación y la aplicación del principio del equilibrio económico financiero del contrato.

Las prerrogativas del Estado se ponen de manifiesto en la presencia explícita o implícita de las cláusulas exorbitantes al derecho privado. Las prerrogativas más relevantes, para el caso que nos convoca, son las de continuidad<sup>(51)</sup> que se justifica en la superioridad del fin público del contrato y de *ius variandi* en la que se plasma el principio de mutabilidad de los contratos administrativos<sup>(52)</sup> que, a la luz de las normas actuales, solo puede ejercitarse por acuerdo entre las partes y con respeto del principio del equilibrio económico financiero del contrato.

Efectivamente, no debe perderse de vista que se trata, de contratos que celebra el Estado con particulares, cuyos intereses contrapuestos deben mantener una posición de equilibrio. Asimismo, debe recordarse que el contrato otorga derechos subjetivos a las partes, derechos que deben ser observados y respetados, toda vez que estos -generalmente- vienen contenidos en contratos ley celebrados en el marco de la política de promoción de las inversiones que lleva adelante el Estado peruano, por lo que corresponderá al Estado compensar al privado cuando -por razones de conveniencia- proponga variaciones al contrato. A este respecto el ilustrativo numeral 2 del artículo 164 del Código Civil español, aplicable según la doctrina de dicho país cada vez que se hace ejercicio del *ius variandi* de la Administración, en el sentido que señala que: "(...) cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato la Administración deberá compensar al empresario de manera que se mantengan en equilibrio los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato".

Por lo señalado, resulta imprescindible examinar el origen de las causas que provoquen alteraciones en la economía de la relación contractual, ya que cuando la modificación es producto de la acción unilateral de la Administración, o es ajena a la voluntad de las partes, el Estado está en la obligación de asumir el mayor costo frente al contratista y, como veremos, viceversa si la situación sobreviviente fuera la contraria.

Sin embargo, en la actualidad, ante los contratos de tercera generación (que Dromi llama de transformación) el principio tradicional de equilibrio económico financiero a favor del particular ha sufrido una transformación. En efecto, hoy se concibe el equilibrio económico financiero del contrato no solamente como una fórmula de actualización de precios a favor del contratista sino como un elemento esencial a utilizar ante la posibilidad de renegociación de los contratos para lograr su modificación permitiendo la continuidad de su ejecución.

En efecto, para contrarrestar esta situación de asimetría, derivada de la superioridad del Estado en la contratación con los particulares o los efectos negativos de situaciones sobrevivientes que podrían afectar las condiciones de ejecución de un contrato, el derecho ha recurrido a una nueva construcción. Se trata del principio del equilibrio económico financiero del contrato como baremo de la renegociación contractual, también referido como el respeto de la ecuación contractual, a favor de la continuidad del contrato como garantía pública y como alternativa a los remedios legales que acompañaron a la teoría de la imprevisión en el Derecho Civil:

"(Son propios del contrato) la continuidad (como garantía pública) y la conservación del contrato (como derecho) pues los contratos públicos no se interpretan pro rescisión, pro rescate o pro revocación, sino que deben entenderse pro vigencia, pro validez, pro continuidad, de modo diferente al principio sentado en el Derecho Civil por el artículo 1198 del Código Civil (argentino) por el cual la parte perjudicada por la excesiva onerosidad sobreviviente puede demandar la resolución del contrato"<sup>(53)</sup>.

Por ello es que, en el ámbito de la función promocional que le corresponde al Estado en materia de servicios públicos e infraestructura, conforme al artículo 58 de la Constitución, la aplicación del principio que se comenta opera tanto en beneficio del contratista particular como en bien del Estado. Cabe recordar que el fin de este último en este tipo de contratación es asegurar la construcción, reparación, conservación y explotación de infraestructuras públicas y servicios de transporte a efectos de permitir la explotación correspondiente del servicio que dicha infraestructura permite, para todo lo cual se compromete la inversión privada en cabeza del contratista. Es por ello que uno de los principios de la contratación con el Estado que se admite modernamente, se encuentra referido al necesario

(51) Para Pérez Hualde esta prerrogativa: "Es regla general que el contrato debe continuar y que cualquier excepción a ello será interpretada en forma absolutamente restrictiva". PÉREZ HUALDE, Alejandro. *Capítulo XIV*. p. 324. En: FARRANDO, Ismael y Patricia MARTÍNEZ (Directores). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

(52) Según Ramón Parada el *ius variandi* supone: "(...) un poder sustantivo, una exorbitancia sobre el fondo de la relación contractual que llega al extremo de imponer al contratista (...) determinadas variaciones en las prestaciones debidas". PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 350.

(53) DROMI, Roberto. *Op. cit.*; p. 78.

equilibrio que debe existir entre el Estado y su co-contratante, es decir, la existencia de una equivalencia para las partes intervinientes entre los derechos y obligaciones que se derivan de la relación contractual, de manera que se tenga al contratista como colaborador del Estado en la realización de los fines públicos de este.

A propósito del concepto que tratamos, Mario Linares nos comenta que este se constituye "(...) por el justo equilibrio alcanzado entre las prestaciones a cumplirse por el contratista y la contraprestación o retribución económica a percibirse, estructurada esta en correspondencia al interés lógico del empresario de cubrir sus costos y obtener utilidades"<sup>(54)</sup>.

Por su parte, Juan Carlos Cassagne, quien hace un detallado y acertado análisis sobre el tema, señala lo siguiente: "La noción de equilibrio financiero del contrato administrativo, como una condición inherente en la concesión de servicio público, en la cual se halla comprendida la denominada equivalencia honesta de las prestaciones, es decir, entre las ventajas que se le otorgan al contratista y lo que se le exige (...)"<sup>(55)</sup>.

En consecuencia, según el concepto citado, el equilibrio económico financiero es una relación establecida o la ecuación contractual pactada por las partes contratantes en el momento de celebrar un contrato. Tal relación se encuentra referida a los derechos y obligaciones del particular y los derechos y obligaciones del Estado, los que deberán ser equivalentes y equitativos manteniéndose la ecuación financiera lograda a lo largo del contrato. Debemos agregar además, a efectos de comprender la importancia de mantener el equilibrio económico financiero al momento de modificar un contrato estatal que, según el criterio generalizado de la doctrina "es la esencia de todo contrato de concesión de servicio público encontrar y realizar, en la medida de lo posible, un equilibrio entre las ventajas otorgadas al concesionario y las cargas que le son impuestas"<sup>(56)</sup>.

A mayor abundamiento, estas cargas impuestas y ventajas otorgadas contractualmente, deben tener en consideración que: "En todo contrato de concesión hallase también implícita, como un cálculo, la equivalencia honesta entre lo que se otorga al concesionario y lo que se le exige"<sup>(57)</sup>.

En España, la Ley 13/2003 establece la nueva regulación a las concesiones de obra. En ella se determina la nueva configuración del equilibrio económico financiero<sup>(58)</sup> y del riesgo y ventura que han incorporado a la contratación de obra pública. Al respecto, Ariño Ortiz señala que el equilibrio económico financiero busca siempre mantener la simetría de las prestaciones, se presenta en la nueva ley como un equilibrio "bidireccional" en el sentido de que ha de ser aplicado en beneficio de ambas partes:

"El concesionario tiene derecho a que le sean compensadas las alteraciones sobre el riesgo inicialmente previsto, pero, en contrapartida, ha de renunciar (en beneficio de la Administración) a unos beneficios extraordinarios. En palabras de la exposición de motivos de la nueva ley: 'el equilibrio deberá restablecerse, tanto se ha roto en perjuicio como a favor del concesionario, produciéndose unos efectos más de lo que se considera deseable o tolerable para la credibilidad de la institución y para el interés público, sin que por ello se elimine el interés del concesionario'".

Queda claro que la reciente legislación española, a diferencia de la peruana que pone el acento en la conveniencia de la modificación contractual con claro sentido bilateral y en el mayor esfuerzo que las partes deben realizar para respetar el equilibrio económico financiero del contrato, está pensada sobre todo en la protección al contratista al admitir el *factum principis*<sup>(59)</sup> como supuesto de modificación a favor del concesionario. Una cuidadosa lectura de la ley española permite advertir que se refiere expresamente a las actuaciones

(54) LINARES, Mario. *Op. cit.*; p. 179.

(55) CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 74.

(56) CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. cit.*; p. 75.

(57) DE LAUBADÈRE, André y otros. *Traité des Contrats Administratifs*. Paris. 1983. p. 717. Nota 2. Citado por: CASSAGNE, Juan Carlos. En: *Op. cit.*; p. 75.

(58) El artículo pertinente reza:

"Artículo 248. Mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato.

1. El contrato de concesión de obras públicas deberán mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato en beneficio de la parte que corresponda en los siguientes supuestos: (a) cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra; (b) cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión (...); y, (c) cuando se produzcan los supuestos que establezca el propio contrato para su revisión (...).

3. En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas modificaciones podrán consistir en las modificaciones de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites finales (...); y, en general, cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. En el supuesto de fuerza mayor previsto (...) la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no pudiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación".

(59) *Ibid.*; p. 714.

imputables a la Administración que determinen en forma directa la ruptura del equilibrio contractual y también el riesgo imprevisible.

En el mismo sentido, la legislación española sobre el principio del equilibrio económico financiero del contrato asume que en los contratos de obra el principio de “riesgo y ventura”<sup>(60)</sup> resulta esencial. Aunque en virtud de la nueva norma queda finalmente mitigado por la posibilidad del establecimiento de fórmulas de actualización de precios, la fuerza mayor o el derecho a ser compensado bajo por las alteraciones que se produzca en el contrato por causas directamente atribuibles a la Administración, bajo el marco del restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato.

A propósito del principio del equilibrio económico financiero, la propia legislación española contiene antecedentes a la Ley 13/2003 que es necesario consignar. El Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el TRLAC en su artículo 163, referido a la modificación de los contratos de gestión de servicios públicos, estableció que: “Artículo 163. Modificación y sus efectos:

1. La Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.
2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.
3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos”.

Por su parte, la Ley 16/1987, 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres establece en el primer párrafo del numeral 3 de su artículo 75 que: “3. La Administración podrá realizar de oficio o a instancia de los concesionarios o de los usuarios, las modificaciones, en las condiciones de prestación, no previstas en el título concesional y las ampliaciones, reducciones o sustituciones de itinerarios que resulten necesarias o convenientes para una mejor prestación del servicio estando obligada a respetar en todo caso el equilibrio económico de la concesión”.

Igualmente en España el numeral 1 del artículo 81 de la precitada Ley dispone que: “1. Cuando existan razones objetivas de interés público que lo justifiquen,

y no resulte viable o procedente el establecimiento de un nuevo servicio con independencia de los anteriormente existentes, la Administración podrá, de oficio o a instancia de parte, respetando el equilibrio económico de las concesiones, acordar la unificación de servicios que hayan sido objeto de concesiones independientes, a efectos de que la prestación de los mismos se haga en régimen de unidad de empresa. Cuando los servicios correspondan a concesiones otorgadas a diferentes empresas, se establecerá por vía reglamentaria el sistema que habrá de seguirse para determinar el régimen de gestión”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional costarricense, a propósito del equilibrio económico financiero en los contratos que celebra el Estado, ha resuelto que, “d) el equilibrio de las posiciones de ambas partes y entre sus mutuas prestaciones, equilibrio que reclama, a su vez, el respeto a los principios fundamentales de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, según los cuales la posición de las partes y el contenido y alcance de sus obligaciones recíprocas han de ser razonablemente equivalentes entre sí y proporcionadas a la naturaleza, objeto y fines del contrato. De importancia en esta sentencia, es que se señala, con claridad, que las variaciones que se introduzcan en los contratos, deben respetar, siempre, el equilibrio de la ‘ecuación financiera del contrato’”<sup>(61)</sup>.

De acuerdo a la doctrina expuesta, a la legislación comparada y a la jurisprudencia que ha sido mencionada, cualquier modificación a un contrato que celebre el Estado -que implique, por un lado, alguna variación económica del mismo y, del otro, algún perjuicio para el contratista o concesionario-, compromete la responsabilidad patrimonial de la Administración. Contrariamente, cualquier modificación al contrato estatal que implique algún detrimento en los derechos del Estado debe comprometer la responsabilidad patrimonial del concesionario o contratista de forma tal que se traduzca en una equivalencia honesta (en el lenguaje de la doctrina argentina) o un equilibrio restableciendo la simetría de las prestaciones (en el lenguaje de la exposición de motivos de la Ley 13/2003 de España y de Ariño Ortiz) entre lo que deja de entregar al Estado y lo que proporcionalmente debe recibir de manos del concesionario o contratista.

Lo contrario importaría admitir que en la ejecución contractual no se toma en consideración la figura del enriquecimiento indebido<sup>(62)</sup>, en beneficio de la parte que no incrementa su contraprestación de pago por el mayor valor de la prestación entregada por el co contratante; o que se hace tabla rasa de la

(60) *Ibid.*; p. 715.

(61) Resolución 3495-92 del Tribunal Constitucional costarricense.

(62) Artículo 1954 del Código Civil. “Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”.

prohibición del abuso del derecho contenida en el artículo 103 de la Constitución<sup>(63)</sup>, institución que también es tratada en el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil<sup>(64)</sup>.

## 5.2. La triple racionalidad del principio del equilibrio económico financiero del contrato: jurídica, económica y administrativa

Conocida la racionalidad jurídica del principio que se analiza -que se sustenta en el reflejo honesto de las prestaciones entre las partes- cabe preguntarse, ¿es la única racionalidad del principio? ¿Tiene además una racionalidad económica? ¿Es admisible también desde el punto de vista de los fines a los que apunta la acción de la Administración del Estado?

En principio la respuesta es equivalente en términos del Derecho, de la Economía y de la Administración Pública. Todo parte del convencimiento de que los contratos se celebran con el propósito de que se cumplan. A ello conducen las normas del Código Civil que así lo expresan en los artículos 1361 y 1362<sup>(65)</sup> que consagran la obligatoriedad de los contratos según lo expresado en ellos y sujetan su cumplimiento a las reglas de la buena fe y la común intención de las partes. Pero no es distinto el temperamento en el ámbito de la Administración del Estado puesto que aquí es indispensable considerar la necesidad pública que a través de un contrato se busca satisfacer se vea efectivamente cubierta. En este sentido, Jorge Danós y Richard Martin han predicado: “En la contratación administrativa cuando se produce el incumplimiento por parte del contratista lo esencial no es castigar al contratista por sus faltas o sustituir el cumplimiento del contrato por una indemnización pecuniaria, sino asegurar la satisfacción del interés público comprometido en cada contrato que se expresa en la realización efectiva de la obra, de un servicio o de un suministro. En síntesis, lo que realmente importa en el campo administrativo es el cumplimiento efectivo, específico, concreto y determinado del contrato administrativo de que se trate”<sup>(66)</sup>.

La doctrina jurídica administrativa extranjera sigue la misma línea de los citados juristas peruanos, en el sentido de buscar de preferencia fórmulas que conlleven a la ejecución y cumplimiento de los contratos antes que a modalidades sancionatorias o indemnizatorias que frustren la realización del interés público envuelto en el contrato que celebra el Estado. Así Dromi<sup>(67)</sup> deja en claro que, “Las sanciones rescisorias son las de mayor gravedad, pues dan lugar a la extinción del contrato administrativo. Proceden únicamente ante fallas especialmente graves, y la Administración recurre a ellas solo cuando no hay otro medio para lograr la ejecución de las obligaciones contractuales debidas por el contratista”.

En la misma línea, García de Enterría y Fernández<sup>(68)</sup> se pronuncian en el siguiente sentido: “Se trata pues, ante todo, de evitar que el interés público padezca a resultas de la paralización de obras o del servicio contratados, que siempre comportan perjuicios generales que el incumplimiento (incautación de la fianza y eventual responsabilidad por daños) puede no ser bastante para reparar”.

Sin embargo desde la perspectiva económica los contratos igualmente han de cumplirse como expresión de eficacia en una economía de mercado y como medida concreta de realización del objetivo de ganancia y rendimiento económico de quienes participan en la relación contractual. Todo incumplimiento resulta económica y socialmente pernicioso y, para las partes, individualmente inconveniente en términos de asignación de riesgos y costos involucrados.

Finalmente, la Administración del Estado reclama con igual legitimidad, teniendo como norte el bien común y la satisfacción de las necesidades de la colectividad, el cumplimiento de los contratos que este celebra, especialmente cuando tienen el propósito de promover la inversión en infraestructura o en la dotación de servicios públicos, siempre y cuando estos se desarrollen en el marco de lo pactado y con pleno reflejo de la equivalencia entre las prestaciones convenidas.

(63) Artículo 103 de la Constitución. “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

(64) Artículo II del Título Preliminar del Código Civil. “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

(65) Artículo 1361. Obligación de los contratos: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”; y artículo 1362. Buena Fe: “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

(66) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge y Richard MARTIN TIRADO. *Op. cit.*; p. 20.

(67) DROMI, Roberto. *Licitación Pública*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1999. pp. 511 y 512.

(68) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. 10ma. edición. Tomo I. Madrid: Civitas, 2001. p. 745.

Sin perjuicio de ello, debemos concordar lo antes expuesto con lo que Cassagne denomina “la necesidad de mantener la continuidad de los servicios públicos y la realización de la obra pública”. Añadimos a esto la máxima que los juristas españoles Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández nos refieren, en relación al equilibrio económico financiero en esta clase de contratos: la necesidad de compatibilizar “rigidez del servicio público y flexibilidad del contrato”<sup>(69)</sup>. Es clara pues, la máxima citada en el sentido de permitir a la partes el negociar o firmar cláusulas de reajuste que les permitan variar algunas de las condiciones inicialmente pactadas a efectos de mantener la justa equivalencia dentro del contrato, siempre con miras al logro de la infraestructura o del servicio público involucrado en el contrato.

Todo contrato supone riesgos e incertidumbres; la mejor técnica de contratación es aquella que permite preverlos y asignar los riesgos de manera que se facilite la ejecución contractual en un marco de equidad entre las partes que respete la ecuación contractual originalmente consagrada. Evidentemente, a mayor complejidad en la contratación y a mayores plazos convenidos, mayores posibilidades de que en la ejecución de lo pactado surjan riesgos no previstos e incertidumbres que, de no disiparse, pueden atentar contra la eficacia contractual.

Precisamente las lagunas contractuales, la falta de previsión de fórmulas que permitan hacer frente a los riesgos e incertidumbres atentan contra el cumplimiento de lo pactado y contra la solución de los problemas confrontados al menor costo, postergando o frustrando la concreción del objeto del contrato y la satisfacción de las necesidades públicas, que es intrínseca a la contratación del Estado para los efectos a que se contraen los Decretos Supremos 059-96-PCM y 060-96-PCM, que no son otras que el desarrollo de la infraestructura y los servicios públicos.

En este orden de ideas, la previsión general de utilizar como baremo para la renegociación y modificación de los contratos que celebra el Estado el principio del equilibrio económico financiero del contrato supone una aplicación adelantada de las buenas prácticas de previsibilidad en la contratación. Con esta previsión se cierra el paso al incumplimiento contractual y al conflicto *inter partes*, para privilegiar una fórmula equitativa de asignación de riesgos que permite el restablecimiento de las equivalencias de las prestaciones y una modalidad de eficacia contractual al permitir la conservación del

contrato por encima de su fracaso y su secuela de consecuente litigiosidad.

Desde el punto de vista económico, además, el principio que se comenta favorece la previsibilidad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y permite un espacio de negociación, objetivo y transparente para ambas partes contratantes, pues incorpora al proceso de renegociación del contrato los parámetros contenidos en la ecuación económica financiera establecidos por las partes en los términos originales del contrato. Parafraseando a Germán Coloma<sup>(70)</sup> -quien en el texto original se refiere a la teoría de la imprevisión- puede decirse que el principio del equilibrio económico financiero del contrato: “(...) tiene por objeto preservar las relaciones contractuales (suponiendo que las mismas beneficiaban originalmente a ambos contratantes), volviéndolas a una situación equivalente a la del momento en el cual el contrato de celebró”.

Asimismo, la previsión de establecer como principio general de aplicación a los contratos con el Estado el del respeto al equilibrio económico financiero supone una aplicación adelantada de las reglas de la buena fe y común intención de las partes mediante una previsión que contribuye al cumplimiento del contrato sobre bases equitativas objetivas, excluyendo las lagunas en la relación contractual. Así, de no ser aplicado el principio se produce la ineficacia del contrato con las consecuencias adicionales de quebrantamiento de la asignación de riesgos prevista inicialmente en el contrato, a lo que se añade el fomento de la litigiosidad como producto de ello. Debe quedar, como elemento a favor de la aplicación del principio del equilibrio económico financiero del contrato, el que constituye un mecanismo adecuado para proveer eficientes fórmulas de interpretación de lagunas, ambigüedades e incertidumbres contractuales, al tiempo que sirve para favorecer la cooperación entre las partes<sup>(71)</sup>.

### 5.3. El principio del equilibrio económico financiero concebido dentro de los principios rectores de la contratación administrativa

Dentro de los principios generales de contratación se establece, necesariamente, aquel que contiene el necesario equilibrio que debe establecerse entre los derechos y obligaciones que tiene el Estado y aquellos de su co contratante, es decir, la existencia de una equivalencia entre los derechos y obligaciones que se derivan para ambas partes, de manera tal que el contratista pueda desempeñarse como colaborador del Estado en la realización y ejecución de los fines públicos de este.

(69) *Ibid.*; p. 731.

(70) COLOMA, Germán. *Análisis Económico del Derecho Privado y Regulatorio*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. p. 213.

(71) *Ibid.*; p. 209.



Al respecto, el tratadista argentino Héctor Jorge Escola, afirma que "(...) sin perjuicio de las disposiciones legales o constitucionales de cada país, el fundamento jurídico del equivalente económico se encuentra en los fines de interés público de la entidad contratante y el rol de colaborador del contratista, para el logro de esos fines, resultando justo que exista entre derechos y obligaciones, equivalencia honesta, relación razonable"<sup>(72)</sup>.

Por tal motivo, es natural observar cómo el principio del equilibrio económico financiero es considerado como un principio rector de la contratación administrativa, toda vez que tal contratación se basa en la relación recíproca y equivalente entre las partes. Así, para Bartolomé Fiorini, "la función del acuerdo es crear relaciones jurídicas recíprocas, cual si fuere la ley de las partes (...) "<sup>(73)</sup>.

En efecto, al tratar el tema de los principios que rigen la contratación administrativa, el citado autor nos refiere acerca de la figura de la contractualidad administrativa, indicándonos los elementos esenciales que la componen, "Esta figura, acto jurídico, aquí y en todos los países civilizados, presenta los siguientes elementos: partes opuestas; consentimientos; prestaciones recíprocas entre ambas partes; ejecución regida por lo que fue intención de las partes; equivalencia en la conducta de cumplimiento; resarcimiento por incumplimiento; y prestaciones cumplidas. No hay contrato, pese a los distintos términos que se empleen, que no tenga estos elementos esenciales"<sup>(74)</sup>.

## **6. Los contratos de inversión y fórmulas de renegociación que giren en torno al equilibrio económico financiero**

El equilibrio económico financiero dentro de un contrato celebrado con el Estado implica el hecho de que deba reconocerse el derecho del contratista a mantener la ecuación económica del contrato, de tal manera que pueda asegurar una rentabilidad razonable, a cambio de las facultades extraordinarias de las que goza el Estado. A tal efecto, la doctrina del equilibrio económico financiero del contrato, se basa en las normas de la justicia conmutativa (el contratista debe recibir una contraprestación justa por la obra ejecutada) y la justicia distributiva (el contratista no puede ser obligado a subsidiar el costo de una obra o servicio público). El fin de la aplicación de este

servicio es mantener la equivalencia de las prestaciones o resarcir los daños causados. Efectivamente, el equilibrio económico financiero alcanzado entre las partes debe mantenerse inalterable durante toda la vigencia del contrato.

Finalmente, -a manera de breve resumen- podemos señalar que resulta meridianamente claro que el contratista, al celebrar un contrato con el Estado (cualquiera sea su naturaleza), persigue obviamente una utilidad monetaria como contraprestación. El principio del equilibrio del equilibrio económico financiero nos establece que la expectativa de utilidad del contratista no puede sufrir un menoscabo por razones sobrevinientes o imprevisibles (que no le sean imputables), en cuyo caso el beneficio económico previsto debe ser restablecido por la entidad contratante. Sucede lo mismo para el beneficio que el Estado busca al momento de contratar con un particular, toda vez que este beneficio no puede ser cercenado por causas sobrevivientes que no le sean imputables al Estado (por ejemplo, tal sería el caso de un proceso de deflación).

## **7. Criterios esenciales en los contratos de inversión de largo aliento que, por la envergadura de la obras y los costos hundidos, hacen previsible modificaciones en las que tiene especial vigencia el principio del equilibrio económico financiero**

### **7.1. Teoría de la imprevisión**

En este punto, corresponde hacer una disquisición entre aquel "reconocimiento resarcitorio" que debe hacer el Estado al concesionario cuando las condiciones del contrato varían, con la figura de la garantía o del seguro que se pacta dentro de un contrato de concesión que pueda suscribir el Estado, toda vez que la teoría de la imprevisión busca salvaguardar situaciones imprevistas por las partes, riesgos realmente imprevisibles que escapen de lo normal y propio de una actividad. Tomemos las palabras de García de Enterría y de Fernández cuando señalan que: "La teoría de la imprevisión no está concebida, por lo tanto, como una garantía de beneficio del concesionario, ni como un seguro que cubra las posibles pérdidas a que pueda dar lugar normalmente la explotación del servicio, sino como un mecanismo capaz de asegurar a ultranza el fin público del servicio en circunstancias normales"<sup>(75)</sup>.

A criterio del administrativista argentino Bartolomé Fiorini<sup>(76)</sup>, cuando es el Estado quien -a

(72) ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1979. p. 453. Citado por: LINARES, Mario. En: *El Contrato de Concesión Estatal*. Lima: Grijley, 2002. p. 187.

(73) FIORINI, Bartolomé A. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. p. 601.

(74) *Ibid.*; p. 604.

(75) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Op. cit.*; p. 738.

(76) FIORINI, Bartolomé A. *Op. cit.*; p. 612.

través de un órgano distinto al que suscribió el contrato- genera la imposibilidad de cumplimiento de este o, en otras palabras, cuando estas situaciones imprevistas son proyectadas a las relaciones contractuales, ocasionando que el contrato no pueda cumplirse de manera normal, decimos que estas "tienen consecuencias similares a la fuerza mayor o caso fortuito". En este supuesto, agrega Fiorini, no podríamos hablar de un incumplimiento contractual por parte del Estado porque "(...) el acto impediendo no forma parte de las relaciones creadas por el contrato. Tratase de normas o actos sancionados al margen y extraños al ámbito creado por el contrato aunque pueden tener indicaciones sobre el contrato".

El citado autor define este hecho como el "fenómeno del acto perjudicial del Estado en el contractualismo administrativo"<sup>(77)</sup>. Sin embargo, debemos resaltar que no todo acto estatal puede significar la liberación absoluta de las obligaciones contraídas por parte del Estado dentro de un contrato estatal, pues -como hemos visto- aquellas que son generadas por el mismo órgano que suscribió el contrato generarán una obligación de resarcimiento por parte del Estado.

Cabe mencionar, que si el Estado emite algún acto administrativo que pueda perjudicar el cumplimiento de un contrato de infraestructuras de transportes suscrito por Proinversión al amparo del Decreto Supremo 059-96-PCM, el concesionario deberá ser compensado dentro de lo pactado contractualmente. No resulta del mismo caso, aquellos actos administrativos que pueda emitir otra entidad estatal completamente distinta al Estado. En este supuesto, no habrá incumplimiento por parte del Estado y lo que corresponderá realizar será una modificación al contrato con el correspondiente respeto al equilibrio económico financiero a efectos de no alterar las expectativas del concesionario.

Habiendo hecho esta disquisición, tenemos que la teoría de la imprevisión, proveniente de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, es -a criterio de la doctrina- "aquel reconocimiento resarcitorio por las variaciones de los precios contratados ante graves impactos -que transformaban la raíz de la ecuación financiera- proveniente del álea económica"<sup>(78)</sup>.

Agrega Fiorini que en la actualidad ningún contrato puede estar alejado de aquella posibilidad de ser afectado en la variación de sus condiciones



por algún evento exógeno. De esta forma señala que, no puede existir algo que definamos como imprevisto dentro un contrato, vale decir, algo que sepamos que tiene posibilidad de ocurrencia en algún momento durante la ejecución del contrato -aunque no sepamos con exactitud cuándo y en qué magnitud<sup>(79)</sup>- y que, sin embargo, no lo preveamos en el contrato.

En consecuencia, debemos entender que por la teoría de la imprevisión -gracias a los nuevos criterios que fija- se permite a las partes contratantes ante la ocurrencia de un hecho que varíe las condiciones del contrato optar por mantener el contrato como se pactó o en su defecto (y esta es la tendencia mayor) compensar de alguna manera a la parte que vio afectado su interés a fin de mantener el equilibrio económico financiero del contrato. A tal efecto, resaltamos las palabras del citado jurista cuando señala, "En nuestro medio jurídico a diferencia de la concepción clásica de la imprevisión, que al distinguírsela del caso fortuito permitía solo la compensación por el daño sufrido, se autoriza en forma optativa, ya sea la liberación de las relaciones convenidas o la compensación para mantener la equivalencia de las relaciones contractuales"<sup>(80)</sup>.

(77) *Ibid.*; p. 613.

(78) *Ibid.*; p. 733.

(79) Al respecto el mencionado autor señala que: "(...) no puede decirse que son cambios, modificaciones, rectificaciones, reajustes inesperados, pero que son desconocidos sus caracteres, la forma, el momento, y el tiempo que durarán. Lo imprevisto, en estos casos, son las distintas maneras de manifestarse los cambios. No se puede utilizar la clásica fórmula 'lo imprevisto, y que previsto no pudo evitarse', lo presupuesto por inevitable pero desconocido en su magnitud; por eso impone un régimen permanente de previsión de lo imprevisto. Todo esto parece paradójico pero representa la imposición de un régimen jurídico previsor". FIORINI, Bartolomé A. *Op. cit.*; p. 615.

(80) FIORINI, Bartolomé A. *Op. cit.*; p. 616.

### 7.2. Principio del “riesgo y ventura” y sus excepciones

Habiendo revisado los supuestos anteriores que están enfocados principalmente hacia planos compensatorios e indemnizatorios por parte del Estado para con el privado, resulta importante en este momento hacer referencia de manera breve al principio del “riesgo y ventura”. Este principio implica fundamentalmente que la ejecución de un contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista.

Ahora bien, la figura contractual que nos importa tratar -para este artículo- es la de los contratos de concesión de infraestructura celebrados en el marco del Decreto Supremo 059-96-PCM, en los que normalmente el concesionario realiza y gestiona la concesión a su propio riesgo y ventura, protegido claro, por cláusulas de garantía y por seguros contra accidentes que pueda haber contratado, las cuales - en caso de ocurrir alguna pérdida o accidente durante la ejecución de un contrato- le permitirán ser indemnizados por la empresa aseguradora, dejando el Estado exento de cualquier tipo de obligación compensatoria para con el privado. En tal virtud, será cada parte contratante la que soporte el álea del contrato, es decir, la imputación tanto de mayores ganancias sobre las previstas, caso de beneficio, así como de las pérdidas en el negocio, en caso de perjuicio.

Sin embargo, este principio tiene algunas excepciones que nos indica la doctrina dentro de las que podemos encontrar la fuerza mayor que comentamos anteriormente que se presenta como un hecho determinante de imposibilidad de cumplimiento de obligaciones contractuales; la revisión de precios o los riesgos imprevisibles.

### 7.3. La cláusula *rebus sic stantibus*

Esta cláusula se encuentra sobreentendida en los contratos, en virtud de la cual se entiende que, las estipulaciones establecidas lo son habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el momento, esto es, estando así las cosas, de forma que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones. Implica que los contratos se entienden concluidos bajo la condición tácita de que subsistirán las condiciones originarias que se contrataron y que, cuando ello no ocurra y se produzca una transformación de tales circunstancias, se debe restablecer el equilibrio de las prestaciones en la medida en que un hecho extraordinario e imprevisible influya en lo que las partes hubieron previsto y bajo cuya base económica se obligaron, procurando de esta manera el restablecimiento del equilibrio inicial, el equivalente que se buscó, afectado por una excesiva onerosidad sobreviviente.

### 7.4. Responsabilidad contractual de la Administración Pública en caso de incumplimiento

La Administración se encuentra obligada a obrar conforme lo dispone la ley, los reglamentos y las bases licitatorias que publica. Es particularmente importante que esta actúe con diligencia, lealtad, igualdad, transparencia y probidad durante la formación de la voluntad, perfeccionamiento, ejecución y liquidación de los contratos que celebre.

### 7.5. El principio de legalidad y de la buena fe

Por otro lado, los contratos que celebra el Estado deben respetar el principio de legalidad y el de buena fe. Por tal motivo, esos principios deben ser reconocidos y aplicados por las partes. La aplicación de los principios mencionados tiene como finalidad evitar que las condiciones pactadas en el contrato varíen como consecuencia de un hecho externo a los contratantes, y que acarreen un lucro injustificado para una parte y en una recíproca pérdida para la otra.

### 8. La evaluación jurídica de la práctica establecida

Adicionalmente, el equilibrio económico financiero de los contratos que celebra el Estado, tiene directa relación con el instituto de la excesiva onerosidad de la prestación consagrado en el artículo 1440 del Código Civil y las variantes de este que están cubiertas bajo la teoría de la imprevisión.

En todo caso, si de obligaciones se trata en relación a dicho equilibrio, es revelador que en el caso de contratos de obra, por ejemplo, que la ley obligue a que las bases contengan fórmulas de reajuste que respondan a él. Consecuentemente, al estar integradas dichas fórmulas a las bases, como reglas del propio contrato, deben respetarse obligatoriamente durante todo el término de la ejecución contractual.

Siendo una obligación legal de las entidades del sector público incorporar fórmulas de reajuste para garantizar las prestaciones emanadas de los contratos de obra, estas concretizan en el régimen de contratación con el Estado el principio del equilibrio económico financiero que resulta consustancial a la contratación pública.

La doctrina a este efecto hace referencia al necesario equilibrio que debe existir entre el Estado y su co contratante, lo que permite la existencia de una equivalencia honesta entre los derechos y obligaciones que permita el restablecimiento de las equidistancias de las prestaciones contractuales de conformidad con la ecuación originalmente convenida entre las partes, que se derivan para las partes intervinientes en la relación contractual. De esta manera el contratista cuenta con la suficiente confianza para actuar como colaborador del Estado

en la realización de los fines públicos que le son inherentes.

Según el concepto citado, el equilibrio financiero es una relación que debe establecerse al momento de celebrar los contratos entre los particulares y el Estado, como se exige en el Perú desde la elaboración de las bases. Por su propia naturaleza, dicho equilibrio debe extenderse durante todo el período de ejecución del contrato con miras a que los derechos y obligaciones del contratista y los derechos y obligaciones del Estado sean equivalentes y equitativos y manteniéndose la ecuación lograda a lo largo de la ejecución de un contrato.

De acuerdo a lo precisado, es absolutamente claro que cualquier modificación a un contrato celebrado con el Estado que implique variación económica y algún perjuicio para el contratista, compromete la responsabilidad patrimonial del Estado; y la compromete pues a través de ella debe traducirse una equivalencia honesta entre lo que se entrega al Estado y lo que proporcionalmente este debe pagar al concesionario. Asimismo, cualquier modificación a un contrato celebrado con el Estado que implique algún detrimento en los derechos del Estado debe comprometer la responsabilidad patrimonial del contratista a favor del Estado.

De manera que la correcta aplicación de las fórmulas de reajuste a los efectos de actualizar las obligaciones contractuales y reflejar todo lo invertido por el contratista o concesionario dentro de una obra o concesión que realice a favor del Estado, no se fundamenta solamente en un criterio remunerativo de recibir la recompensa justa por la prestación realizada. Debe fundamentarse, en un criterio superior, de interés social y general pues al particular que contrata con el Estado le corresponde asegurar la realización de la obra en beneficio de la comunidad con el pago justo y honesto a la prestación realizada.

Por lo demás, igual reflejo del equilibrio económico financiero de un contrato se encuentra en el principio valorista del artículo 1235 del Código Civil, mediante el cual las partes, voluntariamente, pueden acordar reajustes al monto de una deuda mediante cláusulas de reajustes de precios. No obstante, el Tribunal destaca la diferencia sustancial entre el régimen de contratación con el Estado, en que las fórmulas de reajuste resultan obligatorias para los particulares contratantes con el Estado, mientras que en el Derecho Civil estas operan de manera exclusivamente voluntaria.

#### **9. Condiciones mínimas para la aplicación del principio del equilibrio económico financiero del contrato**

Como se trata de un principio reconocido normativamente solo en un tipo de contratos

celebrados por el Estado (a los que se contrae el Decreto Supremo 059-96-PCM y su Reglamento) y cuyo desarrollo jurisprudencial está recién iniciándose, se hace necesario establecer los parámetros mínimos dentro de los cuales cabe la renegociación contractual con miras al cumplimiento de las prestaciones en un marco de respeto al equilibrio económico contractual.

Para llevar a cabo lo anterior, se hace necesario analizar con detalle las normas pertinentes del Decreto Supremo 059-96-PCM: "Artículo 33. Cuando resultare conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar, en lo posible, lo siguiente: c) El equilibrio financiero para ambas partes". Lo que supone además, tener en cuenta lo dispuesto por el inciso f del artículo 30 de su Reglamento, el Decreto Supremo 060-96-PCM que a la letra dispone: "Artículo 30. Son atribuciones de los sectores y/u organismos del Estado las siguientes: f) Modificar el contrato de concesión cuando ello resulte necesario, previo acuerdo con el concesionario, respetando en lo posible su naturaleza, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero de las prestaciones a cargo de las partes".

Lo primero que destaca de la normativa transcrita es que se trata fundamentalmente de una habilitación para que los funcionarios del Estado ejerzan sus atribuciones de carácter discrecional. Convoa en consecuencia a una obligación de hacer que puede surgir de oficio, por parte de la Administración, o a pedido de la parte contratante. En efecto, aunque pueda considerarse que el artículo 33 contiene las reglas para llevar a cabo el acto de modificación del contrato, esta queda a criterio de la Administración.

Así textualmente lo consagra el mencionado artículo al hacer referencia a un efecto que es típicamente evaluativo en dos instancias: (i) cuando resultare "conveniente" modificar el contrato; y, (ii) las partes procurarán respetar "en lo posible". Ambas expresiones convocan al ejercicio razonable y proporcionado de la discrecionalidad de los funcionarios estatales en un juicio valorativo de la conveniencia o el mérito de la renegociación con miras al cumplimiento del contrato y a la satisfacción de las necesidades colectivas que dicho contrato está supuesto a lograr.

¿Cómo debe interpretarse este criterio de conveniencia? Evidentemente a favor de la vigencia del contrato, de su validez, de la continuidad de ejecución y de los beneficios que ello traiga a la explotación de la infraestructura para el servicio público de transporte. ¿Hay un parámetro más explícito para enmarcar lo conveniente a la conservación del contrato y al servicio público involucrado? No hay mucho más que el significado del vocablo en el diccionario (útil, oportuno, provechoso, conforme, concorde o decente,

proporcionado), salvo que se tome como referencia los criterios de oportunidad, mérito y conveniencia que son utilizados en la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, para justificar excepcionalmente la revocación de actos administrativos a favor del administrado<sup>(81)</sup>.

Nótese que el reglamento antes transcrito contiene una expresión distinta y más restrictiva de la valoración previa a la renegociación. Habla textualmente de que la modificación contractual debe "resultar necesaria"<sup>(82)</sup> que es distinta a la expresión "conveniente" que utiliza la norma original con rango legal por lo que debe ser este último el criterio, el de la conveniencia, el prevaleciente para la actuación de la Administración del Estado cada vez que considera la renegociación de un contrato para modificarlo aplicando el principio del equilibrio económico financiero en su versión moderna.

El otro elemento que surge de la interpretación que se desprende del texto de la norma es que exige la búsqueda del equilibrio económico financiero "para ambas partes". Evidentemente hubiese bastado hacer referencia al equilibrio para que el concepto de beneficio a ambas partes quede inmerso en dicho vocablo y concepto pues, de lo contrario, se hubiese logrado más bien el desequilibrio. Pero la expresión tiene una explicación histórica pues tradicionalmente el equilibrio económico financiero fue concebido a favor del contratista y no del Estado<sup>(83)</sup>.

Cabe interpretar, sin embargo, poniendo la favorabilidad en el lado del cumplimiento del contrato, que la norma ha querido, a pesar de su expresión poco feliz, dejar en claro que ha de respetarse la equivalencia honesta de prestaciones para beneficio de ambos contratantes. Lo contrario imposterga admitir que la renegociación contractual enmarca un acto de enriquecimiento indebido, prescrito por el Código Civil en su artículo 1954; o lo que sería peor, un acto de abuso del derecho igualmente proscrito por el artículo 103 de la Constitución.

Es del caso mencionar, igualmente, que de la lectura del texto completo del artículo 33 de la norma con rango legal y del artículo 30 del reglamento se ha incorporado, a la obligación de respetar el equilibrio

económico financiero de las prestaciones a cargo de las partes, la evaluación de las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas. Ambos elementos, evidentemente, juegan en paralelo de forma que un cambio en estas últimas tendrá que evaluarse a la luz del mantenimiento del equilibrio de las prestaciones previamente establecido que como consecuencia de ello puede resquebrajarse y una modificación contractual debe restablecer.

Afirmamos que la aplicación del principio se encuadra principalmente en el marco de la buena fe contractual puesto que su objetivo es facilitar la conveniencia de la modificación contractual para que el pacto se cumpla con plenos efectos para el beneficio de la colectividad. No se requieren, en consecuencia, los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad que se aplican en la figura de la excesiva onerosidad de la prestación a que se refieren los artículos 1440 y siguientes del Código Civil. Prevalece la conveniencia para el contrato y la satisfacción de las necesidades colectivas por lo que, por ejemplo, un cambio tecnológico que resulta conveniente al contrato pero lo haga de alguna manera más oneroso puede ser objeto de renegociación y modificación contractual en el marco del artículo 33 con el consecuente respeto del equilibrio económico financiero del contrato.

No obstante, si el principio que se comenta se sustenta en la eficacia contractual y en el principio de la buena fe contractual, ¿sería admisible que se pretenda aplicarlo cuando el desequilibrio económico financiero del contrato se haya producido o pueda producirse por dolo o culpa de la parte perjudicada? Consideramos que de presentarse estos dos conceptos (dolo o culpa) no es aplicable el principio pues mal podría modificarse el contrato para expresar la "honesto" equivalencia entre las prestaciones de cada parte. Sin embargo, en aras al cumplimiento contractual para la satisfacción de las necesidades colectivas a las que está supuesto a responder el objeto del contrato, no debe descartarse que excepcionalmente se proceda a la renegociación a condición de que las consecuencias de conducta

(81) Artículo 203.2 de la Ley 27444. "(...) 203.2 Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

203.2.1 Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

203.2.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

203.2.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros (...)"

(82) La palabra necesario alude a aquello que es indispensable o forzoso; a aquello que es obligado por lo que se contrapone a lo voluntario que está en la esencia de lo previsto en el artículo 33 del Decreto Supremo 059-96-PCM que se aplica siempre en un marco de negociación y de beneficio para ambas partes.

(83) Es por esta razón que Dromi llama a este principio concebido en su sentido original "la ecuación clásica (privada)" para distinguirla de su teoría de las ecuaciones contractuales en las que se fundamenta la renegociación de los contratos, especialmente los de tercera generación o de transformación. *Op. cit.*; p. 74.

culposa o dolosa se valoren para reducirlas y lograr un nuevo equilibrio contractual<sup>(84)</sup>.

Finalmente, las normas no señalan ningún criterio para determinar el plazo en el cual las partes pueden proceder a renegociar el contrato para restablecer el equilibrio económico financiero del contrato. ¿Hay un plazo de caducidad para solicitar la renegociación modificatoria y equilibrante del contrato? ¿Es necesario que este quede legislativa o reglamentariamente establecido? No hay elementos suficientes como para establecer un plazo de caducidad que no pueda pecar de arbitrario, precisamente porque el respeto al principio que se comenta -como está concebido en el artículo 33 de la norma con rango de ley- está orientado a la conveniencia para ambas partes con miras al cumplimiento contractual antes que al conflicto al que pueda dar lugar el desequilibrio producido.

Consecuentemente, en relación al plazo para solicitar la renegociación que conduzca al equilibrio económico financiero del contrato, los funcionarios de la Administración deberán ejercer las atribuciones discrecionales que la ley les otorga aplicando los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que constituyen el parámetro inequívoco para excluir todo atisbo de arbitrariedad en su actuación al servicio del Estado.

#### 10. A manera de conclusión

a) Los contratos de concesión que celebra el Estado en relación con la infraestructura pública y los servicios de transporte -en los que resulta obligatoria la aplicación del artículo 33 del Decreto Supremo 059-96-PCM que contiene el principio del equilibrio económico financiero- se enmarcan dentro de la categoría de contratos de transformación en los que el Estado cumple un doble papel: promocional de la infraestructura y los servicios a la luz del artículo 58 de la Constitución y subsidiario, al amparo del artículo 60 por lo que mantiene a lo largo del contrato un papel singularmente importante en materia de regulación y control para garantizar la satisfacción de los intereses públicos involucrados en cada contrato de concesión.

b) Aunque el principio del equilibrio económico financiero no se encuentra legalmente reconocido en el Código Civil, ni en las normas que regulan los contratos típicos que celebra la Administración del Estado, tiene antecedentes en el campo administrativo a través del uso de las fórmulas polinómicas que obligatoriamente se incorporan a este tipo de contratos para remunerar al contratista y poner en práctica sistemas de actualización de

precios que efectivamente tienden a reflejar una honesta equivalencia entre las prestaciones a las que cada una de las partes se ha obligado.

c) A pesar de que en el Código Civil están contempladas instituciones destinadas a hacer frente situaciones sobrevivientes durante la ejecución contractual, como la excesiva onerosidad de la prestación y la cláusula valorista, la aplicación del principio del equilibrio económico financiero del contrato y los componentes del artículo 33 del Decreto Supremo 059-96-PCM difieren radicalmente de aquellas. En efecto, la aplicación de este principio tiene como norte exclusivo la conservación del contrato, su continuidad en la ejecución bajo nuevos supuestos y la satisfacción de los intereses públicos involucrados en el contrato. Debido a ello, el principio *in comento* es considerado como una institución propia de la contratación con el Estado.

d) A consecuencia de lo anterior, se puede afirmar que el principio del equilibrio económico financiero del contrato -aplicable en el marco de la renegociación destinada a la modificación de los contratos de concesión que suscribe el Estado para la promoción de la inversión privada en las obras públicas y de servicio- constituye una expresión singular de la contratación moderna para favorecer la vigencia, la validez y la continuidad de los contratos. Este principio brinda un marco de indispensable flexibilidad que es opuesta a la resolución, rescate o revocación propia del Derecho Civil ante condiciones sobrevivientes que puedan alterar la ecuación contractual originalmente contenida en un contrato, a condición de que se restablezca el equilibrio honesto entre las prestaciones y se conserve el contrato para el cumplimiento de los fines públicos inherentes a él.

e) En términos jurídicos, la aplicación del principio del equilibrio económico financiero del contrato como baremo para la renegociación y modificación de los contratos constituye una expresión del principio de la buena fe aplicable a los contratos que celebra el Estado en el marco de la ejecución de los contratos de concesión cuya ejecución está regida por las normas del Código Civil.

f) En cuanto a su contenido la doctrina ha dejado establecido que la aplicación del equilibrio económico financiero del contrato debe reflejar el resultado justo y la equivalencia honesta entre las prestaciones a las que se comprometieron las partes. En términos económicos la aplicación del principio debe dar como resultado una modificación contractual que permita razonablemente el retorno de la equivalencia entre las prestaciones lograda al momento de suscripción del contrato.

(84) Concordamos esta idea con lo comentado por Gordillo sobre buena fe contractual y equidad, en el sentido de hacer prevalecer los principios bajo los cuales se formó el contrato. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7ma. edición. Tomo I. Buenos Aires. 2002. p. 31.

g) Las condiciones mínimas para la aplicación del principio suponen que:

g.1. Se aplica en el marco de una renegociación contractual que esté destinada a una modificación del contrato;

g.2. Requiere para su aplicación de elementos sobrevivientes a la suscripción del contrato evaluados con criterios de conveniencia por lo que no son pertinentes los condicionamientos de imprevisibilidad e irresistibilidad que tradicionalmente han sido exigibles en el marco de la teoría de la imprevisión;

g.3. Opera como un baremo para justificar tal negociación en beneficio de ambas partes. Por ello se considera superado el concepto de que el principio que se comenta favorece únicamente al contratista ya que en el tipo de contratos en el que está concebida la aplicación del principio el contratista es un colaborador de la Administración que asume funciones de naturaleza e interés público;

g.4. Convoa a la discrecionalidad de las autoridades del Estado y en el caso del presente artículo de los funcionarios responsables del Estado;

g.5. Exige que se evalúe la modificación propuesta y el equilibrio económico financiero a reponerse dentro de un marco de necesidad que tenga como norte la conservación del contrato, la continuidad de su ejecución y los fines públicos a los que el contrato se contrae;

g.6. Ante la duda por aplicar un criterio de necesidad para la renegociación contractual y la aplicación del principio del equilibrio económico financiero del contrato bajo el concepto de “conveniencia”, que establece el artículo 33 del Decreto Supremo 059-96-

PCM, frente al de “necesidad” previsto en su Reglamento, prevalece el primero por estar contenido en una norma con rango de ley, en aplicación del principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 5 de la Constitución;

g.7. Los elementos de dolo o culpa son en principio ajenos a la aplicación del principio del equilibrio económico financiero contenido en el artículo 33 tantas veces mencionado; sería admisible solamente una renegociación conducente a la modificación del contrato utilizando el baremo del principio mencionado si se elevan el criterio de conveniencia a su máxima expresión y, además, se pondera, en perjuicio de quien desarrollo conducta dolosa o culposa, la carga que ello significa en un esfuerzo equilibrador;

g.8. Los criterios de razonabilidad y proporcionalidad resultarán indispensables para que las autoridades y funcionarios del Estado apliquen el principio del equilibrio económico financiero del contrato en un esfuerzo por renegociarlo y modificarlo en aras al mantenimiento del vínculo, la continuidad de su ejecución y el beneficio público involucrado dentro de este; y,

g.9. Corresponderá igualmente que en el marco de la renegociación del contrato a la que habilita el respeto al principio del equilibrio económico financiero se observe el principio de estabilidad presupuestaria, se garantice la transparencia en la negociación que permita la verificación del cumplimiento del baremo del equilibrio económico financiero del contrato y se preserve la eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos. <sup>15</sup>